

HACIA UNA VISIÓN GLOBAL DE LOS MECANISMOS JURÍDICO-PRIVADOS DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE DISCAPACIDAD



De Salas Murillo, coord.

EL JUSTICIA DE ARAGÓN
Zaragoza, 2010

Título: Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados
de protección en materia de discapacidad

Autor: De Salas Murillo, coord.

Colección: El Justicia de Aragón

Edita: El Justicia de Aragón

D.L.: Z. 20-10

I.S.B.N.: 978-84-92606-14-6

Imprime: Cometa, S.A.

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
PRESENTACIÓN	9
CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA DISCAPACIDAD	
La valoración de la (dis)capacidad en nuestro sistema jurídico: una visión general, <i>Sofía de Salas Murillo</i>	15
Criterios generales de valoración de la discapacidad en la incapacitación judicial, <i>Ángel Dolado Pérez</i>	59
Función calificadoradora de la capacidad en los documentos notariales, <i>Tomás García-Cano</i>	81
Criterios de valoración médico-legal de la capacidad para la realización de actos con eficacia jurídica, <i>Luisa Bernad Pérez</i>	95
La capacidad para realizar actos con eficacia jurídica, en la jurisprudencia, <i>Isaac Tena Piazuelo</i>	125
MECANISMOS DE RESPUESTA	
Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales, <i>Carlos Martínez de Aguirre</i>	185
La sentencia de incapacitación: posibles contenidos, <i>Regina Garcimartín Montero</i>	219
Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal, <i>Aurora Elósegui Sotos</i>	245

Experiencia en tutelas atribuidas a entidades jurídico-públicas: la fundación cordobesa de tutela un modelo de futuro, <i>Fernando Santos Urbaneja</i>	257
Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado, <i>Cristóbal Fco. Fábrega Ruiz</i>	293
Regulación de la guarda de hecho en la ley de derecho de la persona de Aragón, <i>Marina Pérez Monge</i>	337

CONTENIDO EN CD

OTRAS CUESTIONES RELATIVAS A LA VALORACIÓN DE LA DISCAPACIDAD Y LOS MECANISMOS DE GUARDA

Discapacidad y dependencia: dos situaciones jurídicas relacionadas pero con tratamiento fiscal diferente, <i>María Bertrán Girón</i>	403
La tutela ejercida por personas jurídicas. Especial atención a la pretutela, <i>Marta Blanco Carrasco</i>	431
Las peculiaridades de la prueba en el proceso de incapacitación, <i>Raquel Bonachera Villegas</i>	455
Breve reflexión acerca del futuro de la incapacitación judicial (referencia a la reforma de la protección de mayores en Francia por Ley de 5 de marzo de 2007), <i>María Dolores Casas Planes</i>	477
Internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico, <i>María del Carmen Cazorla González-Serrano</i>	499
Régimen jurídico especial de la incapacitación de menores, <i>Juana María del Vas González</i>	515
Aspectos fiscales de la discapacidad y la dependencia, <i>Ana María Delgado García y Rafael Oliver Cuello</i>	545
La superación de la subasta pública judicial como procedimiento para la enajenación de ciertos bienes de incapacitados y menores sometidos a tutela, <i>Ignacio Gallego Domínguez</i>	565
Sinonimia, polisemia... ¿Locura?, <i>Gabriel García Cantero</i>	585

El artículo 831 del Código Civil como instrumento legal favorecedor de los discapacitados en el ámbito sucesorio, <i>Inmaculada García Presas</i>	599
Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés, <i>Francisco Javier Jiménez Muñoz</i>	623
Vivienda con apoyo: valoración de la capacidad, derechos y necesidades, <i>Marta Lisa Orús y Elías Vived Conte</i>	651
La tutela judicial en la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, <i>Javier López Sánchez</i>	687
El patrimonio protegido de las personas con discapacidad, <i>Alberto Macías Díaz</i>	701
La Ley 1/2009 de reforma de la Ley del Registro Civil y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad, <i>María del Mar Manzano Fernández</i>	725
La valoración de la capacidad en el derecho de información asistencial: especial referencia a la legislación de Castilla y León, <i>Jacobo B. Mateo Sanz</i>	743
Nuevo orden de delación de la tutela, <i>Carmen Mingorance Gosálvez</i>	767
La figura del cuidador no profesional en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y su encuadre dentro de las instituciones de guarda, <i>María Isabel Mondéjar Peña</i>	781
La forma de los actos iniciales en procesos no voluntarios. Derecho de defensa y reserva de las actuaciones, <i>Luis Montesano</i>	821
El guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones: revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones efectuadas “bajo su responsabilidad”, <i>M^a Fernanda Moretón Sanz</i>	849
La protección de las personas discapacitadas en el libro II del Codi Civil de Catalunya, relativo a la persona y la familia, <i>Adoración Padial Albás, Mercedes Serrano Masip y M^a Dolors Toldrà Roca</i>	891

Reflexiones críticas sobre la constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad y su utilidad práctica, <i>M^a Dolores Palacios González</i>	923
La creación de un patrimonio separado: ¿una vía para escapar del riguroso control judicial en la administración por el tutor del patrimonio del tutelado?, <i>Isabel Palomino Díez</i>	949
Régimen tributario de los planes de pensiones y otros sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad, <i>Cristina Pérez-Piaya Moreno</i>	979
¿Realiza el guardador de hecho una función que le legitima para la obtención de información jurídica y económica de los organismos públicos?, <i>Joaquín María Rivera Álvarez</i>	997
Problemas de aplicación de las instituciones de guarda legal a los padres del hijo mayor de edad incapacitado, <i>Blanca Sánchez-Calero Arribas</i>	1023
Los efectos civiles del reconocimiento de la minusvalía tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, <i>Inmaculada Vivas Tesón</i>	1053

PRÓLOGO

En esta vida todos tenemos limitaciones. Cada uno conoce bien las suyas y cómo le gustaría haber sido. De lo que se trata es de superar esas limitaciones y fomentar todo lo demás bueno que tenemos. Insisto en fomentar lo bueno no en ocultar las carencias, la ocultación muchas veces produce aislamiento y no hay nada que haga más vulnerable a una persona que el estar solo.

¿Cómo hacer que las carencias no contagien a otras facultades que tienen en plenitud o incluso más desarrolladas los discapaces? Para mí es fundamental el derivar los prejuicios o barreras que unas veces están dentro del propio individuo que las padece y otras en el resto de la sociedad.

Es fundamental la detección precoz; porque algunas enfermedades son curables en una fase temprana o al menos son mitigables. Una actuación rápida y la asunción de la situación evita mucha angustia e incomprensión que no hay por qué sufrir. Tiene que haber protocolos en los hospitales y en los centros de enseñanza que permitan detectar prematuramente determinados indicios. Hace falta para ello personal especializado. Como hace falta dedicar más recursos para investigar el origen y tratamiento de ciertas enfermedades.

Las limitaciones siempre se pueden superar, o al menos mejorar, con una educación y capacitación específica y con constan-

PRÓLOGO

cia y entrenamiento. Hay que evitar los guetos y procurar, hasta donde sea posible, que las personas con limitaciones sean una más en los programas de centros de formación de cualquier nivel, aunque con apoyos específicos y modificaciones curriculares que permitan salvar obstáculos que para algunos, se haga lo que se haga, son insalvables.

Hay barreras físicas que la sociedad tiene que eliminar. Se ha hecho mucho, pero todavía queda por hacer para que una persona con limitaciones físicas se pueda valer siempre y en cualquier lugar por sí misma, sin ayuda de nadie y en ello es necesario insistir.

Pero lo que hace más por la integración de las personas es tener trabajo. Para ello hay que convencer a los empresarios de que son buenos trabajadores incluso mejor que otros, que consulten los resultados a otros con experiencia. Hay que exigir a las Administraciones que den ejemplo ocupando a discapacitados y que den facilidades a los empresarios.

Se han roto muchas barreras pero todavía quedan muchas por romper. Puede que las mentales sean las más complicadas. Para forzar esas dificultades está el derecho. En este libro se estudian múltiples cuestiones desde una visión eminentemente práctica y al mismo tiempo con una gran profundidad, con una visión multidisciplinar.

FERNANDO GARCÍA VICENTE
JUSTICIA DE ARAGÓN

PRESENTACIÓN

La persona con discapacidad se enfrenta con el problema del excesivo y disperso número de instancias públicas y privadas a las que, él o sus familiares, han de acudir para obtener las declaraciones individualizadas de su situación de discapacidad. Declaraciones que le permiten, a su vez, optar por las correspondientes ayudas y medidas que el Estado Social de Derecho concede a este colectivo. La situación de dispersión normativa y procedimental se suele agravar por el desconocimiento o desorientación en este ámbito, la diferencia de criterios entre los distintos organismos implicados, e incluso entre las diferentes sedes territoriales de un mismo organismo, así como por la reticencia a hacer uso de recursos como la declaración judicial de incapacitación.

En la búsqueda de soluciones concretas aplicables al problema, parece oportuno partir del análisis de cada uno de los procedimientos y calificaciones, complementado con un estudio de campo del recurso a cada uno de aquéllos. A la vista de todo ello, se puede reflexionar acerca de la viabilidad y oportunidad político-legislativa de la implementación de cauces únicos y de coordinación en materia de discapacidad.

Este planteamiento exige abordar las dos vertientes de la cuestión. En primer lugar, la propia valoración de la discapa-

cidad, tanto con carácter general en los ámbitos judiciales (de incapacitación) o administrativos (de baremación de la minusvalía y la dependencia) como con carácter concreto (testamentifacción, matrimonio, intervenciones quirúrgicas, etc.). En segundo lugar, una vez graduada la capacidad, y en función de dicha graduación, la determinación y valoración de los mecanismos de respuesta previstos por el ordenamiento, en una aproximación funcional (es decir, desde el punto de vista de su eficacia para la consecución de las finalidades pretendidas), pero también valorativa (adecuación a la dignidad de la persona discapacitada, y a sus derechos básicos). Por último de modo complementario, la consideración de los mecanismos que ofrece nuestro Derecho para los supuestos en los que no ha habido procedimiento de valoración de la discapacidad.

Se recogen en el presente volumen (que ve la luz editorial gracias a la generosa colaboración del Justicia de Aragón) un conjunto de trabajos con unidad temática y causal: temática, en cuanto todos ellos giran, partiendo del planteamiento descrito, en torno a los mecanismos jurídico-privados de protección de las personas con discapacidad; causal, en cuanto se enmarcan en los trabajos de un Proyecto de Investigación multidisciplinar (en concreto, el proyecto SEJ2007-67022JURI, que a su vez se inserta como línea de investigación propia en el Grupo de Investigación *Ius Familiae*, de la Universidad de Zaragoza), centrado en los instrumentos de coordinación legislativa en materia de discapacidad. Dichos trabajos constituyen parte significativa del resultado de la investigación desarrollada por el grupo hasta la fecha, aunque no la agotan.

Uno de los mecanismos habituales de difusión de los resultados de la investigación, previsto además como tal en el Proyecto, es la celebración de un Congreso que sirva de cauce a dicha

difusión, pero también de impulso a la actividad del grupo, en forma de contacto con otras personas, grupos u organizaciones que trabajan sobre las mismas cuestiones. En este sentido, pareció oportuno (y se ha demostrado enriquecedor) ampliar el espectro de intervinientes más allá de los integrantes del Proyecto de Investigación, y contar con quienes por dedicación y conocimientos podían aportar nuevas ideas, y con los que cabría contrastar resultados. En esos términos se pensó el Congreso Nacional sobre Derecho y Discapacidad, y así se hizo. Tras la celebración del Congreso, hubo un tiempo para reelaborar y enriquecer las investigaciones desarrolladas hasta entonces, y el resultado final son los trabajos que recoge este volumen. Por otro lado, como es habitual en eventos de este tipo, se admitió la aportación de comunicaciones, buena parte de las cuales se recogen en el CD que acompaña al libro.

Cierta y afortunadamente, los temas relacionados con la discapacidad están siendo objeto de diversas reuniones y grupos de estudio; la contribución científico-técnica del trabajo desarrollado por el Grupo de Investigación, y que se refleja en este volumen, es la formulación de una aportación general, y al mismo tiempo, suficientemente concreta, relacionada con la coordinación de mecanismos de protección en materia de discapacidad. Coordinación que es presupuesto imprescindible para el acceso universal y la igualdad de oportunidades proclamados en nuestra legislación por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, así como por la reciente Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Es ésta, según la experiencia de los participantes en el Proyecto, una exigencia pendiente de respuesta, que no ha recibido aún un tratamiento específico. De hecho, el diseño de la investigación (reflejada en la ordenación sistemática de este volumen),

PRESENTACIÓN

sus bloques y contenido de cada uno de los apartados, ha sido el resultado natural de respuesta (o de búsqueda de ella) a las necesidades detectadas en diversas reuniones y jornadas de trabajo de los miembros del equipo.

No queremos dejar de resaltar un hecho, en cierta medida simbólico: coincidiendo con el segundo día de celebración del Congreso —el 29 de abril de 2009—, la Sala de lo civil del Tribunal Supremo emitió una importante sentencia, en la que se intuyen nuevos vientos en las respuestas jurídicas a la protección de las personas con discapacidad, a la luz de la Convención de Naciones Unidas de protección de los derechos de las personas con discapacidad de 2006. El camino, de momento de la reflexión, queda iniciado.

Zaragoza, octubre de 2009

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ

Catedrático de Derecho civil

Investigador Principal del Proyecto de Investigación

SOFÍA DE SALAS MURILLO

Profesora Titular de Derecho civil

Directora del Congreso

CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA DISCAPACIDAD

LA VALORACIÓN DE LA (DIS)CAPACIDAD EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO: UNA VISIÓN GENERAL

Sofía de Salas Murillo
Profesora Titular de Derecho civil

1. INTRODUCCIÓN

Cualquier cuestión jurídica relativa a las personas con discapacidad ha de ser abordada, desde el año 2006, a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de dicho año. Su aparentemente sencillo título, utiliza una terminología cargada de contenido y consecuencias prácticas¹.

En él se habla de personas con discapacidad, y no de minusválidos, ni de deficientes o inválidos. Se trata de evitar toda terminología que pueda evocar una discriminación negativa: ni *minus-válido*, ni *in-válido*, *in-capacidad* y ni siquiera se habla de discapacidad en general (*disability*), sino de personas con discapacidad (*persons with disabilities*)².

1 *International Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 [publicada en BOE de 21 de abril de 2008] y objeto de la STS de 29 de abril de 2009 (Sala 1ª, Ponente Roca Trías), que será, sin duda, otro referente imprescindible en materia de discapacidad.

2 El art. 1.2 delimita, a estos efectos, el ámbito subjetivo de aplicación de la Con-

Y es que el Convenio tiene como protagonista principal a la persona, con todo lo que ello supone. Persona susceptible de verse inmersa en todo tipo de relaciones jurídicas, tanto en el ámbito público, como privado. Ramas del Derecho como el Derecho laboral, tributario, civil o procesal, contienen previsiones dedicadas a las personas con discapacidad. Y no sólo eso, sino que existen normas que en sí mismas son transversales como la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Este carácter transversal de la materia plantea una serie de retos a los que los distintos sectores implicados deben intentar dar respuesta.

El primer reto deriva de la dispersión y proliferación normativa.

Dispersión terminológica y conceptual, que incide en la realidad con el consiguiente desgaste de energías, duplicidades, supuestos de conflictos positivos y negativos de competencias, y frente a la cual el legislador está haciendo un esfuerzo de coordinación.

Un factor que propicia esta situación es, precisamente, la considerable proliferación de normas que atañen de una manera u otra a la discapacidad. Fenómeno que previsiblemente va a continuar, entre otros motivos, no sólo porque es un tema que está en las agendas políticas —lo cual no es necesariamente negativo— sino por los cambios que produce el tránsito desde una concepción benéfico-asistencial, a la óptica que impone la pro-

vención: *"Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others"*.

clamación como *derecho subjetivo de ciudadanía* del derecho a la Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; proclamación efectuada, como es conocido, en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

El empeño de armonización es una tarea ingente, y las aportaciones que puedan hacerse desde cada sector, parciales, pero por no por ello poco importantes.

De entre las perspectivas que pueden adoptarse para acometer esta labor hay una que quizá sea nuclear, y que es, sobre el propio concepto de discapacidad y de su antónimo capacidad, el hecho de que para que aquella tenga relevancia en el Derecho ha de ser *apreciada* y *valorada* por alguien.

La clasificación tradicional distingue entre discapacidad física, psíquica (o intelectual) y sensorial; no obstante, cada uno de estos apartados se ha abierto a nuevos contenidos (v.gr. la discapacidad intelectual, prácticamente identificada con el retraso mental, incluye actualmente enfermedades como el autismo, que no tiene porqué llevar aparejado aquél), y se alude a un cuarto tipo de discapacidad, que es la que deriva de los trastornos psiquiátricos o psicológicos.

La valoración que va a focalizar el interés de lo que a continuación se expone, es la de la capacidad de tipo psíquico o intelectual. Es ésta una cuestión nuclear en el Derecho en general y en el ordenamiento jurídico privado en particular, en la medida en que, junto con otros factores, determina la presencia, limitación o ausencia de la facultad de autogobierno. Ello es compatible lógicamente —pues así lo reconoce el propio Código civil— con que algunas enfermedades o deficiencias de tipo físico o de tipo sensorial puedan incidir en el autogobierno; y por supuesto, con el hecho de que el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley

41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, abarque tanto la discapacidad física o sensorial como psíquica.

No obstante, no quiero dejar de resaltar ahora que, precisamente, la necesidad de valoración es uno de los puntos comunes de las diferentes situaciones que pueden encuadrarse en el heterogéneo concepto de discapacidad. Sea del tipo que sea, si por algo se caracteriza la discapacidad es por la necesidad de apoyo social para poder hacer real la igualdad de oportunidades, y la articulación de estos apoyos pasa por la valoración de la discapacidad.

En materia de valoración de la capacidad ha de tenerse presente que, con una u otra terminología, la discapacidad ha sido objeto de regulación jurídica desde el Derecho Romano, donde se aplicaba, *v.gr.* la *cura furiosi*, y la relevancia de lo psíquico se ha venido apreciando, cuando menos, en los campos que hoy llamaríamos civil y penal.

En estos ámbitos hemos asistido a una evolución desde una apreciación en términos de ser o no ser, y acaso intuitiva, a una valoración más afinada, que en concreto, en el ámbito civil se manifiesta en la anhelada —aunque no siempre conseguida— graduación de la sentencia de incapacitación y en la elección de la figura de guarda apropiada.

Que desde otros ámbitos, como el laboral, tributario, asistencial o de servicios sociales se tenga en cuenta esta valoración de la capacidad es más reciente, y va de la mano no sólo de la propia aparición de algunas de estas ramas del Derecho, sino de la evolución general de nuestros sistemas políticos y jurídicos³.

3 Como es sabido, la Constitución española de 1978 contiene en su art. 49 CE un mandato dirigido a los poderes públicos para *realizar una política de previsión, tra-*

tamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. En desarrollo del mismo se aprobó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) caracterizada por una normativa de carácter prestacional y basada en un modelo médico-rehabilitador, si bien, como su propio título admite al hablar de “*integración*”, con rasgos que apuntan hacia un modelo social. La eficacia social que pretende tener esta norma es la de recordar, con medidas concretas, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la dignidad de la persona, en el seno de una sociedad que ha de hacer frente a las necesidades de todas las personas, asumiendo sus diferencias. En cuanto a las políticas públicas, se empieza a observar una salida de los estrictos límites de lo sanitario, hacia una presencia que empieza a ser frecuente en el conjunto de la acción pública.

Los años 80 presencian por una parte, un importante desarrollo reglamentario en materia de servicios sociales, integración laboral, prestaciones económicas o educación especial. Por otra parte, y en el ámbito civil, esta década asiste al decisivo acontecimiento que supuso la reforma de 1983 en materia de tutelas. Reforma en la que nuestro legislador adoptó un sistema formal e institucional de protección de las personas, que opta, entre otras cosas, por la incapacitación como figura de producción judicial de carácter excepcional, y por su misma excepcionalidad, adaptada en lo posible tanto en el régimen de restricción como en el mecanismo de guarda, a la realidad del individuo.

De la década del los 90 puede destacarse el protagonismo, como interlocutor de los poderes públicos, del propio colectivo y sus entidades representativas en los poderes públicos. En este sentido cabe recordar, a título del ejemplo, el Acuerdo de 15 de octubre de 1997 entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Comité Español de Representantes de minusválidos (CERMI) por el que se establece un plan de medidas urgentes para la promoción del empleo de las personas con discapacidad. Y es a finales de dicha década cuando se aprueba una norma reglamentaria de importancia capital, como tendremos ocasión de ver: el Decreto 1971/1999, en el que se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

El nuevo siglo encuentra como hito el año 2003, proclamado como Año Europeo de las Personas con discapacidad; y no es casualidad que sea el año de aprobación de: a) la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que introduce reformas en el ámbito privado que evidencian una evolución de las rigideces todavía existentes en nuestro sistema, hacia una mayor flexibilización, inspirada, en gran medida, en el respeto de la autonomía de la voluntad de la persona, lo cual no es sino una manifestación más de esa concepción personalista de la que antes hablábamos; b) la Ley 51/2003, ya citada, y c) la Ley 62/2003, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que trasponen la Directiva europea de no discriminación en el empleo.

Se continúa en el 2006 con la Ley —común, aunque no correctamente llamada— de

Quiero resaltar, no obstante, que es en el sector público donde se da un nuevo paso en la evolución en la especialización de los mecanismos de respuesta, a través de conceptos como el PIA o plan individualizado de actuación, al que alude la Ley de dependencia. En el ámbito civil es éste el horizonte que el Ministerio Fiscal propone en la STS de 29 de abril de 2009, cuando dice, que la aplicación de la Convención de Naciones Unidas de 2006 supone que “(Y)a no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta”. Simplemente dejo aquí apuntada la cuestión, que se aleja, en parte, del tema de que nos ocupa.

Sea como fuere, vemos cómo la relevancia de la capacidad o la discapacidad para el Derecho pasa por su valoración. Fruto de esa valoración, el Derecho asigna las medidas de respuesta apropiadas.

Por todo ello, puede ser oportuno plantear un visión de conjunto sobre la valoración de la capacidad: quién valora la capacidad, con arreglo a qué criterios, que entrecruzamientos se producen y qué consecuencias tienen éstos si los hay.

Comenzaremos con una prospectiva, no exhaustiva por supuesto, de los distintos operadores jurídicos a los que corresponde valorar la capacidad o discapacidad de las personas. Advertiré que me refiero a éstos y no a todos y cada de uno de los agentes

dependencia, Y no hay duda de que la aprobación de la Convención de Naciones Unidas, a final de ese mismo año, seguirá impulsando el movimiento legislativo nacional.

En la línea personalista en la que se parece avanzar, no deja de ser significativo que la reciente Ley 1/2009, de reforma tanto de la Ley 41/2003 como de la Ley de registro civil, sustituya el término procesos de incapacitación por modificación de la capacidad de obrar. Con ello se quiere evidenciar, no sólo la posibilidad de reintegración de la capacidad, sino el carácter positivo y ajustado que debe presidir estos procesos.

que intervienen de una forma u otra en los procesos judiciales, administrativos o privados. En concreto no me referiré ahora a la figura del Ministerio Fiscal, pese a su esencial protagonismo en materia de discapacidad.

2. PROSPECTIVA SOBRE LAS DISTINTAS VALORACIONES DE LA CAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

2.1. LA CALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CAPACIDAD

Las diferentes Administraciones Públicas —estatal y autonómicas— realizan un importante papel calificador de la capacidad. No podemos olvidar además, que es en torno a las calificaciones administrativas de discapacidades e incapacidades, donde se ha producido la jurisprudencia más abundante hasta el momento en materia de discapacidad.

1. Las Administraciones Públicas califican la hasta hace poco llamada “*minusvalía*” con aplicaciones numerosas y variadas, calificación que veremos, es, en parte, el centro del sistema⁴.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) dispone en su art. 7 que: «1. A los efectos de la presente ley se entenderá por *minusválido* toda persona cuyas posibilida-

4 La Disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, ordena las correspondientes adaptaciones terminológicas “*Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas*”. Eficacia *ex nunc* que respeta la consolidada y extendida denominación del “certificado de minusvalía” regulado con anterioridad. El RD 1856/2009, de 4 de diciembre.

des de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales. 2. El reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en la Ley deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multidisciplinares calificadoros». Beneficios como la atención en centros especializados o ayudas técnicas; beneficios fiscales, prestaciones no contributivas, posibilidades de integración laboral en centros especiales de empleo, etc.

El RD 1971/1999, de 23 de diciembre, es el que actualmente regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, establece los baremos aplicables y determina los órganos competentes para realizar dicho reconocimiento. Este Decreto utilizaba inicialmente la terminología de la Clasificación Internacional, vigente a la sazón, de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías [CIDDM] aprobada por la OMS en 1980, si bien poco tiempo después —en mayo de 2001— se aprobó la nueva versión Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud [CIF] que es la utilizada en la actualidad⁵. El RD 1856/2009, de 4 de diciembre, reforma el RD 1971/1999, para hacer la correspondiente adecuación terminológica y conceptual, ordenando que el

5 La segunda edición de la Clasificación Internacional aprobada por la OMS, en su 54ª Asamblea Mundial, mediante Resolución WHA 54.21, de 22 de mayo de 2001, pasa a denominarse *International Classification of Functioning, Disability and Healthy* [ICF], y sustituye a la anterior *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps* [ICIDH]. En la versión oficial en lengua castellana de esta Resolución se habla Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud [CIF]. Según la CIF, el concepto de “discapacidad” se refiere a los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una determinada “condición de salud” y sus factores contextuales (ambientales y personales).

término “minusvalía” sea sustituido por el de “discapacidad”, y el de “grado de discapacidad” por el de “grado de limitaciones en la actividad”.

Los profesionales de los órganos técnicos de valoración realizan la evaluación de la discapacidad partiendo del Anexo I del Baremo, que a los efectos que nos interesan, contempla en el Anexo IA el retraso mental (capítulo 15) y la enfermedad mental (capítulo 16) como deficiencias psíquicas. Se ha de evaluar el efecto que las deficiencias —como dice la LISMI, previsiblemente permanentes— tienen sobre la capacidad de la persona para realizar las llamadas actividades de la vida diaria [AVD] tanto de autocuidado, como de comunicación, sociales, etc.

Desde 2004, en los certificados y resoluciones de reconocimiento del grado de discapacidad se hará constar como mención complementaria el tipo de minusvalía en las categorías de psíquica, física o sensorial, según corresponda⁶.

2. También es objeto de calificación administrativa la situación de dependencia, definida y delimitada en la Ley 39/2006, y conceptualmente relacionada con la discapacidad, pero no coincidente con ésta.

A estos efectos, la Ley define la dependencia, como *“el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad, la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra o de otras personas o ayudas importantes*

6 Así lo dispone el art. 71 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (RDec-Leg 2/1995, de 7 de abril), tras unas vacilaciones iniciales que la atribuían a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal” (art. 2.2).

En lo que hace al objeto de valoración de capacidad, la atención se centra en la necesidad de concurso de tercera persona en el sentido contemplado en la Ley 39/2006, y no en otros aspectos de la discapacidad. Los objetivos de la Ley son específicos para la dependencia, y de hecho instauran una calificación y baremo propios (RD 504/2007, de 20 de abril, aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia), lo que no obsta a que en el propio baremo se aprueben las comúnmente conocidas “pasarelas”, según veremos.

La valoración de la dependencia y la propuesta de los planes individualizados de actuación (PIA) en función del grado de la misma, se llevan a cabo por equipos multidisciplinares⁷.

3. El ciudadano medio asocia intuitivamente el concepto “incapacidad” con el ámbito de la Seguridad Social. En efecto, allí aparece de modo especialmente señalado⁸.

Las normas de la Seguridad social recogen el concepto o conceptos de incapacidad e invalidez. La Ley General de la Se-

⁷ Para un estudio detallado, cfr., *Comentario sistemático a la Ley de la Dependencia. Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, desarrollo reglamentario y normas autonómicas*, SEMPERE NAVARRO, Antonio (director) y CHARRO BAENA, Pilar (coordinadora), Aranzadi, 2008.

⁸ Ha de aclararse que pese a su íntima relación con el Derecho laboral, son las normas de la Seguridad social las que se ocupan de esta cuestión. De hecho, el Estatuto de los Trabajadores, aunque prohíbe las discriminaciones por razón de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales (art. 4.2.c) y contempla algunas especialidades en relación a los trabajadores “*disminuidos*” (arts. 11 y 20.3) no define ni la capacidad ni la incapacidad laboral, ni qué haya de entenderse en este ámbito por disminuido o minusválido.

guridad Social (TRLGSS RDec-Leg 1/1994, de 20 de junio), cuyo art. 136 dispone que:

“1. En la modalidad contributiva, es incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. ...

2. En la modalidad no contributiva, podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen...”

Lo que se valora es la (in)capacidad laboral o capacidad para desempeñar el trabajo que se venía realizando. A diferencia de la incapacidad permanente, la calificación de la invalidez es ajena a la capacidad laboral de la persona.

La calificación de la incapacidad o invalidez en el ámbito laboral corresponde a las Direcciones Provinciales del INSS a través de los Equipos de Evaluación de Incapacidades (EVI)⁹.

2.2. LA VALORACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD

1. En los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, el juez civil califica la capacidad de autogobierno, cuya ausencia o disminución es el presupuesto legal de la incapacitación. Conviene recordar que en este punto hay una reserva formal de Ley efectuada por el propio art. 199 Cc.: *“Nadie puede ser declarado*

⁹ En Cataluña las funciones de los EVI, las realiza el Instituto Catalán de Evaluación de Incapacidades y la Comisión de Evaluación de Incapacidades.

incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley". Reserva de Ley que contrasta, por cierto, con la regulación reglamentaria de la decisiva calificación de discapacidad.

Lo decisivo es el resultado originado por la enfermedad o deficiencia en la medida en que supone una limitación en la adopción de decisiones y en la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica, tanto en el plano estricto de la personalidad como en el económico o patrimonial (por todas, STS de 14 de julio de 2004 [RJ 2004\5204]). Resultado que va desde un autogobierno casi inexistente, hasta uno limitado.

En esta labor el juez actúa, o por lo menos, decide, solo; no está, en el sentido técnico de la palabra, asistido por un equipo, pero sí ilustrado por unas pruebas que el art. 759 Lec. considera preceptivas, tanto en primera como en segunda instancia; estas pruebas son la audiencia a los parientes más próximos del presunto incapaz, el examen del presunto incapaz por el juez y los dictámenes periciales.

El objeto de valoración no es, por tanto, la existencia de una enfermedad o deficiencia.

Ciertamente al dictamen pericial médico —obligatorio *ex* art. 759.1 Lec.— corresponde determinar datos de enfermedad, relacionarlo con habilidades relevantes al dominio que se enjuicia y concretar congruencias e incongruencias al respecto. En ese sentido, el dictamen sirve para que el juez pueda conocer plenamente la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias permanentes que concurren en el presunto incapaz y le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, pero no es el único criterio, ni siquiera el determinante.

De hecho, la labor del juez en los procesos de modificación de la capacidad de obrar supone una "compleja valoración de

las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona”, como ha tenido ocasión de recordar la STS 29 de abril de 2009¹⁰ y siempre de cara a fijar la capacidad de autogobierno, eje alrededor del cual nuestra legislación hace girar la existencia y extensión de la incapacitación.

En relación a esto ha de tenerse presente, en primer lugar, la tendencia actual a que la aproximación clínica que efectúa el médico perito sea *funcional* y no *por diagnóstico* o *desenlace*. Aproximación funcional que ofrece una “visión más comprensiva de cómo pueden manejarse y se manejan las personas, sean presuntos incapaces o no” y que consiste en concretar cuál es el estado de las habilidades funcionales específicas del área objetada y en especial, de la vida independiente, de la gestión económica y el cuidado de la salud¹¹.

Pero esta concepción flexible y adaptada a la realidad de la pericia no queda, digamos, *crystalizada* en el dictamen, pues éste, como todas las pruebas, es objeto de la sana crítica por parte del juez (o el tribunal) lo que hace que el enjuiciamiento adquiera connotación de discrecional, no siendo científico en su totalidad: “...por científicamente que se definan en el presunto incapaz las causas, déficits e incongruencias, nada nos dicen del sentido de

10 En el caso que se sustancia en la sentencia se reconoce que “la resolución no se fundamenta realmente en el estado de la recurrente, ya que reconoce que por sí solo no es determinante de la incapacidad, sino que se fundamenta en otros criterios accesorios tales como su importante patrimonio, la situación de conflicto entre los hijos y el otorgamiento de un poder general a favor de tres de sus hijos para administrar sus bienes y negocios” (FJ 8º).

11 Para una completa visión de estas cuestiones y de los modelos de evaluación forense, cfr. el trabajo de CALCEDO ORDÓÑEZ, en *Los Derechos de las Personas con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial-Caja Madrid, Vol. I, 2007, pp. 227 y ss.

justicia que anima una sociedad. Este sentido sólo puede ser revelado a través de las normas, esto es, de lo que se considera social y moralmente admisible dada la situación del presunto incapaz. De ahí que sea el/la juez o el tribunal quien resuelva esa situación mediante juicios de existencia o de realidad —no de valor— sobre si los hechos probados son concordantes con el marco jurídico de la incapacitación”¹².

2. El juez civil ha de valorar la capacidad en los pleitos en los que se cuestiona la validez del negocio jurídico por falta de aptitud para entenderlo y quererlo. El problema se suscita respecto a quienes sin estar incapacitados carecen de la aptitud mental suficiente para formar y exteriorizar su voluntad. Ellos no entran en el ámbito de prohibición del art. 1263.2º Cc., que prohíbe contratar a los incapacitados, pero sin embargo, sus actos se pueden impugnar por ausencia o defecto del consentimiento.

En estos casos, la valoración de la capacidad no constituye —a diferencia de los procesos de modificación de la capacidad de obrar— el objeto *único* del proceso, puesto que el juez valora dos bloques de cuestiones: las condiciones de legalidad específicas del acto en sí, y como especialidad de ese concreto proceso, la aptitud de entender y querer el acto concreto realizado.

Esto puede determinar algunas diferencias en la actuación judicial respecto a lo que acabamos de ver en el apartado anterior.

La primera viene dada por la ausencia de especialización, que sí se da en los Juzgados de incapacitaciones. Falta de especialización que ciertamente se compensa por el hecho de que la

12 CALCEDO ORDÓÑEZ, *op. cit.*, p. 260.

trascendencia de la decisión es menor en este caso: anulación de un negocio jurídico *versus* restricción, en principio estable aunque modificable, de la capacidad de obrar con nombramiento de eventuales representantes legales.

Una segunda diferencia viene dada porque el juez no debe olvidarse de juzgar todas las condiciones de legalidad del negocio jurídico, sin dejarse mediatizar exclusivamente por la eventual ausencia de capacidad; calificación de condiciones de legalidad cuya concurrencia o no podría tener consecuencias distintas y adicionales a la anulación del acto, influyendo en la determinación de las indemnizaciones o provocando acaso la imposición de una sanción administrativa¹³.

Como última diferencia con la labor del juez en los procesos de modificación de la capacidad de obrar, cabe recordar que en el caso que nos ocupa ahora, el juez puede anular un acto o negocio jurídico por un trastorno mental transitorio, un estado de embriaguez o cualesquiera otras circunstancias de carácter no permanente, que no serían presupuesto de una incapacitación, pero que sí permiten anular el acto realizado en esas condiciones.

Por otra parte, y a la hora de valorar dicha aptitud, la jurisprudencia es uniforme respecto a que el punto de partida ha de ser la *presunción de capacidad* de la persona. Esta presunción tiene

13 Es un problema similar al que se da en el enjuiciamiento penal de un delito realizado por una persona con un trastorno o anomalía psíquica, en el que, como afirma QUINTERO OLIVARES, en el proceso contra un "loco" delincuente se olvida en ocasiones enjuiciar el hecho, pues se centra exclusivamente en su locura, colocando al procesado en una situación de marginación, en el que se le niega la condición de ciudadano normal y con ella el derecho al enjuiciamiento completo, a cambio de un etiquetamiento y del sometimiento a una medidas de seguridad. Con ello, se omite analizar factores, como el miedo, el error, etc. QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, Aranzadi, 1999, pp. 38 y 141.

carácter *iuris tantum* calificada por la fuerza especial que deriva de que la prueba en contrario ha de ser inequívoca y concluyente. Son numerosos los casos resueltos por nuestros tribunales, que en la duda, o mejor dicho, ante la falta de una prueba cumplida sobre la incapacidad, mantienen la validez del acto jurídico en cuestión. La eventual incapacitación posterior no tiene efecto retroactivo, y en algunas ocasiones, de modo inicuo, ni siquiera se tiene en cuenta como indicio de incapacidad.

3. En tercer lugar, y continuando con la valoración judicial de la capacidad a distintos efectos, ha de recordarse que el juez desempeña una importante labor de apreciación de la capacidad para efectuar actos *personalísimos*. Este tipo de actos pueden ser realizados por la persona con discapacidad, incluso aunque esté incapacitada judicialmente, sin que en principio pueda ser sustituido en ellos por su representante legal.

Sólo se excluyen de forma absoluta del ámbito de actuación del incapacitado si lo señala expresamente la sentencia de incapacitación. Así, la sentencia puede excluir el derecho al sufragio (el art. 3.1 de la LO 5/1983 de Régimen Electoral General dispone que carecen de tal derecho “*los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho a sufragio*”); la testamentifaccción activa (art. 665 Cc.), etc.

Si no es así, corresponde al juez en algunos casos, apreciar la concurrencia *ad casum* de la capacidad natural, es decir, de la aptitud para comprender la naturaleza del hecho y su trascendencia. Le corresponde esta función concretamente en lo relativo al matrimonio y reconocimiento de hijos extramatrimoniales. En otros casos, como el de la testamentifaccción activa, la apreciación corresponde al notario autorizante del testamento

quien debe recabar el dictamen vinculante de dos notarios que reconozcan al incapacitado y *“respondan de su capacidad”* (art. 665 Cc.).

En lo que respecta al matrimonio, es el Juez encargado del Registro civil quien ha de apreciar la capacidad de los contrayentes para su celebración.

Como es lógico, para la celebración del matrimonio se exige la capacidad de entender y querer ese acto. La comprobación de dicha capacidad se hace en el seno de un expediente tramitado conforme la legislación del Registro Civil, con la especialidad, a nuestros efectos, de que *“Si alguno de los contrayentes estuviera afectado por deficiencias o anomalías psíquicas se exigirá dictamen sobre su aptitud para prestar consentimiento”* (art. 56.2 Cc). Si el dictamen es favorable, vincula al instructor del expediente. Y ello, como digo, aunque el contrayente haya sido judicialmente incapacitado, con tal de que tenga dicho grado de discernimiento, o hubiera prestado su consentimiento en intervalo lúcido (RDGRN 18 de marzo de 1994 [RJ 1994\2957]).

En este sentido, la RDGRN 1 de diciembre de 1987 [RJ 1987\9716], ha reconocido la capacidad para contraer matrimonio de un oligofrénico (en el caso eran dos) en grado leve. De hecho se suele pedir una edad mental equivalente a la de 14 años, edad a partir de la cual se puede dispensar el impedimento de edad (art. 48 Cc.).

Un nuevo momento para calificar la aptitud psíquica con la que se consintió a la celebración del matrimonio, será el de la resolución de la demanda de nulidad de matrimonio alegando la falta de aquélla. En este sentido, la jurisprudencia, especialmente de los Tribunales canónicos, ha ido acuñando criterios de decisión al respecto.

Por lo que atañe al reconocimiento de un hijo extramatrimonial, el art. 121 Cc. condiciona la validez del reconocimiento efectuado por los “*incapaces*” a su aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Esta aprobación judicial “tiene por objeto comprobar la verosimilitud de la paternidad o maternidad reconocida, y el discernimiento y voluntariedad del acto, sin que el Juez tenga que profundizar en la realidad biológica ni solicitar otras pruebas”¹⁴. En la aprobación, el juez ha de calificar la capacidad psíquica, necesaria para reconocer, y física, necesaria para procrear¹⁵. Sin la aprobación judicial, el reconocimiento no vincula a su autor, careciendo de la irrevocabilidad de todo reconocimiento válido. La autorización ha de darse en el marco de un proceso de jurisdicción voluntaria para el que es competente el Juez encargado del Registro civil en el que se inscribe o está inscrito el nacimiento del reconocido [Instrucción DGRN de 30 de noviembre de 1989] y en el que debe ser oído, además del Ministerio fiscal, el que efectúa el reconocimiento.

4. Otro campo de apreciación judicial de la capacidad es la del autor del daño, en el ámbito de la responsabilidad civil.

Si admitimos que la llamada *imputabilidad civil* es uno de los requisitos necesarios para que surja la obligación de indemnizar por el daño, el juez debe apreciar dicha imputabilidad. Imputabilidad civil que, en términos generales, se considera un requisito subjetivo que implica una determinada capacidad de entender y de querer y en su lugar, en definitiva, la capacidad de una

14 GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V-II 10ª ed., Reus, 1995, p. 123.

15 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, 2006, p. 263.

persona para obrar voluntariamente, lo cual supone libertad y entendimiento. Por ello se ha definido también como la “capacidad de comprender la injusticia de su acción y de obrar en consecuencia”, o en definitiva, de discernir la trascendencia de sus actos y prever sus posibles consecuencias, hallándose además en condiciones de actuar de acuerdo con dicho entendimiento para evitar el daño previsto¹⁶.

Al margen de este concepto de imputabilidad, que carece de plasmación positiva y es por ello discutido, no puede ignorarse, como referente y guía de las tendencias actuales, el Proyecto de armonización europeo en Derecho de daños elaborado por el *European Group on Tort Law [Principles of European Tort Law]*. Estos principios contemplan la discapacidad (física y psíquica) como factor de atenuación o adaptación del estándar de conducta exigible: *Art. 4:102 (2) El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla*¹⁷.

En cualquier caso, en nuestro sistema se hace necesario, como queda expuesto en la monografía de YÁÑEZ VIVERO, la elaboración de un estatuto normativo que discipline la responsabilidad civil del incapaz y en su caso, la de sus guardadores¹⁸.

16 Por todos, YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001 p. 229.

17 Versión española disponible en <http://www.egtl.org>.

18 A la vista de los Principios citados, el estudio de legislaciones de otros países europeos en esta materia y el análisis de los intereses tutelados en la reparación del daño causado por la persona con discapacidad, YÁÑEZ VIVERO propone que el enjuiciamiento de la conducta de ésta de realice desde la óptica de la culpa. Afirmar la plena responsabilidad civil de las personas incapaces, no sólo no les perjudica, sino que evita su rechazo social y favorece su integración como miembros autosuficiente; eso sí, ha de valorarse “de un lado, la susceptibilidad de reconocer —no de prever— un determinado resultado dañoso; de otro, la existencia de cierta deformidad en su conducta respecto a la actua-

5. La capacidad psíquica reviste una especial relevancia en el ámbito penal, en lo relativo a los criterios de apreciación de la incidencia de la anomalía psíquica y su relación con la capacidad de culpabilidad en un sujeto determinado.

El Código penal español no define la imputabilidad, si bien su art. 20 contiene tres eximentes (1^a, 2^a y 3^a) que según la opinión unánime de la Ciencia penal española tienen la naturaleza de causas de inimputabilidad, porque excluyen la capacidad de culpabilidad¹⁹. Dos de las tres causas de exención que contempla el art. 20 Cp.—20.1^o *anomalía o alteración psíquica*; 20.2^o *trastorno mental transitorio, señaladamente a causa de intoxicación por alcohol u otras drogas*—, hacen referencia a una patología de tipo psiquiátrico con la condición, en ambos casos, de que impida al autor del hecho “...comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión”. Asimismo, la tercera —3^o *alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia*— hace referencia a un sujeto que por este motivo “*tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad*”, por lo que todas ellas operan sobre un mismo concepto global.

Respecto a los criterios de apreciación de la capacidad en este ámbito, se observa que el tenor del art. 20.1^o Cp. responde a una fórmula mixta biológica-psicológica.

El presupuesto biológico es una “*anomalía o alteración psíquica*” permanente, fórmula mucho más flexible que la de “*enajenado*” empleada por el Código penal de 1973, que comprende no

ción propia de una persona con características similares en esas mismas circunstancias”; YAÑEZ VIVERO, *Culpa civil y daño extracontractual originado por una persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho europeo de daños*, Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, n^o 22, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pp. 227 a 231.

19 CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, Tomo III, Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, 2002, pp. 51 y ss.

sólo las enfermedades mentales en sentido estricto, sino también las oligofrenias. Según la opinión dominante, el retraso mental, únicamente constituye eximente completa cuando es profundo, mientras que el grave o moderado sólo da lugar a una eximente incompleta (art. 21.1^a Cp.). El retraso mental leve no se admite siquiera como atenuante, lo que no es sino una manifestación de esa gran tierra de nadie que es la inteligencia límite.

El presupuesto psicológico se refiere a la incapacidad para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión. Para que haya modificación de la responsabilidad penal es necesario que el sujeto responsable, a causa de la anomalía o alteración psíquica, bien no pueda comprender la ilicitud del hecho, bien actuar conforme a esa comprensión, en cuyo caso procederá aplicar la eximente completa, o bien le sea sumamente difícil aquella comprensión, supuesto en que procederá la eximente incompleta. No quiere decirse, *a sensu contrario*, que para ser considerado imputable sea necesario saber que el acto es contrario a una norma concreta, sino que basta con comprender que el acto realizado contraviene el ordenamiento jurídico, para lo cual, previamente, ha de tenerse conocimiento de su existencia y obligatoriedad, al menos en términos generales.

Las alteraciones en la percepción a las que se refiere el art. 20.3^o Cp. señaladamente, sordomudez y ceguera, tienen relevancia en la medida que produzcan una incomunicación cultural lo suficientemente profunda como para determinar una grave alteración de la conciencia de la realidad.

Para la apreciación de estas circunstancias, el juez valora la prueba pericial aportada ordinariamente por el forense adscrito al Juzgado, no especializado en Psiquiatría. Se puede, de oficio o a instancia de parte, designar a uno o varios especialistas en esta

disciplina, pero la necesidad del correspondiente anticipo de los gastos, entre otras razones, no hace muy frecuente su participación en el proceso.

Por lo demás, el ámbito penal no es ajeno —desde 1995— al concepto de *incapacidad*. De hecho, en muchos artículos del Código penal se hace referencia a los incapaces, personas *desvalidas* (art. 639 Cp.), *discapacitadas* (art. 619 Cp.), etc. A diferencia de lo que sucede con la imputabilidad, el Código penal de 1995 sí que contiene una definición del “*incapaz*”: “*A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma*” (art. 25 Cp.).

Esta definición debe ponerse en relación con los tipos de la parte especial del Código penal en donde se contempla a este grupo social como víctimas o sujetos pasivos del ilícito penal, bien en aras a constituir tipos específicos o bien subtipos agravados de delitos base, en atención a la condición de “*incapaz*” del sujeto pasivo, o incluso para determinar la exclusión o condicionamiento de los efectos del consentimiento en las lesiones (arts. 155 y 156 Cp.).

El concepto de incapacidad del Código penal es más amplio y flexible que el imputabilidad penal y se aplica con independencia de la incapacitación judicial. De hecho, son frecuentes las alusiones a la figura del “*guardador de hecho*” (arts. 118, 223 y ss. Cp., DA 2ª Cp., etc.). Todo ello sin perjuicio de que en los supuestos de inimputabilidad por las causas de los números 1 y 3 del art. 20 Cp. “*el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad...*”. Además de lo ya dicho, y en relación con determinadas infracciones perseguibles a instancia de par-

te, la incapacidad determina la posibilidad de que el Ministerio Fiscal remueva el obstáculo persecutorio mediante la oportuna denuncia (arts. 191, 201 y 296 Cp.).

6. La Jurisdicción de lo Social conoce de las impugnaciones contra las resoluciones administrativas sobre discapacidad, y por ello realiza una importante labor de determinación judicial del grado de discapacidad. En efecto, en este contexto enjuicia, de alguna forma, la capacidad de la persona o cuanto menos, interpreta las normas jurídicas aplicables sobre la determinación de dicho grado de discapacidad.

Interesa resaltar que el proceso se presenta de forma muy distinta a los anteriores y no sólo por las características de la propia Jurisdicción o por el propio presupuesto y finalidad de la declaración de discapacidad. Las diferencias vienen marcadas por la necesaria correlación entre lo resuelto en vía administrativa y en vía judicial, pues se trata de una actuación esencialmente revisora y por el hecho de que es la Administración Pública la que ocupa el proceso la posición de demandada.

Junto a estas especiales características se ha destacado que la determinación del grado de discapacidad es cuestión litigiosa usualmente ligada a otra institución —una invalidez no contributiva o un subsidio de desempleo— y que en todo caso, el juez de lo social, al valorar la prueba médica aportada, suele utilizar las argumentaciones propias de los juicios sobre la incapacidad permanente contributiva²⁰.

20 LOUSADA AROCHENA, “Criterios judiciales sobre la determinación del grado de minusvalía”, en *Los derechos de las personas con discapacidad*, en *Los derechos de las Personas con Discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial-Caja Madrid, Vol. I, 2007, pp. 782 y 783.

2.3. VALORACIONES DE LA CAPACIDAD REALIZADAS EN OTROS ÁMBITOS

1. El art. 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado (en redacción dada por Ley 24/2001) dice que “...*el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado...*”, lo que se complementa con el art. 156.8 del Reglamento Notarial, que señala como requisito de la comparecencia de la escritura “*la afirmación, a juicio del notario y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera*”.

La aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante constituye una poderosa presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario. Ahora bien, como señaló tempranamente el TS —STS de 21 de marzo de 1952 [RJ 504/1952]— “*la fe pública ampara la creencia del fedatario de que el otorgante es capaz, pero no la realidad de que no lo sea, por tratarse de una apreciación psíquica y no de un hecho que se exteriorice por signos perceptibles para el jurista, pues para constatar la veracidad en estos casos, suelen ser precisos los conocimientos propios del psiquiatra*”.

Por eso, la cuestión referente al estado mental del otorgante, tanto de actos *inter vivos* como *mortis causa*, tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde al Tribunal de instancia; ni la declaración de los facultativos ni el juicio que formasen el Notario y los testigos del estado mental del otorgante, impiden que el Tribunal, por las pruebas suministradas, pueda declarar la incapacidad de aquél. Hay no pocos ejemplos de apreciación en la instancia de incapacidad de alguno de los otorgantes, aun habiendo mediado la intervención notarial.

Es evidente la dificultad que para el notario, en cuya formación no entran los conocimientos psiquiátricos o psicológicos, puede suponer la apreciación de la capacidad de las personas, especialmente —aunque no sólo— en las de edad avanzada. Cuenta para ello con su sentido común y su experiencia, que aplicará a comprobar si la persona es consciente de las consecuencias del otorgamiento de la escritura, siquiera sea en términos generales. Y dado que el consentimiento ostenta el indudable protagonismo en el negocio jurídico, parece que debe mantenerse esta labor notarial como modo de seguridad jurídica preventiva, que siempre puede ser corregida con posterioridad por los tribunales.

Esta labor calificadora del notario viene facilitada en los casos en que la Ley exige que cuente con el dictamen preceptivo de facultativos; el ejemplo paradigmático es el art. 665 Cc. referido a personas incapacitadas por sentencia que no contenga pronunciamiento respecto a la capacidad de testar. Fuera de esos casos, “el juicio del Notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas...”²¹, aunque puede solicitar dictámenes adicionales que no le exoneran, en su caso, de eventuales responsabilidades.

Por su especial relación con la discapacidad, me gustaría llamar la atención sobre el hecho de que es el notario quien aprecia la *capacidad de obrar suficiente*, que se exige para la designación, en documento público de la persona que se desearía fuera tutor, en caso de incapacitación judicial, o cualquier otra disposición relativa a la persona y bienes, para este supuesto. Posibilidad ésta, como se sabe, introducida por la Ley 41/2003. Son muchas las interpretaciones que se dan este término, pero es bastante probable que se trate de capacidad natural para realizar el acto en

21 STS de 19 de septiembre de 1998 [RJ 1998\6399]

cuestión. Por el contexto en el que esta medida se plantea, no será infrecuente que haya de calificarse la capacidad de quien se halla en los primeros estadios de una progresiva pérdida de aptitud psíquica.

Enlazando con esta cuestión y con esta Ley, hay que llamar la atención en que es el propio interesado el que ha de establecer los criterios o estándares de “incapacidad” que actuarán supuesto de hecho para la entrada en vigor de los poderes preventivos.

A partir del año 2003, el Código civil español regula tanto los poderes con ultraactividad que continúan a pesar de la *incapacitación*, cuanto los poderes preventivos, que son aquéllos dados “... para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste” (art. 1732 Cc.). Por eso, en cuanto al inicio de los efectos, y dado que se habla sólo de “*incapacidad*”, es el eventualmente futuro incapaz (poderdante) el que tiene que fijar el grado de discapacidad concreto que hace que el poder comience a ser eficaz; se puede condicionar a la obtención de un certificado de discapacidad en el grado que se estime oportuno, que no tiene porqué ser el del 33% mínimo²². También cabe encomendar su fijación a personas distintas del apoderado, a los que se puede encargar además la fiscalización de su actuación, o hacerla depender de uno o varios dictámenes médicos²³. Y sea cual fuere la posibilidad escogida, conviene acreditar convenientemente su concurrencia en aras a la seguridad jurídica. Aquí el notario

22 La nueva Disposición Adicional Cuarta del Código civil, introducida por el art. 13 de la Ley 41/2003, permite deducir, en relación al art. 2 de dicha Ley, que ese grado mínimo de minusvalía sólo se exige para la aplicación de lo dispuesto en los arts. 756, 822 y 1041 Cc..

23 Ver propuestas en este sentido de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, en *Incapacitación y mandato*, La Ley, 2008, pp. 232 y 233.

puede jugar un decisivo papel en la labor de asesoramiento y seguridad preventiva, condicionando, en su caso, a la justificación fehaciente de los extremos anteriores, la entrega del documento público de apoderamiento.

Ciertamente, y en términos generales, la propia capacidad no puede determinarse al amparo de la autonomía de la voluntad, y en ese sentido podría pensarse que el art. 1732.2 se aplica sólo a los judicialmente incapacitados, sobre todo con base en la afirmación genérica de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003: *“Complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del art. 1732 del Código civil, con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación”*.

Sin embargo, lo que el sistema sujeta a normas imperativas, es la restricción (judicial) de la capacidad de obrar o la apreciación de la capacidad especial para determinados actos. Los términos del propio art. 1732.2 Cc. son elocuentes —“...*caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por aquél*”— y la finalidad de la norma es, a lo que parece, permitir una institución para-tutelar, que por otra parte, siempre podría darse por finalizada si el interés de la persona con discapacidad así lo exige, al amparo el propio artículo en su último inciso: *“En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”*²⁴.

24 En esa línea, el art. 95.1 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, al hablar de la delación hecha por uno mismo, incluye la posibilidad de “...*otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación*”, designando órganos de fiscalización y las personas que los integran y sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal.

2. El médico evalúa, por mandato legal, la capacidad para prestar el consentimiento informado, entendido éste como conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. Así, la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, en su art. 9.3.a) referido a la admisión del consentimiento “*por representación*”, dispone que es el “*médico responsable de la asistencia*” el que ha de apreciar si el paciente es o no capaz de tomar decisiones²⁵.

Esta norma no se refiere a los incapacitados que ya tienen un representante legal, a los que va dedicado el siguiente apartado —*b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente*— y respecto a los cuales, la sentencia judicial puede que haya determinado si actos como la prestación del consentimiento entran o no dentro del campo de la representación.

Por eso, la calificación de la capacidad ha de realizarla el médico no respecto de los *incapacitados*, sino de las personas que siendo capaces en circunstancias normales, no son en ese momento —por determinadas circunstancias que el médico ha de apreciar— capaces de entender y asimilar la información. Pero también han de entenderse incluidos los tradicionalmente llamados incapaces naturales, no incapacitados judicialmente. En este caso, y quizá con mayor motivo, el médico ha de apreciar si esa circunstancia, que aquí sería permanente, les

25 Art. 9.3: “*Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado psíquico o físico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representación legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*”.

impide prestar el consentimiento libre y voluntariamente informado²⁶.

La decisión del médico, en todos los supuestos del art. 9.3 provocará que el paciente pueda prestar personalmente el consentimiento, o que, en su caso, éste sea otorgado por representación por las personas que el mismo artículo dispone. Los criterios que utilizará serán los proporcionados por su *lex artis* y los protocolos existentes.

3. RELACIÓN ENTRE LAS DIVERSAS CALIFICACIONES DE LA CAPACIDAD O DISCAPACIDAD DE LA PERSONA

En distintos momentos de su vida, y a diferentes efectos, la capacidad de la persona puede ser objeto de calificación, como acabamos de ver. Conviene ahora detenerse en las conexiones que pueden producirse entre estas variadas calificaciones.

La calificación administrativa del grado y tipo de discapacidad adquiere un papel protagonista en el panorama general de valoración de la capacidad. Esta calificación “... *será independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas*” (art. 4.2 RD 1971/1999), en cuanto que los evaluadores de la discapacidad no estarán condicionados por otras valoraciones. Pero ello no quiere decir, que la declaración y valoración de la discapacidad carezca de utilidad en otros ámbitos. Es más, los dictámenes específicos que, con el común denominador del grado de discapacidad, emiten

²⁶ Sobre estas cuestiones, cfr. el análisis detallado de DOMÍNGUEZ LUELMO, en *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre sobre el paciente, información y documentación clínica)*, Lex Nova, 2007 (2ª ed.), pp. 306 y ss.

los órganos técnicos competentes son determinantes, v.gr., para ingresar en un centro, para la adecuación del puesto de trabajo o para la valoración de delitos violentos y contra libertad sexual. Estos órganos prestan apoyo técnico a otras instituciones como Juzgados, Ministerio Fiscal, Ayuntamientos, INSS, MUFACE, ISFAS, Hacienda, procesos selectivos de empleo público, etc²⁷. Pero además, el propio Legislador establece equivalencias en el sistema que hace dicha certificación se convierta, en cierto sentido, en el centro del sistema.

En primer lugar, y en el ámbito civil, Ley 41/2003 establece que únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: “a) las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento, y b) las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. Grado que se habrá de acreditar mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme con independencia de que concurran o no las causas de incapacitación judicial y de que concurriendo, la persona haya sido o no judicialmente incapacitada”.

El concepto central de “*persona con discapacidad*” depende de la certificación administrativa de discapacidad o de “*resolución judicial firme*”. El significado, que en este contexto, de ha de darse a esta última expresión ha de ser, a mi modo de ver, amplio.

Evidentemente se refiere a la sentencia que en la vía jurisdiccional social resuelva la reclamación contra una resolución administrativa sobre discapacidad, a la cual ya hemos hecho referencia.

27 SALAZAR MURILLO, “Reconocimiento legal de la discapacidad”, en *Los derechos de las Personas con Discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial-Caja Madrid, Vol. I, Madrid, 2007, p. 755 y ss.

Por el objeto del proceso, es claro que el contenido de dicha sentencia, es independiente de la eventual incapacitación del sujeto. No está de más que el Legislador, sabiendo que estaba elaborando una norma de corte civil, lo haya aclarado.

La duda se plantea sobre si, además, a los efectos de ser considerado "*persona con discapacidad*" para el acceso a estos medios de protección patrimonial, se puede entender que la "*resolución judicial firme*" se refiere también a la sentencia de incapacitación, aunque no haya resolución administrativa de minusvalía. Cuestión que, aún interesante, no deja de ser un poco teórica, puesto que si bien *ex Lec. 2000* no es obligatorio, es frecuente que se presente la certificación de discapacidad entre la documentación que se presenta en el proceso de incapacitación; valoración administrativa que no evita, como repetidamente hemos ido viendo, la realización de la prueba pericial médica preceptiva.

Parece más aceptable la concepción amplia. Ciertamente, la Ley 41/2003, cuando quiere referirse a la incapacitación judicial lo hace expresamente, y en concreto, la exige como presupuesto necesario para permitir el gravamen de la legítima a través de sustituciones fideicomisarias en beneficio de hijos o descendientes "*judicialmente incapacitados*" (arts. 782 y 808 Cc.).

Como hemos ido viendo, la finalidad, presupuestos y características de la resolución administrativa que determina el grado de discapacidad y de la sentencia de incapacitación son diferentes, pero presentan puntos comunes, que unidos a la finalidad de la Ley 41/2003 permiten mantener dicha interpretación.

Una primera diferencia parte de su origen: judicial de la incapacitación *vs* administrativo de la declaración de discapacidad; y digo administrativo porque parto de que, a estos efectos,

la sentencia firme de la jurisdicción social, al traer causa necesariamente de la resolución administrativa, no es sino la resolución administrativa confirmada o modificada. Ello, sin menoscabo, claro está, de la importante labor de valoración judicial de la capacidad.

En segundo lugar, la determinación de la discapacidad no influye ni restringe la capacidad de obrar, y en ese sentido, no determina ningún estado civil, y su reconocimiento se entiende producido desde la fecha de la solicitud (art. 10.2 RD 1971/1999) a diferencia de la sentencia de incapacitación, de la que mayoritariamente se afirma su carácter constitutivo e irretroactivo²⁸.

Además, la discapacidad *sensorial* igual o superior al 65%, cuya determinación posibilita ser considerado "*persona con discapacidad*" a los efectos de la Ley 41/2003 no es presupuesto de la incapacitación, que sólo se refiere a enfermedades o deficiencias persistentes de carácter "*físico o psíquico*" (art. 199 Cc.).

Pese a estas diferencias, el hecho de que ciertas medidas *civiles* (constitución de un patrimonio protegido y lo dispuesto en los arts. 756.6º, 822 y 1041 Cc.) sean aplicables sin pasar previamente por un proceso de incapacitación *civil*, sino solamente por un procedimiento administrativo, no significa que éste abduzca a aquél privándole de su valor.

Pero es que, sobre todo, la cuestión ha de resolverse a la luz de la interpretación teleológica de la Ley 41/2003 que no es otra que proporcionar instrumentos de protección patrimonial que no significan un menoscabo al erario público, sino que recaen so-

²⁸ Es ésta la posición del Tribunal Supremo, según PÉREZ DE ONTIVEROS BACQUERO, tras efectuar un análisis de la jurisprudencia recaída en materia de incapacitación; cfr. "La incapacitación en las Sentencias del Tribunal Supremo", *Aranzadi Civil*, nº4, mayo 2000, p. 24.

bre la propia persona con discapacidad o las personas de su entorno. Las medidas fiscales de protección, también contempladas en la Ley y que sí que podrían generar más recelos, por cuanto a la postre son soportadas por la sociedad en su conjunto, tienen su propio sistema de determinación subjetiva, al que enseguida haremos alusión.

Además, en relación con esto último y como argumento adicional, es la propia legislación fiscal (y la de Seguridad social) la que dispone, a sus propios efectos, que la sentencia de incapacitación equivale a un 65% de discapacidad. Si tal es el valor en esos ámbitos —como tendremos ocasión de ver más adelante— de *cualquier* sentencia judicial de incapacitación, no parece fuera de lugar entender que, precisamente con la sentencia, puedan entenderse cubiertos los mínimos de 33% de discapacidad psíquica o de 65% de discapacidad física, exigidos por la Ley 41/2003.

Aquél a quien el sistema judicial ha declarado ausente de capacidad de autogobierno o con limitaciones en dicha capacidad, y es objeto de restricciones en su capacidad de obrar y de sometimiento a un sistema de guarda legal, parece que, por este solo hecho, tiene todo el derecho al acceso a unas medidas de protección patrimonial que, como antes apuntaba, quedan en el ámbito de lo privado. Y en realidad lo que se está valorando en una y otra instancia no es tan distinto, dado el enfoque funcional que hemos visto preside la labor del Juez de incapacitaciones y de los equipos técnicos de valoración de la discapacidad. El que una persona con una discapacidad sensorial superior al 65% pueda optar a las medidas de la Ley 41/2003 y no ser, por ese solo hecho, incapacitada, no obsta, a mi modo de ver, a nada de lo dicho.

Por otra parte, y fuera del campo del Derecho civil, son bien conocidos los problemas planteados en la relación entre la certificación de discapacidad y la declaración de incapacidad permanente de tipo contributivo.

La DA 3ª del RD 357/1991, de 15 de marzo, que desarrollaba la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social Prestaciones no contributivas, establecía que “2. ... se presumirá afecto de una minusvalía igual al 65 por 100 a quien le haya sido reconocida, en la modalidad contributiva, una invalidez permanente, en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. Cuando la calificación en la modalidad contributiva hubiera sido la de gran invalidez se presumirá, a efectos de la modalidad no contributiva, que el interesado está afecto de una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75 por 100 y necesitado del concurso de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida”.

El problema se planteó porque algunos tribunales consideraron que para acreditar la discapacidad del 65 o 75% necesarias para acceder a una prestación no contributiva era innecesario aplicar los baremos reglamentarios vigentes a la sazón, bastando con valorar las dolencias que, en la modalidad contributiva, generarían el derecho a unan incapacidad permanente absoluta para toda profesión y oficio, o un su caso una gran invalidez.

El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse en la conocida STS (Sala de lo Social) de 2 de diciembre de 1997 [RJ 1997\8924], afirmando que este Decreto no autoriza un sistema alternativo de valoración por los órganos judiciales, a tenor del cual éstos puedan optar por la calificación propia de la modalidad contributiva frente a la calificación por baremo, sino que es una regla excepcional para coordinar las valoraciones en las dos modalidades de protección.

La regla citada —aclara el TS— establece una equivalencia particular para facilitar el acceso a prestaciones de invalidez no contributivas de quienes, habiendo solicitado las prestaciones de invalidez contributivas hubieran visto denegadas sus solicitudes por falta de alguno de los requisitos establecidos para su atribución (supuesto de hecho del primer párrafo de la DA 3ª). Y no olvida que “el sistema de determinación del grado de minusvalía se realiza...mediante la aplicación de un baremo en el que son objeto de valoración tanto los factores físicos, psíquicos y sensoriales del interesado como los factores sociales complementarios”, circunstancias éstas que no hacen al caso en la calificación de la incapacidad laboral.

Una nueva equiparación de carácter más amplio, y sobre todo, de rango legal, es la efectuada por la Ley 51/2003, cuyo art. 1.2 que *“A los efectos de esta Ley (establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades) tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”*.

Se equipara el concepto de *incapacidad laboral* al de *minusvalía* (entiéndase discapacidad), pero como se ha encargado de remarcar numerosa —aunque no uniforme— jurisprudencia dicha equiparación es a los solos efectos de la Ley 51/2003. En este sentido, y como recientemente ha reafirmado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en las SSTS de 24 de septiembre de 2008 [RJ 2008\7643] y 13 de noviembre de 2008 [RJ 2008\7664], con cita de las anterior-

res, la equiparación no es a todos los efectos previstos en la LISMI pues “aunque la Ley 51/2003 tiene como finalidad, como el propio enunciado de la norma indica, el establecimiento de medidas de acción positiva para conseguir la “igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”, dicha norma no ha sustituido toda la normativa legal y reglamentaria de desarrollo de la legislación sobre integración de los minusválidos —Ley 13/1982 y Real Decreto 1971/1999— que sigue vigente a todos los demás efectos. Será, por tanto, esa normativa —en concreto, el baremo anexo al Real Decreto 1971/1999—, la que habrá de aplicarse para la declaración y valoración de la discapacidad a todos los efectos, salvo, en su caso, los incluidos en la presunción del artículo 1.2 de la Ley 51/2003”.

Es doctrina reiterada —y consagrada por esta sentencia de unificación de la doctrina— la que niega la pretensión de que a una persona a la que se ha declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, se le reconozca el grado de discapacidad del 33%, pues ello carece de fundamento legal, pugna con la configuración del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, y consagraría situaciones de desigualdad carentes de justificación objetiva, al posibilitar que personas con un pequeño grado de discapacidad, pero que hubiesen sido declaradas en situación de incapacidad permanente total, con derecho a una pensión vitalicia, pudiesen beneficiarse de los derechos y de los servicios establecidos a favor de las personas que realmente acreditan el 33%.

Ciertamente, la previsión de la Ley 51/2003 no implica que los órganos administrativos a quienes compete el reconocimiento del grado de discapacidad, queden vinculados a otorgar al menos un 33% a aquellas personas que tengan reconocida por el INSS una incapacidad permanente total. Y ello, por cuanto el reconocimiento del grado de discapacidad se rige por sus propias

normas en las que no se establece equiparación alguna entre una y otra situación, tal y como se deduce del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, y la OM de 2 de noviembre de 2000, anteriores a la Ley 51/2003 y que, a estos efectos, no han sido modificados ni pueden entenderse contrarios a dicha regulación posterior.

El problema se ha planteado con las personas declaradas en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual por sentencia judicial pero con una discapacidad reconocida inferior al 33%. Estas personas, máxime en la coyuntura actual, encuentran graves dificultades para poder acceder al mercado de trabajo en algún puesto acorde con sus limitaciones.

Tras algunas vacilaciones iniciales, se entendió que por efecto directo de la Ley 51/2003, podían acceder a los beneficios que la legislación laboral reconoce a las personas con discapacidad con más de un 33% de discapacidad y, en particular, a los programas de fomento de empleo establecidos para las personas con discapacidad así como a un empleo en un Centro Especial de Empleo; y ello, sin necesidad de que se les declare un 33% de discapacidad ni de que exista una resolución administrativa o judicial que declare tal equiparación, ya que ésta se produce por efecto directo de la Ley. Todo ello, sin perjuicio de que el equipo multiprofesional correspondiente deba emitir el oportuno informe de aptitud de puesto de trabajo para determinar el grado de capacidad de trabajo del pensionista o, en su caso, sea preciso reunir otras condiciones específicas exigidas en los distintos programas de empleo de discapacitados²⁹. La equivalencia, a los efectos de

29 En esta línea y muy ilustrativa al respecto, la respuesta del Justicia de Aragón [DI-273/2006-1; 8 de junio de 2006] a numerosas peticiones, consultas y quejas, sobre este particular; cfr. http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002261_200600273.pdf.

contratación en Centros Especiales de Empleo, ha sido finalmente recogida de forma expresa en el art. 2.5 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo: *“Para tener derecho a los beneficios establecidos en este apartado los trabajadores con discapacidad deberán tener un grado de minusvalía igual o superior al 33%, o la específicamente establecida en cada caso. Se considerarán también incluidos los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”*.

Por su parte, la Ley 35/2006 LIRPF —coetánea, si bien un poco anterior a la propia Ley de dependencia— dispone en el art. 60.3 regulador del *Mínimo por discapacidad*³⁰ que: *“3. A los efectos de este Impuesto, tendrán la consideración de personas con discapacidad los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado”*.

La equiparación que opera este art. 60.3 *in fine*, pese a tener

³⁰ Modificado con vigencia exclusiva para el ejercicio 2009 por art. 66.4 de Ley 2/2008, de 23 diciembre.

antecedentes en Derecho positivo³¹, no ha parecido muy justificable, puesto que no todos los incapacitados judicialmente, aunque de un modo u otro no puedan gobernarse por sí mismos y por ello estén incapacitados, alcanzarían materialmente la calificación del 65% reservada a personas con una discapacidad severa. Los beneficios fiscales reconocidos a éstos por las graves limitaciones que encuentran en su vivir diario, parece que no deberían extenderse injustificadamente.

Sin embargo, esta equiparación, lejos de eliminarse, aparece consagrada con carácter general por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, *de medidas en materia de Seguridad Social, cuya Disposición adicional novena establece que “A los efectos de la aplicación de la Ley General de la Seguridad Social, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces”*. Del precepto destaca su amplitud, así como la utilización de la terminología discapacidad, abandonando la de minusvalía, en aplicación del mandato de la Ley 39/2006.

Por último, y dentro del análisis de las distintas declaraciones administrativas, el RD 504/2007, de 20 de abril, que aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia, desarrollando lo dispuesto en la DA 9ª de la Ley de dependencia, declara en su DA 1.ª la efectividad del reconocimiento de las situaciones vigentes de 1) gran invalidez laboral y 2) necesidades de concurso de otra persona (que se regulaban también en el RD 1971/1999).

A su vez, la baremación de la dependencia sirve fundamen-

31 Esta equiparación o “pasarela” ya aparecía en otros sectores del ordenamiento como el RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.

talmente para su propia finalidad, pero como señala la DA 2.^a de este Decreto, *“La determinación de la situación de dependencia, mediante la aplicación de este baremo, servirá también para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda establecidos por cualquier Administración Pública o entidad en los casos en que sea necesaria la acreditación de ayuda de tercera persona”*.

No hay equivalencias legales, en contraste con lo anteriormente expuesto, ni con la certificación de discapacidad ni con la sentencia judicial de incapacitación.

Con independencia del establecimiento legal de equivalencias, y como muestra de estas interrelaciones legislativas, es previsible que la puesta en marcha de la Ley 39/2006 actúe como incentivo para instar incapacitaciones, al posibilitar una legitimación activa clara a quien se considere representante legal. En efecto, la Ley sólo contempla al propio interesado —*“persona que pueda estar afectado por algún grado de dependencia”*— o a quien su *“ostente su representación”*, como posibles iniciadores del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema (art. 28.1). Ciertamente se habla sólo de *“representación”*, para acoger tanto la legal como la voluntaria, pero cabe forzar el concepto para incluir la representación que, de alguna forma, tiene el guardador de hecho. Ésta es la línea que de momento están siguiendo los formularios de solicitud elaborados por algunas Comunidades Autónomas, otorgando legitimación activa al guardador de hecho, siempre que actúe *“bajo su responsabilidad”*³².

A su vez, y como ejemplo de interacción de las normas, el hecho de que en el diseño del sistema de copago no se tenga en

32 Ver, en este mismo volumen, el trabajo de MORETÓN SANZ.

cuenta los posibles patrimonios protegidos, hace que las buenas intenciones de la Ley 39/2006, no hayan neutralizado los de la Ley 41/2003. Qué duda cabe que la solución contraria hubiera sido el golpe de muerte para un recurso hasta ahora no suficientemente utilizado.

Por otra parte, hay que reconocer que la discapacidad psíquica y la física generan dependencia. Y aunque la dependencia no necesariamente implica falta de autogobierno, ambas discapacidades, especialmente la psíquica —entendida en sentido amplio, incluso de las enfermedades mentales— pueden estar en la base de un incapacitación judicial. Y es que, la atención o ayuda que se precisa en estos casos, muchas veces, será jurídica. Precisamente los que padecen una enfermedad mental o una discapacidad intelectual necesitan como apoyo, no una subvención o eliminación de una barrera, sino un “organismo de guarda y protección”³³.

No así la discapacidad sensorial (no mencionada en el art. 200 Cc.) que, en ocasiones, ni siquiera genera dependencia, aunque sí en la mayoría de los casos.

Acabamos de ver la proyección que las calificaciones administrativas de discapacidad, incapacidad laboral y dependencia tienen en distintos sectores, no sólo del Derecho público, sino del Derecho privado y señaladamente del Derecho civil. Procede preguntarse ahora si, en dirección opuesta, la sentencia de incapacitación tiene alguna utilidad en el ámbito del Derecho público, entendido sentido amplio.

A efectos fiscales y de Seguridad social, acabamos de ver que equivale a la calificación de discapacidad en un grado del 65%.

33 SERRANO GARCÍA, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, 2008.

Según la opinión mantenida *supra*, “la resolución judicial firme” a la que se refiere el art. 2.3 de la Ley 41/2003, puede entenderse inclusiva de la sentencia de incapacitación, para entender que el incapacitado judicialmente es “*persona con discapacidad*”, eso sí “*a efectos de esta Ley*”.

Al margen de la valoración, el juez que incapacita se puede pronunciar sobre un derecho público eminentemente público como es el derecho de sufragio.

No tiene, sin embargo, relevancia para la apreciación de la responsabilidad penal, pues como ha dicho en repetidas ocasiones el Tribunal Supremo, la circunstancia de que el responsable penal haya sido incapacitado civilmente por sentencia no determina ni condiciona la apreciación de eximentes o circunstancias modificativas que limiten su responsabilidad por anomalía o alteración psíquica (STS, Sala 2ª, de 7 de abril de 2005, entre otras).

4. CONCLUSIONES

Si ha de hacerse un balance de lo expuesto, destaca en primer lugar el peso de la certificación administrativa del grado de discapacidad que hace que si no todo el sistema de valoración de la (dis)capacidad, sí una decisiva parte, acabe dependiendo de una disposición reglamentaria, como es el RD 1971/1999. La calificación administrativa de discapacidad se convierte en centro de gravedad porque es el punto de conexión en muchos casos; tanto es así que incluso penetra en el ámbito privado mediante el concepto de persona con discapacidad utilizado por la Ley 41/2003. No obstante, y especialmente a partir de 2007, la declaración judicial de incapacidad va adquiriendo un peso específico creciente, al ser equiparada en una importante medida a la de discapacidad grave.

Cabe observar también que, en todos los casos, la valoración de la capacidad no se hace aisladamente, a la luz de la enfermedad o deficiencia, sino siempre en la medida que ésta influya en el gobierno de sí mismo (incapacitación), en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme ha dicha comprensión (imputabilidad penal y civil), en la apreciación de la entidad del hecho a autorizar y sus consecuencias (juicio sobre la validez del acto por defecto de capacidad, autorización del documento público notarial, o de la intervención médica), en el efecto que las deficiencias tienen sobre la capacidad de la persona para realizar las llamadas actividades de la vida diaria (minusvalía), o en su capacidad para el desempeño de su profesión habitual o para cualquier tipo de trabajo (incapacidad laboral, según los tipos) o en la medida que les hagan depender de apoyos de terceros y de cara precisamente a diseñar de modo ajustado dicho plan de apoyo (dependencia).

El modo y forma en que se realiza dicha valoración depende de muchos factores, pero en gran medida, de las consecuencias que de la misma se deriven. En muchos de los casos, hemos visto que, a enfermedad o deficiencia permanente o previsiblemente permanente, corresponden respuestas que tienen ese mismo carácter (incapacitación, dependencia, discapacidad). En otras ocasiones, se valoran además, situaciones transitorias o puntuales, dando relevancia jurídica, v.gr. a circunstancias transitorias de pérdida de conciencia; la respuesta es, cierto sentido también puntual (anulación del acto, autorización de determinada intervención), si bien, por supuesto, puede desplegar sus efectos en el tiempo (claro en una intervención médica y más aún en una sentencia penal que determine medidas de seguridad en lugar de una pena de prisión ordinaria, por ejemplo).

En conexión con esto, la labor de algunos de los operadores

jurídicos a los que hemos aludido es de construcción de un régimen: el del *traje a medida* que ha de constituir la incapacitación acompañado de la guarda estable que se le asigne³⁴, el plan individualizado de actuación en el ámbito de la dependencia, etc.

En esta labor *constructiva* en el ámbito de la Administración, y en concreto a estos efectos, los encargados de la valoración, son equipos expertos y generalmente con un grado de implicación personal encomiable. Lo mismo puede decirse, en cuanto al compromiso personal, de muchos de los jueces civiles encargados de los procesos de modificación de la capacidad de obrar, a lo que hay que añadir que cada vez son más los Juzgados especializados en estos procesos, pero la diferencia es que siguen sin disponer de todos los medios humanos y técnicos que serían óptimos para esta importantísima labor.

Al margen de este concreto proceso, jueces, notarios, e incluso médicos, han de valorar, como hemos ido viendo, la capacidad en ámbitos de suma importancia, sin estos equipos especializados de apoyo, lo que debería llevar a reflexionar acerca del destino de muchos de nuestros recursos públicos.

34 La expresión aparece en la citada STS de 29 de abril de 2009, si bien, como se verá en futuros comentarios a esta importantísima sentencia, con una diferente concepción de su significado por parte del Ministerio Fiscal y por parte de la Sala 1ª.

CRITERIOS GENERALES DE VALORACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LA INCAPACITACIÓN JUDICIAL

Ángel Dolado Pérez

Magistrado Decano de los Jueces de Zaragoza

1. INTRODUCCIÓN

En los temas de discapacidad, desde el punto de vista judicial, es necesario poner de manifiesto cuáles son los criterios generales de valoración que tienen en cuenta los jueces de incapacidades para poder acordar la declaración de incapacidad total o parcial de una persona que presenta síntomas de padecer enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que le impidan gobernarse por sí misma.

En primer lugar, he de indicar que es importantísimo que, al amparo del artículo 98.1 de la LOPJ en cada partido judicial donde sea posible se creen juzgados especializados en incapacidades, ya sea exclusivo o con materias ordinarias compartidas. Es esencial que en cada pueblo o ciudad haya un único juez que tenga la competencia exclusiva de esta materia civil. No voy a profundizar en los argumentos que avalan esta solución, pero el más importante radica en el beneficio del incapacitado, de su

familia y en definitiva, en una mejor gestión de esta parte de la Administración de Justicia.

En segundo lugar, en la práctica diaria de estos juzgados nos damos cuenta que los propios jueces y los familiares tienden a acordar o solicitar la incapacitación total del enfermo por desconfianza en el mismo, y por temor a que se haga daño a sí mismo, a sus bienes o a terceras personas. Aunque la teoría de la graduación no es nueva, es un imperativo legal, la realidad en los juzgados es que difícilmente se sale de las sentencias con estimación de la incapacitación total o la desestimación de la misma, siendo escasos los supuestos de curatela. Existen diferentes niveles de incapacitación según el grado de dependencia que pueda tener la persona implicada, procediendo en muchos casos el juez a graduar la incapacidad según las necesidades del tutelado y sus capacidades personales.

En tercer lugar, la solicitud de este proceso suelen iniciarla familiares o el propio Ministerio Fiscal, a instancia de cualquier persona, pero también puede hacerlo el propio interesado. Es un proceso que tiene mala imagen en la sociedad, pero que resulta un paso previo para poder intervenir a favor de la persona más necesitada, ayudándola a seguir viviendo y a conseguir un proyecto de vida personal, constituyendo el órgano tutelar correspondiente y teniendo siempre como meta la protección e integración en la sociedad de la persona discapacitada.

Las causas de esta realidad son múltiples:

1. Ausencia de un asesoramiento médico pormenorizado.
2. Excesiva burocratización del trabajo de los médicos forenses.
3. Temor a provocar unas consecuencias impeditivas excesivas.

vas en el enfermo, lo que conlleva a desestimaciones poco fundadas de demandas.

Las personas que por distintas causas no pueden regir sus propios actos merecen una atención especial por parte de las instituciones y de la sociedad, precisamente por ser más vulnerables, y por tanto, más dignas de protección. El reto de la sociedad es dotar a cada individuo de todos los medios necesarios para la consecución de un proyecto de vida personal digno y gratificante, y conseguir, a través de un proceso rehabilitador, la integración de cualquier persona incapacitada en nuestra sociedad, o dotarle de aquellos recursos que le proporcionen la máxima calidad de vida.

Con este planteamiento es importante analizar los conceptos de enfermos mentales y sensoriales, así como diferenciar entre actos de administración y disposición y por último estudiar la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre estas cuestiones para ver cuál es la realidad de estos temas en los Juzgados y Tribunales.

2. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Toda persona puede ser sujeto de derechos y de obligaciones, en tanto no se produzca su incapacitación. El derecho a la personalidad jurídica del ser humano lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE 1978). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites

de los artículos 759 y siguientes de la LEC 2000, que en la medida que van dirigidos a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades que inhabilitan al incapaz para gobernarse por sí mismo, son la causa y el fundamento de su incapacitación y se erige en las garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, contrario al art. 24 CE.

La sentencia de 19 de febrero de 1996 de Tribunal Supremo ha definido con particular precisión el objeto de los procesos de incapacitación, su diseño constitucional y los principios que conforman su desarrollo, al afirmar que “...*la capacidad de las personas físicas, es atributo de la personalidad, no obstante cabe su restricción y control, por disposición expresa de la ley... mediante las que han sido llamadas circunstancias modificativas de la capacidad, al presumirse siempre la capacidad mental, mientras no quede demostrado lo contrario, pues los medios procesales legales arbitrados, observancia de las garantías constitucionales, y con base a pruebas concluyentes y rotundas en contrario, que conforman probanzas directas, dada la trascendencia de la resolución en cuanto priva a la persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial*”.

En los procesos de incapacitación es difícil distinguir los intereses públicos de los privados y aparecen íntimamente ligados entre sí. El demandante de incapacitación pide una tutela jurisdiccional con base en un interés privado —familiar, personal, etc.— y mezclado con un interés social o público que se identifica con el del Estado. Pero en modo alguno puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes.

El colectivo de personas con discapacidades es tan amplio que se viene observando una particular sensibilización de los poderes públicos en orden al apoyo que debe prestársele, así como a su integración social y protección. Este marco constitucional es el que da cobertura a una legislación en materia de incapacidad que busca la protección y defensa de aquellas personas que, por las especiales circunstancias físicas o psíquicas en que se encuentran, no pueden gobernarse por sí mismas y se entiende que la mejor forma de tutelar sus intereses viene dada por la vía de la incapacitación. El objeto es la protección del presunto incapaz y no la protección de los demás, ni siquiera de las personas vinculadas a él.

La regulación del Código Civil en materia de incapacidad procede de la reforma promovida por la Ley 13/1983 de 24 de octubre — orientada a la adecuación de la regulación normativa de esta materia a los principios constitucionales— y, más recientemente a la NLEC 1/2000, que derogó todos los preceptos de naturaleza procesal introducidos por aquella, trasladándolos a la ley procesal civil. En materia de tutela, la Ley de Adopción 21/1987 de 11 de noviembre también modificó diversos preceptos de la regulación contenida en el Código Civil.

Una vez incapacitado el individuo, la representación ejercida por el tutor que se le designe, no alcanza — o lo hace de forma compartida con el propio incapaz— a los derechos de la personalidad, o, al menos a muchos de ellos, respecto de los cuales el artículo 3.1 de la Ley de 5-5-1982 sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen prevé la necesidad de que el propio incapaz preste su consentimiento a las intromisiones en dichos derechos, si sus condiciones de madurez lo permiten.

3. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD PSÍQUICA

En los artículos 200 y 201 del Código Civil se recogen el elenco de causas de incapacitación, respecto de las cuales, lejos de establecerse una relación cerrada, lo que hace el legislador es determinar las características que debe tener la causa en que se funde la declaración de incapacitación, dejando el campo abierto a la discrecionalidad judicial para el examen individualizado de cada caso.

Se establece una reserva de ley formal, lo que se traduce en dos consecuencias:

1. Queda vedada a la potestad reglamentaria toda la materia relativa a declaraciones de incapacitación en que éstas deban apoyarse.
2. La remisión a la Ley excluye toda posibilidad de analogía e interpretación extensiva de las causas de incapacitación recogidas en el Código Civil.

La redacción actual del artículo 200 CC fue introducida en la Comisión del Congreso, a propuesta del diputado Pérez Royo, es sumamente amplia, y es la que finalmente prosperó en el debate parlamentario frente al texto original más casuístico, que incluía: la enfermedad y la deficiencia mentales, las deficiencias orgánicas o funcionales persistentes, el alcoholismo y la toxicomanía graves y habituales. Éstas últimas quedaban implícitamente incluidas en la norma siempre que reunieran dos características: que fueran persistentes e impidieran al sujeto gobernarse por sí mismo.

Más que la enfermedad padecida por el individuo, lo realmente trascendente será que la patología padecida le impida su autogobierno, y que ello tenga una duración prolongada a lo largo del tiempo.

Desde la reforma de 1983, queda excluida la prodigalidad como causa de incapacitación total, convirtiéndose su naturaleza en una mera causa de limitación de la capacidad, cuya declaración no daría lugar al sometimiento del pródigo a tutela, sino a curatela. La diferencia estribaría en que, mientras que la declaración de incapacidad busca proteger los intereses del incapaz, el bien jurídico protegido en la declaración de prodigalidad son los intereses del grupo familiar con derecho a alimentos, por lo que se presenta como precedente una declaración que simplemente limite su capacidad en relación con su patrimonio, pero no con su persona.

En Aragón la Ley del derecho de la persona de 27 de Diciembre de 2006, en el punto IX de su Exposición de Motivos señala que “No hay curatela para los pródigos, puesto que no cabe incapacitar a nadie o restringir su capacidad de obrar”. En consecuencia, nos preguntamos si a pesar de ello, sería posible declarar la incapacitación parcial de una persona por prodigalidad y constituirle una curatela.

En el artículo 35.3 se señala que la prodigalidad no tendrá otro efecto que el de ser causa de incapacitación cuando reúna los requisitos del apartado anterior. Es decir, cuando nos hallemos ante una enfermedad psíquica de carácter persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma.

Además en la Disposición Transitoria 3ª se indica que desde la entrada en vigor de esta Ley (23-4-2007) nadie puede ser declarado pródigo y los que lo estén declarados podrán solicitar judicialmente la reintegración de su capacidad.

Las características que deberá reunir la causa de incapacitación son:

1ª. Deberá tratarse de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que produzca una alteración en el estado mental del sujeto. Dichos efectos concretos deben traducirse, en definitiva, en una ineptitud del sujeto para gobernarse a sí mismo, por haber quedado gravemente alterado el conocimiento y la voluntad para desarrollar actos con trascendencia jurídica.

2ª. Deberá de tener un carácter persistente.

Debe responder a una patología actual y constante, por lo que quedan excluidas las alteraciones de naturaleza transitoria y queda sometida a la discrecionalidad judicial, que la apreciará de acuerdo con los informes clínicos que se hayan aportado. La persistencia se mide con respecto a la certeza de que se prolongará en el tiempo. Por lo tanto, la enfermedad cíclica puede determinar la incapacidad del que la padece, pero su carácter episódico deberá ponderarse para determinar la extensión y límites con que se declare, así como el régimen de guarda que se constituya.

Cuando la enfermedad o deficiencia no tenga un carácter persistente el sujeto podrá continuar realizando válidamente negocios jurídicos, pero éstos tendrán una naturaleza anulable, en aquellos casos en que se acredite que fueron llevados a término bajo una situación de trastorno mental transitorio, pues en tal caso quedarían viciados por carecer de consentimiento (arts. 1261 a 1270 CC).

Siguiendo a Ortega Monasterio, por la persistencia que presentan, deben considerarse causas incapacitantes las siguientes categorías sindrónicas:

- Demencias y oligofrenias en cualquiera de sus grados.
- Psicosis endógenas tendentes a la cronicidad.

- Alcoholismo y otras toxicomanías, cuando la cronicidad y el grado de dependencia comprometen severamente los intereses objetivos del paciente.
- Excepcionalmente, algunas depresiones graves cronificadas en las que el pensamiento nihilista o las ideas de ruina o incapacidad imposibilitan la gestión de los propios intereses, así como también algunas neurosis graves como la forma obsesiva maligna.

3ª. Deberá impedir al sujeto gobernarse por sí mismo.

Esto significa que no puede gobernarse, no puede actuar, de acuerdo con los principios de funcionamiento social del marco en que se encuentra, como una gestión normal. Para medir la imposibilidad de autogobierno del presunto incapaz debe tenerse presente que ésta no solo despliega sus efectos sobre su esfera patrimonial, sino también sobre la personal, por lo que el juez debe valorar la actividad que desarrolla el presunto incapaz y sus responsabilidades familiares, personales y económicas, entendiéndose que no es necesaria la incapacitación si el individuo, pese a su debilidad o retraso mental, tiene capacidad suficiente para poder conducirse sin ayuda de terceros en las actividades derivadas de sus quehaceres habituales, es decir, cuando goce de suficiente autonomía personal, familiar y social en el ambiente económico donde se desenvuelve (STS 31-10-1994).

Es obvio que el único que puede valorar las circunstancias y características de la enfermedad o deficiencia que aqueja al sujeto es el facultativo que le examine, quien deberá aportar al expediente un dictamen sobre la misma, de acuerdo con el cual y con las restantes pruebas que consten acompañadas a las actuaciones, el juez valorará discrecionalmente si concurre o no causa incapacitante y, en su caso, su extensión y límites.

4. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD FÍSICA

En el artículo 200 del Código Civil no hay un elenco de enfermedades físicas que conlleven a la declaración de incapacidad judicial. Tradicionalmente, se estudian supuestos de sordomudez y ceguera, sin instrucción, sin que la incapacidad proceda del defecto físico en sí, sino de la debilidad intelectual que ocasiona su situación de aislamiento, de forma persistente.

Como señala Banacloche Palao nada impide a una persona sorda, muda o ciega el autogobierno de su persona y bienes de forma plena. Únicamente podrá solicitarse la incapacidad total o parcial cuando carezca de potencialidad intelectual para desarrollarse con el mundo que le rodea.

La importancia de la enfermedad o deficiencia que padezca el sujeto como causa de incapacitación no debe ser medida en función de sus orígenes y sus características, sino por los efectos concretos que produzca sobre el individuo que la padece. Dichos efectos deben traducirse, en definitiva, en una ineptitud del sujeto para gobernarse a sí mismo, por haber quedado gravemente alterado el conocimiento y la voluntad para desarrollar actos con trascendencia jurídica.

Los defectos físicos (tetraplejía, sordomudez, ceguera, etc.) solamente podrán determinar la incapacidad del individuo que los padece cuando, por su alcance y entidad, lleven aparejada una enfermedad o deficiencia psíquica que afecte a su esfera intelectual y le impida su autogobierno.

El concepto de deficiencia podemos definirlo, siguiendo a Cabrera Mercado, que lo hace citando a Lete del Río como un deterioro o impedimento físico, de carácter previsiblemente estable y que produce como consecuencia una restricción en las posibi-

lidades de conducta o vivencias que la padece, ya sea consciente o inconscientemente.

La sentencia que declare la incapacidad deberá establecer (art. 760.1LEC):

- Su extensión y límites.
- El régimen de tutela o guarda a que se someta al incapacitado.
- En su caso, se pronunciará sobre la necesidad de su internamiento.

El artículo 760.1 LEC encuentra su predecesor en el derogado art. 210 CC, cuyo contenido reproduce de forma literal, incorporando únicamente la posibilidad de pronunciarse acerca del internamiento del incapaz. Presupone que la extensión de la incapacidad ha de ser proporcional al grado de discernimiento, tal y como señalaba la STS de 31-10-1994 del derogado art. 210 CC.

El juez al dictar sentencia se regirá, como en cualquier otro procedimiento, por el principio de libre valoración de la prueba, que apreciará en su conjunto, sin que se encuentre vinculado por el resultado de la exploración del presunto incapaz o de la audiencia de los parientes.

De acuerdo con el art. 760.2 LEC solo si en la demanda se hubiese interesado también un pronunciamiento sobre las personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, la sentencia se pronunciará sobre dicho extremo y, si accediere a ello, efectuará su nombramiento.

En muchas ocasiones sería interesante que en la sentencia se concretara que actos puede realizar o no el declarado incapaz. Así en los supuestos de enajenación o gravamen siempre se de-

berá determinar la cantidad a partir de la que se somete el acto o negocio jurídico a tutela o curatela.

Deberían tener especial mención los actos siguientes:

- Compra o enajenación de valores mobiliarios y bienes muebles.
- Dar o tomar arrendamiento de bienes muebles por cinco o menos años.
- Dar o tomar en arrendamiento de vivienda por más de 5 años.
- Dar o tomar dinero a préstamo.
- Para contraer matrimonio.
- Administración de una cantidad de dinero al mes
- Contratos laborales.

5. SUPUESTOS DE TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO DE PERSONAS CON PROBLEMAS PSÍQUICOS SIN INCAPACITACIÓN JUDICIAL

Existen personas que padecen una enfermedad mental que hoy no tiene cura y es crónica, pero que pueden llevar una vida normalizada si es atendida correctamente desde el punto de vista socio-sanitario y sigue un tratamiento, ya que en caso contrario su calidad de vida se puede ver alterada y agravada. Necesitan un tratamiento médico ambulatorio, por lo que la diferencia entre someterse a tratamiento o no hacerlo conlleva problemas personales de conducta y de calidad de vida, pero un serio peligro para las personas que con ella se relacionan. La enfermedad las puede convertir en personas peligrosas y muy difíciles de tratar, así como con reacciones imprevisibles en su dimensión, pudiendo llegar a cometer delitos.

En estos casos, cuando se detecta un problema médico grave de conducta se opta por el internamiento judicial involuntario del art. 763 LEC. Dichos ingresos suelen durar pocos días, el enfermo sale y al cabo de unos meses vuelve a ingresar, estando los periodos de permanencia en domicilio sin medicarse y sin garantías de calidad de vida.

Ante la ausencia de una regulación normativa de la intervención judicial fuera de los casos de internamiento no voluntario se viene a reconocer que las únicas medidas de protección legal son el internamiento y la incapacitación. La pregunta es por qué acudir a una vía de incapacitación de estos enfermos cuando podría acudirse a un tratamiento médico sin necesidad de internamiento o sin acudir a una incapacitación judicial.

En definitiva, se trata de establecer la intervención judicial en los casos de personas que tengan un trastorno mental grave y se nieguen a tomar la medicación previamente prescrita por un médico, buscando una alternativa a la única medida actual que existe, el internamiento en un centro hospitalario. No obstante, los estudios realizados se centran en estudiar la cobertura legal para su puesta e marcha, clarificar quién puede solicitar la medida de medicación judicial y cómo y dónde se presenta la solicitud, así como los documentos que deben aportarse, y establecer cuáles deban ser los mecanismos que permitan saber qué personas padecen un trastorno mental grave y cuales no y la sistemática de actuación judicial una vez presentada la solicitud; es decir, intervención del forense, reconocimiento del juez, aportación de informes médicos, y cómo actuar médicamente una vez que el juez conceda la autorización.

Por último, se pretende elaborar el procedimiento médico a seguir cuando el juez conceda la autorización, para lo que la

dirección territorial de Sanidad elaborará un listado de centros de salud colaboradores donde se podrá acudir para dispensar medicación a las personas que lo precisen, y cómo se actuará cuando la medicalización sea forzosa, con intervención de policía local o guardia civil.

El artículo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, realizado en Oviedo en 1997 por los Estados miembros del Consejo de Europa y ratificado por España en 1999 establece:

“La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como medios de elevación de recursos”.

En 2005, en la Comisión de Justicia del Congreso se propuso un apartado número 5 al art. 763 LEC del tenor literal siguiente: *“Podrá también el Tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o en periodo de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del Facultativo, audiencia del interesado, informe del Forense y del Ministerio Fiscal. En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismo de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o cesar en el tratamiento”.*

Esta modificación *de lege ferenda* resolvería los problemas del tratamiento ambulatorio de personas que no deben ser incapacitadas pero sí sometidas a tratamiento médico.

Como experiencia pionera en nuestro país, propiciado por el Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante don Vicente Magro Servet, en Alicante existe un Protocolo de Actuación Sanitaria-Judicial en supuestos de tratamiento ambulatorio involuntario cuya finalidad es sustituir los repetidos internamientos en centros por un tratamiento médico ambulatorio aunque sea contra la voluntad del enfermo, pero siempre para su bien y el de toda la sociedad, pero sin olvidar la atención del tratamiento integral sanitario, que debe coincidir con el tratamiento ambulatorio involuntario, con lo que tendríamos el juego combinado del TIS (tratamiento integral sanitario) con el TAI (Tratamiento ambulatorio involuntario).

El Protocolo no supone una actuación al margen de la legislación actual, sino que tiene por objetivo coordinar actuaciones entre el estamento sanitario y judicial de supuestos que están ya contemplados en el ordenamiento jurídico.

La finalidad es contribuir al desarrollo y la coordinación de los aspectos sanitarios y asistenciales que permitan el seguimiento y control de algunas situaciones concretas que se presentan en la evolución de los trastornos mentales, en beneficio de los propios enfermos.

La intervención del estamento judicial tiene por objeto garantizar el respeto y la protección de los derechos de los enfermos mentales y su autonomía personal, en aquellos casos en que su capacidad de consentimiento pueda estar alterada por la enfermedad.

Es preciso la especialización de los órganos judiciales, de los juzgados de 1ª instancia con juzgado exclusivo de internamientos e incapacidades y la adscripción de un médico forense con capacitación específica en psiquiatría para garantizar una respuesta técnicamente competente.

La solicitud de tratamiento ambulatorio se hará de forma preferente por el Centro de Salud o institución encargada del seguimiento y control del enfermo, a propuesta del médico psiquiatra responsable. Dicha solicitud irá acompañada por un informe clínico de síntesis, que necesariamente deberá contener:

1. El diagnóstico de la afección.
2. Un resumen de su evolución y circunstancias sociales y familiares.
3. Una propuesta de tratamiento que incluya la descripción del mismo.
4. El objetivo terapéutico que se espera alcanzar
5. Los controles establecidos para el seguimiento de su evolución.

La solicitud de tratamiento ambulatorio se hará por fax al Decanato y lo turnará al Juzgado de 1ª instancia que corresponda por competencia. También puede iniciarse a solicitud de los familiares y de oficio por el Ministerio Fiscal.

En los casos de interrupción del tratamiento o falta de seguimiento de los controles establecidos, el psiquiatra responsable lo comunicará por cualquier medio al juzgado que conoce del caso, haciendo constar las actuaciones que procedan para reanudar la efectividad del tratamiento.

La administración sanitaria establecerá el mecanismo que permita incorporar la red farmacéutica a la función asistencial de dispensación de los psicofármacos prescritos para el tratamiento, en las mejores condiciones de proximidad al domicilio del enfermo.

En la sentencia del Tribunal Constitucional 120/90 se vino a establecer de forma unánime las condiciones y requisitos que

deben respetarse en toda caso para poder estimarse y acordar la medida de sometimiento a tratamiento ambulatorio no voluntario. Así se entendió:

A) Que la medida limitadora sea necesaria para conseguir el fin perseguido, esto es sanar a la persona, dado que conforme al art. 43 de la CE se establece la obligación del Estado de garantizar la protección de la salud.

B) Que exista proporcionalidad entre el derecho y la situación en que se halla aquél a quien se impone.

C) Que se respete el contenido esencial del derecho a la vida, integridad, dignidad y libre determinación de la persona.

Nuestro Código Penal ya recoge la institución del tratamiento ambulatorio como una opción menos gravosa al internamiento (artículos. 96.2.11^a, 100.1, 104.2 y Disposición Adicional 1^a).

6. IMPORTANCIA DE LAS PERICIALES MÉDICAS PARA DETERMINAR EN SENTENCIA LA GRADUACIÓN DE LA INCAPACIDAD

La pericial médica en los procedimientos de incapacitación civil es una prueba obligada y bien definida en cuanto a las cuestiones sobre las que debe versar. Así el art. 759.1 LEC indica “... *nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.*”

Los informes médicos (psiquiatra, psicólogo, médico especializado, forense) son esenciales para que el juez obtenga los datos precisos para graduar la capacidad del sujeto a procedimiento de incapacitación. Pero además de los informes, es importantísimo la compenetración entre médicos y juez. Éste ha de indicar a aquéllos la necesidad de analizar exhaustivamente las

facultades del enfermo, poniéndolas en relación con las posibles facultades de administración y disposición, por lo que el juez deberá efectuar concretas preguntas al perito para que luego pueda adaptar convenientemente su resolución al estado del incapacitado. Asimismo, el principio de oficio que rige este proceso puede conllevar a que el juez adopte las medidas de comprobación que considere pertinentes, en protección del incapacitado (arts. 759 y 760 LEC).

Como señala el médico psiquiatra Fernando Sopeséns Serrano, la pericial médica, por principio, cubre aspectos del enfermar humano no alcanzables por las de tipo psicológico o psicosocial. Sólo desde la pericial médica cabe una ponderación de los factores biológicos, psicológicos y sociales que conforman la enfermedad en cuanto a etiología, diagnóstico-diferencial, curso o evolución y tratamiento. De aquí el carácter complementario de los informes psicológicos y psicosociales que se aduzcan en los procedimientos de incapacitación.

Generalmente, la razón esgrimida como causa es la presencia o sospecha de trastorno mental, y es aquí donde entran en juego los peritos psiquiatras ya que frente a las apreciaciones reseñadas en la demanda, corresponde a la pericial médica la función de contrastarlas. Primero, en cuanto a si el demandado padece enfermedad o deficiencia. Y segundo, si así es, en cuanto a lo relevante de la misma a los efectos de la pretendida incapacitación. Pero qué será lo “relevante” no es cuestión sencilla en el asunto que nos ocupa. Habrá distintas opiniones profesionales y dependerá del tipo de aproximación clínica con que se opere.

De aquí que como afirma el Catedrático de Psiquiatría Alfredo Calcedo Ordóñez, “la pericial médica siempre debe estar

abierta a versar sobre cuestiones más allá de las comúnmente requeridas. Unas veces trascenderán del propio procedimiento de incapacitación. Otras, en cambio, podrán surgir del perito a cuenta de su sensibilidad y conocimientos profesionales.”

7. IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El artículo 3.7 del EOMF encomienda al MF, como defensor de los intereses públicos y de presuntos incapaces, la función de asumir, o en su caso, promover la representación y defensa, en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan, y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos.

En la actualidad se produce una concurrencia de dicha función de vigilancia de la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal, delimitada por la naturaleza de sus respectivas funciones.

De especial importancia es la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección de las personas con discapacidad y entre las funciones tuitivas del MF, destacan dos tipos de actuaciones:

a) 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 MF puede solicitar del juez la adopción de

cualquier medida que se estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad.

En esta materia es de vital importancia la Instrucción 4/2008 de la FGE sobre el control y vigilancia por el MF de las tutelas de personas discapacitadas. Como notas destacadas mencionaremos:

1. El sistema informático de registro de los expedientes sobre tutelas y su sujeción a la legislación sobre protección de datos.

2. Las diligencias preprocesales relativas a la capacidad de las personas y el registro de las mismas.

3. La comprobación de que las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares se comuniquen sin dilación al Encargado de Registro Civil para su inscripción, de conformidad con los artículos 218 y 219 CC.

4. En virtud del principio de protección del incapaz, promover para que el lugar de residencia de la persona sometida a tutela sea determinante para la fijación de la competencia territorial.

5. La vigilancia sobre la situación personal y patrimonial del tutelado durante el ejercicio de la tutela.

6. El control de los informes anuales y rendición de cuentas final sobre la situación patrimonial del tutelado.

Cuando el MF adopte una actitud de pasividad, incumpla sus funciones o las cumpla irregularmente, si tras conocer la existencia de un incapaz, no solicita la constitución de la tutela por desidia o dejación de sus funciones, será responsable disciplinariamente, pero si además, en su conducta incurre en culpa o negligencia, será también responsable civilmente. Idéntica res-

ponsabilidad se le puede predicar en los casos en que no ejerza sus funciones de vigilancia y control de la tutela, o cuando no se ocupe de la persona del incapaz mientras se le nombra tutor. Sin embargo, no estará afecto por la responsabilidad civil del artículo 1903 del CC dado que resulta obvio que el MF no tiene obligación de tener al incapaz en su compañía.

FUNCIÓN CALIFICADORA DE LA CAPACIDAD EN LOS DOCUMENTOS NOTARIALES

Tomás García-Cano

Notario

1. INTRODUCCIÓN. CONCEPTOS GENERALES PREVIOS SOBRE CAPACIDAD

Debemos partir de una idea básica: cualquier acto o negocio jurídico, requiere en el que lo realiza y como elemento esencial, entre otros, la capacidad de obrar necesaria. En los casos en los que el negocio se formaliza ante notario, es éste el encargado de calificar dicha capacidad y por lo tanto de garantizar dicho extremo, en garantía del propio otorgante y también de los terceros. Esta faceta es una de las que conforman lo que se ha venido en denominar “seguridad jurídica preventiva”.

Esa función calificadora tiene dos facetas o aspectos: se trata de una labor, en principio jurídica: el compareciente debe tener la capacidad legal exigida por la ley para cada negocio jurídico. Pero, una vez comprobado este presupuesto, el fedatario inicia una indagación fáctica: debe cerciorarse de que el otorgante tiene capacidad natural suficiente; es decir, que está en sus cabales y comprende las consecuencias del acto. Verificación que se com-

pleta con la comprobación de que no hay vicios (error, violencia, intimidación, dolo...) que puedan estar afectando a la conclusión del negocio. Nos encontramos ante una actividad en la que los elementos de juicio con los que cuenta el notario autorizante son, sobre todo, el sentido común y la experiencia.

Antes de analizar los distintos aspectos que rodean la apreciación de la capacidad por el notario, tratare, con carácter previo, una serie de nociones básicas sobre la capacidad. En concreto diferenciaremos:

Capacidad jurídica. La podemos definir como la aptitud de una persona, por el mero hecho de serlo, para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones.

Capacidad de obrar. Es la aptitud de la persona para poder realizar actos con plena eficacia jurídica.

Establecida esta distinción, afirmaremos que en esta materia poco nos importa la capacidad jurídica, ya que si esta es innata, es una aptitud de la persona, en ella nada hay que calificar. Lo que nos interesa es la capacidad de obrar y respecto a esta, señalaremos algunas notas, asimismo, básicas:

— Sólo la tienen plena los mayores de edad (en España, 18 años). Los que son menores la tienen limitada.

— En las personas mayores de edad, se presume la capacidad. Como dice Díez-Picazo, hay una presunción general de capacidad. Por tanto, la incapacidad, debe probarse.

— Hay que distinguir entre *incapacidad* e *incapacitación*. La primera es una situación de hecho: nos encontramos con una persona que, en principio, con arreglo a Derecho, goza de capacidad de obrar, pues es mayor de edad. Y, sin embargo, adolece de una serie de deficiencias que la impiden gobernarse de manera adecuada.

La incapacitación aparece cuando se declara judicialmente ese estado. A ella se refiere el artículo 199 del Código Civil: *“Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”*.

Por su parte, el notario Rafael Leña Fernández nos dice: *“La declaración de incapacidad lo único que añade a la incapacidad natural es una destrucción absoluta de la presunción iuris tantum de capacidad y la constitución de una presunción iuris et de iure de incapacidad”*, que se extiende hasta la muerte o hasta una nueva sentencia modificativa o extintiva de este estado. *“Una vez declarada la incapacidad, no se tiene ya en cuenta la capacidad que realmente pueda tener el incapacitado en cada momento”*, salvo en los casos de admisión explícita de la validez de los actos realizados en intervalos lúcidos: testamento (artículo 665 del Código Civil), matrimonio (artículo 56.2 del Código Civil) y reconocimiento de hijos extramatrimoniales (artículo 121 del Código Civil).

— Para poder calificar si el otorgante tiene la capacidad suficiente, lo primero que *debe saber el Notario es la capacidad que la ley exige* para cada acto o negocio jurídico. Efectivamente, el ordenamiento jurídico exige una mayor o menor capacidad según las consecuencias que ese negocio despliegue. Corresponde al notario, como cuestión previa conocer el derecho positivo en la materia y aplicarlo. No corresponde en este lugar realizar un análisis exhaustivo del tema, pero a título simplemente esclarecedor señalaremos algunas normas:

— Contratos en general. Es necesaria, en principio, la plena capacidad; es decir, la mayoría de edad. Así se desprende del artículo 1.263 del Código Civil: *“No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados. 2.º Los incapacitados”*.

— Donaciones. Es diferente la capacidad exigida para el donante y para el donatario.

Respecto al primero, al donante, se exige la plena capacidad: según el artículo 624 del Código Civil, *“Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes”*.

Sin embargo, para ser donatario el código civil exige mucho menos, puesto que *“podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello”*. Lo cual se ha venido interpretando, de manera bastante pacífica, como que es suficiente la llamada capacidad natural. Démonos cuenta, por tanto, de la trascendencia del juicio notarial de la capacidad en un punto como éste: *la ley no requiere edad ninguna*; pero sí aptitud para percatarse de lo que se está haciendo.

La regla que hemos visto no es aplicable a las donaciones condicionales u onerosas.

— Testamentos. El artículo 663 del Código Civil nos dice que *“Están incapacitados para testar: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”*³⁵.

El número 1º, como vemos, exige sólo los 14 años; con la excepción del testamento ológrafo, para cuya redacción se requiere la mayoría de edad (artículo 688 del Código Civil). Se aparta, por tanto, de la regla de los negocios contractuales, que exige, en general, la mayoría de edad.

— Aceptación y repudiación de herencia. Pueden hacerla *“todos los que tengan la libre disposición de sus bienes”*, según el artículo 992 párrafo primero, del Código Civil.

35 El número 2º se relaciona con el artículo 665 del Código Civil, al que me referiré después.

Conocedor de la capacidad necesaria para el acto o negocio jurídico, el notario, como aplicador de ese Derecho, *debe calificar la capacidad de la persona*. Si ésta está incapacitada judicialmente y el notario conoce esa circunstancia, en principio deberá ajustarse a lo establecido en la sentencia de incapacitación, y por lo tanto no será necesaria realizar apreciación alguna, salvo que la sentencia disponga otra cosa o en algún supuesto específico, aunque problemático como la del testamento otorgado en un intervalo lúcido (artículo 665 del Código Civil). En otro caso, debe indagar, comprobar, si esa persona mayor de edad no incapacitada judicialmente está en su sano juicio; y, por tanto, si puede ejecutar el negocio con plena eficacia jurídica.

2. ELEMENTOS EN LA APRECIACIÓN NOTARIAL DE LA CAPACIDAD

1. *¿Porqué corresponde al notario la apreciación de la capacidad?*
Por la razón de ser de su existencia, de su función: dar fe del contenido de los actos y de los negocios jurídicos, así como de su adecuación a la ley. Esta idea tiene su cobertura legal en el la Ley Orgánica del Notariado, cuyo artículo 17 *bis* nos dice, en su párrafo 2.b que *“Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”*.

Recogiendo esta idea, el artículo 156 del Reglamento Notarial obliga a incluir en la escritura *“la afirmación a juicio del notario, y no apoyada en el solo dicho de los contratantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la*

escritura se refiera". Esta regla aparece confirmada por los artículos 145 y 167 del Reglamento Notarial.

2. En que consiste apreciar la capacidad: para Jerónimo González se trata de asegurar de que concurren en la persona las condiciones necesarias de conciencia, libertad, voluntad, discernimiento y seriedad, teniendo en cuenta que el notario no expide certificados de integral mental de los contratantes; se limita a constatar un hecho sobre el cual da una opinión: que el otorgante alcanza el suficiente grado de discernimiento y voluntad para que le resulte imputable, desde el punto de vista civil, el acto que pretende realizar.

Es decir, debemos analizar la influencia de la enfermedad o el estado físico o mental en la capacidad de obrar.

Desde un punto de vista poco dogmático, podemos afirmar que fuera de algún supuesto concreto de prohibición de actuar y alguna limitación, generalmente en beneficio de terceros, la capacidad de obrar es casi equivalente a la capacidad natural, situación que supone la capacidad de enterarse, tener conciencia del acto y consentirlo libremente, aptitud de entender y querer en frase de muchos autores, sentencias o resoluciones o discernimiento, en terminología del Código Civil.

De este modo solo la persona que tiene mermada su capacidad natural por enfermedad o que no ha llegado a adquirirla debido a su insuficiente madurez se encuentra falta de capacidad de obrar.

Sobre la dificultad que tal actividad de apreciación de la capacidad entraña no es preciso detenerse demasiado. Es verdaderamente complicado, en ocasiones, discernir, la situación de verdadera incapacidad de lo que es una conducta más o menos

excéntrica, anormal o extraña o incluso de lo que son meras dificultades de expresión o comunicación y para confirmar esta afirmación podemos citar varias sentencias:

— Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Enero de 1998: son circunstancias insuficientes para apreciar la incapacidad, la edad senil del testador, que el testador tenga alguna enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias o tenga graves padecimientos físicos.

— Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Enero de 1998: no puede deducirse la falta de capacidad de que la otorgante mencionara a su padre o madre como de presente, pues estas invocaciones la práctica cotidiana demuestra que son frecuentes en la edad senil sin que afecten a otros aspectos de sus facultades psíquicas.

— Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Septiembre de 1998: los trastornos mentales no suelen surgir de un modo súbito; lo normal es que respondan a un proceso degenerativo que se acrecienta con el transcurso del tiempo.

— Sentencia de la Audiencia de Murcia de 16 de Junio de 1998: no basta para destruir la presunción de capacidad del testador y el juicio del notario la suposición que hace el recurrente de que el estado de neoplasia avanzado que sufría el otorgante hiciera que con toda probabilidad lo tuviese sujeto a procedimientos de quimioterapia y sedantes que pudieran afectar a su capacidad mental.

— Sentencia de la Audiencia de Baleares de 22 de Enero de 1998: no basta para destruir la presunción de capacidad del testador y el juicio del notario el certificado médico ordinario de quien era el médico de cabecera acreditativo de que la paciente

sufría una arterosclerosis cerebral con gran deterioro de sus facultades físicas y mentales.

Con ello queremos indicar que la existencia de una serie de otorgantes que podríamos situar en una zona límite de incapacidad determina una gran complejidad en el discernimiento de cual debe ser la línea divisoria determinante, siendo además que tan negativo sería un criterio flexible que conllevaría el otorgamiento de actos y negocios jurídicos por quien tenga una capacidad dudosa como un criterio excesivamente riguroso o estricto. Este sería el criterio mas seguro pero acarreador de perjuicios: ya que no se debe de privar de un derecho a quien puede ejercitarlo.

3. *¿Con qué medios cuenta el notario en esa función calificadora?*

En principio con medios muy poco técnicos, cual son su sentido común y su experiencia —tanto personal como profesional—. En efecto, el notario no es un técnico, como podría serlo el médico o el psicólogo. Se debe fiar, sin más, del propio criterio. Esta regla, no obstante, tiene alguna excepción: en efecto, el artículo 665 del Código Civil, al que antes hicimos referencia, exige la opinión favorable de dos facultativos. Sin embargo su ámbito de aplicación es limitadísimo: tiene que tratarse de un testamento; de un otorgante que haya sido judicialmente incapacitado; y que la sentencia de incapacitación no contenga pronunciamiento respecto a la capacidad de testar.

En los demás casos, en principio se trata de una apreciación personal, lo cual no impide que pueda solicitar dictamen de los facultativos; pero, en este caso, la concurrencia de los mismos no exonera al notario de responsabilidad.

Ballarín Marcial dice que en caso de duda debe recurrirse

a los facultativos; otros autores no opinan lo mismo, y, en este sentido apunta también la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1991 al indicar que el juicio del notario es exclusivamente propio y personal no se apoya en el dictamen de especialista, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del artículo 665.

En la práctica está bastante difundida la postura de acudir a especialistas en casos dudosos, práctica que debe de entenderse en el sentido de que el criterio del especialista pueda servir al notario para salir de la duda en sentido positivo.

4. En el proceso de apreciación de la capacidad el notario debe seguir los siguientes pasos:

a) Comprobar que la persona está en su sano juicio. Para ello es necesario saber:

1º si está consciente (lo cual no ofrece, en principio, mayores problemas), y

2º si, además de estarlo, es conocedora de sus circunstancias personales; es decir, si “está situada”. Para ello es conveniente, o mejor, necesario, interrogarla, dialogar con ella. Por ejemplo, cuándo y dónde ha nacido; cuántos hijos tiene; dónde vive. En este punto cabe señalar, que si no está sola la persona cuya capacidad se está juzgando, es frecuente el entrometimiento de las que la acompañan, en especial de sus hijos o cónyuge; los cuales se adelantan a responder a las preguntas del notario, que no tiene, en principio, mayor interés en saber, por ejemplo, dónde ha nacido el otorgante, *si no en saber si éste lo recuerda*. Para ello es conveniente adelantarse a los presentes, pidiéndoles que, por favor, no respondan. Puede ser preferible que el notario se quede solo con el posible incapaz, solicitándolo así a

los demás. Sin embargo, no está claro que sea lo más adecuado. Hay personas, sobre todo mayores, que, ante la ausencia de los más próximos (parientes, cuidadores) “se bloquean” y no son capaces de responder o de mantener un diálogo con el notario. En estos supuestos, está claro que lo mejor es la presencia de los acompañantes. No obstante, tendrá que ser sopesado por el notario que la concurrencia de éstos pueda traducirse en vicios del consentimiento (en particular, intimidación). Cualquier notario reconocerá que todo esto no es fácil; y de casos tan variados como el infinito.

En el caso de que el resultado de esta indagación sea positivo, se puede pasar al segundo punto.

b) *Cerciorarse de que la persona es consciente de las consecuencias del otorgamiento*, es decir, de sus efectos y para ello el notario deberá explicar con terminología que el otorgante entienda (amolando el lenguaje de manera que sea perfectamente comprensible), las repercusiones del negocio y asegurarse que son por él queridas.

Resumiendo: sólo tendremos certeza de la capacidad del sujeto si, además de cerciorarnos de que “puede gobernarse por sí mismo” (artículo 200 del Código Civil, *a sensu contrario*), es consciente de las consecuencias de su firma. Porque para eso, precisamente para eso, está el notario.

3. NATURALEZA DEL JUICIO DE CAPACIDAD

La afirmación que hace el notario de la capacidad del otorgante, ya sea positiva o negativa, crea en el tráfico una importante presunción de que, en efecto, la persona tiene o no la capacidad suficiente para el acto de que se trate.

Sin embargo, como señala la D.G.R.N. el notario se limita a emitir un juicio no una declaración de verdad y la fe pública solo ampara la declaración de que tal parecer ha sido formulado.

Por ello este juicio notarial no se configura como una presunción *iuris et de iure*. Al contrario, puede destruirse mediante prueba en contrario (aunque, desde el punto de vista práctico, pueda resultar muy difícil dicha prueba). Para García Ripoll la prueba que lleva al juez a considerar sin capacidad a un otorgante es de presunciones; pues los peritos y testigos no estaban allí, sus declaraciones se refieren a su situación mental en esa época, de donde cabe deducir la imposibilidad de actuar con capacidad.

El carácter de presunción *iuris tantum* y su alcance ha sido precisado por la jurisprudencia con las siguientes expresiones:

— La aseveración notarial respecto a la capacidad del otorgante dada la seriedad y prestigio de la institución notarial adquiere una especial relevancia de certidumbre y constituye una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud solo destruible por una evidente prueba en contrario.

— La aseveración notarial acerca de la capacidad adquiere especial relevancia de certidumbre y por ello es preciso pasar mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la enérgica presunción *iuris tantum* (STS de 27 de Enero de 1998, 23 de Marzo de 1984, 22 de Enero de 1913, 10 de Abril de 1944 o 16 de Febrero de 1945).

Claro está que existen supuestos en los que las pruebas practicadas llevan al Tribunal a destruir la presunción citada. Dentro de ellas hay sentencias en las que simplemente se destruye el juicio dado por el notario y otras que condenan al notario: las mis-

mas se fundan no tanto en la inexactitud del juicio de capacidad, como en que aquella fue debida a una incorrecta actuación notarial; es decir, se basan en la falta de diligencia en el proceso de apreciación atendidas las circunstancias del caso (Sentencia de la Audiencia de Orense de 15 de Abril de 2.008 en la que se trata de una persona que estaba judicialmente incapacitada, siendo, dice el Tribunal, perceptible externamente la falta de consentimiento, considerando el Tribunal que se produjo una falta de la más mínima indagación adecuada, que de haberla realizado le llevaría a la denegación).

Por supuesto, el notario es responsable del juicio de capacidad. Por lo que, si se declara que la calificación notarial de la capacidad era equivocada, deberá el fedatario responder de los daños y perjuicios causados. La responsabilidad deriva del hecho de que el notario es el que enjuicia la capacidad y goza de libertad para hacer este juicio.

La DGRN tras manifestar que el juicio notarial no asegura de forma indubitada que tal juicio corresponda con la realidad mental afirma que una eventual declaración judicial apreciando el defecto de capacidad no implica necesariamente que el notario haya incurrido en responsabilidad por cuanto este se limita a emitir un juicio. Como antes afirmábamos la responsabilidad se derivara de que el notario no actúe de forma profesional en la averiguación o indagación que le llevan a emitir ese juicio.

Por último, podríamos apuntar otros aspectos en los que cabría detenerse pero que sólo dejo apuntadas:

—Si cabe una distinta apreciación de la capacidad dependiendo del tipo de acto o trascendencia del mismo: es decir, si es aplicable el criterio de la Sentencia del T.S. que habla de que el juicio de capacidad notarial ha de relacionarse con la mayor o

menor trascendencia o complejidad del acto que pretende hacer. Si dentro del proceso de apreciación, el otorgante debe conocer las consecuencias del negocio, cuanto más complejo sea este, mayor dificultad para comprenderlo. En este sentido, si que cabría una graduación de la capacidad, pero no por la importancia del acto, ya que el notario no es quien para juzgar dicha trascendencia.

—Si el juicio de capacidad abarca a los llamados vicios del consentimiento: intimidación, violencia o error. Hay casos en los que no está claro el deslinde entre el defecto de capacidad y los vicios que pueden afectar al consentimiento del otorgante. Los vicios del consentimiento, como sabemos, son aquellos hechos que influyen en la formación de la voluntad negocial, distorsionándola; es decir, forjándose de manera diferente a cómo se hubiese configurado si no hubiera concurrido ese hecho. Debemos afirmar, sin duda alguna, que el juicio debe abarcar dichos vicios.

—Podríamos, por último, plantearnos el conflicto entre el juicio notarial y la capacidad judicialmente determinada: cuando el notario no aprecia capacidad en el incapacitado sujeto a curatela, o cuando al tutelado se le permite en la sentencia realizar algún acto y el notario no aprecia capacidad o cuando el notario aprecia capacidad en el incapacitado judicialmente.

CRITERIOS DE VALORACIÓN MÉDICO-LEGAL DE LA CAPACIDAD PARA LA REALIZACIÓN DE ACTOS CON EFICACIA JURÍDICA

Luisa Bernad Pérez

Profesora Titular de Medicina Legal y Forense

1. INTRODUCCIÓN

Todas las personas, por el hecho de serlo, ostentan la denominada capacidad jurídica, la cual adquieren desde el comienzo hasta el fin de su personalidad y que les otorga el reconocimiento de ser titulares de derechos y obligaciones. Distinto es la capacidad de obrar, entendiendo como tal la aptitud necesaria de las personas para que sus actos tengan eficacia jurídica. Son innumerables y cotidianas las situaciones en las que el individuo debe tomar decisiones a lo largo de toda su vida y para las cuales son necesarias dichas aptitudes, principalmente las intelectivas y las volitivas.

La actuación del médico, como garante de que existen las condiciones psicofísicas necesarias para que una determinada persona disponga de capacidad de obrar, se hace efectiva en multitud de situaciones que se producen de forma cotidiana.

En algunas ocasiones, la valoración de la capacidad de una persona por parte del facultativo es previa a que se lleve a efecto un acto concreto: requerimiento del consentimiento para una intervención quirúrgica. Sin embargo, en otras, la actuación del médico es posterior a que hayan ocurrido los hechos, pudiendo ser requerido en calidad de perito para que efectúe una valoración acerca de si la persona en cuestión era competente en un determinado momento para entender y procesar el acto que realizó y sus consecuencias y si actuó libremente, sin coacciones o manipulaciones.

2. INTERVENCIONES DEL MÉDICO RELACIONADAS CON LA CAPACIDAD DE OBRAR DE UNA PERSONA

En las distintas actuaciones médicas, cabría distinguir:

- 2.1. Intervenciones dentro de la esfera sanitaria.
- 2.2. Intervenciones dentro del espacio de lo jurídico y más concretamente en el ámbito de lo civil.

2.1. INTERVENCIONES DEL MÉDICO DENTRO DE LA ESFERA SANITARIA Y CAPACIDAD DE LA PERSONA

Antes comentaba un ejemplo relacionado con el consentimiento en la práctica médica. Quizás sea este el paso más importante dado en la relación médico-paciente en las últimas décadas, pues supone la toma de decisiones de una persona después de haber sido informada de las actuaciones que se van a efectuar sobre su cuerpo y una vez comprendida dicha información.

El consentimiento en el ámbito sanitario supone un reconocimiento al respeto de la autonomía del paciente como persona, lo que, desde el punto de vista de la bioética es un pilar fun-

damental, pero a la vez no podemos dejar en el olvido que la ausencia de éste puede conllevar repercusiones jurídicas. No en vano, la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, dedica los artículos 8, 9 y 10 al consentimiento. Por otra parte, los profesionales que dedican su actividad a solventar o asesorar sobre problemas que plantea la medicina al derecho, pueden observar la gran cantidad de sentencias condenatorias existentes al respecto.

En la práctica médica cotidiana, —con independencia de las situaciones ordinarias en las que es preciso solicitar el consentimiento del paciente—, en ocasiones se le plantean al facultativo problemas en relación con la capacidad de una persona para otorgar el consentimiento. Generalmente, estas situaciones más conflictivas están relacionadas con las edades extremas, bien porque se trate de una persona de avanzada edad con una capacidad de discernimiento, juicio y voluntad dudosas, o bien porque sea un/a menor de edad. Esto no impide que también nos hallemos con personas de mediana edad cuya capacidad de comprensión, de entendimiento y de voluntad se encuentren afectados por algún tipo de patología.

Entre las situaciones problemáticas o conflictivas en el caso del menor de edad, citamos:

2.1.1. Prestación de consentimiento de un paciente menor de edad o menor maduro para la realización de un acto médico en su persona

Desde un punto de vista jurídico, la mayoría de edad, de acuerdo con el art. 315 del Código Civil, comienza a los 18 años, adquiriéndose así la capacidad de obrar plena. No obstante, exis-

ten excepciones, señaladas en dicho Código, que facultan al menor de edad para la realización de ciertos actos, siempre y cuando se encuentre en condiciones intelectivas y volitivas idóneas para que su consentimiento sea válido. De esto se infiere que, la mayoría de edad para determinadas actuaciones dentro del marco de la legislación civil, es flexible y no puede encorsetarse a una edad concreta. De esta forma podemos observar que:

a) La emancipación habilita al menor para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres, y a falta de ambos el de su curador" (art. 323 del C.C.).

b) "Están incapacitados para testar los menores de 14 años" (Art. 663 C.C.), luego los mayores de esa edad pueden emitir testamento.

c) Del art. 1.263 del C.C. se infiere que podrán prestar el consentimiento para la realización de contratos los menores emancipados, así como también celebrar matrimonio civil (art. 46 del C.C.). Para los mayores de 14 años podrá dispensar los impedimentos de edad el Juez de 1ª Instancia, con justa causa y a instancia de parte (Art. 48 del C.C.).

En el ámbito del derecho canónico pueden contraer matrimonio el varón de edad superior a 16 años y la mujer después de los 14 años cumplidos (Canon 1083).

d) Podrán declarar como testigos los menores de 14 años, siempre y cuando posean el juicio o discernimiento necesario para conocer y declarar de acuerdo con la verdad (art. 361 L.E.C.)

En el ámbito estrictamente sanitario y a tenor de lo señalado en la Ley 41/2002 de 14 de noviembre de autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se reconoce que el consentimiento podrán prestarlo los mayores de 16 años no incapaces ni incapacitados, no dando cabida por tanto al consentimiento por representación.

En relación con la incapacidad natural, la madurez de un individuo es difícil de predeterminar a una edad concreta, no existiendo forma alguna, por el momento, de definir objetivamente ésta.

Entre los 13-15 años existe consenso en torno a la madurez del desarrollo moral, y casi con toda seguridad a los 16-18 años, lo que no implica capacidad para la toma de decisiones en todas las circunstancias posibles³⁶.

No todo es tan simple en medicina y si bien algunas de las actuaciones médicas no entrañan mucha complicación, en ocasiones las actividades a realizar sobre los menores implican riesgos, consecuencias e inconvenientes que complican dicha toma de decisiones, trasladando así el problema a los médicos, quienes deberán valorar, a su juicio, la capacidad del menor para la asunción de tales responsabilidades.

La prestación del consentimiento informado es un acto personalísimo, de lo que se deriva que, ni el menor puede ser obligado a prestarlo ni su opinión puede ser obviada.

Si analizamos la regulación estatal o de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre el otorgamiento del consentimiento por representación deducimos que se ocupa, aun sin expresarlo de

36 ORGANDO DÍAZ, B, GARCÍA PÉREZ, C. "Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro". *Pediatría Integral* 2007; XI (10): 877-883.

forma específica, de hasta cuatro supuestos diferentes, que son los siguientes:

a) Menor de 12 años no capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de su actuación: Presta el consentimiento su representante legal, oída y valorada la opinión del menor.

b) Menor entre 12 y 16 años no capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención: Presta el consentimiento su representante legal después de haber escuchado y valorado la opinión del menor.

c) Menor de 16 años capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención: La Ley no lo regula expresamente.

d) Mayor de 16 años o emancipado: El consentimiento lo expresa el menor y no cabe el consentimiento por representación.

La Ley 41/2002 de 14 de noviembre ha perdido la oportunidad de regular forma explícita lo referente al menor maduro en el ámbito de la salud al no reflejar en ella que es lo que ocurre con los menores entre 12 y 16 años.

Esta situación ha dado origen a un debate relacionado con cómo actuar frente a menores de esta franja etaria.

Supuesto relativo a las menores de 16 años, capaces intelectual y emocionalmente.

Para la legislación de la mayoría de las Comunidades Autónomas, al estar sujeto el menor de 16 años a la patria potestad, corresponde la facultad de decidir y, por tanto prestar consentimiento a sus padres o a quienes ejerzan su representación legal. Los autores que la apoyan consideran que al establecer medidas

precautorias no se trata de limitar la capacidad del menor sino de protegerlo.

Sin embargo, otra parte de la doctrina, basándose en el art. 162, 2, 1º del C. Civil, presta consideración a los derechos del menor en el ámbito de los derechos personalísimos:

“Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de los hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

1º. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con la leyes y con sus condiciones de madurez puedan realizar por sí mismo”.

En el supuesto de Menores de doce años o menores entre doce y dieciséis años no suficientemente maduro para conocer la trascendencia de su conducta o de los efectos y consecuencias, el menor deberá ser oído pero deberán prestar su consentimiento sus padres o representantes legales, o, en su caso el Juez, oído el Ministerio Fiscal. Se deberá actuar siempre en interés del menor, teniendo en consideración su opinión que parcialmente puede ser muy relevante, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, por ejemplo riesgos para la salud, con un criterio de racionalidad y objetividad y con respeto a su dignidad personal.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su exposición de Motivos, dispone que el desarrollo legislativo postconstitucional refleja el conocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlo, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así el concepto de “ser escuchado si tuviese suficiente juicio” se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aque-

llas cuestiones que afectan al menor. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

Así mismo, dicha norma señala que las limitaciones que pudieran derivarse del derecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva, reflejándose de este modo la participación de los menores de edad como sujetos activos que participan de las decisiones que le afectan.

El art. 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor dispone que: *"en la ampliación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"*.

2.1.2. Emisión del documento de instrucciones previas, llamado también Documento de Voluntades Anticipadas

Por medio de este documento, como dice el art. 11 de la Ley 41/2002, *"una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas....No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la lex artis, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas."*

Existen contradicciones entre los requerimientos de la ley

estatal de Autonomía del paciente para que se preste el consentimiento para la realización de cualquier actuación médica sobre la persona (mayoría de edad sanitaria a los 16 años y capacidad de que se oiga y se tenga en cuenta la opinión del mayor de 12 años) y los solicitados para la emisión del Documento de Instrucciones Previas: mayoría de edad genérica, salvo en algunas Comunidades Autónomas como la Navarra y la Valenciana en las que se habla del menor emancipado y del menor maduro.

Como señala Reglero Ibáñez³⁷, el documento de instrucciones previas se asienta en los mismos principios que el consentimiento informado, es decir, en la autonomía del paciente, luego si el menor maduro o que ha cumplido los 16 años es capaz de prestar el consentimiento dentro del ámbito sanitario, también lo deberá ser para elaborar el Documento de Voluntades Anticipadas.

En ambas situaciones, el consentimiento y la manifestación de su voluntad son expresión de los bienes de la personalidad y de los derechos constitucionales, por tanto carece de sentido que el menor maduro no pueda prever el tipo de cuidado médico o tratamiento que desea en aquellas circunstancias³⁸, viéndose así limitada su capacidad de decisión.

37 REGLERO IBÁÑEZ, J.L. "El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español", *La Ley*, nº 5570, 2002, pag. 1901.

38 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I. "La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de voluntades anticipadas" *Comunicación presentada al X CONGRESO DE DERECHO SANITARIO, celebrado en Madrid del 23-25 de Octubre de 2003.*

2.1.3. Consentimiento de las personas de la 3ª edad en relación con el ingreso en residencias geriátricas

El art. 17 de la Constitución establece que “Nadie puede ser privado de la libertad sino en los casos y en la forma establecidos en la ley”.

Como señala Martí J.³⁹, este precepto constitucional, se incluyó en nuestra Carta Magna pensando en dos supuestos: la privación de la libertad relacionada con infracciones penales y aquella que lo está con enfermedades psiquiátricas que requieren de un internamiento en centro adecuado para su tratamiento. Para ello existe regulación jurídica que se encuentra tanto en el Código Penal como en el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, el alargamiento de la esperanza de vida experimentado en nuestro país lleva aparejado una serie de consecuencias:

- a) A mayor edad mayor posibilidad de que aparezcan y concurren patologías propias no sólo de cada persona en particular sino también aquellas otras típicas de la ancianidad.
- b) Incremento del aislamiento y marginación social del anciano, así como necesidad de terceras personas que le ayuden o sustituyan en la realización de las tareas más cotidianas de la vida.
- c) En los ancianos incide, de manera especial en relación con otras franjas de edad, enfermedades de tipo degenerativo

39 DE MARTÍ, J. “El ingreso de personas con deterioro cognitivo en residencias”. *Madrid, Portal Mayores, Informes Portal Mayores, nº61, 2006*

que pueden afectar a las facultades intelectuales superiores como la inteligencia o la voluntad.

Antes del ingreso en un centro geriátrico es imprescindible constatar la existencia del requisito de voluntariedad de quien ingresa. En el ingreso voluntario, se da por supuesto que en las personas capaces, la decisión ha sido tomada libremente, sin embargo, hay que tener presente la existencia de vicios en el consentimiento⁴⁰: las decisiones y la voluntad del anciano pueden estar influenciadas o presionadas por el miedo al futuro incierto, por la presión familiar, por no querer ser una carga, por la escasez de recursos económicos para pagar otras atenciones más costosas, etc.

En el caso de un ingreso involuntario, si el paciente es capaz de tomar decisiones por tener íntegras la inteligencia y la voluntad, habrá que respetar su decisión. Esta situación no es frecuente.

En el caso de ingresos avoluntarios, por otra parte, quizás, los más frecuentes, y entendiendo como tales, aquellos en los que el anciano no pueda expresar su voluntad por ser un incapaz de hecho, es donde realmente surge el problema. ¿Quién es entonces quien tiene que prestar el consentimiento para el ingreso? ¿los familiares? ¿El juez?

Es precisamente la limitación o anulación de las funciones intelectivas y volitivas lo que puede dar lugar a situaciones conflictivas en relación con el ingreso de personas de edad avanzada en las residencias de la tercera edad.

40 MARTÍNEZ MAROTO, A. "Desajustes legislativos en la institucionalización de las personas mayores: necesidades reales versus respuestas jurídicas", *Rev. Mult.Gerontol.*, 2003; 13(4), pp. 242-248.

La persona de edad que se halla en esta situación y el consecuente problema que se les plantea a las familias, da lugar a que se pueda optar por las siguientes soluciones: a) el anciano queda al cuidado de sus familiares, tanto en su domicilio como en el de los suyos y b) el anciano es ingresado en una residencia geriátrica.

En la mayoría de las ocasiones, cuando hablamos de circunstancias conflictivas derivadas de la falta de un consentimiento válido para alguna de las dos situaciones planteadas arriba, estamos haciendo referencia al ingreso en una institución geriátrica para el cual el anciano no ha podido prestar su consentimiento o éste es considerado como inválido, no tomándose en consideración la posibilidad de que la persona mayor se encuentre igualmente privada de libertad aún en el domicilio de sus propios hijos. A priori, se da por entendido que los familiares están haciendo lo mejor para el anciano, sin enjuiciarse en ningún momento si estos respetan los derechos fundamentales de sus familiares de avanzada edad.

Quizás la patología más paradigmática de este tipo de afecciones que interesan a la esfera cognitiva sea la Enfermedad de Alzheimer, sin embargo, esta no es más que uno de los tipos de demencias descritos en la literatura médica, existiendo también otra clase de patologías que pueden dar lugar a que el sujeto no pueda expresar su voluntad, no pueda comprender el alcance de lo que se le comunica o ambas cosas a la vez (afasias: alteraciones en la comprensión o expresión del lenguaje).

Dichos cuadros clínicos a los que se suma la discapacidad que una persona mayor puede tener a consecuencia de su edad y la imposibilidad de mantener un cuidado continuado del anciano por parte de sus familiares, hacen que la situación sea procli-

ve al ingreso del mismo en una residencia. Se trata, pues, más de un problema socio-sanitario que psiquiátrico.

Pero lo que valoramos aquí es si la persona anciana tiene autonomía suficiente para decidir por sí misma su ingreso en una residencia o son sus familiares los que determinan o le persuaden, quizás, para que el internamiento se lleve a efecto.

En el caso de las Demencias, el término hace referencia a un síndrome adquirido caracterizado por un deterioro progresivo y global de las funciones cognitivas (memoria, lenguaje, atención, orientación espaciotemporal, praxias, gnosias, cálculo, funciones ejecutivas, pensamiento, capacidad de juicio y abstracción) con preservación del nivel de conciencia. Dicho síndrome puede aparecer en determinadas enfermedades y origina importantes disminuciones en las facultades intelectivas y volitivas. Esta sintomatología afecta a la personalidad del individuo en relación con el raciocinio o juicio, su comportamiento y adaptación social.

No obstante, hay que tener en cuenta que las consecuencias de la enfermedad no aparecen de forma súbita y todas a la vez, sino que tienen un curso paulatino, progresivo, desenvolviéndose en etapas, por lo cual al comienzo de la enfermedad pueden aparecer alteraciones de la memoria estando indemne el juicio, lo cual debería de valorarse a la hora de considerar la validez de su consentimiento, apareciendo el problema cuando con posterioridad la enfermedad avanzase y la persona de edad no tuviera criterio y voluntad para decidir acerca de si querría seguir ingresada.

Existen diferentes maneras de interpretar el ingreso de personas de edad con deterioros cognitivos en residencias geriátricas de acuerdo con el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

(antes art. 211 del C. Civil) relacionado con el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Una de las interpretaciones iría en sentido de aplicar el art. 763 de la L.E.C. a los ingresos en residencias para mayores, mientras que la otra iría en contra de la aplicación del mencionado artículo.

Desde un punto de vista jurídico, para algunos Tribunales no son parangonables las situaciones que en el art. 763 de la L.E. Civil se contemplan sobre ingresos psiquiátricos con la situación de las personas de edad que presentan cuadros clínicos establecidos de Demencia y que son ingresadas en residencias geriátricas.

Así, para la Sección 16^a de la Audiencia de Provincial de Barcelona de 24/07/96 y 19/11/96, el entonces vigente art. 211 del C. Civil se refiere a internamientos urgentes y no a estancias residenciales y tiene su razón de ser en el carácter psiquiátrico de la asistencia y no en la atención geriátrica. El mismo fundamento mantiene la Audiencia Provincial de la Rioja de 27/10/1998 en un caso de enfermedad de Alzheimer en su fase inicial y otro de 02/06/2000. De esta manera el Tribunal señala que: *“se contempla la decisión de internamiento forzoso e involuntario como una medida excepcional, necesaria y como toda actuación de éste carácter, limitada en el tiempo y transitoria, exigencias que poco o nada concuerdan con la situación de hecho....para una situación en la que sobre la base de una enfermedad o limitación mental, lo que en realidad se necesita y presta es ayuda asistencial”*.

Para DE MARTÍ⁴¹ Los argumentos contrarios a la aplicación del art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se podrían estructurar en los siguientes puntos:

— El trastorno psíquico y la atención psiquiátrica que justi-

41 DE MARTÍ, J. *op. cit.*

ficaría la intervención judicial no se dan en el caso de las personas con demencia que ingresan en una residencia geriátrica. En este supuesto lo que motiva el ingreso no es tratar el trastorno sino motivos de tipo asistencial, por lo que no es de aplicación el precepto.

- Las restricciones de libertad que pueden darse en una residencia no difieren de las que pueden darse cuando se encuentra en su domicilio o en el de sus familiares, sin que entonces sea necesaria la autorización judicial.
- La aplicación del procedimiento de internamiento puede llegar a ser pernicioso para las personas que se pretende proteger al someterlas a desplazamientos, visitas, controles médicos y jurisdiccionales no necesarios para la defensa de sus intereses. Intereses por los que corresponde velar a las administraciones públicas competentes en la materia “servicios sociales”.

La otra línea de pensamiento de los Tribunales se encuentra en el sentido de aplicar el art. 763 de la L.E.C. a los ingresos en residencias geriátricas, fundamentando este criterio en que la finalidad del control judicial es garantizar la legalidad de una medida restrictiva, como es la privación de libertad.

En la doctrina jurídica, salvo algún autor que no considera aplicable el art. 763 de la L.E.C. (antes 211 del C. Civil), la mayor parte de los autores tiende a considerar necesario el control judicial de este tipo de internamientos⁴².

Médicamente, las Demencias son enfermedades neuropsiquiátricas en las que se dan un conjunto de síntomas y signos

42 BARRIOS FLORES, L.F. “Ingresos Geriátricos:Fundamento y Garantías”, *Revista Derecho y Salud* Vol. 12, nº1, Enero-Junio 2004.

que son, como su término indica, de una parte de carácter neurológico y de otras psiquiátrico.

La etiología puede ser múltiple: degenerativa (por ej.: tipo Alzheimer, o la asociada a la enfermedad de Parkinson), vascular (ocasionadas por multiinfartos) infecciosa (por ej.: secundaria a SIDA, Herpes Virus), tóxica (originada por el consumo de alcohol), metabólica (por ej.: debidas a hipo o a hipertiroidismo, insuficiencia hepática o renal) y neoplásicas (debidas a tumores cerebrales primarios o metastáticos).

Dado que en cada una de ellas existen un cuadro específico, pero también una base común, haremos referencia únicamente a la Enfermedad de Alzheimer.

Entre las manifestaciones que se producen en este tipo de Demencia se encuentran las neurológicas, del tipo de:

- Alteración de la memoria
- Afasia (trastorno del lenguaje).
- Apraxia (deterioro de la capacidad para llevar a cabo actividades motoras pese a estar intacta la función motora).
- Agnosia (fallo en el reconocimiento o identificación de objetos pese a estar intacta la función sensorial).
- Alteración en la función ejecutiva (por ejemplo: planificación, organización, secuenciación o abstracción).

Dichas manifestaciones clínicas se entremezclan con otras, que como la Depresión o las Alteraciones del Comportamiento, tienen un carácter más puramente psíquico.

Desde un punto de vista estrictamente médico, no existen demasiadas correlaciones o similitudes entre los internamientos por razones psíquicas y los ingresos en residencias geriátricas de

pacientes con Demencia. El sustrato patológico no es el mismo, el tipo de tratamiento, en unos casos psiquiátrico y en otros, más bien socio-sanitario-asistencial y de control, tampoco, el tiempo de ingreso/internamiento difiere, siendo indefinido en el caso de los ancianos dementes y limitado en el tiempo para los trastornos psíquicos. Realmente, en lo único que coinciden es en la privación de la libertad para ambos.

Este sería uno de los puntos de apoyo en el que fundamentaríamos, médicamente, la no equiparación de los preceptos del art. 763 de la L.E.C. sobre los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico con las enfermedades que cursan con demencia.

Ahora bien, esto no quiere decir que no estemos de acuerdo con que se elabore una regulación jurídica del ingreso en las residencias geriátricas cuando no se den en el individuo las condiciones intelectivas y volitivas suficientes para prestar su consentimiento de una forma válida, pues de lo contrario pueden darse situaciones abusivas por parte de los familiares, de las residencias o de ambos en connivencia.

Es más, desde un punto de vista médico, entendemos que la población está cada vez más envejecida y que en las personas mayores concurren una serie de patologías, físicas y psíquicas que hacen necesaria la asistencia médica y socio-sanitaria permanente. A las familias les es imposible en muchas ocasiones atender dichas necesidades, lo que hace que cada vez sea más indispensable la existencia de las residencias geriátricas o de la 3ª edad. Sin embargo, las personas mayores son muy vulnerables y existe la posibilidad de que se conculquen sus derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la libertad y a la autonomía. Por todo ello, es imprescindible la regulación legal,

con carácter general, de los derechos de las personas ingresadas en residencias geriátricas y el control que debe ejercerse tanto para su ingreso al inicio, como para su control posterior, a pesar de que se trate de enfermedades crónica y sin posibilidades de curación.

El art. 763 de la L.E.C. ha perdido la oportunidad de regularizar esta cuestión, existiendo una indeterminación de los tipos de centros en los que es de aplicación este artículo, así como del sustrato patológico que subyace en la persona que no puede prestar su consentimiento a causa de su enfermedad. De ello concluimos, de nuevo, que debería elaborarse una ley estatal específica que garantizase los derechos fundamentales de la persona anciana.

2.2. INTERVENCIONES DEL MÉDICO DENTRO DEL ESPACIO DE LO JURÍDICO, Y MÁS CONCRETAMENTE EN EL ÁMBITO DE LO CIVIL Y LA CAPACIDAD DE LA PERSONA

En general, la participación del médico en la valoración de la capacidad de obrar de un sujeto es, a excepción de las incapacitaciones, a posteriori, es decir, tras haber realizado el individuo un acto con repercusión jurídica se presentan interrogantes acerca de la integridad de sus funciones intelectivas o volitivas las cuales son entonces objeto de exploración.

Los actos que, quizás, con más frecuencia son objeto de conflictos tiene que ver con el testamento, y la realización de contratos.

En relación con el testamento, el Código Civil señala en su art. 663 que están incapacitados para testar “los menores de 14 años y el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal

juicio". Se sobreentiende y así lo dispone el art. 666 del C.C. que la expresión hallarse en su cabal juicio hace referencia al momento de otorgar el testamento.

En condiciones habituales corresponde al notario determinar si el testador está en situación idónea para disponer de sus bienes cuando haya fallecido, tarea harto difícil y de gran responsabilidad porque no son pocas las enfermedades en las que la apariencia del individuo en cuestión es compatible con la normalidad, sin embargo, se esconde detrás una enfermedad neurológica, psíquica, como por ejemplo las esquizofrenias o los trastornos bipolares o neuropsiquiátrica (demencias), de importantes dimensiones y que de no ser acreditadas al notario pueden ser pasadas por alto. Más alerta se debería estar cuando el notario es llamado a un hospital o a un domicilio, lo que hace sospechar que la situación del testador es crítica o puede que se halle bajo la acción de fármacos que limiten o anulen su facultades mentales.

A este respecto cabe señalar la precaución recogida por Ignacio Gomá del Colegio de Notarios de Madrid⁴³ respecto a la estandarización u objetivación del juicio de capacidad, sugiriendo la realización de algunos test (Test de Pfeiffer) muy sencillos de aplicar y que son utilizados por los facultativos médicos. De cualquier forma cuando se establezcan dudas acerca de la integridad de las facultades mentales superiores del testador, no estaría demás la solicitud de concurrencia de dos médicos que acreditaran el estado de las mismas. A estos mismos facultativos se recurrirá cuando en la sentencia de incapacitación de una persona no se haga referencia a la capacidad de testar y ésta quiera otorgar testamento (Art. 665 C.C.).

43 GOMÁ, I. "El testamento del anciano". *El notario del siglo XXI. Revista on line del Colegio Notarial de Madrid. Noviembre-Diciembre de 2008/nº 22.*

Pero, tal y como hemos señalado antes, la intervención del médico en las testamentificaciones es posterior por regla general. Es decir, el testador fallece y es entonces cuando empiezan a aparecer en escena una serie de personas que ponen en duda la capacidad del testador, impugnando su decisión.

La valoración, por parte del médico, del estado de las facultades mentales de un individuo a posteriori no es siempre tarea fácil, pues no se cuenta con la posibilidad de realizar una exploración en el momento de ejecutar un determinado acto jurídico, sino que hay que elaborarla a base de los datos objetivos de los que se dispone, principalmente, la historia clínica del sujeto. Dicha labor suele ser realizada, en calidad de peritos, por los especialistas en psiquiatría, si bien, los especialistas en medicina legal son en muchas ocasiones requeridos para llevar a cabo esta función.

Los elementos que pueden ayudar a establecer un juicio médico-legal sobre la validez del testamento son⁴⁴:

- Documentación Clínica. La historia clínica del individuo, así como la elaborada en el tiempo periférico al momento de otorgar el testamento serán de gran utilidad. Datos como el grado de orientación temporoespacial, comunicación con las personas y entorno, estado neurológico y psicofísico, tipo de enfermedades, etc.
- Testamento. Representa una valiosa fuente de información pues puede suministrar importantes indicios sobre el estado mental del sujeto, apreciable en la claridad de los razonamientos, justificación de los motivos que han

44 GIBBERT CALABUIG, J.A. *Medicina legal y Toxicología*, 6ª Edición Masson, 2004, p.1108.

inducido al sujeto a disponer de su patrimonio en un determinado sentido

- Análisis de testimonios. El estado mental de una persona puede juzgarse, a falta de su examen directo, por sus actos, manifestaciones de su afectividad y la expresiones de su conducta. De todo ello pueden dar a menudo cuenta los médicos que lo hayan tratado e incluso personas profanas que hayan tenido relaciones con él. No hay que olvidar la parcialidad de algunos de estos testimonios.
- Los escritos realizados por el sujeto, antes y después del testamento tiene n una importancia considerable para la peritación de su estado mental.

Con todos estos componentes se estará en disposición, en la mejor de las ocasiones, para la realización de un informe pericial.

3. CRITERIOS MÉDICOS PARA VALORAR LA CAPACIDAD DE LA PERSONA

La evaluación de la capacidad es una de las cuestiones clave todavía no resueltas por la teoría general del consentimiento⁴⁵, sin embargo, es un elemento que preocupa cada vez más a los médicos debido a la gran cantidad de ocasiones en las que se presentan situaciones dificultosas relacionadas con la toma de decisiones o la realización de actos que potencialmente pueden tener repercusión jurídica. Quizás, dichas circunstancias, se tornan más conflictivas cuando se trata de edades extremas de la vida: los menores y los ancianos.

45 SIMON-LORDA, P. "La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente", *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, v. 28, n° 2, 2008.

La Ley 41/2002 de 14 de Noviembre sobre autonomía y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, ha otorgado al médico la potestad de evaluar la capacidad de los pacientes en aquello relacionado con la información y consentimiento dentro el ámbito sanitario⁴⁶, sin embargo, no dispone cuales deberían ser los criterios bajo los cuales se debe realizar dicha valoración.

Así, en la práctica médica, frecuentemente, el facultativo utiliza para valorar la capacidad de un paciente herramientas no estandarizadas como la entrevista clínica, su experiencia profesional y el sentido común⁴⁷, lo que hace que se convierta la mencionada valoración en un acto subjetivo. La misma facultad asiste al Notario.

También es cierto que, ante determinadas actuaciones médicas de gran relevancia y/o trascendencia para la salud o integridad psicofísica del individuo, si los médicos que habitualmente le atienden encuentran dudas acerca de su capacidad, un acto de responsabilidad debería comprender la solicitud de colaboración de un compañero especialista en neurología o psiquiatría que practicase las exploraciones y test, que si bien so utilizados con otros fines, puedan poner de relieve la capacidad o incapacidad del sujeto.

En Estados Unidos y tras algunas décadas de estudio acerca de los métodos a utilizar para evaluar la capacidad de las perso-

46 Art. 5.3 de la Ley 41/2002: *“Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información...”*.

Art. 9.3 a) de la Ley 41/2002: *“Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia”*.

47 SIMON-LORDA, P. *op. cit.*

nas para la realización de actos relacionados con la emisión del consentimiento en la esfera médica, principalmente, adquirieron relevancia los criterios de Appelbaum y Roth (1982), cuyo nivel de exigencia es progresivamente mayor:

1. El sujeto expresa una decisión (Elección).
2. El sujeto comprende realmente los problemas más relevantes del estudio (Comprensión).
3. El sujeto maneja racionalmente la información de forma adecuada (Razonamiento).
4. El sujeto aprecia correctamente la situación en la que se encuentra (Apreciación).

Estos cuatro criterios han servido de base para la elaboración de algoritmos sencillos de toma de decisiones⁴⁸ y constituyen el fundamento de uno de los procedimientos clínicos de evaluación de la capacidad más sólidamente validados en el momento actual, el MacArthur Competence Assessment Tool, diseñado por Grisso, T. y Appelbaum, p. S.¹⁵.

Por otra parte, es evidente que para la evaluación de la capacidad de las personas, además de tener en cuenta las funciones mentales superiores a través de los criterios anteriormente expresados, hay que tomar en consideración el grado de complejidad del acto que el sujeto va a realizar. De tal forma que, no se requerirá la misma capacidad para una toma de decisiones compleja que sencilla. Este es el fundamento de la llamada Escala Móvil de Capacidad⁴⁹.

48 MILLER, S.S. y MARIN, D.B., "Assesing patients". *Psychiatric Emergencies*, 200, 18 (2), pp. 233-242.

49 DRANE, J.F. "The many faces of cometeney", *Hasting Cent. Rep.*, 1.985, Abril pp 17-21. Las múltiples caras de la competencia. En Couceiro, A. Madrid, Triacastela 1999, pp. 163-176.

Drane distingue tres grados progresivos de exigencia en las decisiones sanitarias:

— En el primer nivel los criterios de competencia consisten en Conocer (conciencia básica de la propia situación) y Asentir de manera explícita o implícita a las opciones que se le proponen al sujeto. No cumplen estos requisitos básicos y son por lo tanto incompetentes las personas en estado de inconsciencia, coma o Estado Vegetativo Persistente, los niños pequeños y las personas con retraso mental severo o con demencias avanzadas. Cumplen los requerimientos, en cambio, algunos grupos como los niños, las personas con retraso mental y los que padecen formas moderadas de demencia, por lo que son competentes para esta categoría de decisiones de baja exigencia, que incluyen el consentimiento de tratamientos eficaces y el rechazo de tratamientos ineficaces.

— En el segundo nivel, los criterios consisten en Comprender la situación médica y el tratamiento y en la capacidad de Elegir basada en las expectativas aportadas por el médico.

En esta categoría son incompetentes las personas con trastornos afectivos severos, los pacientes con fobia al tratamiento, los mutistas, las personas con problemas mnésicos (de memoria) y cognitivos, los pacientes con distorsiones psicopatológicas severas y todos los competentes o incompetentes para la categoría 1. A juicio de Drane, los adolescentes, las personas con retraso mental leve y los trastornos de personalidad con defensas no psicóticas son competentes para esta categoría de decisiones de exigencia media, por lo que pueden consentir o rechazar tratamientos de eficacia dudosa.

— Finalmente, en el tercer nivel los criterios consisten en Apreciar (comprensión reflexiva y crítica) la enfermedad y el

tratamiento y en Decidir de forma racional basándose en consideraciones relevantes que incluyen creencias y valores sistematizados. Son incompetentes para esta categoría los pacientes indecisos o ambivalentes, los que tienen creencias erróneas sobre la realidad, las personas con mecanismos de defensa neuróticos, los paciente hipomaniacos y los deprimidos leves y todos los recogidos en las categorías 1 y 2. Serán competentes los adultos, los enfermos reflexivos y autocríticos y las personas con mecanismos de defensa maduros, que podrán consentir tratamientos ineficaces y rechazar tratamientos eficaces.

La escala móvil de Drane ha sido criticada, fundamentalmente, porque introduce un criterio “paternalista”: la valoración de lo que es una decisión difícil o no depende de un balance riesgo/beneficio que realizan otras personas (los médicos) diferentes a los propios sujetos⁵⁰.

Según afirma Simon-Lorda⁵¹, en España, salvo error u omisión, no existen protocolos validados de evaluación de la capacidad, siendo lo más cercano a ello el “Documento Sitges 2005” al que vamos a hacer referencia más adelante. Por otra parte, la aplicación de los estudios norteamericanos requeriría la extrapolación a nuestra cultura de los test y escalas americanas.

El objetivo del Documento Sitges era establecer los criterios básicos que orienten la evaluación de la capacidad de las personas con Demencia para tomar decisiones en seis ámbitos diferentes:

1. Decisiones que influyen en la propia salud

50 DEMARCO, J.P. “Competence and Paternalism”, *Bioethics*, 2002, 16 (3), pp. 231-245.

51 SIMON-LORDA, P. *op. cit.*

2. Sobre la participación en investigaciones
3. Relacionadas con el patrimonio (transacciones económicas, otorgamiento de poderes, testamentos)
4. Relacionadas con actividades propias no laborales
5. Decisiones sobre sí mismo diferentes a las anteriores
6. Decisiones sobre otras personas sobre las que se tiene responsabilidad no laboral.

A pesar de que el Documento Sitges explora hasta 16 aspectos neurológicos intervinientes en la toma de decisiones y que configuran criterios de capacidad, no se encuentra validado y los propios autores del mismo afirman que los resultados son arbitrarios en la medida en que se derivan de la opinión subjetiva de personas, aunque estas sean expertas y hayan alcanzado un consenso, faltando, no obstante, la realización de trabajos sobre una muestra controlada de individuos⁵².

En el mes de abril de 2009 se presentó en Madrid el libro “Documento Sitges 2009. Capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia: Reflexiones, derechos y propuestas de evaluación”⁵³ coordinado por la Dra. Boada Rovira y el Dr. Robles Bayón y en el que han participado en un equipo multidisciplinar entre los que se encuentran magistrados, Foro de los pacientes y expertos en Bioética, con el objeto de intercambiar conocimientos e información entre áreas de competencia profesional, jurídico— legales, sociales, de la neuropsicología y de la bioética en el ámbito de las demencias.

52 SIMON-LORDA, P. *op. cit.*

53 BOADA, M. y ROBLES, A. (Eds). *Análisis y Reflexiones sobre la capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia: “Documento Sitges”*, Barcelona, Glosa, 2005.

El grupo de trastornos cognitivos y de la conducta de la Sociedad Española de Neurología creyó de interés analizar en profundidad las múltiples y variadas situaciones que aparecen a lo largo del periodo evolutivo de una demencia, y el tipo de decisión que el enfermo puede tomar por sí sólo o bajo ayuda de otra persona, con el concurso de los conocimientos jurídicos y legislativos vigentes.

El proyecto nace al constatar la ausencia de procedimientos de valoración y, al mismo tiempo, la necesidad de propiciar un acercamiento entre las sociedades médica y jurídica, en el ámbito particular de las demencias, e iniciar un diálogo fluido y eficaz entre ambas.

A partir de esta iniciativa, Mercedes Boada y Alfredo Robles elaboraron un programa de trabajo y coordinaron debates de un grupo de expertos en diferentes competencias profesionales, con el fin de profundizar en el conocimiento de situaciones en las que existe menoscabo de la capacidad y competencia mentales. Estas situaciones requieren de procedimientos de detección y evaluación como los que se proponen en este documento. El resultado del trabajo podría ser interpretado a modo de guía clínica o como un protocolo de actuación semiestructurado.

Las propuestas que se vierten en este documento son el fruto de un debate y un consenso entre un grupo de expertos y no tienen un valor absoluto. Su difusión no cierra un periodo de actividad, ya que éste permanece abierto para avanzar en el conocimiento de la bioética y de las demencias.

En una entrevista realizada a la Dra. Boada Rovira⁵⁴, esta

54 DE LA VEGA, R. y ZAMBRANO, A. "Entrevista temática a la Dra. Mercé Boada Rovira: Documento de Sitges (en línea)". *La Circunvalación del hipocampo*, Enero de

señala que el documento pretende aportar elementos útiles a jueces, notarios, abogados, médicos, pacientes y familias cuando se estuviera valorando la capacidad de una persona con demencia para tomar decisiones.

Las decisiones que se contemplan en el Documento de Sitges 2009 se han agrupado en dos grandes grupos más operativos: Decisiones que influyen en la esfera personal y Decisiones que influyen en la esfera patrimonial, categorizadas de mayor a menor responsabilidad y en qué manera influyen sobre uno mismo o sobre terceros.

El estudio se centra en la propuesta de emitir un juicio global que contenga una exploración rigurosa del estado cognitivo y emocional de la persona; que describa su entorno sociocultural y las responsabilidades que éste le demanda, como gestionar la economía familiar, gobernar la casa, cuidar de un familiar o a los nietos, y que contemple voluntades, convicciones y creencias.

El documento analiza también entre otra figuras jurídicas la autotutela y el documento de voluntades anticipadas; propone ampliar las condiciones de la guarda de hecho para facilitar su función y en su conjunto evitar la incapacitación total como solución fácil a la pérdida de autogobierno, proponiendo la incapacitación progresiva, parcial y “a medida” para resolver las situaciones concretas y mantener la autonomía de la persona el mayor tiempo posible.

2009 (consulta: 8 de Abril de 2009). Disponible en <http://www.hipocampo.org/entrevistas/mboada/asp>.

4. CONCLUSIONES

4.1. El médico ostenta la condición de garante de las condiciones psicofísicas requeridas en un sujeto para disponer de capacidad. Sin embargo, en la práctica cotidiana aparecen situaciones conflictivas que requerirían de un consenso sobre la evaluación de la capacidad.

En relación con el Notario, ocurre lo mismo pero en otra esfera, la jurídica, por lo que sería conveniente la utilización de métodos sencillos de aplicar y evaluar para objetivar la capacidad de las personas.

En la mayoría de las ocasiones los Médicos y Notarios utilizan como herramientas la entrevista, la experiencia y el sentido común, lo que convierte a dicha valoración en subjetiva y con posibilidad de interpretaciones erróneas y, por tanto, susceptible de tener consecuencias jurídicas, por lo que sería conveniente la objetivización de los elementos a tener en cuenta en la evaluación de la capacidad.

4.2. No existe un criterio uniforme en relación con la madurez del menor y su evaluación para la realización de actos determinados.

4.3. Es necesaria una regulación estatal sobre los ingresos en residencias geriátricas a personas que tienen mermadas o anuladas sus capacidades intelectivas o volitivas.

4.4. No existe todavía una exploración estandarizada y validada en nuestro país sobre la capacidad de un sujeto en la toma de decisiones relevantes para su persona o sus bienes.

4.5. En la valoración de la capacidad de las personas no sólo es suficiente la valoración psiquiátrica, sino también la neurológica.

4.6. Para la valoración de la capacidad de un sujeto es necesario tener en cuenta no sólo la evaluación de sus funciones mentales superiores, sino también la complejidad del acto que vaya a realizar.

LA CAPACIDAD PARA REALIZAR ACTOS CON EFICACIA JURÍDICA, EN LA JURISPRUDENCIA

Isaac Tena Piazuelo
Profesor Titular de Derecho civil

1. INTRODUCCIÓN

Las cuestiones relativas a la capacidad-incapacidad siempre han sido cruciales para el tráfico jurídico, en general, y uno de los temarios fundamentales del Derecho civil. Sin embargo es justo reconocer que, probablemente, la consideración del aspecto social —incluso humano— de la incapacidad con frecuencia han estado en un plano solapado respecto del jurídico, ya que el mundo del Derecho parecía más interesado por los aspectos puramente técnicos o conceptuales.

Sea como fuere, creo que muchas cosas han cambiado en los últimos lustros —y para mejor—, probablemente desde los años de 2003 —no por casualidad— Año Europeo de las personas con discapacidad⁵⁵. Tal vez la presente publicación, que

⁵⁵ Sin mencionar que la reforma de 1983 supuso un cierto avance en el régimen que el Código civil dedica a la incapacidad.

reúne desde una perspectiva tan ampliamente multidisciplinar los trabajos de un significativo número de profesionales y expertos, no es sino una de tantas posibilidades de confirmar aquella percepción. Pese a esa profundidad de campo multidisciplinar, me corresponde abordar un aspecto específicamente jurídico: la capacidad para realizar actos con eficacia jurídica, en la Jurisprudencia. El conjunto de sentencias que se ocupan de esta materia parece bastante voluminoso. Pero a cambio resulta, en general, bastante fácil agrupar los pronunciamientos jurisprudenciales en la medida en que suelen coincidir de manera concorde en los principios básicos. Si acaso, donde más vacilaciones pueden observarse todavía (porque, probablemente, estamos asistiendo a un asentamiento o consolidación de criterios) es en la generalización de la técnica de la anulabilidad como consecuencia de ineficacia de los contratos llevados a cabo por las personas incapaces.

El esquema argumental que me propongo seguir, expone por separado en primer lugar algunos conceptos instrumentales (sin necesidad de abundar en el detalle bibliográfico, con la doctrina acreditada), para abordar luego el análisis jurisprudencial (que no omita tampoco el de la valiosa doctrina contenida en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado). Porque aquello último podría resultar poco sistemático, de no seguirse al menos la pauta de las cuestiones discutidas en la doctrina científica por su relevancia.

Son varios los ámbitos problemáticos (prescindiendo de la mecánica ordinaria y de las consecuencias de las sentencias de incapacitación) que procede examinar aquí. Actos realizados por el mayor de edad, no incapacitado, que no cuente con capacidad natural o la posibilidad de autogobernarse. Actos realizados por el incapacitado, en contra de la sentencia que lo constituye en ese

estado civil, pero con verdadera conciencia y voluntad actuales por su parte. Actos personalísimos del incapacitado.

No se olvide que las sentencias del Tribunal Supremo, que puedan traerse en apoyo de cierta argumentación, deben entenderse en el limitativo contexto del propio recurso que resuelven, en el que no es extraño que se busquen soluciones de justicia material; lo que, por otra parte, no obsta a la finalidad nomofiláctica del recurso de casación, la determinación del derecho objetivo aplicable, por encima de la cuestión concreta que provoca el litigio que ya ha sido previamente valorada por el juzgador de instancia. Lo que, desde otro punto de vista, determina que deba procederse con cuidado para tratar de generalizar sus argumentos y principios a situaciones formalmente distintas.

2. ALGUNOS CONCEPTOS COMUNES SOBRE LA CAPACIDAD, EN SENTIDO JURÍDICO

2.1. CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE LAS PERSONAS

“Capacidad” e “incapacidad” son conceptos comunes del Derecho (cuyo desarrollo origina buen número tópicos jurídicos, realmente importantes en el tráfico), que se suelen explicar en contraposición: como aspecto positivo y negativo de una misma realidad. Es decir, de una manera muy simple aunque ajustada al sentido usual del lenguaje, podría afirmarse que la incapacidad es la falta de capacidad⁵⁶. Aunque es obvio que ambos conceptos deben matizarse, al menos para que se entiendan correctamente

⁵⁶ No voy a entrar en mayores precisiones de las que ahora proceden pero, solamente al efecto de establecer grandes rasgos, téngase en cuenta que en términos genéricos otra expresión común como “discapacidad” puede considerarse más o menos sinónima de “minusvalía”. Cfr., *vgr.*, ALBALADEJO, M. *Derecho civil*, I, Madrid, ed. Edisofer SL, 2006 (17ª ed.), p. 273.

en términos jurídicos⁵⁷. Capacidad, considerada en sentido genérico, es la aptitud para que una persona pueda ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas (“titularidad”, cuando se trata de tenencia efectiva de derechos u obligaciones); noción evidentemente amplia, que puede precisarse en función de que se trate de la aptitud para la mera tenencia y goce de derechos (“capacidad de derecho”, “capacidad de goce”, “capacidad jurídica” o, simplemente, “personalidad”), o bien de la aptitud para el ejercicio de derechos (“capacidad de obrar”, “capacidad de ejercicio”). La primera de esas acepciones interesa menos ahora, aunque tiene su propia importancia (que incluso conecta con principios de rango constitucional, como el art. 14 CE). A los fines —meramente instrumentales— con que expongo algunos conceptos relevantes sobre capacidad, conviene más la que denominamos entre otras posibilidades “capacidad de obrar”. Por su propia definición, son nociones distintas: la capacidad jurídica constituye un atributo de la personalidad, y como tal es inherente a la condición de ser humano, de todo ser humano; pero —como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁵⁸— ni la capacidad jurídica, ni la titularidad, bastan para que alguien pueda ejercitar sus derechos, o cumplir las obligaciones que le corresponden, ya que esa particular aptitud resulta de la capacidad de obrar.

La capacidad de obrar tiene carácter relativo, en función de las circunstancias que afectan a cada persona en particular. Ésta, justamente, es la premisa que permite abordar, dentro del títu-

57 Siendo, efectivamente, conceptos comunes y de importancia han sido frecuentemente tratados por la jurisprudencia y por la doctrina científica. En cuanto a ésta, *cfr.*, *vgr.*, —a quien sigo en este punto— MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “La persona y el Derecho de la persona”, en PABLO CONTRERAS, P. DE (coord.) *et al.*, *Curso de Derecho civil, I, Derecho privado. Derecho de la persona*, Madrid, ed. Colex, 2008 (3ª ed.), pp. 330 ss.

58 *Cfr. loc. cit.*, p. 330.

lo del presente trabajo, cuál es la postura de la jurisprudencia, cómo se valora la capacidad de las personas para realizar actos específicos. Desde el punto en que la capacidad de obrar resulta variable y contingente, hay que determinar cómo se obtiene una proporcionada certidumbre sobre la idoneidad para que determinadas personas lleven a cabo —con eficacia— determinados actos jurídicos concretos, en los casos en que puede ponerse en cuestión.

En detalle, la capacidad de obrar requiere una cierta inteligencia y la voluntad real (“capacidad natural de conocer y querer”) por parte del sujeto que pretende ejercitarla con efectos válidos (pues, aunque ambas formen parte de las características o de la condición humana, no se dan del mismo modo en todos los individuos, ni en todas sus actuaciones⁵⁹). Y esta exigencia, a su vez, introduce la necesidad de proveer determinados recursos de valoración (que proporcionen cierta seguridad jurídica). Pero ni siquiera acaban aquí las dificultades, pues la capacidad de las personas debe considerarse tomando en cuenta el ámbito en que se pretende actuar. Ya que la capacidad de obrar admite que pueda calificarse en función de ese ámbito, denominándola por ejemplo “capacidad negocial”, “capacidad procesal”, o “capacidad penal”. La primera de estas acepciones ya conlleva más estrecha relación con lo que yo debo exponer en estas líneas, la aptitud para realizar actos jurídico-civiles, para emitir y recibir en su caso declaraciones de voluntad.

Dentro de la categoría “capacidad de obrar” cabe distinguir manifestaciones o especies concretas, y en este sentido la “capa-

59 Es más, que cada cual pueda obtener consecuencias jurídicas de sus propios actos, tiene refrendo constitucional en el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).

cidad de obrar general” supone la posibilidad de realizar toda clase de actos y negocios que no requieran una cualificación de capacidad. Correlativamente el Ordenamiento jurídico puede establecer concretas exigencias para realizar válidamente determinadas actuaciones jurídicas; en tal sentido se precisa una “capacidad específica”, además de la general, para actos concretos como contraer matrimonio, otorgar testamento, o para tener la condición de adoptante, etc. Cabe también que, aunque se resume en la noción general de falta de capacidad, se trate de actuaciones, actos o negocios jurídicos, que no pueda realizar por sí solo determinado sujeto por tener una “capacidad incompleta”; a menos que su capacidad se complete por quien proceda (como sucede, por ejemplo, con determinados actos del emancipado, *cfr.* art. 323, 324 CC). La precisión o diferencia entre las situaciones de incapacidad, propiamente dicha, y las de capacidad limitada debe hacerse teniendo en cuenta que, según se trate, puede ser el propio sujeto afectado quien lleve materialmente a cabo el acto o, al contrario, deben actuar en su lugar quienes tengan la representación legal.

Según lo dicho anteriormente, las personas capaces podrán actuar válidamente en el tráfico en la medida que tengan capacidad natural suficiente. Ciertamente, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁶⁰, si se llevase al extremo la correspondencia entre capacidad natural y capacidad de obrar se haría necesario comprobar, cada a caso y momento a momento, la capacidad de autogobierno de cada persona; lo que, resultando excesivo, provocaría una paralización de la vida jurídica: “...nuestro Derecho, como otros de su entorno, ha optado por establecer una *capacidad general de obrar* (que permite realizar todos los actos de la vida

60 *Cfr. loc. cit.*, p. 333.

jurídica que no exijan una capacidad distinta: *cf.* art. 322 CC) y por vincular esta capacidad general de obrar a la concurrencia de circunstancias objetivas y fácilmente comprobables: la edad y la ausencia de incapacitación judicial". Y, en suma, se establece una presunción (por supuesto, de carácter *iuris tantum*) legal de capacidad natural a favor de los mayores de edad que no hayan sido incapacitados. Justamente es éste el terreno en que puede tener especial interés el análisis de la Jurisprudencia; en cambio las consecuencias de la situación que resulta de la incapacitación, cuando una persona no respeta las restricciones que a su capacidad de obrar se establecen en la correspondiente sentencia, están normalizadas caso a caso por la propia resolución que establece ese estado civil. Sobre todo interesa saber qué sucede cuando alguien, que está amparado por aquella presunción de capacidad, en realidad no goza de la necesaria capacidad de autogobierno para llevar a cabo determinado acto jurídico. Y creo que, como digo, interesa la postura de los tribunales puesto que el derecho positivo no ofrece respuesta a esa cuestión de manera general y predeterminada, de tal modo que las soluciones pueden ser muy diversas.

Evidentemente la presunción de capacidad queda excluida cuando una persona resulta incapacitada. Incluso en este caso podría jugar la consideración contraria. Pues la validez de los actos llevados a cabo contra lo dispuesto en la sentencia de incapacitación (por la propia eficacia de la cosa juzgada material⁶¹)

61 En los términos previstos en el art. 223.-3 LEC: "...En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil". Téngase en cuenta la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos; y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección

no puede ser mantenida por los terceros, demostrando la conciencia y voluntad suficiente del incapacitado. Consecuencia que sin duda favorece correlativamente la defensa del incapacitado, ya que bastaría alegar la incapacitación para poder impugnar los contratos que haya celebrado⁶². Con todo, matiza ALBALADEJO (aunque advierte que hay opiniones en contra) que el fallo de incapacitación no fundamenta, por sí solo y definitivamente, que en los todos los actos posteriores del incapacitado carece éste de entendimiento y voluntad⁶³.

La problemática antes expuesta no resulta inverosímil en absoluto, incluso se presta especialmente al acontecimiento cuando el trastorno que determina la incapacitación de una persona no se manifiesta de manera constante o permanente, sino que tiene carácter cíclico, o llega a remitir (evidentemente, antes de que se produzca la reintegración de capacidad o se modifique la precedente sentencia de incapacitación). Aun en estas situaciones cabría hacer algunos distingos, para determinar las consecuencias o la eficacia de los actos del incapacitado. Desde luego si lleva a cabo actos que no pueden considerarse comprendidos en la medida de su incapacitación —según sentencia— serán válidos en cuanto tenga conciencia y voluntad suficientes, e inválidos en caso contrario⁶⁴. Pero, ¿si se trata justamente de actos que no

patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la normativa tributaria con esta finalidad.

62 Cfr. PARRA LUCÁN, M^a Á., “Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar”, en PABLO CONTRERAS, P. DE (coord.) et al., *Curso de Derecho civil, I, Derecho privado. Derecho de la persona*, Madrid, ed. Colex, 2008 (3^a ed.), p. 444.

63 Cfr. *Op. cit.*, p. 268, en donde puede verse el detalle argumental que utiliza para demostrar la falsedad de la afirmación de que puede presumirse lo contrario.

64 Resulta muy interesante la exposición de ALBALADEJO, *cfr. Op. cit.*, pp. 270-271, que aclara que admitir la validez de aquellos actos pondría de relieve que lo que persigue la ley solamente es que ciertos actos no se celebren cuando *de hecho* no se está

debería haber realizado —una vez más, según sentencia—, pero que se efectúan con inequívoca conciencia y voluntad? Hay que tener en cuenta que es la sentencia de incapacitación (por encima de lo que, en general, disponga la ley sobre la capacidad requerida para un acto) la que permitirá calificar la trascendencia de la actuación de un incapacitado concreto. Fuera de lo previsto en ella, no hay una regla general⁶⁵. Todavía es más complicada la solución de aquel interrogante, si nos referimos a las actuaciones a las que no alude la sentencia de incapacitación; ante lo que propone PARRA LUCÁN, “en cada caso debe analizarse la norma y la naturaleza del acto para precisar si, en función de lo dispuesto en la sentencia, puede actuar el incapacitado o su representante o ninguno de los dos”⁶⁶. De tal modo que, aunque sea cierto que es la sentencia de incapacitación la ley particular de la situación del incapacitado, creo que no es razonable pretender que se deba minusvalorar su capacidad (en cuanto supusiera un desconocimiento de su capacidad) en aquellos casos en que efectivamente

en condiciones mentales de otorgarlos. La validez de los actos no comprendidos en la sentencia de incapacitación no sería una excepción al principio de invalidez durante el período de incapacitación, sino que vendría determinada simplemente por tratarse de un acto perteneciente a un ámbito de actuación en el que no hubiera sido privado de capacidad.

65 Tal como afirma PARRA LUCÁN, *cfr. loc. cit.*, pp. 447-448. Aunque esta autora recuerda que hay casos en que la falta de mención expresa en la sentencia sobre la incapacidad de un sujeto, permite considerarlo capaz para determinado acto (como sucede en cuanto al ejercicio del sufragio, en los términos del art. 3.1.b) LO 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general); y hay otros actos, de naturaleza claramente personalísima, que deben quedar reservados únicamente al sujeto interesado: contraer matrimonio, separarse o divorciarse (aunque haya de tenerse en cuenta el criterio contrario de la STC de 18 de diciembre de 2000), la reconciliación conyugal, reconocer un hijo, o la remisión de las causas de indignidad para suceder; en cuanto a los supuestos relacionados con la integridad física del incapacitado, *cfr. ibidem*.

66 *Cfr. loc. cit.*, p. 448 en donde, además, la autora cita algunas soluciones legales específicas.

tiene una conciencia y voluntad idóneas (aun estando vigente la situación de incapacidad). Ejemplo paradigmático de que puede ser así encontramos en la posibilidad de que el incapacitado contraiga matrimonio u otorgue testamento (*cfr.*, respectivamente, art. 56.-2 y 665 CC, a lo que cabría añadir la previsión del art. 121 CC para el reconocimiento de hijo), en aquellos casos (no del todo infrecuentes, en que la sentencia de incapacitación no entre en demasiadas precisiones) en que falte una prohibición expresa de otorgar el consentimiento. A mayor abundamiento, me pregunto si enunciar una regla absoluta de invalidez de los actos del incapacitado, realizados en período lúcido, no sería tratarlo “peor” que al incapaz natural. A esta situación me referiré a continuación. Tiene razón ALBALADEJO, cuando afirma que “...lo que la ley no permite nunca es que la incapacitación prive a la persona de *toda* su capacidad”⁶⁷. El mismo autor reconoce que el planteamiento puede parecer sorprendente, que “...al incapacitado, por ejemplo, por locura, no se le priva de toda su capacidad, cuando, si está loco, no parece que haya justificación para conservarle la de realizar ciertos actos. Y más pasmoso puede parecer todavía que la capacidad que se dice conserva, alcance a actos como el casarse o el testar, que cabe incluso estimar de más importancia que los económicos *inter vivos*, para los que la capacidad sí le resulta suprimida”. Resolviendo la aparente sorpresa, aclara que en realidad la sentencia de incapacitación solamente está privando al incapacitado de la posibilidad de consentir

67 *Cfr. Op. cit.*, p. 265. Como justificación de que realmente es así, añade: “la ley estima que la aptitud para ciertos actos, no debe depender de la incapacitación o no, sino de que la persona que se halle en ciertas circunstancias independientes de la incapacitación (p. ej., ser mayor de catorce años, para poder testar), esté en condiciones de querer conscientemente al otorgarlos. Por eso valen, procedan o no de un incapacitado judicialmente, cuando quien los celebra se halle en las circunstancias pedidas por la ley (p. ej., más de catorce años para testar, o ser menor emancipado o mayor, para casarse)”.

(capacidad) en cuanto a los actos que no podría realizar por sí, precisamente por haberse encomendado legalmente a la representación de su tutor⁶⁸. Por eso el citado autor llega a la conclusión que comparto: los actos no confiados al tutor (como los que tienen carácter personalísimo), pese a la incapacitación, podrán ser ejecutados por el incapaz que se encuentre en un momento de lucidez⁶⁹. Aun, con todo, puede haber actos para los que no haya una concreta previsión legal sobre si la incapacitación priva o no de capacidad para ejecutarlos. La regla sigue siendo —según ALBALADEJO— la misma: si corresponden al ámbito en que debe actuar el tutor, en lugar del incapacitado, carecerá éste de capacidad para realizarlos (aun en período lúcido, ya que se trataría de actos encomendados al tutor por la sentencia de incapacitación); si no corresponden a la competencia del tutor “...normalmente será debido a que se hallen dentro de la capacidad no sustraída, pero no cabe excluir de modo absoluto que, por excepción, se trate de supuesto de un acto para el que se perdió la capacidad, pero en que la ley haya querido que cuando no pueda otorgarlo el interesado no tenga otra la facultad de realizarlo por él. En este caso, puesto que no se conserva la capacidad para el acto, ni aun en intervalo lúcido puede otorgarlo”⁷⁰.

Las ideas anteriores pueden servir de pauta, aún de modo bastante relativo, para determinar si el incapacitado “podía” o

68 Cfr. *Op. cit.*, p. 266.

69 Cfr. *Op. cit.*, *ibídem*. El autor expone el argumento: “No veo otra solución que ésta, o la de entender que se privaría al incapacitado de capacidad también para actos que el tutor no puede realizar por él. Pero esta otra solución no tiene ventaja alguna sobre la que defiendo..., mientras que la que defiendo tiene en su apoyo dos razones: primera, estar a favor de la menor restricción de capacidad, que es regla que hay que acoger en caso de duda; segunda, hacer posible que, como sigue siendo capaz, el incapacitado realice por sí el acto cuando disfrute de un intervalo lúcido”.

70 Cfr. *Op. cit.*, p. 267.

no celebrar determinado negocio, pero ¿y si, no pudiendo, no obstante lo lleva a cabo? Entonces entrará en juego lo señalado en el art. 1263.-2º (a lo que luego me referiré) que dispone que los incapacitados “no pueden prestar el consentimiento”. Aun así y todo, no debiendo realizar el acto, solamente el propio incapacitado (si recobrase la capacidad) o su representante legal podrían impugnarlo ejercitando la acción de nulidad (incluso cabría considerar que tal posibilidad, de impugnación, puede resultar abusiva *ex art. 7 CC*⁷¹); de tal manera que, por la aplicación de la técnica de anulabilidad, si transcurriese el término para hacerlo, el resultado sería el mismo que si el incapacitado hubiese llevado a cabo un acto para el que sí disponía de capacidad⁷².

2.2. LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS AFECTADAS DE INCAPACIDAD NATURAL

La consecuencia de la presunción legal de capacidad, antes enunciada para quienes tienen el estado civil de mayoría de edad y no han sido incapacitados (con independencia de que, tal vez, debieran serlo), es que ha de considerárseles como plenamente capaces de obrar⁷³. Esta cuestión resulta especialmente clara, si se

71 *Cfr.* ALBALADEJO, *Op. cit.*, p. 269. Por ejemplo si recupera completamente la salud y, ocultándolo y antes de instar el juicio restitutorio, prefiere volver a celebrar en mejores condiciones los mismos contratos que ya había llevado a cabo.

72 Por supuesto, en el entendido de que el incapacitado ha podido prestar alguna suerte de consentimiento no excluido por una voluntad inidónea de querer. No cuando ésta, el consentimiento en sí mismo, falte absolutamente. Pues este supuesto sería propiamente de nulidad radical, por falta de consentimiento (*cfr.* art. 1261 CC), y no de anulabilidad, tal como la jurisprudencia pone de manifiesto.

73 *Cfr.* PARRA LUCÁN, M^a Á., *loc. cit.*, pp. 433 y 453 ss. Aclara esta autora (*cfr.* p. 434) que para la validez de un acto se requiere una “capacidad de obrar abstracta” o “legal”, que se atribuye a quien no habiendo sido incapacitado tenga la edad requerida para dicho acto; pero, además, “es necesario atender a la disposición psíquica concreta, a

considera que el estado civil de incapacitado debe quedar establecido por un pronunciamiento judicial; dicho de otro modo, “no hay incapacitación si no hay una sentencia que cree la situación jurídica de la persona incapacitada”, puesto que la sentencia (una vez alcance firmeza) resulta constitutiva del estado civil de incapacitado, aunque produce sus efectos —sin retroactividad— *ex nunc*⁷⁴. Este sistema puede parecer magnífico y garantista, pero... en la medida en que se aplique..., en la medida en que cada situación de incapacidad *de hecho* tenga un tratamiento *de derecho* a partir de la correspondiente sentencia de incapacitación. Lo que no se corresponde exactamente con la realidad. Más bien aquel sistema resulta un tanto ineficaz, pues en la práctica —advierte PARRA LUCÁN— las incapacitaciones no se producen: “El paso del tiempo ha puesto de relieve cómo el sistema institucional de la incapacitación y el consiguiente sometimiento del incapacita-

que el sujeto esté en condiciones de poder llevar a cabo el acto en cuestión, a su aptitud mental, a su entendimiento y voluntad (a la ‘capacidad natural’), que puede concurrir o no en el momento de otorgamiento de un acto con independencia de que el sujeto esté incapacitado o incluso de que pueda serlo”.

Como recuerda ALBALADEJO, M. (*cfr. Op. cit.*, pp. 221-222) la doctrina y la jurisprudencia, de manera constante, han considerado que las incapacidades no se presumen, “sino que han de hallarse efectivamente establecidas por la ley (que, en principio, está a favor de la mayor libertad de actuación del sujeto), y las establecidas son de interpretación restrictiva, y ha de probarse que concurren en la persona de que se trate; siendo esta consecuencia cuestión de hecho a apreciar por los Tribunales”.

74 PARRA LUCÁN, *cfr. loc. cit.*, p. 434 y 444. Esta autora hace una síntesis magnífica del derecho actual sobre incapacitación, y su tránsito respecto del régimen anterior a la importante reforma del Código en materia de tutela operada por la Ley 13/1983. Y enlaza el carácter excepcional de la incapacitación con los principios constitucionales contenidos en artículos como el 10, 17, o 49 CE. Siendo, efectivamente, la sentencia constitutiva de la situación jurídica del incapacitado, comporta como consecuencias —sigo de nuevo a PARRA LUCÁN— que se priva al incapacitado de capacidad de obrar en el ámbito a que la resolución judicial se refiera; que los actos realizados indebidamente, por exceder de lo previsto en la sentencia de incapacitación, podrán ser impugnados.

do a un sistema de guarda (tutela, curatela) adolece de una rigidez y de una falta de flexibilidad que lo hace insuficiente para proteger a las personas que necesitan protección". A lo que hay que añadir otra dificultad real, campo abonado a la duda sobre la eficacia jurídica de determinados actos: la defectuosa definición (más allá de determinar si la medida de protección es la tutela o la curatela) que, con frecuencia, hacen las resoluciones de incapacitación sobre los ámbitos de actuación del incapaz que quedan afectados por ellas⁷⁵. Sin contar con que probablemente todavía se da una cierta resistencia hacia las medidas de incapacitación, pues aún no ha calado ampliamente en la sociedad la idea de que se trata tanto o más de un mecanismo de protección que de control. Aunque el sistema de incapacitación fuese más flexible y más eficaz de lo que en realidad es, por otra parte, no resultaría razonable pensar que el Ordenamiento no deba disponer medidas de protección de la persona que efectivamente carece de capacidad de autogobierno, antes de su incapacitación judicial, y de quienes con él se relacionan. Este extremo será documentado más adelante, conforme a la Jurisprudencia.

El marco normativo para valorar la validez de los actos del incapaz natural se establece según el principio contenido en el art. 1263.-2º CC, cuando afirma que los incapacitados no pueden prestar el consentimiento. Ciertamente dicho principio debe tomarse con algunas reservas pues, para empezar, su formulación resulta sumamente defectuosa: no es que los incapacitados no "puedan" prestar su consentimiento, sino más bien la cuestión es la eficacia del mismo, de los actos que origina dicho consentimiento. Desde luego, por "incapacitados" ha de considerarse, en los términos de aquel precepto, los que lo han sido judicialmen-

75 *Cfr. loc. cit.*, p. 435 y 444.

te⁷⁶. Por lo que no debería tenerse en cuenta respecto aquellos que, sin tener capacidad natural, no han resultado incapacitados por sentencia; aquí, realmente el vicio que invalidaría el acto sería —en su caso, de manera actual— la falta de consentimiento para llevarlo a cabo (*cf.* 1261.-1º CC, en relación con la nulidad absoluta), u otros vicios que lo afectasen de manera menos severa (*cf.* el régimen de anulabilidad, contenido en arts. 1300 ss. CC). También debe valorarse que el mencionado principio no parece constituir una prohibición, y que, en todo caso, tendría que referirse solamente al consentimiento prestado en actos *inter vivos*⁷⁷.

Muy bien resume PARRA LUCÁN el *status quaestionis* a propósito de la ineficacia de los actos realizados por el incapaz natural. A falta de solución terminante por parte del Código, la doctrina y la jurisprudencia habían considerado que se trataba de actos afectados por una nulidad radical y absoluta, no siendo susceptibles de confirmación, con la consecuencia de que se extendía a cualquiera la legitimación para impugnarlos. Mas en la actualidad resulta mayoritario el criterio de someter aquellos actos a un régimen de anulabilidad, por supuesto, siempre que en el caso concreto no haya una falta de total de consentimiento por parte del incapaz. Con las consecuencias de que se restringe la legitimación para impugnarlos (al representante del incapaz, pudiendo hacerlo éste mismo si estuviera en condiciones, y el Ministerio fiscal —éste, *ex* 299 bis CC—), que las personas capaces no pueden alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron (*cf.* art. 1302 CC), y que el incapaz solamente tendrá que restituir en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera (*cf.* art. 1304 CC)⁷⁸.

76 *Cfr.* ALBALADEJO, *Op. cit.*, p. 267 y nt. 9.

77 *Cfr.* ALBALADEJO, *Op. cit.*, p. 265.

78 *Cfr. loc. cit.*, pp. 454-455.

Aunque parezca elemental, es importante tener en cuenta que el incapaz natural no incapacitado no está sometido a las consecuencias de la incapacidad declarada judicialmente. De tal modo que, aunque puedan impugnarse los actos que realice, deberá ser mediante la demostración específica, y caso a caso, de que carecía del entendimiento preciso para realizarlos⁷⁹. De otro modo, por encima de la verdad material, debería preponderar la presunción general de capacidad.

2.3. LOS ACTOS PERSONALÍSIMOS DEL INCAPAZ

Los problemas de falta de capacidad de obrar de los incapacitados, en buena medida, se superan mediante mecanismos de representación y de complemento de capacidad, cuando se faculta al tutor o al curador para actuar en nombre de aquéllos o para completar su capacidad. Pero se plantea una dificultad básica en cuanto se trate de actos que solamente puedan realizarse por el incapacitado (si tuviera capacidad bastante), pero no por otra persona en su lugar. Justamente ésta es la cuestión relativa a los *actos personalísimos*, aquellos que por ser inherentes a la persona de su titular, no pueden delegarse, ni ejercitarse por otro. Al menos éste venía siendo el criterio tradicional⁸⁰. Negar de manera

Cfr. SALAS MURILLO, S. DE, "La opción por la nulidad o la anulabilidad en la protección del incapaz natural y los que con él contratan" Revista de Derecho Privado, 91/2007, pp. 46 ss., en donde se detallan los argumentos de la postura a favor de la nulidad radical, los propios que propician la opinión de la anulabilidad, así como la postura intermedia, junto con sus respectivas consecuencias.

79 Cfr. PARRA LUCÁN, *loc. cit.*, p. 453.

80 Ese criterio tradicional era el que se consideraba también para las acciones de separación matrimonial, que reservaba la legitimación únicamente a los esposos. Ello no obstante no dejaba de haber aviso en la doctrina científica sobre las situaciones injustas que a resultas de aquéllo podían originarse. Así ESTRADA ALONSO, E., ("La legitimación del tutor para interponer demanda de separación del incapacitado",

absoluta que cualquier incapacitado pudiera llevarlos a cabo —al menos, en algunos casos— sería equivalente a negar a todos ellos capacidad en dicho ámbito⁸¹. Sin embargo sucede que, al margen de la esfera contractual, el incapacitado —siéndolo, no obstante— puede llevar a cabo actos personalísimos, siempre y cuando se encuentre en intervalo lúcido con unas mínimas condiciones de razón. “La validez de esos actos —señala PARRA LUCÁN—

Actualidad Civil, 1999-1, pp. 293 ss.) proponía la legitimación del tutor para interponer —previa autorización judicial— la demanda de separación matrimonial en nombre de un cónyuge incapacitado. Se fija en que los actos “que el tutelado puede realizar por sí solo, vienen establecidos en la ley expresamente o en la sentencia de incapacitación. De modo que el legislador no se opone a que el tutor ejercite algunos de los denominados actos personalísimos que referidos a los incapaces dejan de serlo o, mejor dicho, dejan de poder realizarse”, pues algunos de esos actos de no poder realizarlos el tutor son de imposible realización: “El incapaz puede tener una necesidad de separarse apremiante, pero es muy probable que no tenga voluntad de querer hacerlo porque desconozca absolutamente su derecho a hacerlo o porque le sea imposible organizar mínimamente los trámites previos de preparación del procedimiento” (*cf. loc. cit.* p. 295). El mismo autor venía a reconocer, entonces, ya que no la debilidad de su planteamiento, su inferioridad en la doctrina: “Advertíamos antes de la infinidad de circunstancias en las que se puede encontrar el incapaz tan difíciles de prever por el legislador. Una de ellas, sin duda, es el trato indigno que le obligaríamos a soportar, calificando como personalísimo el acto de la separación, si un incapaz que tenga absolutamente mermadas sus funciones psicológicas, tuviere que soportar una situación matrimonial perjudicial para su persona y bienes. Piénsese por ejemplo, en supuestos de malos tratos, abandono, alcoholismo...de su cónyuge que aconsejen la suspensión de la vida en común. Sin duda el matrimonio y la separación son actos personalísimos. Desde esta premisa la mayoría de la doctrina se ha decantado por una solución fácil y puramente positivista que desemboca en condenar al incapaz a desarrollar su vida vinculado matrimonialmente a una persona aunque no lo desee...” (*cf. loc. cit.* pp. 297-298). Se basaba, en favor de lo que proponía, en principios como el de igualdad, el de tutela judicial efectiva, y el principio general de beneficiar al tutelado (*cf. loc. cit.* pp. 298 ss.).

81 Y como recuerda ÁLVAREZ LATA (*cf.* “El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada (Comentario y alcance de la STC 311/2000, de 18 de diciembre)”, *Derecho Privado y Constitución*, 15/2001, p. 32), chocaría —en perjuicio del incapacitado (*cf.* art. 14, 9.-2, y 49 CE)— con el principio de igualdad y con el principio de protección.

dependerá, con independencia de la incapacitación, de la aptitud del sujeto para prestar consentimiento matrimonial, de su grado de discernimiento en el momento del reconocimiento, y de su estado mental en el momento del otorgamiento del testamento”⁸². Y, por otra parte, sucede que los tribunales han llegado a admitir en algunos casos que las acciones personalísimas (*vgr.* la de separación matrimonial) también pueden ser ejercitadas por el tutor. Dentro de la categoría de actos personalísimos, el ejercicio de las acciones matrimoniales ha dado cierto juego en la jurisprudencia (en particular, resulta significativa la STC 311/2000, de 18 de diciembre), y correlativamente pueden encontrarse interesantes comentarios en la doctrina científica⁸³.

82 *Cfr. loc. cit.*, p. 445.

Resulta muy interesante el matiz que introduce ALBALADEJO cuando, tras afirmar que hay ciertos actos que solamente pueden realizarse por el propio sujeto, aunque esté incapacitado, añade: “Pero la capacidad que queda, si bien permite celebrar el acto, sin embargo, es... sin que se sigan los efectos de éste, sino sólo aquellos que caen dentro de lo que permite el estado de incapacitación del sujeto”. *Cfr. Op. cit.*, p. 265, nt. 6^{bis}.

83 Así, ÁLVAREZ LATA, N., “El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada...”, *cit.*, pp. 7 ss.; MAYOR DEL HOYO, M^a V. y SALAS MURILLO, S. DE, “La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación matrimonial en representación del pupilo (STC 311/2000, de 18 de diciembre)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1/2001, pp. 2025-2040; GARCÍA ALGUACIL, M^a J., L. “La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación en representación de su pupilo: un supuesto de pugna entre la tutela y el matrimonio”, *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, 16/2002, pp. 51-88; ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., “El ejercicio de la acción de separación por el tutor del incapaz: a propósito de la STC 311/2000, de 18 de diciembre”, en *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España: estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez* (coord. SOUTO NIEVES, G.), Granada, ed. Comares, 2008, pp. 177-208.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Para no extender este apartado excesivamente, trataré de extraer de las sentencias que se citen sus principios fundamentales, agrupándolas con otras con que se compartan, y deteniéndome en algunas singularmente expresivas⁸⁴.

3.1. LA SITUACIÓN DE LOS INCAPACITADOS JUDICIALMENTE

Como ya se ha visto, fuera de los casos en que la ley dispone un régimen distinto, los actos del incapacitado están afectados por la presunción de incapacidad, en virtud de la propia sentencia de incapacitación, aunque de hecho se realicen en un intervalo lúcido. El problema que se plantea a renglón seguido es el de determinar si la consecuencia jurídica ha de ser que los actos del incapacitado, contando con conciencia y voluntad actuales y suficientes, son válidos, eficaces, o inválidos, ineficaces por ser nulos, o anulables. No es éste el momento de exponer con detalle la doctrina —que no deja de resultar muy problemática— de la invalidez o ineficacia negocial. Baste tener en cuenta que —por su amplitud— “ineficacia” se utiliza como categoría general consistente en la carencia de efectos jurídicos del contrato acordes con lo querido por quienes lo celebran. En cambio la “invalidez” del contrato supone una forma de ineficacia que depende de su adecuación, en su formación y contenido, a las normas que lo regulan; no toda irregularidad del contrato —disconformidad con las normas que rigen su producción— conlleva su invalidez: los contratos inválidos resultan ineficaces, pero puede haber contratos ineficaces, por no producir sus efectos normales, que re-

84 Obviando la relación de los antecedentes de hecho, en cuanto sea posible, por el mismo motivo de concisión.

sulten válidos, vinculantes y obligatorios para las partes⁸⁵. Para diferenciar nulidad y anulabilidad suele considerarse el distinto mecanismo con que se reclama la invalidez: la anulabilidad sólo puede hacerla valer el sujeto protegido por la norma⁸⁶.

Como antes he señalado, para valorar las consecuencias de los actos del incapacitado hay que tener en cuenta, en el ámbito contractual, el principio contenido en el art. 1263.-2º CC⁸⁷ CC. La doctrina científica más reciente tiende a inclinarse por utilizar la técnica de la anulabilidad, más que la nulidad propiamente dicha⁸⁸. Con todo, como señala DE SALAS MURILLO, no resulta fácil determinar el régimen de invalidez, cuando no hay una respuesta legal específica, y no hay una excluyente doctrina consolidada en la jurisprudencia⁸⁹.

85 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a A., *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Madrid, ed. Dykinson, 2005, pp. 15 ss.

86 Respecto del ejercicio de la acción de impugnación del contrato anulable, *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Op. cit.*, pp. 68 ss.

87 Como se sabe, el apartado segundo del art. 1263 CC, alude expresamente en la actualidad (su redacción recibió la última reforma con ocasión de la Ley O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor) a los “incapacitados” —se sobreentiende, judicialmente, pues no cabe otra posibilidad sino en virtud de sentencia judicial—. Obviando los problemas de aplicación práctica que se planteaban en otro tiempo cuando aludía aquel precepto a los “locos o dementes”.

88 Sintetiza bien la cuestión SALAS MURILLO, S. DE, *cfr. loc. cit.*, p. 33: “La opción por la anulabilidad, como modo de protección de los intereses del incapaz natural que ha celebrado un contrato, parece la más adecuada... Esta opción, sin embargo, ha de matizarse a la vista del posible conflicto entre la protección del incapaz, que es imperativo constitucional, y la protección del tráfico jurídico en el que aquel se ve inmerso. Se trata pues, de arbitrar medios o soluciones para que el contratante capaz de buena fe no se vea perjudicado, o lo sea en la menor medida posible, máxime cuando de optar por la anulabilidad, no va a poder ser él quien pueda solicitarla”.

89 Cfr. SALAS MURILLO, *cfr. loc. cit.*, p. 34.

Para justificar que, de modo general, el régimen de anulabilidad puede aplicarse a los negocios de cualquier incapaz, esté o no incapacitado, *vid.* DELGADO y PARRA, *Op. cit.*, pp. 138 ss.

La generalización de la técnica de la anulabilidad debe limitarse a aquellos casos en que puede haberse formado el consentimiento por parte del sujeto otorgante. Ya que, de no haberlo, el supuesto merecería el tratamiento correspondiente a la nulidad del acto. Téngase en cuenta la STS de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006/887), Fundamento de Derecho segundo: “El único motivo en que se apoya el recurso... refiere la infracción de lo dispuesto en el artículo 1263 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial referida a la presunción de capacidad del otorgante en cualquier negocio jurídico mientras no se acredite su falta, con cita de las sentencias de esta Sala de 10 de abril de 1987 (RJ 1987, 2549), 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6860), 13 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7863) y 4 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3230). El artículo 1263 del Código Civil, que la parte recurrente estima infringido, se limita a proclamar que no pueden prestar el consentimiento contractual los menores no emancipados y los incapacitados, pero dicha norma no agota los posibles casos en que el consentimiento pueda considerarse inexistente, sino que su correcta interpretación lleva a estimar que en tales supuestos legalmente previstos no existe consentimiento eficaz y tal conclusión no puede ser combatida ni siquiera mediante la aportación de prueba en contrario. Lo que ha venido a establecer al respecto la jurisprudencia de esta Sala es que, tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia. Así, además de las que se citan en el recurso, la sentencia de 24 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6612) afirma que «en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad», y las

de 18 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3376) y 29 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2310), éstas referidas a la validez de disposiciones testamentarias, sientan la presunción «*iuris tantum*» de capacidad del otorgante cuya incapacidad no haya sido previamente declarada —presunción que queda reforzada además por la intervención notarial— pero admiten la posibilidad de que se pueda efectuar prueba en contrario que demuestre la situación de incapacidad real del otorgante, si bien dicha prueba ha de exigirse con especial rigurosidad. Pues bien, en el caso presente la Audiencia no ha infringido tal doctrina sino que, partiendo de su observancia, ha valorado las pruebas practicadas y de ellas ha extraído razonadamente que la donante carecía de capacidad suficiente para la formación de su voluntad de modo jurídicamente relevante, aun cuando la sentencia que declaró su situación de incapacidad, dando lugar a la constitución de la tutela en la persona de la hija hoy demandante..., se dictara con fecha... posterior a la de la donación cuya nulidad se postula...”.

La anulabilidad de un acto o contrato puede producirse tanto si se realiza por un incapacitado, como si se lleva a cabo por una persona no incapacitada. Cuando se realicen determinados actos que, según la sentencia de incapacitación, una persona incapacitada no pueda llevar a cabo, o cuando falte un consentimiento eficiente, pero existente, es cuando se puede recurrir a la técnica de la anulabilidad. En este sentido la STS de 19 noviembre de 2004 (RJ 2004/6910), Fundamento de Derecho tercero: cuando se produce la incapacitación, mediante sentencia, “Desde ese momento, los contratos que realice el sujeto, si entran en el ámbito de la restricción, serán anulables (artículos 1263.2 y 1301 del Código Civil). Sin embargo, el que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso. En particular, no cabe

considerar existente una declaración de voluntad contractual..., cuando falte en el declarante la razón natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración.... Claro está, que al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad natural debe probarse cumplidamente”.

3.2. LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS, NO INCAPACITADAS, AFECTADAS DE INCAPACIDAD NATURAL

Este apartado puede diferenciarse claramente del anterior: ahora se trata no de personas incapacitadas, pues en tal caso habría que estar a las prescripciones de la correspondiente sentencia, sino de personas teóricamente capaces (por la propia presunción de capacidad a favor de quien no ha sido incapacitado) pero que, de hecho, carecen de la necesaria capacidad para prestar un idóneo consentimiento.

“En cuanto al tipo de invalidez de los actos realizados por los incapaces no incapacitados —dicen DELGADO y PARRA⁹⁰—, la doctrina está dividida. Si en el momento de contratar carecían de “capacidad natural” o aptitud para entender o querer puede decirse que, entonces, por hipótesis, falta el consentimiento. Hay razones, por tanto, para entender que, de acuerdo con el artículo 1261, “no hay contrato, de modo que su invalidez sigue el régimen de la nulidad absoluta y, en particular, la acción no está sujeta a plazo, puede ejercitarla cualquier interesado y no cabe confirmación. Este punto de vista ha sido, probablemente, mayoritario en la doctrina y sustancialmente corroborado por la jurisprudencia”. Téngase en cuenta la STS de 14 de febrero de 2006

90 *Cfr. Op. cit.*, p. 140.

(RJ 2006/887), antes referida, o la STS de 18 de marzo de 1988 (RJ 1988/10355) que expondré más adelante, así como las que en general se aportarán en el apartado dedicado a la capacidad de testar. Y, sobre todo, téngase en cuenta que en aquel supuesto de hecho en que falta la incapacitación entra en juego la presunción de capacidad, y la dificultad para que resulte desvirtuada por quien lo pretenda (quien, precisamente, soportará de manera principal el *onus probandi* correspondiente).

El principio o presunción de capacidad general de quienes no han sido incapacitados tiene, a partir de 1978, un refrendo constitucional tal como reconoce constante jurisprudencia. Lo que no impide que probándose que el no incapacitado no está habitualmente en su cabal juicio, se facilite la prueba de que carecía de capacidad natural en el otorgamiento de determinado acto⁹¹. Lo que tampoco excluye que, como tal principio general, tenga sus propias excepciones, como la que representa para el matrimonio el art. 56 CC: “...*Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento*”⁹².

Conviene que nos detengamos en el estudio particular de alguno de los pronunciamientos jurisprudenciales más significativos⁹³.

91 Cfr. PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil, cit.*, p. 453.

92 Cfr., *vgr.*, Res DGRN de 18 octubre de 1999 (RJ 1999/10145), o Res DGRN de 23 octubre 1996 (RJ 1997/4483).

93 En este ámbito puede referirse una nutrida jurisprudencia. Entre otras, las STS de 1 de febrero de 1956 (RJ 1956/680), 23 de noviembre de 1981 (RJ 1981/4543), 7 de octubre de 1982 (RJ 1982/5545), 4 de abril de 1984 (RJ 1984/1926), 1 de febrero de 1986 (RJ 1986/408), 10 de febrero de 1986 (RJ 1986/520), 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6860), 20 de febrero de 1989 (RJ 1989/1214), de 19 de abril de 1990 (RJ 1990/2733), 28 de junio de 1990 (RJ 1990/4942), 20 de marzo de 1991 (RJ 1991/2266), 31 de diciembre de 1991 (RJ

- La STS de 7 de octubre de 1982 (RJ 1982/5545) recapitula (segundo Considerando) de manera sintética, pero muy caracterizadora, los principios básicos sobre la presunción general de capacidad, y el carácter desvirtuable —aun de manera excepcional— de la apreciación de capacidad: “la doctrina jurisprudencial ha establecido en línea invariable los siguientes principios orientadores: 1.º Toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y por consecuencia ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas

1987/9483), 19 de febrero de 1996 (RJ 1996/1413), 30 de mayo de 2001 (RJ 2001/3445), 9 de octubre de 2003 (RJ 2003/7736), 19 noviembre de 2004 (RJ 2004/6910), 10 noviembre de 2005 (RJ 2005/7725), 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7851), 14 de febrero de 2006 (RJ 2006/885).

Aunque considero preferible no alargar la relación de sentencias, ni su ámbito, como resumen de lo que en este apartado pretendo exponer, bien pudiera tomarse en cuenta lo que dispuso la SAP de Las Palmas de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/243274), Fundamento de Derecho segundo: “Es un principio general indiscutido, en cuanto sancionado por el CC y confirmado por la jurisprudencia, el de que la capacidad de las personas se presume siempre, mientras que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo (TS 1ª S. 10 abr. 1987 [RJ 1987, 2549]). Toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumir la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del favor testamento y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental, así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante del testamento adquiere una esencial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario, con lo que parece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado, corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad —Cfr. TS SS. 21 jun. 1986 (RJ 1986, 3788), 10 abr. 1987 (RJ 1987, 2549) y 26 sep. 1988 (RJ 1988, 6860)— (TS 1ª S. 13 oct. 1990 [RJ 1990, 7863])”.

de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción «*iuris tantum*» que se ajustan a la idea tradicional del «*favor testamenti*» y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental. 2.º Aunque la apreciación afirmativa de capacidad hecha por el Notario y los testigos en el testamento público puede ser destruida en el correspondiente proceso declarativo demostrando que en el acto de otorgarlo no se hallaba el testador en su cabal juicio, esta prueba no deberá dejar margen racional de duda, puesto que la aseveración del fedatario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre. 3.º La cuestión referente al estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia, asistida de la potestad de valorar libremente la prueba pericial, sin más sujeción que la pauta que ofrecen las reglas de la sana crítica, según disponen los arts. 1243 del C. Civ. y 632 de la Ley Procesal, armonizándola con la resultancia de los demás elementos de convicción, pues el dictamen de los técnicos dejó de constituir el llamado «juicio de peritos» contemplado en la Ley de Enjuiciamiento de 1855 y quedó reducido a simple medio probatorio no vinculante para el Juzgador —SS. de 10 abril 1944 (RJ 1944/533), 16 febrero 1945 (RJ 1945/138), 9 abril 1948 (RJ 1948/474), 1 febrero 1956 (RJ 1956/680), 25 marzo 1957 (RJ 1957/1181), 16 y 25 abril 1959 (RJ 1959/1974), 19 enero 1960 (RJ 1960/437), 12 mayo 1962 (RJ 1962/2245), 30 septiembre 1966 (RJ 1966/5095), 8 marzo 1972 (RJ 1972/1091) y 20 febrero 1975 (RJ 1975/661), entre otras—“.

- La STS de 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6860) reitera el mismo principio básico de que la capacidad debe presumirse, aun con carácter *iuris tantum* (y del mismo modo la certeza de su apreciación por el notario autorizante de un acto concreto),

mientras no se demuestre de modo completo la falta de capacidad al tiempo del otorgamiento; la carga de la prueba recae sobre quien discute la concurrencia de capacidad. Fundamento de Derecho sexto: "...el recurrente denuncia violación de la norma que sobre el «onus probandi» contiene el artículo 1214 del Código Civil, para lo cual aduce, en esencia, que habiendo probado que el testador... padecía... una grave enfermedad, era la otra parte (la que sostiene la validez del testamento litigioso) a la que incumbía y sobre la que gravitaba la carga de probar que dicho testador se hallaba en plena capacidad mental en el momento del otorgamiento del expresado testamento abierto, cuya tesis es totalmente inaceptable, pues, esta Sala tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción «iuris tantum» que se ajustan a la idea tradicional del «favor testamenti» y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental —Sentencias de 25 de abril de 1959 (RJ 1959/1974) y de 7 de octubre de 1982 (RJ 1982/5545)—, así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción «iuris tantum» de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario —Sentencias de 25 de marzo de 1957 (RJ 1957/1181); 16 de abril de 1959 (RJ 1959/1552); 7 de febrero de 1967 (RJ 1967/550); 21 de junio de 1986 (RJ 1986/3788); 10 de abril de 1987 (RJ 1987/2549)—, con arreglo a cuya doctrina apa-

rece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad y, con base en ello, postula la nulidad del mencionado testamento, por lo que la sentencia recurrida, al entenderlo así y estimar, tras una valoración conjunta de la prueba practicada, que no aparece probada la incapacidad mental de don... cuando otorgó el testamento litigioso, no ha incidido en infracción alguna del artículo 1214 del Código Civil, del que ha hecho correcta y adecuada aplicación, procediendo, en consecuencia, el rechazo de este motivo”.

- La STS de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989/1214) declara el carácter incontrovertido de la presunción general de capacidad, y su alcance constitucional; por otra parte, para la apreciación de la capacidad de una persona, el Juez o Tribunal que deba pronunciarse al respecto no está vinculado por el dictamen facultativo. Fundamento de Derecho quinto: “El valor sustantivo de la norma contenida en el artículo 208 del Código Civil, no ofrece la menor duda, como tampoco su alcance constitucional, en cuanto, sobre la base doctrinal y jurisprudencial de presunción de capacidad, afecta al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad (art. 10 Constitución Española) y en cuanto la presencia ante el Tribunal, del demandado de incapacitación, constituye, no solamente un valioso dato probatorio, sino una garantía, en prevención de abusos y maquinaciones, por una parte y, por otra, de una meditada decisión constitutiva de una situación en una materia no absolutamente perteneciente a la Medicina o a la Psiquiatría, sino que científicamente, es un problema multidisciplinario y humanamente inserto en criterios sociales carentes de rigurosa fijación. Por ello se busca que el Juez o Tribunal no describan hechos, como en las pruebas de reconocimiento judicial o

inspección ocular, sino que emitan una opinión, con el valor que la opinión del juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren, pero se abstienen, prudentemente, de definir”.

- STS de 28 de junio de 1990 (RJ 1990/4942). La capacidad mental se presume siempre, mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa. Fundamento de derecho cuarto: “...como acertadamente razona la sentencia recurrida, la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa —Sentencias de esta Sala de 10 de febrero de 1986 (RJ 1986/520), 10 de abril de 1987 (RJ 1987/2549), 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6860), 20 de febrero de 1989 (RJ 1989/1214), entre otras—, por lo que no es posible que la referida presunción legal y jurisprudencial pueda ser destruida mediante otra presunción de las llamadas «de hombre» («presumptio hominis» o «presumptio facti»), contempladas en el artículo 1253 del Código Civil, como aquí pretende la recurrente”.

- STS de 19 de febrero de 1996 (RJ 1996/1413). El juez que deba valorar la capacidad o incapacidad de una persona no está estrictamente vinculado por el dictamen facultativo, del mismo modo que en las demás pruebas periciales. Fundamento de Derecho segundo: “Las pruebas periciales, según el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y constante doctrina jurisprudencial (Sentencias de 20 febrero 1991 [RJ 1991/1515] y 28 febrero 1992 [RJ 1992/1249], entre otras), son de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica, hasta el punto de que los jueces pueden prescindir de las mismas (Sentencias de

31 marzo 1967 [RJ 1967/1747] y 10 febrero 1994 [RJ 1994/848]). El desacierto de estas pruebas admite la censura casacional, no en cuanto a la prueba misma y sí respecto a su valoración, mediante denuncia de las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil.... En esta línea de razonamiento cabe ser impugnadas cuando las conclusiones valorativas a que llega el Tribunal de instancia contradicen abiertamente la racionalidad, conculcando las más elementales directrices de la lógica (Sentencias de 25 noviembre 1991 [RJ 1991/8481], 10 julio 1992 [RJ 1992/6275], 10 marzo y 7 noviembre 1994 [RJ 1994/1735 y RJ 1994\8379], 3 abril 1995 [RJ 1995/2929] y 17 mayo 1995 [RJ 1995/3925]), o no guardan la debida coherencia (Sentencia de 28 abril 1993 [RJ 1993/2953]), o se presentan contradictorias las conclusiones obtenidas (Sentencia de 11 octubre 1994 [RJ 1994/7478])". Mientras no se produzca la incapacitación de una persona (que, de cualquier modo, produce sus efectos sin retroactividad), debe considerarse la presunción de existencia de capacidad salvo prueba concluyente y directa en contrario que incumbe a quien niega la capacidad. Fundamento de Derecho segundo: "El artículo 200 del Código Civil contempla como supuestos de incapacitación los determinados por enfermedades psíquicas o mentales, las psico-físicas y las deficiencias o alteraciones de carácter físico, siempre que sean constantes, lo que hay que entender como de permanencia hacia el futuro y no hacia el pasado, como pretenden los recurrentes, lo que aleja toda alteración transitoria y que, en todo caso, como presupuesto «sine qua non», impida al sujeto gobernarse por sí mismo en el aspecto personal como en el patrimonial". Fundamento de Derecho tercero: "la incapacidad decretada lo ha sido en sus efectos, desde la fecha de la firmeza de la sentencia del Juzgado y no con condición de retroactividad,

conforme ya quedó estudiado, lo que incide en la validez de dicha compraventa... Hay que entender, cumpliendo la sentencia, que todos los actos y contratos patrimoniales efectuados en fecha anterior a la resolución judicial son válidos en cuanto que la vendedora no se ha declarado incapaz, ni le afecta restricción alguna de su libre voluntad dispositiva. No demostraron los recurrentes, como era de su incumbencia y para acreditar que a la venta le afecta nulidad por ser simulada, la falta de precio y se hace supuesto de la cuestión al alegar esta circunstancia y no resulta de procedencia llevar a cabo revisión de la prueba practicada...”.

- STS de 19 noviembre de 2004 (RJ 2004/6910). Que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso; sin perjuicio que, al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad natural debe probarse cumplidamente. El juicio sobre la capacidad de los otorgantes, que realiza el notario, constituye una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario. Dice esta sentencia que la jurisprudencia, que cita, ha destacado de modo reiterado la validez de los actos ejecutados por el incapaz antes de que su incapacidad sea judicialmente declarada (o aunque no lo sea nunca), a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate. También ha precisado que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras que su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo. Para apreciar la ausencia de razón natural no se requiere la previa declaración judicial de incapacitación, pero la falta de capacidad natural excluye la voluntad negocial, provocando una nulidad radical del contrato que se haya otorgado; por otra parte los actos realizados por el incapacitado, en

contra de lo previsto en la sentencia de incapacitación, resultarán anulables. Fundamento de Derecho tercero: “Al basarse los dos motivos en la misma argumentación, se da una respuesta conjunta a ambos, la cual debe partir de la distinción entre incapacidad natural, a consecuencia de que el sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer el acto que realiza, e incapacidad resultante del estado civil de incapacitado. Los artículos 199 y siguientes del Código Civil se refieren a la segunda, esto es, a la reducción de la capacidad de obrar, en la medida que en cada caso se determine (artículo 210 del Código Civil), por la concurrencia de alguna de las causas establecidas en la Ley (artículos 199 y 200 del Código Civil), mediante una Sentencia judicial que la declare (artículo 199 del Código Civil) y constituya, así, un estado civil nuevo, el de incapacitado. Desde ese momento, los contratos que realice el sujeto, si entran en el ámbito de la restricción, serán anulables (artículos 1263.2 y 1301 del Código Civil). Sin embargo, el que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso. En particular, no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual (de cuya coincidencia plena con la de la otra parte sobre cosa y precio nace el contrato de compraventa: artículos 1258, 1262 y 1450 del Código Civil), cuando falte en el declarante la razón natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración (la Sentencia de 4 de abril de 1984 [RJ 1984, 1926] precisa que la incapacidad mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable). Claro está, que al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad

natural debe probarse cumplidamente. En ese sentido la jurisprudencia (Sentencias de 17 de diciembre de 1960, 28 de junio de 1974, 23 de noviembre de 1981 [RJ 1981, 4543]) ha destacado de modo reiterado la validez de los actos ejecutados por el incapaz antes de que su incapacidad sea judicialmente declarada (o aunque no lo sea nunca), a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate. También ha precisado que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras que su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo (Sentencias de 7 de febrero de 1967 y 10 de abril de 1987 [RJ 1987, 2549]). Fundamento de Derecho cuarto: "...los recurrentes atribuyen valor definitivo a la afirmación del notario de que, a su juicio y no sólo por lo manifestado por los otorgantes, éstos tenían capacidad para otorgar el acto documentado (artículo 156.8° del Reglamento). Tal enjuiciamiento sobre la capacidad natural de la vendedora, sin embargo, no puede tener la consideración de definitivo o inatacable, pues no está amparado por la fe pública (artículo 1218 del Código Civil). Declaramos, en las Sentencias de 7 de octubre de 1982 (RJ 1982, 5545), 10 de abril de 1987 (RJ 1987, 2549) y 4 de mayo de 1998, que la aseveración notarial respecto de la capacidad de los otorgantes, constituye una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario".

- STS de 10 noviembre de 2005 (RJ 2005/7725). La incapacidad no puede ser presumida, como exigen los principios constitucionales de libertad personal y libre desarrollo de la personalidad, sino que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo. La presunción general de capacidad puede destruirse mediante la prueba de su incapacidad a la fecha del contrato, recayendo la carga de probar

sobre quien alega la incapacidad de uno de los contratantes, y sin que para ello sea suficiente la posterior incapacitación del otorgante⁹⁴. Señala el Fundamento de Derecho cuarto, con cita de abundante jurisprudencia: “En el caso examinado la inversión de la carga de la prueba que en definitiva se propone supondría, además, obligar a la parte demandada a demostrar la capacidad del vendedor, cosa que equivaldría a establecer una presunción de incapacidad de éste fundada en la existencia de indicios acerca de su concurrencia. De este modo tropezaría de manera flagrante con el mandato contenido el artículo 199 del Código civil, con arreglo al cual nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley. Según reiterada jurisprudencia, de conformidad con la regla general del art. 322 del Código civil, la incapacidad no puede ser presumida, como exigen los principios constitucionales de libertad personal y libre desarrollo de la personalidad, sino que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo (sentencias de 10 de abril de 1987 [RJ 1987, 2549], 18 de marzo de 1988 [RJ 1988, 10355], 19 de febrero de 1996 [RJ 1996, 1413] y 19 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 6910]). Como dice la sentencia de 28 de junio de 1990 (RJ 1990, 4942), «la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa —sentencias de esta Sala de 10 de febrero de 1986 (RJ 1986, 520), 10 de abril de 1987 (RJ 1987, 2549), 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6860), 20 de febrero de

94 Así suele pronunciarse reiterada jurisprudencia, que entiendo que no debe excluir la moderna tendencia del TS a inclinarse por una equitativa distribución del *onus probandi*.

1989 (RJ 1989, 1214), entre otras—, por lo que no es posible que la referida presunción legal y jurisprudencial pueda ser destruida mediante otra presunción de las llamadas "de hombre" ("presumptio hominis" o "presumptio facti"), contempladas en el artículo 1253 del Código Civil, como aquí pretende la recurrente»".

- La STS de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006/885) contiene varios aspectos interesantes a lo que se está examinando. Separa las situaciones de consentimiento viciado o no idóneo, de la falta de consentimiento. Señala que, aunque deba presumirse la capacidad de las personas, ello no impide que pueda probarse lo contrario (asumiendo esta carga quien niega la capacidad), incluso teniendo en cuenta de modo relevante la incapacitación posterior del otorgante. Fundamento de Derecho segundo: "El único motivo en que se apoya el recurso...refiere la infracción de lo dispuesto en el artículo 1263 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial referida a la presunción de capacidad del otorgante en cualquier negocio jurídico mientras no se acredite su falta, con cita de la sentencias de esta Sala de 10 de abril de 1987 (RJ 1987, 2549), 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6860), 13 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7863) y 4 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3230). El artículo 1263 del Código Civil, que la parte recurrente estima infringido, se limita a proclamar que no pueden prestar el consentimiento contractual los menores no emancipados y los incapacitados, pero dicha norma no agota los posibles casos en que el consentimiento pueda considerarse inexistente, sino que su correcta interpretación lleva a estimar que en tales supuestos legalmente previstos no existe consentimiento eficaz y tal conclusión no puede ser combatida ni siquiera mediante la aportación de prueba en contrario. Lo que ha venido a establecer al respecto la jurisprudencia de esta Sala es que, tratándose de

persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia. Así, además de las que se citan en el recurso, la sentencia de 24 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6612) afirma que «en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad», y las de 18 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3376) y 29 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2310), éstas referidas a la validez de disposiciones testamentarias, sientan la presunción «iuris tantum» de capacidad del otorgante cuya incapacidad no haya sido previamente declarada—presunción que queda reforzada además por la intervención notarial— pero admiten la posibilidad de que se pueda efectuar prueba en contrario que demuestre la situación de incapacidad real del otorgante, si bien dicha prueba ha de exigirse con especial rigurosidad. Pues bien, en el caso presente la Audiencia no ha infringido tal doctrina sino que, partiendo de su observancia, ha valorado las pruebas practicadas y de ellas ha extraído razonadamente que la donante carecía de capacidad suficiente para la formación de su voluntad de modo jurídicamente relevante, aun cuando la sentencia que declaró su situación de incapacidad, dando lugar a la constitución de la tutela en la persona de la hija hoy demandante... se dictara con fecha... posterior a la de la donación cuya nulidad se postula...”.

3.3. Los actos personalísimos del incapaz

En este ámbito se puede generalizar la evolución de la jurisprudencia, desde el criterio tradicional que rechazaba la posibilidad de que ninguno de los derechos personalísimos pudieran ejercitarse por persona distinta de su titular. En la actualidad, en cambio, se ha llegado a admitir la posibilidad de representación

legal en cuanto al ejercicio de las acciones de separación o divorcio⁹⁵.

En lo que respecta a las acciones de estado matrimonial, resulta interesante la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2000, que constituyó un significativo viraje respecto de la línea tradicional de los tribunales civiles⁹⁶. Justamente los términos de esa evolución jurisprudencial se encuentran entre el criterio que rechaza la legitimación del tutor para representar al incapacitado en el ejercicio de los actos de naturaleza personalísima y, la contraria, que admite tal posibilidad en ciertos casos. El punto de partida de lo que se estime oportuno debe tomarse en el tenor de los artículos 81 y 86 CC que siguen siendo, tras la reforma operada por la Ley 15/2005 (de 8 de Julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*), suficientemente ambiguos a la hora de resolver la cuestión de si el tutor puede o no ejercitar las correspondientes acciones de separación o divorcio, cuando no pueda hacerlo el cónyuge incapacitado. La falta de referencia a la posibilidad de que accione al tutor, el mismo silencio del tenor literal de los preceptos correspondientes antes de la mencionada reforma, puede propiciar todas las posibilidades.

Voy a analizar, en los términos de la jurisprudencia, algunos supuestos característicos de actos personalísimos⁹⁷: el matrimo-

95 Evolución que, paralelamente, ha forzado la de la propia doctrina científica. Al respecto, *vid., vgr.*, ÁLVAREZ LATA, N., "El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada (Comentario y alcance de la STC 311/2000, de 18 de diciembre)", *Derecho Privado y Constitución*, 15/2001, p. 11, nt. 1.

96 *Vid.* ÁLVAREZ LATA, *loc. cit.*, pp. 7 ss.

97 No me ocuparé en este momento del reconocimiento de hijos extramatrimoniales del incapacitado: téngase en cuenta, al respecto, lo que dispone el art. 121 CC.

nio y las acciones matrimoniales (de separación y divorcio), y el testamento.

3.3.1. El matrimonio

La prestación de consentimiento matrimonial, con conciencia y voluntad, constituye el presupuesto fundamental de ese negocio jurídico de derecho de familia, pues de otro modo sería nulo cualquiera fuese la forma en que se hubiese celebrado (*cf.* art. 73.-1º CC); y de la misma manera puede resultar invalidado el matrimonio cuando el consentimiento prestado no sea idóneo (*cf.* art. 73.-4º y 5º CC). Para determinar la aptitud para prestar el consentimiento matrimonial, cuando alguno de los contrayentes esté afectado por deficiencias o anomalías psíquicas (habiendo sido, o no, incapacitado⁹⁸), el art. 56 CC establece la exigencia de un dictamen médico.

El *ius nubendi* es un derecho constitucional (*cf.* art. 32 CE), que no puede ser excluido simplemente cuando los contrayentes padezcan deficiencias o anomalías, sino cuando se compruebe su falta de capacidad para contraer matrimonio; en esta comprobación el Juez encargado del Registro civil no está vinculado por el criterio facultativo⁹⁹. La presunción general de capacidad, resulta

98 *Cfr.*, *vgr.*, Res. DGRN de 2 junio de 1999 (RJ 1999/10119), Fundamento de Derecho tercero.

99 *Cfr.* Res. DGRN de 1 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9716), Fundamento de Derecho segundo: "Pese al informe favorable de dicho Médico, aceptado por el Ministerio Fiscal, la Juez Encargada del Registro Civil ha estimado que ambos contrayentes, aquejados de una oligofrenia leve, no pueden prestar el consentimiento matrimonial exigido por el artículo 45 del Código Civil. Ahora bien, aunque indudablemente el dictamen facultativo no es vinculante para el Encargado, si aquél ha entendido, como conclusión de un estudio razonado que «en la entrevista exploratoria ambos mostraron un conocimiento aceptable sobre lo que supone el matrimonio y sus consecuencias, y se podía apreciar

desvirtuada cuando el contrayente ha sido previamente incapacitado. Lo que, por otra parte, no impide que pueda comprobarse de modo específico su aptitud para contraer matrimonio¹⁰⁰.

Principios semejantes se mantienen en diversas resoluciones de la DGRN, como las siguientes.

- Res. DGRN de 24 marzo 1994 (RJ 1994/3191)¹⁰¹. La pre-

un grado aceptable de voluntad como para prestar el consentimiento válido», es obvio que la discrepancia del Encargado, para ser legítima, ha de estar fundada en su convicción sobre la falta de capacidad de los contrayentes, deducida de su apreciación y examen directo y personal de éstos (*cf.* artículo 246 RRC). Fundamento de Derecho cuarto: “La posibilidad, en fin, de que ciertas deficiencias o anomalías psíquicas, no graves, no impidan el matrimonio se desprende claramente del propio artículo 56 del Código Civil, que es la norma específica aplicable al caso; se halla en consonancia con la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (*cf.* art. 322 CC) y con la esencia del mismo «*ius nubendi*», derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución (artículo 32), que no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad”.

100 *Cfr.* Res. DGRN de 27 de julio de 1993 (RJ 1993/6361), Fundamento de Derecho segundo: “Esta cuestión de hecho (*si el contrayente tiene la aptitud necesaria para prestar el consentimiento matrimonial*) ha de resolverse a la luz de dos consideraciones. La primera es que se trata de una persona que por sentencia previa ha sido declarada en situación de incapacidad total (*cf.* art. 210 CC), de modo que la presunción general de capacidad que ha de apreciarse respecto de todo mayor de edad (*cf.* art. 322 CC) está aquí desvirtuada y ha de presumirse, por el contrario, que el afectado carece de aptitud para consentir cualquier acto jurídico. La segunda consideración es la de que si, pese a ese estado civil declarado judicialmente, todavía cabe que el contrayente afectado por deficiencias o anomalías psíquicas sea autorizado para contraer matrimonio, para ello es preciso que en el expediente previo recaiga el oportuno dictamen médico y que, a la vista de él, el Encargado, asistido del Secretario, se cerciore de la inexistencia de ese obstáculo legal en la audiencia personal, reservada y por separado, prevista por el art. 246 del Reglamento del Registro Civil”.

101 Fundamento de Derecho segundo: “Pese a la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (*cf.* art. 322 CC), esta presunción está sujeta a excepciones en las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado. Así sucede con el matrimonio porque el artículo 56 del Código Civil, después de señalar que en el

sunción general de capacidad de obrar no se aplica sin más al matrimonio, ya que ha de comprobarse específicamente la aptitud (capacidad natural) para contraerlo (criterio reproducido en otras, como Res. DGRN de 23 octubre 1996 (RJ 1997/4483)¹⁰², o Res. de 18 de octubre de 1999 (RJ 1999/10145)¹⁰³). Lo dispuesto en el art. 56 CC se aplica tanto a los casos de previa incapacitación judicial como a aquellos en los que ésta aún no se ha pronunciado.

- Res. DGRN de 30 de junio de 2005 (RJ 2005/7457) expone que, cuando se trata de actos personalísimos, la ineficacia de su realización solamente puede derivar de la falta de capacidad natural de la persona, ya que no pueden delegarse, ni ejecutarse por representación; lo dispuesto en el art. 56 CC se aplica esté o no incapacitado previamente el contrayente del matrimonio. Fundamento de Derecho cuarto: “...hay que advertir que la sentencia de incapacitación no podrá incluir en el ámbito o ex-

expediente previo al matrimonio en forma civil debe acreditarse por los contrayentes que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código, añade en su segundo párrafo que «si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». Este precepto es aplicable tanto a los casos de previa incapacitación judicial como a aquellos en los que ésta aún no se ha pronunciado y actualmente el dictamen ha de ser emitido por el Médico Forense...”.

102 Cfr. Fundamento de Derecho tercero.

103 Fundamento de Derecho tercero: “Pese a la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (cfr. art. 322 CC), esta presunción está sujeta a excepciones en las que debe comprobarse la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado. Así sucede con el matrimonio porque el artículo 56 del Código Civil, después de señalar que en el expediente previo al matrimonio en forma civil debe acreditarse por los contrayentes que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código, añade en su segundo párrafo que «si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento»”.

tensión de la incapacitación a que se refiere el artículo 210 del Código civil aquellos actos jurídicos que tienen carácter personalísimo en nuestro Derecho, y que como tales no admiten ni su realización sustitutiva por medio de representantes legales, ni el complemento de capacidad a través de la asistencia o aprobación de un curador, de forma tal que su posible ineficacia no derivaría de la incapacitación formal judicialmente declarada, sino de la incapacidad natural del afectado, como sucede en los casos del reconocimiento de hijos no matrimoniales o, en particular y por lo que ahora interesa, en el del matrimonio, por lo que la cuestión hace tránsito a la valoración de las circunstancias del caso concreto y su afectación sobre la capacidad natural de la contrayente, a través del mecanismo previsto en el párrafo segundo del artículo 56 del Código civil, que se ha de aplicar con independencia de que haya mediado o no una previa incapacitación judicial de la persona, o dicho en otros términos, incluso aunque esta incapacitación se haya declarado formalmente. En definitiva, ha sido voluntad del legislador tomar como parámetro para apreciar la aptitud para acceder al matrimonio de una persona el de su capacidad natural para prestar de forma consciente el consentimiento matrimonial (vid. art. 45 CC). Así resulta del citado artículo 56 del Código Civil que, después de señalar que en el expediente previo al matrimonio en forma civil debe acreditarse por los contrayentes que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código, añade en su segundo párrafo que «si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». ...por lo demás, con el principio *favor matrimonii* y con el carácter de derecho fundamental que presenta el *ius nubendi* (cfr. art. 32 de la Constitución) que, como ya dijera esta Dirección General en su Resolución de 1 de diciembre de

1987 (RJ 1987, 9716), no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad”.

- Res. DGRN de 17 de enero de 2007 (BOE 47/2007)¹⁰⁴.

104 Fecha publicación: 23/02/2007. Se trata de la resolución del recurso planteado contra el Auto del Juez encargado del Registro civil, aprobando la celebración de un matrimonio. Los promotores del expediente matrimonial ya tenían un hijo en común al tiempo de su tramitación. La contrayente había sido previamente incapacitada de manera total, siendo sometida a patria potestad prorrogada. Justamente son los padres de la contrayente incapacitada los que promueven el recurso, pues el dictamen técnico facultativo ha constatado meramente un «retraso mental ligero», que a juicio del Juez Encargado y del Fiscal que informa el expediente no alcanzan a generar una falta de la capacidad natural necesaria para prestar el consentimiento matrimonial.

El propio fundamento segundo de la resolución sintetiza la cuestión jurídica: “Se plantea en este recurso el problema de determinar si la contrayente tiene la aptitud necesaria para prestar el consentimiento matrimonial, pues éste es un requisito imprescindible del matrimonio (*cf.* art. 45 C.c.), cuya falta provoca la nulidad del enlace (*cf.* art. 73-1 C.c.), sosteniendo el auto recurrido la efectiva existencia de tal capacidad, criterio impugnado por los recurrentes”.

En la solución se establece como punto de partida un recordatorio (Fundamento tercero): “Conocido es que el Código civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (*cf.* art. 322 C.c.), de forma que sólo por sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación cabe entender constituido tal estado (*cf.* arts. 199 C.c. y 756 a 762 L.E.C.)// Ahora bien, es cierto que la presunción general de capacidad está sujeta a excepciones en las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado. Así sucede con el matrimonio porque el artículo 56 del Código Civil, después de señalar que en el expediente previo al matrimonio en forma civil debe acreditarse por los contrayentes que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código, añade en su segundo párrafo que «si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». Si, como sucedió, el dictamen facultativo no es contrario al reconocimiento de capacidad que para contraer matrimonio tiene la incapacitada, queda pendiente la cuestión de si aquella capacidad queda excluida al haber sido previamente incapacitada por sentencia. A lo que responde el centro directivo (Fundamento cuarto): “...hay que recordar que en el matrimonio, como en cualquier otro negocio jurídico, se exige una real y válida voluntad no aquejada de vicios invalidantes, y que la voluntad matrimonial será inexistente si faltan los presupuestos psicológicos de

Aunque en el matrimonio, como en cualquier otro negocio jurídico, se exige consentimiento y una voluntad exenta de vicios, sin embargo hay que considerar que las deficiencias o anomalías psíquicas, determinantes de la incapacitación, no constituyen por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer válidamente matrimonio.

3.3.2. Acciones matrimoniales

En el grupo de las sentencias que han negado la legitimación del tutor, basta con referir alguna tan significativa como la STS de 27 de febrero de 1999 (RJ1999/1418)¹⁰⁵. Mantenía el criterio, en ese momento, todavía pacífico: el tutor no tiene legitimación activa para entablar acciones de separación matrimonial en nombre del incapaz al que representa, sino solamente el propio incapaz

la decisión interna del contrayente, y entre ellos un suficiente ejercicio de su razón. Sin embargo, inmediatamente hay que precisar que la solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos de Las Partidas y con las soluciones del Derecho Canónico, excluye que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyan por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer válidamente matrimonio. Esta solución, que se fundamenta en la catalogación del derecho al matrimonio entre los derechos humanos y en su protección constitucional (*vid.* arts. 32 y 53 de la Constitución), se desprende sin duda alguna de la previsión contenida en el artículo 171, párrafo segundo, n.º 4 del Código civil, conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieran sido incapacitados se extingue «por haber contraído matrimonio el incapacitado», de donde resulta «a coherencia» una inexistencia de incompatibilidad forzosa entre capacidad natural para contraer matrimonio e incapacitación judicial del contrayente // En consecuencia, hay que concluir que las anomalías o deficiencia psíquicas, aún cuando hayan dado lugar a una incapacitación judicial del sujeto afectado, sólo impiden el matrimonio si imposibilitan el consentimiento matrimonial, lo cual se ha de determinar a través del dictamen médico previsto en el artículo 56 párrafo segundo del Código civil...”.

Por todo ello, se desestima el recurso, confirmando el auto recurrido.

105 *Vid.* ÁLVAREZ LATA, *loc. cit.*, pp. 10-11.

puede hacerlo; en palabras de la propia sentencia: *la generalidad de la doctrina excluye del ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar... especialmente, se considera inadmisibile la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado*. Sin que se considere discriminatorio este tratamiento, ni la consecuencia a que podría llegarse de no poder, ni siquiera el propio incapaz, ejercitar aquellas acciones. Es decir, esas consecuencias, y su diferencia con las situaciones en que el cónyuge que quiere separarse o divorciarse es capaz, se justifica con la propia situación de incapacidad. Fundamento de Derecho segundo: “El artículo 267 Código Civil confiere al tutor, con carácter general, la representación del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación; no obstante la generalidad de esa atribución, existen determinados actos que no pueden realizarse por el tutor al estar expresamente prohibidos, bien porque en ellos no se admita la representación, caso del matrimonio, o por estar prohibidos al incapaz por razón de su incapacidad, caso de la testamentifaccción (art. 663.2º del Código Civil); de otra parte, esa declaración general del Código Civil ha de matizarse teniendo en cuenta la naturaleza de la representación que exige que la declaración de voluntad, a partir de la cual se forma el negocio jurídico concreto de que se trate, sea una declaración de voluntad propia del representante aunque sus efectos hayan de recaer sobre el representado, por lo que, la generalidad de la doctrina excluye del ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo que requiere que esa

declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar; especialmente, se considera inadmisibile la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado. Tal es el caso, de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio en que, por su estimación, surge un estado civil nuevo de los cónyuges o ex-cónyuges sometidos a un régimen jurídico distinto de aquel por el que se venían rigiendo; por ello, el ejercicio de tales acciones sólo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la ley reconoce legitimación para ello./ No puede entenderse que la no autorización al tutor para el ejercicio de estas acciones suponga una desigualdad entre los cónyuges, prohibida por el artículo 32.1 en relación con el artículo 14, ambos de la Constitución Española. Tiene declarado con reiteración el Tribunal Constitucional que no toda desigualdad de trato legal respecto de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 Constitución Española, sino tan sólo aquellas desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que pueda calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable (Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1995, de 9 de junio). En el presente caso, las consecuencias jurídicas diferenciadas tienen un fundamento objetivo como es la incapacidad declarada de uno de los cónyuges que no puede calificarse de arbitraria dada la trascendencia que para el estado civil de la persona tienen las acciones de separación y divorcio./

No resulta infringido el artículo 32.2 de la Constitución ya que dicho precepto lo que hace es establecer un mandato dirigido al legislador no constitucional que le obliga a regular las materias en él comprendidas, estableciendo una reserva de ley, no orgánica al no estar así establecido expresamente y no afectar esta regulación a derechos fundamentales de la persona; tampoco puede afirmarse que se infrinja el artículo 49 del Texto Constitucional en cuanto el mismo enumera uno de los principios rectores de la política social que ha de presidir la actuación de los poderes públicos y traducirse en las pertinentes disposiciones legales, a las cuales ha de adaptarse el amparo para el disfrute de los derechos que el Título Primero otorga a todos los ciudadanos”.

La gran novedad, para poder reconocer legitimación activa al tutor en ejercicio de acciones de estado, vino de la mano de la STC 311/2000, de 18 de diciembre (RTC 2000/311)¹⁰⁶. En esta Sentencia, como señala ÁLVAREZ LATA, el principio afirmado con mayor rotundidad, y más generalizable, se refiere a que el no reconocimiento de la legitimación del tutor “conlleva la posición de desigualdad del cónyuge incapaz frente al capaz que vulnera el art. 14 CE, más aún si se atienden los arts. 32.1 y 49 CE”. En definitiva, plantea “la posibilidad de que el representante legal del incapacitado actúe —aunque la ley no lo diga— en el ejercicio de derechos personalísimos, aunque ello pueda suponer una *contradictio in terminis*. Tampoco es difícil imaginar el peligro que, los excesos de generalizar la representación del tutor en el ámbito de los derechos personalísimos, pueden conllevarse. Por lo que resulta conveniente tener en cuenta que la capacidad natural del incapaz constituye el límite a partir del cual se puede reconocer

106 Los antecedentes de hecho pueden verse en ÁLVAREZ LATA, *loc. cit.*, pp. 8-9

la posibilidad de su representación legal; y, correlativamente, la sustitución por parte del tutor puede controlarse a través de un triple mecanismo: la ley, el principio del interés prevalente del incapacitado (aunque no resulte fácil de precisar en abstracto), y el recurso a la autorización judicial¹⁰⁷.

Tal vez por propia consecuencia de la autoridad del criterio del Tribunal Constitucional, no resulta fácil encontrar sentencias —de fecha posterior— del Tribunal Supremo en que vuelva a abordarse la cuestión. Incluso actualmente, tras las reformas operadas por la Ley 15/2005, que no solamente establecen un nuevo régimen de la separación y el divorcio, sino que acaban configurando un nuevo concepto de matrimonio (especialmente inestable, o precario) cabe plantear si la cuestión discutida afecta en realidad al ejercicio de acciones de estado propiamente dichas. Al efecto, puede pensarse que "...lo que entra en cuestión es si el tutor tiene la representación del incapacitado para «exteriorizar» la voluntad de separación que por sí sola cambia la situación jurídica del matrimonio; y ya veremos que lo mismo puede decirse del divorcio. La respuesta es, por lo menos, dudosa; si el matrimonio sólo subsiste (o sólo subsiste en la situación jurídica de no separación legal) mientras no se exteriorice la voluntad en contrario de uno de los cónyuges, sin aludir causa alguna, lo que el tutor estaría haciendo al pedir la separación no sería «ejercitar una acción» de su representado ante la concurrencia de un supuesto de hecho, sino ejercitar algo que pertenece a lo que la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 refiere al «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10.1 de la CE)”¹⁰⁸. Aunque por mi parte

107 *Cfr loc. cit.*, pp. 19, 21, 34 ss.

108 *Vid.* MONTERO AROCA, J., *et al.*, *Separación y divorcio. Tras la Ley 15/2005*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006 (base datos Tirant, TOL951.958).

creo que tampoco puede dejar de considerarse que si, antes de la mencionada reforma, llegó a estimarse la legitimación activa del tutor para pedir la separación (y lo mismo cabría decir del divorcio), por qué no ha de ser del mismo modo en la actualidad, cuando sin duda se ha rebajado un poco más la consideración institucional del matrimonio. Si era posible *lo más*, legitimar al tutor en relación a las acciones para suspender o dirimir un tipo de matrimonio más estable (aunque solo fuera porque las causas de separación o divorcio estaban rigurosamente tasadas), ¿por qué no ha de serlo ahora para *lo menos*, en que la propia Ley facilita la salida o la suspensión del estado matrimonial?

3.3.3. El otorgamiento de testamento

Aunque se trate de sujetos incapacitados, la privación de la capacidad, mediante una sentencia de incapacitación nunca podrá ser tan absoluta como para no conservar en cierta medida la capacidad de otorgar testamento en intervalo lúcido *ex art.* 665 (tal como recuerda la STS 20 de mayo de 1994 (RJ 1994/3723)¹⁰⁹).

109 “Finalmente, el motivo cuarto plantea, al amparo del referido ordinal y con fundamento en el artículo 666 del Código Civil el problema de la extensión de la incapacidad al orden testamentario. En efecto, en el fundamento cuarto de la sentencia de primera instancia que confirma la sentencia recurrida y que forma parte integrante del fallo por remisión de ésta a aquél, se manifiesta conforme al informe forense que la incapacitada «no tiene capacidad para testar en ninguna de las formas legalmente establecidas». Pero esta incapacidad de testar que define el artículo 663 núm. 2.º del Código Civil ha de interpretarse, no como lo hace la representación de la recurrente, en un sentido absoluto, sino siempre conforme a todos los artículos conexos en obligada interpretación sistemática, y, teniendo en cuenta la integración normativa que en relación con el caso supone, entre otros, el artículo 665, respecto de los requisitos especiales del testamento en intervalos lúcidos, por lo que, para evitar cualquier confusión y el alcance general de la expresión «ninguna de las formas legalmente establecidas», se accede a la casación parcial de la sentencia en este punto y, con ello, se acoge parcialmente el motivo examinado” (Fundamento de Derecho cuarto).

Desde este punto de partida varias son las cuestiones que, en cuanto a la testamentifacción, cabe examinar. Un buen repertorio de las mismas, con sus soluciones, aporta la STS de 12 mayo de 1998 (RJ 1998\3570) que a su vez recoge (como también lo hace la STS de 27 de junio de 2005 (RJ 2005/9688) la doctrina de la STS de 27 enero 1998 (RJ 1998/394). Fundamento de Derecho segundo, de aquélla: “Es causa de incapacidad para testar el no hallarse en su cabal juicio (artículo 663, 2.º, Código civil) al tiempo de otorgar testamento (artículos 664 y 666 del Código civil); la cuestión referente al estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia, dice literalmente la sentencia de 27 noviembre 1995 (RJ 1995/8717), con abundante cita de sentencias anteriores. En el presente caso, claramente las Sentencias de instancia han afirmado que no se ha aprobado la incapacidad mental de la testadora. En este tema, es interesante reproducir el completo resumen de la doctrina jurisprudencial que se contiene en la Sentencia de 27 enero 1998 (RJ 1998/394): a) que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sentencia de 25 abril 1959 [RJ 1959/1974]); b) no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacción y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (Sentencia de 25 octubre 1928); c) que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un

momento lúcido (Sentencia de 18 abril 1916); d) que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador, «pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso..., ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia de 25 noviembre 1928); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia de 25 octubre 1928); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sentencia de 28 de diciembre 1918); e) la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia de 1 febrero 1956 [RJ 1956/680]), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia de 25 abril 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción «iuris tantum» que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario «evidente y completa» (Sentencias de 8 mayo 1922 y 3 febrero 1951 [RJ 1951/352]), «muy cumplida y convincente» (Sentencias de 10 abril 1944 [RJ 1944/533] y 16 febrero 1945 [RJ 1945/138]), «de fuerza inequívoca» (Sentencias de 20 febrero 1975 [RJ 1975/661]), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto (Sentencia de 25 abril

1959), pues ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (23 marzo 1944 [RJ 1944/317] y 1 febrero 1956); f) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre «cumplidamente» en vía judicial su incapacidad, destruyendo la «enérgica presunción «*iuris tantum*» (Sentencias de 23 marzo 1894; 22 enero 1913; 10 abril 1944 y 16 febrero 1945), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (Sentencia de 23 marzo 1944); g) restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, —lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (Sentencias de 18 abril 1916 y 16 noviembre 1918)— pues el artículo 665 del Código Civil, no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (Sentencia 27 junio 1908)».

También resulta acertadamente expositiva la STS de 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/2310), cuando señala (Fundamento de Derecho primero): “Dijo esta Sala en la sentencia de 24 de julio de 1995 (RJ 1995, 5603), fundamento jurídico primero: «es doctrina pacífica de esta Sala la que declara que la circunstancia de haberse cumplido todas las formalidades legales no impide que pueda declararse nulo el testamento, si se prueba que el testador

no tenía completa su facultad mental o volitiva (sentencias 21-6-1969 [RJ 1969, 3573], 8-3-1972 [RJ 1972, 1091], etc.). Y agotando la doctrina jurisprudencial en esta materia, debemos señalar: a) Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento; c) Que la afirmación hecha por el notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre; y d) Que por ser una cuestión de hecho, la relativa a la sanidad del juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia» (RJ 1995, 5603). Se insiste en la doctrina de esta Sala en que las pruebas contrarias a la aseveración notarial de capacidad han de ser muy cumplidas y convincentes, y estas circunstancias no se dan en modo alguno en el recurso...”.

A propósito de la interpretación del art. 663.-2º CC (que debe relacionarse con lo dispuesto en los art. 664, 665 CC), hay interesante jurisprudencia sobre cómo debe entenderse la noción de “cabal juicio”¹¹⁰. Con frecuencia se alude al trámite de apreciación de capacidad del testador, por parte del notario, pero ¿de qué se trata exactamente? Resume GÓMEZ TABOADA, la apreciación de la capacidad consiste en dos cosas: comprobar que el otorgante esté en su sano juicio, “en sus cabales”, y cerciorarse de si es consciente de los efectos jurídicos del negocio que va

110 *Vid.* CALVO VIDAL, F. M., “El testamento del declarado judicialmente incapaz: el artículo 665 y su reforma por Ley 30/1991, de 20 de diciembre”, *Estudios de derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García* (coord. por T. F. TORRES GARCÍA), 2004, pp. 159-192.

a celebrar. Los medios con que cuenta, al efecto, el notario no dejan de resultar un tanto subjetivos: “con su sentido común y con su experiencia —tanto personal como profesional—. En efecto, el notario no es un técnico, como podría serlo el médico o el psicólogo. Se debe fiar, sin más de su propio criterio. Esta regla, no obstante, tiene alguna excepción: en efecto, el artículo 665 CC..., exige la opinión favorable de dos facultativos. Sin embargo su ámbito de aplicación es limitadísimo: tiene que tratarse de un testamento; de un otorgante que haya sido judicialmente incapacitado; y que la sentencia de incapacitación no contenga pronunciamiento respecto a la capacidad de testar”. Y la consecuencia del juicio del notario, sobre la capacidad o no del otorgante, constituye una presunción, por más que sea desvirtuable mediante prueba contraria (sin perjuicio de la responsabilidad en que, en tal caso, puede incurrir el fedatario)¹¹¹.

La contradicción de aquella presunción *iuris tantum*, a tenor de la jurisprudencia, debe ser “cumplida, evidente y completa”; sin olvidar que, por el principio de *favor testamenti*, no bastará la simple duda sobre la capacidad del testador al tiempo de otor-

111 GÓMEZ TABOADA, J., "Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 2009/2006, pp. 1106 y 1111 ss. En realidad se refiere a la capacidad exigida para los negocios jurídicos en general, no sólo específicamente para el testamento.

El autor comparte la opinión que cita de MARTÍN CALERO (*cf.* nt. 20): no puede haber una indagación de la capacidad más útil que la que se haga en relación a cada caso concreto, “debe prevalecer una consideración social, que poco tiene que ver con el dictamen médico de que concurra o no una enfermedad mental o una determinada discapacidad psíquica”.

La comprobación de que el otorgante está en sus cabales, propone realizarla cerciorándose el notario de que aquel está “situado” (*cf.* p. 1112), interrogándole sobre sus circunstancias personales y familiares.

garse el testamento para que pueda declararse la nulidad de su disposición¹¹². La STS de 21 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8119) —Fundamento de Derecho segundo, del segundo recurso de casación—, expone: “Por lo que respecta a los preceptos sobre la capacidad del testador en el momento de otorgar el testamento, es carga de la parte que impugna el testamento probar que se hallaba en su cabal juicio, y la aseveración notarial sobre su capacidad adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella se ha de pasar, mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la enérgica presunción *iuris tantum* que origina la susodicha aseveración notarial (sentencias de 27 de enero [RJ 1998, 394] y 12 de mayo de 1998 [RJ 1998, 3570])// . La sentencia recurrida, lo mismo que la de primera instancia que se apeló, ha realizado un estudio de todo el material probatorio obrante en autos sobre la capacidad del testador, llegando a la conclusión de que no se hallaba en su cabal juicio en el momento de otorgar testamento. La recurrente no ha formulado ningún motivo casacional atacando dicha valoración. Esta Sala ha declarado con suma reiteración que la valoración probatoria efectuada por la sentencia recurrida sólo puede ser combatida si se ha incumplido precepto legal atinente a ella, o de forma manifiestamente arbitraria, o por un error de hecho patente e inequívoco”.

¿Cómo debe manifestarse esa condición —ciertamente ambigua— de disponer de cabal juicio, cómo se revela que un otorgante carece él? No hay que perder de vista que el estado de cabal juicio constituye una situación fáctica, pues de ello derivan

112 Vid. SERRA RODRÍGUEZ, A., “La capacidad para testar y la prueba de la incapacidad del testador en los testamentos abiertos”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2/1999, Westlaw (BIB 1999/1114), con la abundante apoyatura jurisprudencial que aporta.

Entre otras sentencias a tener cuenta: *cfr.* STS de 7 de octubre de 1982 (RJ 1982/5545), 24 de julio 1995 (RJ 1995/5603) y 27 noviembre 1995 (RJ 1995/8717).

importantes consecuencias. Así lo afirma la jurisprudencia: la apreciación de la capacidad de testador, en el caso concreto, es una cuestión de hecho, sometida a la libre apreciación del juzgador de instancia. Para valorarla pueden tomarse en cuenta las pruebas periciales aportadas al litigio por las partes, e incluso los actos coetáneos o inmediatamente anteriores, o posteriores, que pongan de manifiesto el juicio para testar; ahora bien, el dictamen pericial no es vinculante para el juez, ni su valoración es, por lo general, recurrible en casación¹¹³. Entre otras muchas, ténganse en cuenta a este respecto las STS de 12 de mayo de 1998 (RJ 1998/3570), o 31 marzo 2004 (RJ 2004/1717), que contienen a su vez un importante repertorio de resoluciones concordantes.

¿A qué preciso momento se debe referir la incapacidad del testador? Al momento en que se otorgó el testamento, tal como

113 *Vid.* SERRA RODRÍGUEZ, *loc. cit.*, con la jurisprudencia que cita. Debe tenerse en cuenta con la jurisprudencia que la edad senil, por sí sola, no permite desvirtuar la presunción de capacidad.

Sobre la posibilidad de recurrir en casación la apreciación de capacidad, la STS de 19 de febrero de 1996 (RJ 1996/1413): “Las pruebas periciales, según el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y constante doctrina jurisprudencial (Sentencias de 20 febrero 1991 [RJ 1991/1515] y 28 febrero 1992 [RJ 1992/1249], entre otras), son de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica, hasta el punto de que los jueces pueden prescindir de las mismas (Sentencias de 31 marzo 1967 [RJ 1967/1747] y 10 febrero 1994 [RJ 1994/848]). El desacierto de estas pruebas admite la censura casacional, no en cuanto a la prueba misma y sí respecto a su valoración, mediante denuncia de las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil... En esta línea de razonamiento cabe ser impugnadas cuando las conclusiones valorativas a que llega el Tribunal de instancia contradicen abiertamente la racionalidad, conculcando las más elementales directrices de la lógica (Sentencias de 25 noviembre 1991 [RJ 1991/8481], 10 julio 1992 [RJ 1992/6275], 10 marzo y 7 noviembre 1994 [RJ 1994/1735 y RJ 1994/8379], 3 abril 1995 [RJ 1995/2929] y 17 mayo 1995 [RJ 1995/3925]), o no guardan la debida coherencia (Sentencia de 28 abril 1993 [RJ 1993/2953]), o se presentan contradictorias las conclusiones obtenidas (Sentencia de 11 octubre 1994 [RJ 1994/7478])”. Fundamento de Derecho segundo.

dispone el art. 666 CC, y corrobora una uniforme jurisprudencia¹¹⁴.

¿Qué eficacia tiene, sobre un acto de otorgamiento anterior, la posterior incapacitación del testador? La incapacitación no provoca necesariamente la ineficacia de la disposición testamentaria precedente. Ahora bien, la declaración judicial de incapacidad puede constituir un indicio más que razonable de la falta de capacidad del testador, cuando se debe a una enfermedad mental que previsiblemente existía al tiempo de otorgarse el testamento, y concurre proximidad temporal entre ambos momentos¹¹⁵ (*cf.* STS de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6399))¹¹⁶.

114 *Vid.* SERRA RODRÍGUEZ, *loc. cit.*

115 *Vid.* SERRA RODRÍGUEZ, *loc. cit.*

116 Fundamento de Derecho primero: “El artículo 663 del Código Civil emplea la expresión cabal juicio, y el 664 la explica al referirse a la enajenación mental y si bien aquella no puede resultar técnicamente muy afortunada, sí resulta lo suficiente expresiva en cuanto autoriza una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas (artículo 200 del Código Civil). El precepto se ha de aplicar no sólo a quien por resolución judicial ha sido declarado incapaz (Sentencia de 22 junio 1992 [RJ 1992/5460]), sino también a los afectados de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada, que es el caso de autos, ya que doña Salomé P. P. fue declarada incapaz a medio de Auto de 9 julio 1981 —posterior a la fecha del otorgamiento de su disposición de última voluntad—, pero la proximidad temporal también es significativa, en cuanto a que la anomalía mental ya existía, pues cuando se incoa el procedimiento judicial, evidentemente se parte de la concurrencia de un presencial y exteriorizado estado anómalo mental y no se ha de esperar a que durante el «iter» del proceso aquél tenga que manifestarse necesariamente. La decisión judicial que declara y confirma la situación de incapacidad, juega a efectos de la ineficacia de la presunción de capacidad para testar del artículo 662 —«favor testamenti»—, que cabe ser destruida por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario...; prueba que es de cargo, en cuanto excepción, de la parte que sostiene la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento de su última voluntad (SS. 10 abril 1987 [RJ 1987/2549] y 26 septiembre 1988 [RJ 1988/6860])”.

En el mismo sentido, resulta también interesante, entre otras muchas, la STS de 22 de junio de 1992 (RJ 1992/5460): a partir del diagnóstico de que el testador murió a con-

La STS de 18 de marzo de 1988 (RJ 1988/10355) compendia buena parte de las cuestiones que acabo de tratar: la presunción general de capacidad de las personas no incapacitadas, el carácter *iuris tantum* de la apreciación de la capacidad del testador por parte del notario, la necesidad de prueba en contra del estado de incapacidad del otorgante, la toma en consideración del momento del otorgamiento para juzgar la capacidad, y la falta de efecto retroactivo de la posterior incapacitación del testador. Fundamento de Derecho quinto: “En efecto, tomando como puntos de partida: a) Que constituye un principio general e indiscutido de derecho, consagrado por el Código Civil y confirmado por la doctrina de esta Sala, el de que la capacidad de las personas se presume siempre mientras que su incapacidad ha de ser acreditada de modo evidente y completo; b) Que a tenor de lo dispuesto en el art. 666 del Código Civil, la estimación del estado mental de todo testador viene referida «al tiempo de otorgar el testamento»; c) Que salvo los supuestos de demencia que contempla el art. 665 del referido Cuerpo Legal... en los que se impone al Notario autorizante la designación de dos facultativos para que reconozcan al presunto testador, en los demás y por lo tanto en éste, se proyecta sobre aquél y los testigos autorizantes del testamento la facultad de determinar «que a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», que es, precisamente, lo acontecido en este caso (Sentencias de 22 enero 1913, 16 noviembre 1918, 29 diciembre 1927, 12 mayo 1962 [RJ 1962/2245], 21 abril 1965 [RJ 1965/2282], 7 octubre 1982 [RJ 1982/5545], 21

secuencia de la enfermedad de *Czeutzfeldt-Jakob* se llega a la conclusión de que ya estaba incapacitado al tiempo de otorgar el testamento.

Cfr. STS de 13 octubre 1990 (RJ 1990/7863): la demencia senil del testador no es suficiente para atacar su capacidad al tiempo de otorgar un precedente testamento; reitera el principio de quien discute la capacidad asume la carga de la prueba.

junio 1986 [RJ 1986/3788] y 10 abril 1987 [RJ 1987/2549]); d) La manifestación del Notario autorizante del testamento en orden a la capacidad testamentificadora del otorgante, dado el prestigio y seriedad de la institución notarial adquieren una especial relevancia, constituyendo una enérgica presunción «iuris tantum» de aptitud, que sólo puede destruirse mediante una completa prueba en contrario (Sentencias de 8 mayo 1922, 23 marzo 1944 [RJ 1944/317], 25 marzo 1957 [RJ 1957/1181], 16 abril 1959 [RJ 1959/1974], 7 febrero 1967 [RJ 1967/550], 21 junio 1986 [RJ 1986/3788] y 10 abril 1987 [RJ 1987/2549]...”.

MECANISMOS DE RESPUESTA

PANORAMA GENERAL DE LAS FIGURAS DE GUARDA LEGAL DE LOS DISCAPACITADOS INTELECTUALES

Carlos Martínez de Aguirre

Catedrático de Derecho civil

1. PLANTEAMIENTO: LA DISCAPACIDAD, LAS DISCAPACIDADES Y LOS RETOS QUE PLANTEAN AL DERECHO PRIVADO

1. Me propongo, en este trabajo, hacer una exposición global de las figuras de guarda —ya sean de Derecho, ya de hecho— de los discapacitados intelectuales o psíquicos (que son quienes, como veremos a continuación, precisan específicamente de la existencia de tales mecanismos de protección). Esto quiere decir, en primer lugar, que el empeño en sí va a ser modesto y poco original: proporcionar un marco teórico en el que se inserten las diferentes figuras (o situaciones) de protección. Un segundo paso, imprescindible, es el análisis concreto de dichas figuras o situaciones, y de los problemas que plantean, pero esa labor iría mucho más allá de los límites naturales de este trabajo. Por otro lado, tampoco he querido hacer una introducción puramente sistemática: una enumeración de las figuras de guarda legal seguida de una breve descripción de su contenido, y quizá

de alguna de las cuestiones más actuales. Me ha parecido mas interesante dejarme guiar, dentro de un tono general igualmente descriptivo, por los principios rectores de esta materia en el Derecho español, y también por las conclusiones que cabe extraer del paralelismo de las figuras aquí estudiadas con las existentes en materia de protección de menores. Creo que este planteamiento, cuyo riesgo (asumido) es una cierta falta de orden en la exposición, puede ayudar a entender mejor en el breve espacio que consienten estas páginas, el sistema español de figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales¹¹⁷.

Para aclarar algo al menos este panorama legal, creo que lo primero que conviene hacer es delimitar cuál va a ser exactamente el objeto de mi exposición, a cuyo fin emplearé junto al Código civil, algunas de las leyes más recientes, que en cierta medida pueden servir —es verdad que con algún componente de discrecionalidad, rayano en la arbitrariedad—, para marcar distintos campos de actuación o ámbitos de protección, aunque como ya he advertido no se trate de ámbitos legales ni exclusivos ni excluyentes, puesto que se producen solapamientos y entrecruzamientos de perspectiva, que hacen más complejo el análisis. En todo caso, sí quiero advertir, antes de seguir adelante, que no voy a hacer especial hincapié en la cuestión terminológica, sino que emplearé habitualmente los términos usados por las leyes

117 Todo ello, con una advertencia previa: aunque he hablado reiteradamente de *sistema* español de protección de discapacitados en general, el término “sistema” solo puede entenderse en sentido aproximativo, ya que la realidad legal en esta materia adolece de falta de claridad, solapamientos y lagunas, de manera que hace difícil presentar un cuadro sistemático y ordenado, simplemente porque no existe como tal. Lo que hay es una pluralidad de enfoques y remedios, que se solapan confusamente, en función de las necesidades a que en cada caso se trata de dar solución.

respectivas, aclarando en todo caso su significado legal¹¹⁸. Todo ello, por lo demás, insistiendo en la modestia del intento, y en que se trata en la mayor parte de los casos de conceptos y figuras ya conocidos y empleados. Pero como he dicho al principio, lo que me interesa ahora no es innovar, sino enmarcar.

2. Una primera cuestión es la que cabe plantear al hilo tanto del art. 49 CE, como del art. 1 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad —en adelante, CONUDPD—, de 13 de diciembre de 2006: ambos pueden considerarse, en sus respectivas posiciones jurídicas, las normas de cabecera de nuestro Ordenamiento en materia de protección a los discapacitados. De los dos preceptos lo que me interesa ahora no es tanto su contenido tuitivo, cuanto la delimitación subjetiva de su ámbito de aplicación: así, el art. 49 CE se refiere a *“disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”*; por su parte, el art. 1 CONUDPD, al hablar de personas con discapacidad, se refiere a *“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo”*. La primera conclusión evidente (y casi pido perdón por enunciarla de manera expresa) es que la discapacidad puede afectar a las capacidades intelectuales o mentales¹¹⁹,

118 La cuestión terminológica es importante, pero no esencial: tiene un cierto carácter instrumental. Como escribe Jiménez Lara —“Conceptos y tipología de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, en de Lorenzo y Pérez Bueno, *Tratado sobre discapacidad* (Pamplona, Thomson Aranzadi, 2007), p. 204—, “el problema no es sólo ni fundamentalmente una cuestión de lenguaje, sino, sobre todo, de la actitud de las otras personas y de la sociedad ante las personas con discapacidad”: si la percepción social de la discapacidad es negativa, cualquier término que se emplee para designarla tendrá connotaciones peyorativas; de ahí que lo importante sea realizar una labor de pedagogía social que lleve a modificar esa percepción, para lo cual, efectivamente, puede ser útil el empleo de términos neutrales, o carentes (al menos inicialmente) de tales connotaciones negativas.

119 Distintas de las discapacidades intelectuales, en sentido estricto, son los lla-

a las capacidades sensoriales, o las capacidades físicas de una persona. Todas ellas interesan al Derecho, todas presentan retos a los que la sociedad ha de hacer frente, pero es también cierto que no son equiparables entre sí en muchos aspectos. Desde el punto de vista del Derecho privado, las que más interesan, y las que determinan la necesidad de disponer de determinados mecanismos de protección, en los términos a los que me referiré más adelante, son las discapacidades que afectan a las posibilidades de participar activamente en la vida jurídica, es decir, las discapacidades atinentes a la capacidad natural de autogobierno: esto se refiere principalmente a las discapacidades intelectuales, y en mucho menor grado a las discapacidades sensoriales o físicas. Efectivamente, el problema de un discapacitado físico, o en la inmensa mayoría de los casos de un discapacitado puramente sensorial¹²⁰, no es el de tomar decisiones libres y conscientes, jurídicamente eficaces, sobre su persona y su esfera de relaciones e intereses: son más bien problemas de eliminación de barreras, de accesibilidad, y en el caso de los discapacitados sensoriales, de la predisposición de los mecanismos que permitan el pleno desarrollo de una inteligencia y una voluntad cuyas potenciali-

mados trastornos de salud mental (enfermedades psiquiátricas), aunque desde el punto de vista jurídico privado, en la medida en que tales enfermedades puedan afectar a la capacidad natural de conocer y querer, pueden determinar la puesta en marcha de los mecanismos protectores a que más adelante me referiré (art. 200 Cc). De ahí que aunque en el texto me refiera a discapacitados intelectuales, buena parte de las afirmaciones que se hagan serán aplicables igualmente a las personas afectadas por trastornos de salud mental que afecten a su capacidad natural de autogobierno, o a discapacidades sensoriales que, por sus especiales características, puedan afectar igualmente a la capacidad natural de conocer y querer.

120 Con todo, hay casos en los que determinadas discapacidades sensoriales pueden afectar a la capacidad natural de conocer y querer: es el caso, por ejemplo, de un sordociego profundo de nacimiento, a quien esa discapacidad sensorial en muchas ocasiones puede privar de su capacidad natural de discernimiento.

dades son comparables a cualquier otra; pero justamente ése es el problema de los discapacitados intelectuales (y también el de los afectados por determinados trastornos mentales), y a eso es a lo que el Derecho debe dar respuesta.

3. De entre las cuestiones que la discapacidad plantea a la sociedad, y al Derecho, me interesa ahora detenerme en tres, y hacerlo desde la doble perspectiva que proporcionan tanto el Derecho privado como la legislación más reciente:

a) En primer lugar, y es algo que ya he mencionado, en qué medida el discapacitado puede tomar decisiones conscientes y libres, en lo relativo al gobierno de su persona e intereses: para eso lo que es necesario es tener la llamada capacidad natural de conocer y querer, que es la que permite a la persona gobernarse por sí misma. Esto atañe a los discapacitados intelectuales, en el grado y con las características propias de su discapacidad; como se ha apuntado, en algunos casos (y mucho más antes que ahora) puede afectar también a determinados discapacitados sensoriales, cuando esa discapacidad repercute en sus capacidades intelectuales. A esto se refiere, por ejemplo, el art. 200 Cc, cuando dispone que *“son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”*: conviene recordar que el sistema de limitaciones a la capacidad de obrar diseñado por la reforma del Código civil de 1983 se caracteriza por un alto grado de flexibilidad, manifestado en primer lugar, en las causas en cuya virtud puede procederse a dicha limitación; la fórmula legal hace hincapié en el resultado (falta de capacidad de autogobierno) más que en una tipificación de las causas que lo producen respecto a las que lo único que se exige es que sean permanentes. Esta es también la idea que subyace en la definición de autonomía que

contiene el art. 2.1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (LDep.): entiende la Ley por autonomía *“la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”*.

En relación con este problema, la normativa de referencia se encuentra básicamente en las reglas sobre incapacitación e instituciones de guarda y protección contenidas en el Código Civil o en la Ley de Enjuiciamiento Civil (o en las correspondientes legislaciones autonómicas: en Aragón, la Ley de Derecho de la Persona), sin perjuicio de que otras leyes también contengan algunas reglas significativas respecto a esta cuestión. Naturalmente, deben ser mencionadas en este momento la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad.

b) En segundo lugar, en qué medida un discapacitado puede realizar por sí mismo, y por sí solo, las actividades básicas de la vida ordinaria, así como participar plenamente, en igualdad de condiciones, en la vida social; todo ello puede incluir en su caso lo relativo a la ejecución de las decisiones adoptadas libre y conscientemente en uso de su capacidad intelectual. A ello se refiere el art. 2.2 LDep., cuando define la dependencia como *“el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las perso-*

nas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal". A continuación, el art. 2.3 LDep. se ocupa de definir qué es lo que debe entenderse legalmente por actividades básicas de la vida diaria: *"las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas"*.

Es claro que este problema puede afectar a discapacitados tanto físicos, como sensoriales, como psíquicos. Puesto en relación con la cuestión a la que me he referido antes, es claro también que una persona dependiente (en este sentido legal) puede tener capacidad natural de autogobierno (que es lo que ocurrirá en la mayor parte de los casos de discapacidad física o sensorial), o puede no tenerla (que es lo que ocurrirá cuando la discapacidad es psíquica). Si no la tiene, entonces será preciso recurrir a los mecanismos de respuesta legales a que me he referido *sub a)*. Si tiene capacidad de autogobierno, la solución pasa por la disposición de ayudas personales de apoyo, y por la supresión de barreras de cualquier tipo que puedan impedir su plena participación en la vida social. Esta es una de las perspectivas básicas de la LDep., y lo es también de la CONUDPD; es, igualmente, el problema que está en la base de la legislación urbanística o de las reglas de construcción de edificios, o de toma de decisiones en Comunidades de Propietarios, en materia de accesibilidad.

Es aquí donde se puede advertir un cierto solapamiento, que no me parece especialmente afortunado, con el problema enunciado *sub a)*, en la medida en que se incluyen en la definición de dependencia los apoyos precisados por los discapacitados psíquicos para su autonomía personal, lo que en realidad reconduce a los mecanismos de protección predispuestos en el

Código Civil. Por eso, quizá este pueda ser el momento oportuno para introducir una idea que me parece significativa, y que alude a la diferencia que hay, desde el punto de vista de su efectividad, entre las medidas de apoyo o eliminación de barreras en el caso de los discapacitados físicos o sensoriales, y los mecanismos de protección de los discapacitados psíquicos: con las primeras, lo que se consigue es que el resultado sea, efectivamente, una participación personal plena, o casi plena, del discapacitado en la vida social, con efectiva superación personal de los obstáculos derivados de la discapacidad de que se trate; con las segundas, ello ocurre así en algunos casos, pero no en otros (y es más, en estos últimos nunca podrá ocurrir así): ello, en razón de la intensidad de la propia discapacidad intelectual.

Quizá un ejemplo me ayude a explicarme: la construcción de una rampa, o la instalación de un ascensor, permite a determinados discapacitados físicos acceder a lugares a los que de otra forma no podrían llegar: el resultado, en este caso, es que son ellos mismos los que llegan a esos sitios. Del mismo modo, la publicación de una novela en lenguaje braille permite a un discapacitado visual leerla, y es él quien la lee y disfruta personalmente de su contenido. Pero vayamos ahora con los discapacitados psíquicos, aunque sea adelantando conceptos (que por otro lado son sobradamente conocidos): para suplir la discapacidad intelectual, los afectados por ella pueden estar sujetos bien a un régimen de complemento de capacidad (son ellos los que contratan, aunque precisen de la concurrencia de otra persona: contratan por sí mismos, pero no por sí solos), bien a un régimen de sustitución de capacidad (representación legal: es otro quien contrata en su nombre), en función de su propia capacidad natural —es decir, de la intensidad con la que su discapacidad intelectual afecta a su capacidad natural de autogobierno—; pues bien, si están su-

jetos a ese régimen de complemento de capacidad —típicamente la curatela—, efectivamente son ellos los que contratan, aunque sea con la concurrencia (asistencia, diríamos más técnicamente) de esa otra persona; en cambio, si están sujetos a un régimen de sustitución de capacidad —típicamente la tutela, que entraña que el tutor es representante legal del tutelado—, este mecanismo no permite que sea el discapacitado quien contrate, o quien decida contratar y otro ejecute la decisión: es otro quien toma la decisión y es otro quien contrata, e imputamos esa decisión y ese contrato al discapacitado, eso sí, en su propio beneficio: hacemos como que ha decidido, y como que ha contratado. Pero, con las matizaciones que haré más adelante, es que no puede ser de otro modo. Esta es una de las diferencias significativas entre los discapacitados físicos y los meramente sensoriales, por un lado, y los discapacitados intelectuales, por otro¹²¹.

c) Vamos, por fin, con la tercera de las cuestiones que he anunciado: se trata de la de lo que impropia pero gráficamente podríamos denominar cuestión financiera, o económica; siempre, insisto, desde el punto de vista del Derecho Privado (lo que hace, por ejemplo, que no vaya a hacer más que esta mínima

121 Esta diferencia hace que la pretensión de dar un tratamiento conjunto a estos distintos tipos de incapacidad, si puede ser acertada en sus aspectos fundamentales (igual dignidad, iguales derechos básicos), puede ser contraproducente cuando se trata de establecer las medidas u objetivos concretos: así, la eliminación de barreras puede ser útil para discapacitados físicos o sensoriales, pero no lo es del mismo modo respecto a los discapacitados intelectuales, entre otras razones porque en algunos casos el problema no es de existencia de barreras, sino de la misma naturaleza de la discapacidad. Eso tiene consecuencias relevantes, por ejemplo, a la hora de interpretar las previsiones de la CO-NUDPD, que en cierta medida incurre en el defecto denunciado —previsiones generales, que no diferencian entre los distintos tipos de discapacidad—, lo que exige “releer” toda la Convención desde la perspectiva de los discapacitados intelectuales, para adaptar sus previsiones a las características de dicha discapacidad.

alusión a las ayudas económicas de carácter público contenidas en la LDep.). Se trata de determinar qué patrimonio hace frente a los gastos ocasionados por el discapacitado: y no me refiero solo a los ligados específicamente a su discapacidad, sino en general a los de su vida ordinaria, que por supuesto incluyen aquéllos. Naturalmente, está aquí en primer lugar el patrimonio personal del discapacitado, pero la generación de ese patrimonio, que habitualmente se realiza mediante la actividad profesional, presenta dificultades especiales cuando se trata de un discapacitado; para paliar este problema están, por ejemplo, las medidas de inserción laboral. Desde el punto de vista del Derecho civil, las referencias están constituidas tradicionalmente por las normas sobre alimentos entre parientes y en su caso por las reglas sucesorias, en ocasiones, sobre todo en el Derecho común, marcadamente insuficientes; ahora ello se ha de completar con las disposiciones contenidas en la Ley Ley 41/2003, de 18 noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, especialmente en lo relativo al patrimonio protegido: aquí se produce ya una descoordinación con las reglas del Código Civil, puesto que como es sabido el concepto de discapacitado, a efectos de esta Ley (art. 2), no coincide con el de incapacitado¹²²; dicha ley introduce además, como es igualmente conocido, la regulación del nuevo contrato de alimentos (cuyo antecedente más directo es el llamado contrato de vitalicio), y algunas reformas significativas en las reglas de derecho sucesorio. Pero también habría que mencionar aquí, sobre todo en relación con los mecanismos predispuestos cautelarmente por el propio discapacitado antes de serlo, de los que

122 En efecto, el citado art. 2 LPPD considera personas con discapacidad (que son las únicas en cuyo beneficio puede constituirse el patrimonio al que se refiere la ley) a las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, sin que se exija que estén incapacitados judicialmente.

habrá que hacer breve referencia, la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que contiene la regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia. En este punto, no me resisto a apuntar que una reforma de las reglas sucesorias, introduciendo en ellas un nivel mayor de libertad y flexibilidad a la hora de poder decidir los particulares sobre el destino y organización de sus bienes *post mortem*, podría servir de cauce para solucionar razonablemente algunos de estos problemas: el modelo que ofrecen los Derechos civiles territoriales (que han inspirado claramente la reciente reforma del art. 831 Cc), puede ser muy útil a este propósito.

d) De todo este conjunto de cuestiones interesa básicamente ahora analizar las relativas a la capacidad de obrar, o más en general las que son peculiares de los discapacitados intelectuales y se refieren a sus posibilidades de participación en la vida jurídica; y hacerlo, además, no en cuanto al análisis de las causas de incapacitación —aunque algo habrá que decir de ellas, en más de un momento—, sino en cuanto a los mecanismos de guarda legalmente establecidos. A tal efecto, mi exposición se centrará a continuación, por un lado en los principios rectores del Derecho español en esta materia; y por otro, en algunas consideraciones de alcance más general, ligadas a la puesta en relación de las figuras legales de guarda de menores con las de los discapacitados intelectuales.

2. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SITUACIÓN DE LOS DISCAPACITADOS INTELECTUALES, EN RELACIÓN CON LA CAPACIDAD DE OBRAR

4. La regulación de la capacidad de obrar de los discapacitados intelectuales, y con ella de las figuras de guarda a que pueden quedar sujetos (o mejor, establecidas para su protección y en su beneficio), viene determinada en nuestro sistema por algunos principios rectores, dimanados tanto de la CE (especialmente de sus arts. 10 y 49) como de la CONUDPD (señaladamente, sus arts. 3 y 12): en este último caso, como iremos viendo, será necesario adaptar las previsiones de la Convención a las peculiaridades de la discapacidad intelectual, que hacen que algunas de sus reglas deban ser releídas a la luz de dichas peculiaridades, para comprender su alcance y las modalidades de su aplicación en relación con discapacitados psíquicos. Tales principios rectores podrían ser los que se recogen a continuación.

5. En primer lugar, como punto de partida, la dignidad humana que corresponde a los discapacitados, igual que a quienes no lo son, conforme al art. 10 CE y al art. 3 a) CONUDPD. Esa dignidad (ser valiosos por sí mismos) depende de la naturaleza humana, y no de la mayor o menor capacidad en cualquier ámbito: no se es más digno por tener más capacidades, ni menos, por carecer de ellas. Y esto es predicable especialmente de los discapacitados intelectuales, aún los más profundos, porque la dignidad humana tampoco está ligada a la posibilidad de ejercitar autónomamente las facultades intelectuales y volitivas características del ser humano: tanta dignidad tiene un bebé, como un discapacitado intelectual, como una persona en plenamente capaz. Es más: la igual dignidad, unida a la especial debilidad

derivada, en los dos casos que he mencionado, de la falta de capacidad natural de conocer y querer, les hace acreedores en justicia de una especial protección.

6. El segundo principio, parte del derecho de los discapacitados intelectuales a participar plena y efectivamente en la vida social, plenitud que incluye por tanto el derecho a tomar parte en la vida jurídica —art. 3 c) CONUDPD—. La particularidad de los discapacitados intelectuales (como la de los menores de edad, sobre todo en los primeros años de su vida) es que permitirles participar por sí mismos y por sí solos en la vida jurídica, o bien sería impracticable (piénsese en el caso del bebé), o bien sería perjudicial para el menor o el discapacitado, ya que su limitada capacidad natural podría llevarle a tomar decisiones perjudiciales para ellos mismos, o a que terceras personas se aprovecharan de ellos en su propio beneficio. Se trata, pues, de impedir que la eventual actuación (o falta de actuación) del naturalmente incapaz —sea menor, sea discapacitado intelectual, sea persona aquejada de un trastorno de salud mental—, pueda volverse en su contra; en palabras de Goubeaux, "los derechos subjetivos, que constituyen ventajas concedidas a su titular, corren el riesgo de producir el efecto inverso, en detrimento de los más débiles. Es preciso evitar que, por impotencia de la voluntad, algunas personas dejen en abandono sus derechos, así como es necesario impedir que otras comprometan su situación por decisiones insensatas"¹²³.

Para que esa participación del discapacitado intelectual en la vida social y jurídica pueda llevarse a efecto por un lado,

123 Goubeaux, "Les personnes", en *Traité de Droit civil* (dir. Ghestin, Paris, LGDJ, 1989), p. 317.

pero por otro no le sea perjudicial, se establecen mecanismos dirigidos a limitar sus posibilidades de intervención autónoma en la vida jurídica, así como a suplir o complementar su capacidad, en función de dicha limitación; esto último, con la finalidad de que las limitaciones a que se acaba de hacer referencia no provoquen la paralización de la vida jurídica del afectado por la falta de capacidad natural, con el consiguiente perjuicio para el mismo discapacitado): en mi opinión, ese es el sentido que hay que dar respecto a los discapacitados intelectuales, por ejemplo, al art. 12.3 CONUDPD, cuando obliga a los Estados partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad. Pensando en el sistema español, ese apoyo puede consistir en el nombramiento de un curador, que le asista en los actos y contratos que disponga el juez, o el de un tutor, que le represente (o que le represente en unos casos, y le asista en otros); todo ello, en función del grado de discapacidad y de las necesidades de la persona afectada por dicha discapacidad.

La limitación jurídica de la capacidad de obrar del discapacitado psíquico, y la simultánea sujeción a un régimen de representación o complemento de capacidad son como las dos caras de una misma moneda, y se dirigen a ofrecer un sistema de protección completo, con un contenido negativo (limitación de la capacidad de obrar) y otro positivo (establecimiento de un régimen de protección). Mediante el primero, se trata de impedir que la actuación de quien carece de capacidad natural pueda perjudicarlo: si se le limita la capacidad de obrar es para evitar que tome decisiones perjudiciales. Mediante el contenido positivo se establecen mecanismos jurídicos dirigidos, a proteger la persona y bienes del discapacitado, lo que incluye la posibilidad de actuar

en su nombre, y la obligación de hacerlo en su beneficio: véase, por ejemplo, el art. 216 Cc.

Estas afirmaciones pueden volverse por pasiva, y también entonces la conclusión es interesante: como indicó la profesora Gete-Alonso hace ya algunos años, "solo la necesidad de proteger a determinadas personas en virtud de sus circunstancias personales, justifica la existencia de limitaciones a la capacidad y de situaciones de incapacitación"¹²⁴. Esa es la otra cara de la moneda de este mismo principio.

7. En relación con lo anterior, cabe añadir otro principio rector (el cual sería ya el tercero), que es el de proporcionalidad: ha de existir una correspondencia razonable entre la capacidad natural de conocer y querer, la limitación jurídicamente establecida (en función de ese dato) de la capacidad de obrar, y el régimen o figura de guarda que se establece para protegerles, sobre todo —en lo que ahora nos interesa—, por lo que respecta al sistema de sustitución o complemento de capacidad. Este principio encuentra su fundamento constitucional en el art. 10 CE (principio de libre desarrollo de la personalidad), en el art. 49 CE (que obliga al Estado a amparar a los discapacitados para que puedan disfrutar de sus derechos), y en el art. 12.4 CONUDPD (que exige que las medidas legales relativas al ejercicio de la capacidad de obrar de los discapacitados sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona). Enlazando con lo que se ha dicho antes, cabe afirmar, esta vez con Gordillo, que "la capacidad de obrar de las personas no es limitable en nuestro actual Derecho sino por causas que supongan la imposibilidad natural de actuar

124 Gete-Alonso y Calera, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona* (Madrid, Civitas, 1985), p. 12.

y decidir libre y responsablemente"¹²⁵; y añadir que debería ser en proporción a dichas causas.

Aplicado esto estrictamente a la CE, quiere decir que los principios de protección a los discapacitados (art. 49) y de libre desarrollo de la personalidad (art. 10) se complementan y, a la vez, se limitan mutuamente, determinando el equilibrio que debe encontrar la regulación civil, de forma que no caiga en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad, ni dé a éste tanta amplitud que acabe por establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente en perjuicio del propio discapacitado.

Llevada a su extremo, la correspondencia entre la capacidad natural de autogobierno y la capacidad legal de obrar (que sería entonces un mero reflejo jurídico de aquélla) obligaría a comprobar caso por caso la capacidad natural de las personas, para poder determinar así, también caso por caso, su concreta capacidad de actuar en una determinada relación jurídica; este sistema es impracticable como solución general porque paralizaría por completo la vida jurídica; es, sin embargo, solución que se adopta en relación con actos especialmente importantes, como el matrimonio (art. 56.II Cc), al menos en lo que respecta a discapacitados intelectuales (no así con respecto al menor, en relación al cual se sigue el sistema de edad, aunque rebajando hasta los catorce años la frontera a partir de la que se puede contraer matrimonio, entonces sí con consideración judicial específica de la concreta capacidad). Estos efectos perjudiciales se producirían también, aunque en menor grado (pero con una eficacia perturbadora todavía considerable), si dicha necesidad de comproba-

125 Gordillo Cañas, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos* (Madrid, Tecnos, 1986), p. 47.

ción se limitara a aquellas personas frente a las que pueden surgir razonablemente dudas acerca de su capacidad natural por razón de su edad, de su desarrollo psicobiológico, de su formación, o de la presencia de alteraciones mentales. De ahí que como regla la limitación de la capacidad de obrar se ligue bien a un hecho fácilmente constatable (la edad), bien en nuestro sistema a una declaración judicial (la incapacitación, o en la terminología anunciada por la ley 1/2009, la modificación de la capacidad de obrar, o ya puestos, en terminología que me resulta más grata, la adecuación o adaptación de la capacidad de obrar)¹²⁶, que tiene en cuenta la intensidad de la discapacidad, y la capacidad real de autogobierno para establecer tanto el régimen de guarda a que

126 Conviene hacer ahora algunas reflexiones acerca de la terminología empleada y de su significado real. El término que utilizan tanto el Código Civil (arts. 199 y ss.) como la Ley de Enjuiciamiento Civil es el de *incapacitación*, y el de *incapacitados* para las personas que han visto limitada su capacidad de obrar. Estas palabras tienen alguna connotación negativa, puesto que parecen transmitir la idea de que el *incapacitado* ha quedado totalmente despojado de su capacidad de obrar. Sin embargo, la realidad no es esa: nuestro sistema de limitación de la capacidad de obrar se caracteriza por la flexibilidad con la que regula tanto las causas (a lo que ya me he referido más arriba) como la extensión y límites de la incapacitación: es el juez quien debe establecer, en función de las circunstancias de cada persona, qué actos puede realizar por sí solo, cuáles con asistencia de un tutor o curador, o cuales no puede realizar, y debe entonces hacerlos en su nombre un tutor; solo en el caso de la incapacitación máxima el discapacitado intelectual ha quedado privado totalmente de su capacidad de obrar (ello, por entender que carece de capacidad natural de autogobierno, como ocurre en los supuestos más severos de discapacidad intelectual), y por tanto ha sido incapacitado en el sentido más radical del término, que no es su significado legal; en cambio, cuando un discapacitado es sometido a curatela en relación con determinados actos, aunque legalmente ha sido incapacitado, en realidad no se ha visto privado de su capacidad de obrar, que le ha sido limitada (en realidad, adaptada a su capacidad natural). A partir de ahí, resulta excesivo obtener conclusiones que vayan más allá de la conveniencia de un cambio terminológico como los propuestos en el texto, y desemboquen en la desaparición de los mecanismos judiciales de limitación de la capacidad de obrar — conclusiones muchas veces derivadas exclusivamente de las connotaciones peyorativas del término incapacitación—.

queda sujeto el discapacitado, como la extensión y los límites de la propia incapacitación (art. 760 Lec); de esta manera, se posibilita un alto nivel de adecuación entre la capacidad natural del discapacitado, y su capacidad legal de obrar, aunque la rigidez de las figuras de guarda haga perder algo de flexibilidad al sistema. Pero sobre la declaración judicial volveré inmediatamente, al hilo del cuarto y último de los principios rectores.

8. Sentado que el reconocimiento de capacidad de obrar a quien tiene suficiente capacidad natural de conocer y querer es manifestación destacada del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, de ahí se deriva (y por eso podríamos decir que este principio rector tiene el carácter de principio derivado, si se me permite acudir a esa terminología) que la limitación de la capacidad de obrar debe estar sujeta a cautelas dirigidas a asegurar que solo se produce cuando es procedente, y en beneficio del propio sujeto cuya capacidad de obrar se ve limitada; de esas premisas no resulta, en cambio, que deban desaparecer unas limitaciones cuyo sentido último es, precisamente, la protección y el beneficio del propio discapacitado. Eso se traduce, en nuestro sistema, por un lado en el principio de legalidad (las causas y consecuencias de esas limitaciones deben estar establecidas por ley ordinaria), y por otro en la necesidad de intervención judicial en el establecimiento de tales limitaciones. De este modo, la declaración judicial se basa no en razones meramente funcionales (seguridad del tráfico, conveniencia de fijar el contenido y límites de la limitación de la capacidad de obrar, determinación de la figura de guarda legal), sino sobre todo en la necesidad de garantizar que nadie va a ver limitada injustificada o arbitrariamente su capacidad de obrar. En este sentido, el art. 12 CONUDPDP dispone que *“los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad*

jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos”, y más adelante hace expresa referencia a que esas salvaguardias “estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”.

Esta necesidad de establecer sistemas de control independientes e imparciales de las limitaciones de la capacidad de obrar, plantea un nuevo problema de equilibrio entre las garantías fijadas a tal efecto, y la rigidez y lentitud en los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar que puedan derivar de la existencia de esas garantías: la rigidez, la lentitud y la complejidad de tales procedimientos desincentivan que se acuda a ellos, y tiene como consecuencia, si no necesariamente la radical desprotección del discapacitado psíquico, sí la proliferación de situaciones de guarda de hecho, y la consiguiente conveniencia, cuando no necesidad, de regular esas situaciones. Regulación que no es fácil, por las dificultades inherentes a todo intento de regular situaciones de hecho sin convertirlas en figuras de Derecho (y baste aquí remitirse, en dos campos bien distantes, a la posesión, o a las parejas de hecho). Como es sabido, la toma en consideración legal de la guarda de hecho se produce con la reforma del Cc de 1983. Marca un paso más la existencia de una cierta tendencia legislativa a juridificar la guarda de hecho, por ejemplo mediante la atribución al guardador de una limitada representación legal del sujeto a ella (es el caso del art. 145 LArD-Pers., que incorpora mecanismos de control de su actuación)¹²⁷,

127 La atribución *ope legis* de funciones de representación al guardador de hecho equivale a admitir la limitación de la capacidad de obrar de un discapacitado, pero sin sujetar el establecimiento de esa limitación a control judicial: en efecto, el guardador de hecho podrá realizar en nombre del discapacitado determinados actos, lo que supone la

de la atribución judicial de funciones tutelares al guardador de hecho de la proyectada regulación catalana (art.225-3 del Anteproyecto), o de la legitimación del guardador de hecho para obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones, hecha por la DA Única de la Ley 1/2009, de 25 de marzo.

3. POSIBILIDADES Y LÍMITES DE UNA CONSIDERACIÓN CONJUNTA DE LA SITUACIÓN DE MENORES E INCAPACES ANTE EL DERECHO CIVIL

3.1. EL PARALELISMO ENTRE LA SITUACIÓN DEL MENOR Y LA DE LOS DISCAPACITADOS INTELECTUALES

9. En varias ocasiones a lo largo de la exposición precedente me he referido no solo a la situación de los discapacitados psíquicos, sino también a la de los menores de edad. Efectivamente, entre ambas situaciones hay puntos de contacto importantes, que permiten una cierta aproximación recíproca. Destacan, entre esos puntos de contacto, la ausencia total o parcial, en ambos casos, de capacidad natural de conocer y querer; la importancia del principio del respeto al libre desarrollo de la personalidad, como límite y modalizador de ese contenido; la necesidad de te-

presencia de un factor de heteronomía que afecta a la capacidad de obrar del guardador de hecho (es el guardador el que decide por él, y en su nombre, con eficacia jurídica). Es verdad que ello ocurre limitadamente, y que se somete la actuación del guardador a un cierto control externo (en el caso aragonés, de la Junta de Parientes), pero siempre presenta el perfil delicado de haber quedado limitada la capacidad de obrar de una persona sin control judicial previo: desde este punto de vista, la previsión del art. 225-3.2 del Anteproyecto catalán parece más adecuada, en la medida en que prevé, al menos en algunos casos, la asunción de funciones tutelares por decisión judicial, lo que implica la existencia de ese control judicial a que acabo de referirme.

ner en cuenta el principio de seguridad del tráfico para orientar, también, el mencionado contenido; o las líneas maestras del contenido legal de esa protección en nuestro sistema.

Esta proximidad entre las dos situaciones es todavía mayor si reparamos en algunos aspectos del contenido positivo de dicha protección; es decir, referidos a los mecanismos de guarda, asistencia y representación de menores e incapaces. Tras las reformas del Código civil de 1981 y 1983, parece claro que se ha producido un más que notable acercamiento entre las figuras previstas para sustituir o complementar la incapacidad (o capacidad limitada), y, en su caso, atender al cuidado de la persona y bienes de los menores, y las dispuestas con las mismas finalidades respecto a los incapaces. Ello es así hasta el punto de que se ha podido hablar, con razón, de una cierta "fungibilidad institucional" de tales figuras (Casanovas Mussons)¹²⁸. En efecto, la introducción en 1981 de la patria potestad prorrogada o rehabilitada como mecanismo apto para la representación y protección de determinados incapaces, permite extender el alcance de la patria potestad más allá de lo que hasta entonces aparecía como su ámbito natural de actuación, limitado a la minoría de edad del hijo *in potestate*. A partir de ahí, resulta que el menor, dependiendo de sus circunstancias personales, podrá estar sometido, bien a la patria potestad, bien a la tutela; y, del mismo modo, el mayor incapacitado podría verse sometido, también en función de sus circunstancias personales, bien a la tutela (que incluye el caso de tutela prorrogada: art. 278 Cc), bien a la patria potestad prorrogada o rehabilitada. De esta forma —en palabras nuevamente de Casanovas¹²⁹— "se

128 Casanovas Mussons, "La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida", *RJC* 1985, p. 96.

129 *Op. et loc. cit.*

confería a la institución protectora (patria potestad, tutela) un carácter accidental respecto a la causa de la incapacidad; permitió prescindir (a estos efectos generales, más allá del contenido concreto) del hecho de que la intensidad máxima venga determinada por la minoría de edad o por la incapacitación". Por otro lado, la introducción de la curatela en la reforma de 1983 tiene un efecto similar respecto al grado o intensidad mínima de la incapacitación (régimen de asistencia o complemento de la capacidad), en la medida en que, dependiendo nuevamente de sus circunstancias personales, el menor emancipado puede ver complementada su capacidad mediante la asistencia de sus padres o de un curador (arts. 286 y 323 Cc); y el mayor de edad sometido a curatela puede verse asistido, bien por sus padres (en función de curadores), o bien por personas diferentes de ellos (art. 291 Cc, en relación con el art. 234 Cc).

Este acusado paralelismo (e intercambiabilidad, en el sentido indicado) entre las instituciones de asistencia y guarda de menores e incapacitados, obedece a una clara aproximación también en cuanto a las estructuras básicas conforme a las que se organizan los estatutos jurídicos respectivos, en lo que se refiere a la afectación de la capacidad de obrar: en ambos supuestos se conocen situaciones de incapacidad máxima (vgr., la del recién nacido, o la del incapacitado plenamente), que determinan el sometimiento a un régimen de sustitución (patria potestad o tutela); y situaciones de incapacidad mínima —o de limitación mínima de la capacidad de obrar, si se quiere— (vgr., la del menor emancipado, o la del incapacitado limitadamente), que determinan el sometimiento a un régimen de asistencia (asistencia paterna o curatela). Ambas, también, conocen grados intermedios de capacidad de obrar entre esas intensidades máxima y mínima. En cambio, no creo que deba incluirse entre estas figuras de guarda

la del administrador del patrimonio protegido, quien es representante legal del discapacitado pero únicamente con respecto a los bienes que integran ese patrimonio: no le incumbe, por tanto, la toma de decisiones sobre la persona del discapacitado, ni sobre el resto de su patrimonio; el resultado, sobre todo cuando concurren, además, un tutor de la persona con un tutor de los bienes, es un aumento de la complejidad, y la necesidad de arbitrar mecanismos de coordinación en la toma de decisiones, y de solución de los eventuales conflictos¹³⁰.

Por lo demás, la perspectiva que adopta el Código civil en su regulación de estas instituciones de protección hace hincapié fundamentalmente en el aspecto patrimonial, y presupone que el menor o el incapacitado son titulares de su propio patrimonio: de ahí la preocupación por los temas relativos a la capacidad de obrar, o los controles a que queda sometida la actuación del tutor, que introducen rigideces muy notables en el funcionamiento de la tutela; todo ello se ve con mucha mayor claridad en el caso de la curatela, cuyas carencias en lo relativo a la protección de la persona del discapacitado son prácticamente totales. Con todo, desde 1983 se ha comenzado lo que cabría denominar un giro personalista en las instituciones de guarda, que comienzan a preocuparse, aunque sea mínimamente y sin excesiva eficacia, de los aspectos más personales, como hace el vigente art. 269 Cc, que obliga al tutor a procurar alimentos al incapacitado (pero sin que esté claro si esa obligación incluye la de prestar alimentos a costa de su propio patrimonio), así como a promover la adquisi-

130 Cabría mencionar, por ejemplo, los problemas relativos a la determinación de cuál de los dos patrimonios, el protegido o el personal del discapacitado, va a hacer frente a qué gastos, y en su caso a quien corresponde decidir los gastos que han de efectuarse, lo que puede provocar más de un conflicto entre el tutor personal, el de los bienes, y el administrador del patrimonio protegido.

ción o recuperación de su capacidad, y su mejor inserción en la sociedad.

3.2. LAS DIFERENCIAS ENTRE LA SITUACIÓN DE LOS MENORES Y LA DE LOS DISCAPACITADOS INTELECTUALES

10. Frente a estas consideraciones, es preciso también resaltar las diferencias entre la situación de los menores y de los discapacitados psíquicos, tanto desde el punto de vista material, como en cuanto a los respectivos tratamientos jurídicos. Estas diferencias pueden servir también para hilvanar algunas reflexiones sobre la configuración legal del sistema de protección de los discapacitados intelectuales.

Desde el punto de vista material Goubeaux¹³¹ ha señalado las siguientes diferencias entre uno y otro caso, a las que añadiré yo sus repercusiones jurídicas:

i) La universalidad de la situación del menor, como etapa por la que pasa todo ser humano, frente al carácter minoritario de las situaciones de discapacidad psíquica en mayores de edad: eso quiere decir que en el primer caso no es precisa ni declaración especial ni control judicial de la limitación de la capacidad, puesto que la ley puede abordar el fenómeno con la misma universalidad con la que se produce. Frente a ello, resalta la amplitud y diversidad de las causas que pueden motivar la discapacidad psíquica —lo cual encuentra su reflejo jurídico en la amplitud con que el art. 200 Cc describe las causas de incapacitación: “*son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”—, así como la flexibilidad de contenidos posibles de la

131 “Les personnes” *cit.*, p. 435.

limitación de la capacidad de obrar (pero no tanto de las figuras de protección), de acuerdo con el art. 760.1 Lec., que caracterizan a nuestro Derecho común.

ii) La homogeneidad, en general, de las etapas y grados del desarrollo humano, que son propias de la edad, frente a la diversidad de las discapacidades psíquicas: eso permite resolver el problema de la determinación de la concreta capacidad de obrar del menor empleando el cómputo de la edad, ligada convencionalmente a la progresiva maduración de las facultades intelectuales y volitivas del ser humano, sin necesidad de realizar comprobaciones personalizadas del nivel de capacidad personal de autogobierno. Permite también establecer un sistema general de progresiva adquisición de la capacidad de obrar en función de la edad, al modo, por ejemplo, del vigente Derecho aragonés. Nada de ello parece posible en relación con los discapacitados intelectuales, en los que la adecuación de la capacidad legal de obrar a la capacidad natural de conocer y querer no puede hacerse mediante categorías generales (como el recurso a la edad en relación con los menores), sino mediante la comprobación personalizada de esa capacidad natural, en el marco de un procedimiento judicial individualizado.

iii) La temporalidad del estado del menor, que tiende por su propia naturaleza hacia la obtención de la plena capacidad, frente a la persistencia que caracteriza a muchas discapacidades intelectuales; a lo que añadiría yo en este momento el carácter cíclico (pero igualmente persistente) de algunas discapacidades, o el carácter progresivo —en el sentido de progresiva pérdida de la capacidad natural de autogobierno— de otras: eso quiere decir que si en el caso del menor de edad un tratamiento homogéneo puede tener sentido (siempre que no adolezca de la rigidez que caracteriza al sistema del Código civil), en lo relativo al régimen

jurídico de la situación de los discapacitados psíquicos la regla debe ser la flexibilidad, y en la medida de lo posible la adecuación de la respuesta jurídica a su capacidad real.

iv) Junto a estos datos proporcionados por Goubeaux, quiero referirme ahora a otro, que es el aumento del número de discapacitados psíquicos como consecuencia de patologías ligadas a la vejez, consecuencia a su vez del aumento de la esperanza de vida experimentado por nuestra sociedad en los últimos decenios; no es, sin embargo, etapa de paso obligado para todos los seres humanos a partir de una edad determinada, en lo que se diferencia de la situación del menor de edad. Desde el punto de vista jurídico, esto tiene relevancia en varios sentidos: en primer lugar, en cuanto es una situación, si no evitable, sí previsible, lo que permite que sea el propio sujeto, cuando todavía está en pleno uso de sus facultades intelectuales, quien organice preventivamente lo relativo al cuidado de su persona y bienes, y a la asistencia o representación, o quien predisponga mecanismos —temporales o definitivos— para cuando la discapacidad se manifieste: la autonomía de la voluntad de este tipo de discapacitados psíquicos debe tener un papel relevante en la determinación del sistema de protección a que va a quedar sujeto (y enlaza nuevamente con el principio de libre desarrollo de la personalidad a que me he referido más arriba).

Estas consideraciones se plasman ya en figuras como las siguientes:

1) Los llamados poderes preventivos, previstos precisamente para el caso de incapacidad y que no se extinguen con la incapacitación del poderdante (art. 1732.II Cc, introducido por la LPPD): recordemos que de acuerdo con el citado precepto, *“el mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del*

mandante a no ser que 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. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor". En este punto sigue habiendo, con todo, cuestiones que ajustar o resolver, como lo demuestra la RDGRN de 26 de febrero de 2009, que deniega el acceso al Registro civil de los poderes preventivos otorgados al amparo de la ley aragonesa (la cual prevé expresamente su indicación en la inscripción de nacimiento, al menos en la interpretación que parece más razonable del art. 97 LDPers.¹³²).

Los poderes preventivos se han visto afectados ahora, en lo que se refiere a su reflejo en el Registro civil, por la Ley 1/2009, que a pesar de todo deja flecos sin resolver: en efecto, el nuevo art. 46 ter LRC prevé que el Notario autorizante notifique al Registro Civil en que conste inscrito el nacimiento del poderdante, las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante; no aclara, sin embargo, la publicidad que debe darse a dicha información, ni el tipo de asiento que en su caso habría de recibirla.

2) La autotutela, que permite a una persona designar al tutor, o más en general configurar el régimen de guarda al que va a quedar sujeto en caso de incapacidad (art. 223 Cc, fruto también de la LPPD: *"asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar*

¹³² Conforme a dicho precepto, *"los documentos públicos a los que se refieren los artículos anteriores se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado"*. Entre tales documentos públicos el art. 95.1 incluye el otorgamiento de un mandato que no se extinga por la incapacidad o incapacitación del otorgante.

suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”). También la Ley 1/2009 introduce una alusión a la autotutela en el nuevo art. 46 bis LRC¹³³.

3) Se puede mencionar aquí, también, las previsiones contenidas en la anteproyectada reforma catalana acerca de la relativamente novedosa (en nuestro sistema) figura de la asistencia (art. 226 del Atp. en sus diversos números): se trata de una suerte de curador cuyas funciones van más allá de la mera asistencia en la realización de actos o contratos, y pueden extenderse hasta el cuidado de la persona y la administración de su patrimonio, siempre bajo control judicial.

Por otro lado, todas estas figuras no tienen por qué emplearse únicamente en relación con las discapacidades vinculadas a la tercera edad, sino en cualquier caso de discapacidad psíquica al que puedan aplicarse (por ejemplo, en algunos casos de discapacidades de carácter cíclico): aquí cobrará especial importancia el juicio acerca de la capacidad real de una persona cuando realiza alguna de las previsiones a que acabo de hacer referencia.

Se trata, entonces, de la puesta a punto de nuevas figuras y mecanismos que por un lado den juego a la autonomía de la

133 De acuerdo con dicho precepto, *“los encargados de los Registros Civiles Municipales extenderán por duplicado las inscripciones marginales de la Sección I sobre las modificaciones judiciales de capacidad, así como las inscripciones de la Sección IV sobre constitución y modificación de organismos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración de presuntos incapaces o menores no sujetos a patria potestad, vigilancia o control de tales cargos, documentos públicos de autotutela, y las de constitución de patrimonio protegido y de designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos, uno de cuyos ejemplares será remitido al Registro Civil Central para su extensión en el «Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos»”*

voluntad, y por otro permitan la flexibilización, personalización y agilización del sistema. Y se trata también de la adaptación y flexibilización de las figuras ya existentes.

En este mismo ámbito, hay una diferencia importante en cuanto al marco familiar de referencia: mientras el menor se inserta habitualmente, desde su nacimiento, en un marco familiar preparado para acogerle y volcado en atenderle, el anciano se encuentra crecientemente desinsertado de su propio marco familiar, dependiendo de otros núcleos familiares que no son estrictamente el suyo (y que están orientados, a su vez, hacia sus propios descendientes), y muchas veces no preparados para hacer frente a las necesidades de la tercera edad (y más cuando conlleva discapacidad), incluso contando con la mejor voluntad. Los sistemas de apoyo son, en este punto, imprescindibles.

11. Como he apuntado más arriba, el paralelismo entre las figuras de guarda de menores y de discapacitados se rompe en 1987, cuando mediante la ley 21/1987 de 11 de noviembre, se introduce en nuestro Ordenamiento civil un nuevo modelo de protección de menores, que he denominado como funcional o asistencial, frente al modelo institucional (patria potestad, tutela, curatela) que hemos examinado hasta el momento¹³⁴: se trata de un conjunto de medidas destinadas específicamente a la protección del menor, en razón de sus más urgentes necesidades de atención y cuidados; medidas inicialmente no extensibles a los discapacitados. Me refiero, básicamente, al desamparo, la tutela administrativa, la guarda administrativa y el acogimiento, a las

134 Sobre los modelos funcional e institucional de protección de menores, *vid.* Martínez de Aguirre, "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad", *ADC* 1992, pp. 1463 y ss.

que hay que añadir la adopción en su función de protección de menores: todas ellas diseñan un ámbito jurídico de protección de menores, que no ha encontrado, hasta fechas muy recientes, y solo parcialmente, correspondencia en relación con los incapacitados.

Sin embargo, el éxito de esas medidas de protección (pese a las deficiencias técnicas que han motivado sucesivas reformas en 1996 y 2008, y que justificarían todavía algunas otras, sobre todo en relación con la adopción), ha provocado la importación de algunas de esas figuras que he calificado como asistenciales, al ámbito de la protección de los discapacitados psíquicos:

i) Es lo que ha ocurrido, en primer lugar, con el desamparo y la tutela administrativa, ahora acogidos para los discapacitados, como es sabido, en el art. 239.III Cc, redactado con técnica ciertamente deficiente: *“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 situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad con las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*. No es esta la ocasión para realizar un análisis detallado de las cuestiones relacionadas con esta tutela de las entidades pública; baste por ahora resaltar la insuficiencia de la norma, entre otras razones porque, a diferencia del desamparo y la tutela administrativa de menores (que cuando se introdujeron en la reforma de 1987, lo hicieron en el marco de un sistema ciertamente complejo, acompañados de otras figuras protectoras que las complementaban: y aún así resultaron insuficientes), en este caso la única regla importada del

modelo funcional o asistencial de protección de menores es la relativa a esas dos figuras (desamparo y tutela administrativa), que quedan, por así decir, descontextualizadas, y separadas artificialmente del sistema del que eran una pieza más: fundamental, pero solo una pieza, en sí misma insuficiente. Como ha escrito Pérez Álvarez¹³⁵, “a la vista de la insuficiente regulación legal otorgada a la tutela administrativa de los incapaces, cabe afirmar que —al igual que sucedió en su día cuando la tutela administrativa de los menores en desamparo fue instaurada— la reforma se ha limitado a sentar los presupuestos de un sistema de control administrativo respecto de la protección de los incapaces, relegando —en espera de una futura regulación legal— la determinación de los cauces arbitrados para hacer efectivo el sistema que instaura”.

ii) Otra figura importada y adaptada, con cambios relevantes, al sistema de protección de los discapacitados, no solo psíquicos (y en realidad, no solo discapacitados), es el acogimiento de mayores de edad, regulado para el Derecho catalán por las leyes Ley 22/2000, de 29 diciembre, de Acogida de Personas Mayores de Cataluña (acogimientos convencionales privados, cuya referencia más próxima en el Derecho común sería el ya mencionado contrato de alimentos), y 11/2001, de 13 julio, de Acogida Familiar para Personas Mayores de Cataluña (acogimientos como servicio social).

En este punto, quizá podría ser aprovechable, con las debidas adaptaciones, la experiencia de los acogimientos permanentes de menores con funciones tutelares judicialmente acordadas (art. 173 bis.3º Cc): las adaptaciones de este acogimiento al caso

135 Pérez Álvarez, en Martínez de Aguirre (coord.), De Pablo y Pérez Álvarez, *Curso de Derecho civil IV. Derecho de Familia* (2ª ed., Madrid, Colex, 2008), p. 418.

de los discapacitados intelectuales podrían referirse a la atribución a este acogimiento de funciones tanto tutelares como curateleras (si se me permite el neologismo); a que podría ser familiar o no; a que podría acordarse a cargo de personas físicas o jurídicas (y éstas, a su vez, públicas o privadas); y a que podrían ser retribuidos o no.

Aprovecho la mención que acabo de hacer a la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser acogedoras, para aludir, aunque sea brevemente, a la que fue una de las novedades que se ha demostrado más fructífera y es a la vez más prometedora de entre las introducidas mediante la reforma del Cc de 1983: me refiero a la posibilidad de que sean tutoras personas jurídicas. La experiencia habida desde entonces justifica que se flexibilicen al máximo las posibilidades de que personas jurídicas puedan desempeñar cualquiera de las figuras de guarda legal, siempre con los debidos controles para evitar abusos. Como digo, es una de las novedades que se han revelado más eficaces, y que por tanto convendría potenciar, y mejorar su regulación. En efecto, las personas jurídicas tutoras, cada vez más abundantes, hacen frente a su función con una normativa que las alude casi por casualidad, y está pensada para una tutela desempeñada por personas físicas, normalmente familiares del tutelado. Especial relevancia tienen en este punto las fundaciones tutelares, que muchas veces actúan con independencia de si sus usuarios han sido o no discapacitados; además tales fundaciones prestan su apoyo también a las personas físicas titulares de instituciones de guarda, de manera que sus actividades van más allá de la asunción de funciones tutelares. Proporcionar el marco legal adecuado a estas realidades que han demostrado tener una enorme eficacia es uno de los retos más inmediatos de nuestro sistema de protección de menores.

iii) Por otra parte, pienso que podría ser aprovechable buena parte de lo que se ha teorizado, y se aplica diariamente, acerca de la capacidad de los menores para realizar los actos ordinarios de la vida corriente, incluyendo la celebración de contratos y la realización de gastos admitidos por el uso: así como no es dudosa la validez de tales actos o contratos, parece que tampoco debería serlo en el caso de los discapacitados psíquicos, siempre que tengan, naturalmente, un mínimo de discernimiento, y que su actuación se desenvuelva dentro de los límites admitidos por el uso para esa capacidad de discernimiento: que un discapacitado psíquico, incluso sujeto a tutela, pueda realizar actos comunes de la vida ordinaria acordes a su capacidad natural, y de escaso valor económico parece que debería estar fuera de toda duda.

iv) Por último, en este denso resumen, el art. 5.2 LPPD utiliza la idea de gastos ordinarios (aunque ahora sí pueden ser de valor relevante) para sujetarlos a un régimen de autorización especial, menos exigente: así, al disponer por un lado que la autorización judicial al administrador del patrimonio protegido no es necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente (párrafo II), y por otro, al establecer que *“en todo caso, y en consonancia con la finalidad propia de los patrimonios protegidos de satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares, con los mismos bienes y derechos en él integrados, así como con sus frutos, productos y rendimientos, no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria”*.

12. Es ya el momento de finalizar esta excesivamente densa exposición. Al hilo de las cuestiones expuestas han ido saliendo las diferentes figuras de protección, pero no puedo evitar la sen-

sación de que lo han hecho un poco (o un mucho) desordenadamente, y siempre de forma superficial: es más lo que falta, que lo que he podido decir. Confío, al menos, en que haya servido para enmarcar esas figuras en el sistema al que responden, y para poner de relieve su relación con los principios básicos que rigen esta materia, y algunas de sus peculiaridades, así como apuntar algunas líneas de actuación que podrían contribuir a mejorar el tratamiento jurídico de la situación de los discapacitados intelectuales.

LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN: POSIBLES CONTENIDOS

Regina Garcimartín Montero
Profesora Titular de Derecho Procesal

Es imperativo legal en nuestro ordenamiento que la incapacidad de una persona se declare por sentencia (artículo 199 Código Civil). Se pretende así que esta limitación en la capacidad de la persona venga avalada por las garantías que ofrece el proceso previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) para la incapacitación (artículos 756 a 763). Es más, el legislador lo ha configurado como uno de los procesos sobre materias no dispositivas, regulados en el Título Primero del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para los que el legislador prevé el refuerzo de determinadas garantías: intervención del Ministerio Fiscal (artículo 749), limitación en el poder de disposición de las partes (artículo 751), amplias facultades del juez en materia de prueba (artículo 752), etc.

La sentencia presenta en este caso ciertas peculiaridades que deben ser analizadas, hasta tal punto que el legislador dedica un artículo (el 760) de la ley procesal civil para regularla. No agota esta norma todas las cuestiones que plantea la sentencia que recae en el proceso de incapacitación y que son merecedoras de estudio, sino que tanto el Código Civil como la jurisprudencia

en esta materia nos ayudan a comprender la compleja casuística que se presenta en los procesos de este tipo.

1. NATURALEZA DE LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN

La sentencia de incapacitación constituye uno de los supuestos paradigmáticos de pronunciamiento de carácter constitutivo. Efectivamente, es la sentencia la que produce el cambio en la situación jurídica de la persona cuya incapacitación se solicita, de tal modo que lo que produce la modificación en la capacidad de obrar del sujeto es precisamente la propia sentencia de incapacitación.

Esta naturaleza de la sentencia va a tener repercusiones en la mayoría de las cuestiones que son objeto de análisis en este trabajo: producción de efectos *ex nunc*, improcedencia de pedir la ejecución de la sentencia al no contener pronunciamientos de condena, imposibilidad de solicitar la ejecución provisional, etc.

El carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación implica también que la incapacidad jurídica se desliga de la situación de incapacidad natural, de tal modo que una persona hasta que no haya sido declarada incapaz mantiene la plena capacidad de obrar —aunque naturalmente no la tenga— y del mismo modo, si tras la declaración de incapacidad por un órgano judicial la persona recupera toda o parte de su capacidad natural dicha situación no tiene ninguna repercusión jurídica hasta que no haya una nueva resolución judicial que así lo establezca. Y, por supuesto, de nuevo en este caso será la sentencia de modificación del alcance de la incapacitación (o de reintegración de la capacidad en su caso) la que opere el cambio.

Así como se señala el carácter constitutivo de la sentencia estimatoria de la incapacitación, se suele del mismo modo afirmar que la sentencia que desestima la pretensión de incapacidad es de carácter meramente declarativo, en la medida en que se limita a constatar la situación jurídica existente cuando se ejercita la pretensión, sin que se produzca ninguna modificación de la realidad¹³⁶.

2. CONTENIDOS DE LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN

El artículo 760.1 LEC establece un elenco de lo que se considera que han de ser los posibles contenidos de la sentencia de incapacitación; así, hace referencia este artículo a la extensión y los límites de la incapacidad, el régimen de tutela o guarda al que haya de quedar sometido el incapaz así como la necesidad de internamiento. A pesar de la enumeración legal, no agota esta norma todos los posibles contenidos de la sentencia de incapacitación, como veremos a continuación.

En todo caso, en la medida en que nos encontramos ante un proceso especial, la posible acumulación de acciones en este proceso está prohibida por lo dispuesto en el artículo 73.1.2º LEC, que impide que puedan acumularse acciones que, por su naturaleza, deban ventilarse en juicios de diferente tipo. Por tanto, cualquier pretensión que el legislador no reconozca como propia del proceso de incapacitación ha de ser objeto de otro proceso. No cabría, por ejemplo, acumular a un proceso de incapacitación, la petición de nulidad de un contrato alegando la falta de capacidad natural del presunto incapaz.

136 Vid. el completo análisis que al efecto realiza CALDERÓN CUADRADO, Pía, *Tutela civil declarativa (De la acción a la sentencia de pura declaración)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. pp. 525 y ss.

2.1. LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD Y SU ALCANCE

La declaración de incapacidad constituye el contenido principal de la sentencia de incapacitación y algunos de los pronunciamientos que debe adoptar el juez quedan supeditados a lo que se decida sobre la capacidad del sujeto.

El artículo 760.1 LEC establece con carácter imperativo que la sentencia que declare la incapacitación “determinará la extensión y los límites de ésta”. El juez, por tanto, deberá siempre atemperar el pronunciamiento sobre la incapacitación y señalar cuál es su alcance.

En este sentido, una sentencia que declara la incapacitación pero no sus límites puede considerarse viciada por incompleta y, por supuesto, no cabe extraer de la falta de pronunciamiento judicial sobre la extensión de la incapacitación conclusiones que nos inclinen a optar por la incapacitación total o por la parcial.

Aunque se ha sostenido que la sentencia así dictada es susceptible de ser impugnada¹³⁷, lo cierto es que cabe también acudir a un remedio previsto en la LEC: el complemento de sentencias previsto en el artículo 215 que permite solicitar al juez, sin necesidad de interponer un recurso, que complete la sentencia que adoleciera de alguna omisión.

El juez, a la hora de graduar la incapacitación ha de establecer por tanto si ésta es total o parcial; no impone la LEC que se usen esos términos, pero son esos los dos posibles pronunciamientos que encontramos en la jurisprudencia.

La opción más severa desde el punto de vista en la limita-

137 GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma, *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas*, Madrid, Ed. Colex, 1999, p. 163.

ción de la capacidad de obrar es el pronunciamiento de incapacitación total. No obstante, aún en estos casos hay que tener en cuenta que el Código Civil señala que hay determinadas actuaciones a las cuales no se puede extender la incapacitación¹³⁸; se trata de actos personalísimos como el matrimonio (artículo 56), el reconocimiento de hijos extramatrimoniales (artículo 121) o la capacidad de testar (artículos 663 y 665)¹³⁹. En la misma línea, el artículo 3.1.b de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General dispone que la privación del incapaz de ejercer el derecho de sufragio ha de ser indicada de forma específica en la sentencia de incapacitación; requiere, por tanto, un pronunciamiento específico en la sentencia para privar al incapaz del derecho de sufragio que, por otra parte, no siempre se da en la práctica.

Cuando el juez declara la incapacidad parcial, la sentencia sigue estando incompleta en tanto el juez no establezca en qué medida va a quedar mermada la capacidad de obrar del incapaz.

Es abundante la casuística en torno a las enfermedades que

138 Véase al respecto el análisis que realiza PARRA LUCÁN sobre los supuestos más conflictivos en torno a las actuaciones que puede llevar a cabo válidamente el incapacitado: contrato de trabajo, integridad física, etc. VVAA, *Curso de Derecho Civil*, t. I, Madrid, Ed. Colex, 2008, pp. 447 y ss y *Comentarios al Código Civil*, Barcelona, J. M. Bosch, 2000, pp. 1719 y ss.

139 La regulación que contiene el artículo 665 del Código Civil sobre la referencia a la capacidad de testar en la sentencia de incapacitación es polémica porque ofrece ciertas dudas, ya que de los términos utilizados por el legislador no se deduce con claridad si se aplica a los casos en que el interesado quedará privado de la capacidad de testar o a aquellos en que se mantiene: "Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad". Sobre la crítica a cada una de las posibles interpretaciones vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, t. V Sucesiones*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 163 y ss.

pueden dar lugar a una declaración de incapacidad parcial; así, a título de ejemplo, encontramos en la jurisprudencia casos tales como pérdida de facultades como consecuencia de la edad¹⁴⁰, supuestos de inteligencia límite¹⁴¹, esquizofrenia paranoide¹⁴², sordomudez unida a una instrucción deficiente¹⁴³ o trastorno psicótico¹⁴⁴.

El juez, a la vista de las pruebas que se hayan practicado en el proceso tendrá que tomar una decisión sobre las actuaciones que a su juicio el incapaz puede realizar por sí mismo y especificarlas en la sentencia. El juez puede optar tanto por enumeraciones positivas: decir qué actuaciones puede realizar el incapaz por sí mismo o a la inversa: indicar cuáles no puede realizar sin representación o asistencia.

SANCHO GARGALLO considera adecuado que, en aras de la seguridad jurídica, se eviten en estos casos listas exhaustivas de actuaciones, en la medida en que pueden dar lugar a dudas, siendo preferible que los actos a los que haga referencia el órgano judicial sean genéricos: actos de disposición, etc¹⁴⁵.

140 STS de 16 de septiembre de 1999 (RA 6938) y SAP de Málaga de 24 de marzo de 2004 (RA 128265).

141 SAP de Castellón de 11 de febrero de 2005 (RA 369).

142 STS de 16 de diciembre de 2005 (RA 2297).

143 SAP de Asturias de 11 de octubre de 2006 (RA 1866). En este caso, a mi juicio, es dudosa la concurrencia del supuesto de hecho de la incapacitación; en la medida en que la enfermedad por sí misma no constituye aquí causa suficiente de incapacitación, ni siquiera parcial, si no fuera unida a una instrucción muy deficiente, sin embargo, el artículo 200 CC hace referencia únicamente a la enfermedad como supuesto de hecho de la incapacitación sin ponderar la posible concurrencia de otras circunstancias, como aprecia la sentencia.

144 SAP de Barcelona de 15 de marzo de 1007 (RA 125648).

145 SANCHO GARGALLO, Ignacio, "Comentario al artículo 760 LEC", *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (t. III), Barcelona, Ed. Iurgium, 2000, p. 3347.

Es frecuente encontrar en la jurisprudencia supuestos en los que se limita la capacidad del incapacitado parcialmente para actos de disposición del patrimonio¹⁴⁶, actos de disposición, enajenación y gravamen de bienes inmuebles¹⁴⁷, o también es común encontrar remisiones a la necesidad de actuar con representación o asistencia sólo para aquellos actos para los que el 271 CC prevé que el tutor ha de pedir autorización judicial¹⁴⁸. No obstante, en ocasiones las decisiones judiciales realizan enumeraciones mucho más detalladas de las actuaciones en las que se impone la representación o asistencia del incapaz¹⁴⁹.

Un supuesto peculiar de incapacidad parcial es aquel que se produce en las enfermedades cíclicas en las que los periodos de lucidez se van alternando en el tiempo con otros en los que el enfermo carece de la capacidad natural de obrar.

No hay ningún obstáculo desde el punto de vista legal, para declarar en estos casos la incapacidad. Aunque la situación de incapacidad que se da en el sujeto no sea permanente, lo importante es que lo permanente sea la enfermedad, sin que sea un

146 STS de 16 de septiembre de 1999 (RA 6938).

147 SAP de Barcelona de 15 de marzo de 1007 (RA 125648).

148 SAP de Pontevedra de 16 de diciembre de 2005 (RA 2297), SAP de Asturias de 11 de octubre de 2006 (RA 1866).

149 Es el caso de la sentencia de instancia confirmada por la SAP de Castellón 11 de febrero de 2005 (RA 369) que establece la asistencia de curador “para tomar decisiones en cuestiones de especial trascendencia y en concreto en lo relativos a todos los actos de enajenación, gravamen y disposición en general de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos o valores mobiliarios, renunciar derechos, transigir y someter a arbitraje cuestiones en las que estuviere interesado, realizar particiones de herencia o divisiones de cosa común, así como entablar cualquier clase de acciones civiles, cesión de bienes en arrendamiento, celebración de contratos bancarios y préstamos, disposición de bienes a título gratuito y cualesquiera otras de entidad jurídica similar”.

obstáculo el hecho de que los sus síntomas se manifiesten esporádicamente, siempre y cuando en los momentos agudos o críticos de la enfermedad la persona no pueda gobernarse por sí misma¹⁵⁰.

El principal problema que plantean las enfermedades cíclicas no es tanto si pueden dar lugar a la incapacitación legal, que obviamente sí, sino cuál es la figura jurídica que mejor se adecua a la situación del enfermo.

En un plano puramente teórico nos encontraríamos ante un supuesto de incapacidad parcial, si bien no se trata de un supuesto en que la incapacidad esté limitada de manera constante en el tiempo sino que la parcialidad en estos casos es temporal: se alternan periodos de plenas facultades con otros de privación —a veces absoluta— de las mismas.

En estos casos, adecuar la situación de incapacidad a los momentos en que el enfermo no puede gobernarse por sí mismo parece poco viable. Es cierto que en estos supuestos la situación de incapacidad de la persona está limitada a determinados periodos o momentos, pero es imposible establecer *a priori* en la sentencia cuáles son. Si el juez estableciera en la resolución judicial una limitación que vaya ligada al curso de la enfermedad, requeriría dejar en manos de futuras decisiones la determinación de si el enfermo se halla en un periodo crítico de su enfermedad o no y por tanto si actúa con capacidad legal o no. Son evidentes los gravísimos problemas de seguridad jurídica que se podrían ocasionar al desconocer los terceros si el interesado se encuentra en un momento de incapacidad.

150 STS de 10 de febrero de 1986 (RA 520). Vid. PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, *Comentarios al Código Civil, cit.*, pp. 1666 y 1667.

Por los inconvenientes señalados, parece oportuno en estos casos optar por un régimen que se ajuste a la situación en la que se halla el sujeto en los momentos de crisis de la enfermedad —lo que a menudo implica la declaración de incapacidad total—, pero sometiendo al incapaz a un régimen de guarda lo menos severo posible para que pueda tener las máximas posibilidades de actuar por sí mismo, en los momentos en que su enfermedad lo permita¹⁵¹.

Conviene señalar, en lo que respecta a los posibles pronunciamientos sobre incapacidad total o parcial que el órgano judicial no queda atado a una eventual precisión que, en este sentido, hayan realizado las partes. Habitualmente la pretensión que sustancian los contendientes es de incapacitación, sin hacer petición expresa de incapacitación parcial, pero incluso aunque así fuera, el juez es libre de conceder la incapacitación en la medida y extensión que considere oportuno y resulte de las pruebas¹⁵².

Los únicos límites que vinculan al órgano judicial son los que derivan del ámbito objetivo de este juicio, por ese motivo, sí que incurriría en incongruencia el juez que declare, por ejemplo, la prodigalidad, habiéndose solicitado la incapacitación, puesto

151 Esta es la solución ofrecida por la STS de 10 de febrero de 1986 (RA 520) y que ha merecido opiniones favorables en el ámbito doctrinal. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de origen cíclico”, Poder Judicial, 1986, p. 109 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “En torno a la enfermedad mental fásica como causa de incapacitación. Régimen y consecuencias”, Anuario de Derecho Civil, 1987, p. 723.

152 GARCÍA Y GARCÍA-SOTUCA, Francisco Javier, “Comentario al artículo 760 LEC”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (t. II), Elcano (Navarra), Ed. Aranzadi, 2001, p. 771, RIVES SEVA, José María, *Procesos sobre capacidad de las personas*, 2009, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), p. 56 y CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2004, p. 93.

que la declaración de prodigalidad no es objeto del proceso de incapacitación¹⁵³.

2.2. OTROS PRONUNCIAMIENTOS DE CARÁCTER MATERIAL

Siendo la declaración de incapacitación el contenido principal de la sentencia de incapacitación, y ya tenga ésta carácter total o parcial, la Ley permite que al proceso de incapacitación se añadan otras pretensiones, si bien, como ya he señalado, por el carácter especial de este proceso serán sólo las expresamente permitidas en la Ley.

Comenzando por el que posiblemente es el más importante de los pronunciamientos accesorios, la sentencia de incapacitación puede incluir la designación de tutor. La práctica en este sentido ha sufrido un cambio en los últimos años en virtud de lo dispuesto en la actual ley procesal civil.

Con anterioridad a la promulgación en el año 2000 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la jurisprudencia solía establecer con carácter general, la necesidad de acudir a un expediente de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de tutor, considerando un supuesto de incongruencia aquellos casos en los que el órgano judicial, en la propia sentencia de incapacitación, procedía al nombramiento de tutor¹⁵⁴.

En la actualidad la posibilidad de nombramiento de un tu-

153 Así lo considera la STS de 10 de febrero de 1986 (RA 520).

154 Vid. SSTS de 27 de enero de 1998 (RA 552) y de 31 de enero de 2003 (RA 2034). También es el caso de la STS de 22 de julio de 1993 (RA 6277), si bien en este supuesto, a pesar de que reconoce que está incurriendo en un vicio de incongruencia, el propio Tribunal Supremo nombra el tutor teniendo en cuenta razones de economía procesal, el retraso que ha sufrido ya el proceso y la urgencia de proceder a dicho nombramiento.

tor por parte del juez que conoce del proceso de incapacitación y en la propia sentencia que pone fin a este proceso vendría avallada por lo establecido en el artículo 760 LEC: “(...) si el tribunal accede a la solicitud, 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 o velar por él”.

Ahora bien, no parece que el nombramiento de tutor en este momento sea preceptivo si tenemos en cuenta lo señalado en el artículo anterior. Efectivamente, el artículo 759 LEC, regulador de las pruebas de necesaria práctica en el proceso de incapacitación referidas al nombramiento de tutor, comienza con el inciso: “Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él (...)”. Queda, por tanto, supeditada la legalidad del nombramiento del tutor en la sentencia a la previa petición de parte.

Así lo entiende tanto la doctrina como la jurisprudencia, que considera que si no se ha pedido el nombramiento de tutor en la demanda adolece de incongruencia la sentencia que lo incluye¹⁵⁵.

Por consiguiente, en los casos en que no se haya solicitado el nombramiento de tutor en la demanda de incapacitación lo oportuno será proceder como se hacía antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual: difiriendo el nombramiento de tutor o curador a un posterior expediente de jurisdicción voluntaria.

155 GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma, *El proceso de incapacitación...*, p. 167 y SAP de Avila de 1 de marzo de 2002 (RA 849), SAP Soria 2 de diciembre de 2002 (RA 43067).

Podemos plantearnos también si el órgano judicial está vinculado por el mecanismo concreto de representación que se haya pedido en la demanda. Coincido con CHIMENO CANO que entiende que el juez es soberano en este punto y, del mismo modo que puede graduar la incapacidad, deberá también adecuar el mecanismo de guarda a los límites que haya establecido en la sentencia¹⁵⁶. Habrá que entender, por tanto, que el litigante que pide que se establezca alguno de los medios de representación o asistencia previstos en la legislación (prórroga o rehabilitación de la patria potestad, tutela, curatela) no está llevando a cabo una petición excluyente, sino que está pidiendo al juez que establezca la oportuna medida de guarda legal, y aunque el litigante sugiera una, el juez la puede modificar sin exceder con ello los límites de lo pedido.

Hay alguna decisión jurisprudencial que, a mi juicio de forma desacertada, no lo entiende así, y estima que un cambio por parte del juez en relación con el mecanismo de guarda que hayan solicitado los litigantes ocasionaría la incongruencia de la sentencia¹⁵⁷. En mi opinión, dicha conclusión es inaceptable, porque obliga a las partes a acertar con la institución solicitada para poder lograr un pronunciamiento judicial. Se pueden llegar a producir situaciones un tanto contradictorias, ya que desde un punto de vista teórico no hay ningún obstáculo en pedir que el juez establezca el mecanismo de guarda oportuno, sin hacer mención de ninguno concreto dentro los previstos en el ordena-

156 CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación...*, cit., pp. 96 y 97.

157 Así sucede en la SAP de Asturias de 11 de octubre de 2006 (RA 1866) en la que se había solicitado la rehabilitación de la patria potestad del presunto incapaz; al entender que no procede dicha rehabilitación, sino que sería oportuno establecer una curatela, el tribunal no acuerda ningún mecanismo de guarda, al considerar que el único adecuado no había sido pedido por los litigantes.

miento, mientras que la alusión a alguna de las figuras de guarda impediría al juez adoptar decisión alguna si entiende que la elegida no es la acertada.

Además de la adecuada figura de guarda legal que proceda si se declara la incapacitación, el artículo 760.1 LEC establece la posibilidad de que en la sentencia se acuerde el internamiento involuntario del incapaz¹⁵⁸. Esta posibilidad, obviamente, sólo es dable cuando el internamiento no sea urgente, ya que de otro modo habrá que proceder en el sentido dispuesto en el artículo 763 LEC que establece unos trámites incompatibles desde el punto de vista procedimental con la sustanciación de un proceso de incapacitación.

Conviene señalar una peculiaridad sobre la posibilidad de decretar el internamiento involuntario. Y es que así como algunos de los pronunciamientos de la sentencia de incapacitación sólo tienen sentido en función del pronunciamiento principal —la procedencia de la incapacitación, ya sea total o parcial—, en el caso del internamiento no se da esta circunstancia.

Efectivamente el internamiento involuntario no presupone la incapacidad, de hecho se puede acordar el internamiento de personas con capacidad de obrar plena. Por el mismo motivo, cabe que la sentencia de incapacitación desestime el pronunciamiento principal, relativo a la incapacitación, pero considere procedente el internamiento involuntario de la persona capaz.

Finalmente, también permite el Código Penal (artículo 156) que en el mismo proceso de incapacitación se pida al juez autorización para la esterilización de un incapaz, concesión está que

158 Lo hacen así, por ejemplo, el Auto AP de Madrid de 29 de junio de 2004 (RA 315651) y la STS de 16 de diciembre de 2005 (RA 2297).

sí queda supeditada a la incapacitación, como se desprende de la literalidad de la norma mencionada¹⁵⁹.

2.3. LA CONDENA EN COSTAS

Las normas reguladoras del proceso de incapacitación no contienen ninguna previsión en lo que se refiere a la condena en costas. Ello nos conduce en estos casos a aplicar los criterios generales que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en el artículo 394.

Sin embargo, la aplicación de esta norma a los procesos de incapacitación no produce resultados muy satisfactorios, ya que puede conducir en no pocas ocasiones a la condena en costas del incapaz que ha intentado en juicio defender su propia capacidad; lo cual nos aboca a una solución que no parece acorde con exigencias de justicia.

Se puede apreciar una tendencia clara en nuestros tribunales a no establecer pronunciamientos expresos en materia de costas cuando se declara la incapacitación, por tanto, en estos casos se considera que cada parte ha de abonar las costas que ha generado¹⁶⁰. Sin embargo, sí que existen supuestos de condena en costas

159 La doctrina sin embargo señala que debe acudirse, siempre que sea posible, a medios menos traumáticos que la esterilización, como señala AGUIRRE, Pío, *Los derechos de las Personas con Discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial-Caja Madrid, 2007, p. 280. A ello se podría añadir que la esterilización puede contribuir a que se relaje la vigilancia de los cuidadores y a que se produzcan abusos en el entorno del incapaz.

160 Así sucede en las SSTs de 4 de marzo de 2000 (RA 1342), 15 de julio de 2005 (RA 6531), SAP de Murcia de 25 de septiembre de 2001 (RA 327670) y SAP de Madrid de 28 de febrero de 2002 (RA 149826), en esta última decisión el demandante había visto rechazada en la instancia su pretensión solicitando la incapacitación de un familiar y recurre en apelación con el único objeto de solicitar la modificación de la condena en costas, que no se adecua a los criterios del vencimiento, la Audiencia corrobora la condena en

cuando los familiares han promovido sin éxito de forma un tanto infundada la pretensión de incapacitación¹⁶¹.

De los casos citados, se puede colegir que nuestros tribunales tienden a obviar el criterio del vencimiento —que sería el que *a priori* debería regir los criterios de la condena en costas— y aplican directamente el de la temeridad, en una práctica *contra legem* pero sin duda adecuada a las circunstancias del proceso de incapacitación.

Es más, el análisis de la jurisprudencia refleja que ni siquiera el criterio de la temeridad se aplica con todas sus consecuencias, puesto que si tenemos en cuenta la tendencia jurisprudencial, razonable por otra parte, de proteger al incapaz, posiblemente ni siquiera en aquellos casos en que el presunto incapaz sustancie una oposición absolutamente infundada se produciría su condena en costas. Y no sería criticable tal criterio ya que resulta rechazable pensar que un incapaz que se opone de manera injustificada a su propia incapacitación sea condenado en costas, puesto que si finalmente el pronunciamiento judicial corrobora su inadecuada posibilidad de autogobierno no parece adecuada una condena en costas que castigue una actitud procesal indebida de quien, como confirma la sentencia, no se puede esperar un

costas del juez con los siguientes argumentos: “en el caso debatido no se puede aplicar de manera rígida el principio del vencimiento objetivo, sino que hay que atender a las circunstancias del caso y a la facultad discrecional del juez de motivar las circunstancias excepcionales que lo justifican. La posibilidad de condenar en costas queda a la discrecionalidad del juez, y en el caso de autos la excepción se basa en: 1-la especialidad de la materia (la capacidad de las personas); 2— que al menos existían indicios suficientemente justificados de que en el demandado podía recaer causa de incapacitación hasta el punto de que el Juez acordó en pieza separada que Ignacio se sometiera a un tratamiento ambulatorio; 3— no ha habido mala fe”.

161 Vid. SAP de Barcelona de 10 de octubre de 2003 (RA 2045) y SAP de Murcia de 18 de abril de 2006 (RA 159317).

comportamiento correcto en el tráfico jurídico. Más bien, podría concluirse en algunos casos que ha existido una inadecuada actuación del defensor judicial o del letrado del incapaz, pero la posibilidad de condenar en costas a un tercero no cabe en nuestro ordenamiento con lo que la condena en costas repercutiría, no sobre dichos terceros, sino sobre el incapaz.

La práctica judicial opta, por consiguiente, por una protección a ultranza del incapaz, que deja entrever la aplicación *de facto* de unas pautas de actuación que evitan en todo caso que el incapaz sea condenado en costas, incluso en aquellos supuestos en que tanto el criterio del vencimiento como el de la temeridad nos condujeran a ello. Y si bien no resulta censurable la opción de los tribunales, sí que podría ser oportuno incluir en nuestro ordenamiento una norma legal que dé cobertura a la adecuada solución que considero que ha hallado la jurisprudencia.

3. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN

3.1. COSA JUZGADA

La sentencia de incapacitación, desde el momento en que adquiere firmeza, reviste la eficacia de cosa juzgada material y formal, tanto si su pronunciamiento es de estimación como de desestimación de la pretensión de incapacidad¹⁶².

El artículo 761 LEC permite que, “sobrevenidas nuevas circunstancias” se incoe un nuevo proceso que modifique o deje sin efecto la incapacitación ya establecida. A estas posibles pretensiones mencionadas en el artículo 761 habremos de añadir también

162 GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma, *El proceso de incapacitación...*, cit., p. 172.

una nueva petición de incapacitación, previamente denegada en su totalidad, siempre supeditada a que se produzca el requisito al que se refiere la citada norma: que concurran nuevas circunstancias que justifiquen la reiteración de la petición.

Este artículo acoge para el supuesto de la incapacitación, una peculiaridad que en realidad puede darse para otra situación jurídica establecida por una sentencia: si cambia la situación que dio lugar al pronunciamiento judicial que produce el efecto de cosa juzgada, cambia el objeto del proceso y, por tanto, no hay inconveniente en someter el supuesto de hecho —insisto: nuevo— a la decisión judicial.

Si tras un pronunciamiento judicial —en cualquier sentido— recaído en un proceso de incapacitación, se producen cambios en la capacidad de autogobierno del interesado lo que se produce es una modificación en la *causa petendi* que ocasiona que falte uno de los elementos que nos permitirían identificar la situación que se somete a enjuiciamiento con el objeto del proceso anterior¹⁶³.

En realidad, como he señalado, el artículo 761 LEC no está estableciendo ninguna disposición novedosa: en cualquier ámbito del ordenamiento, si hay un cambio en el supuesto de hecho, estamos ante un nuevo objeto y, por tanto, ante una realidad imprejuizada¹⁶⁴. Es cierto, sin embargo que hay una peculiaridad en el hecho que da lugar a la incapacitación y es, simplemente, que puede ser más cambiante que otras realidades jurídicas. Si bien el Código Civil exige, para la declaración de incapacitación que la enfermedad sea persistente, es cierto que siempre cabe un

163 CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación...*, cit., p. 94.

164 GUASP, Jaime, "Los límites temporales de la cosa juzgada", *Estudios jurídicos*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, pp. 514 y 515 y DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 81 y ss.

agravamiento en la situación del incapaz que pudiera dar lugar a una nueva situación, aunque la enfermedad sea la misma.

Este cambio de circunstancias puede apreciarse, a mi juicio, sin que ni siquiera puede entenderse que haya un límite temporal a partir del cual considerar razonable el planteamiento de una nueva pretensión, puesto que la modificación en la situación del interesado puede darse en cualquier momento, no sólo por el empeoramiento de una situación que ya existía al formular la pretensión anterior, sino por enfermedad sobrevenida posteriormente¹⁶⁵.

Estimo desafortunado considerar que en los procesos de incapacitación nos encontramos ante una sentencia que es susceptible de ser revisada¹⁶⁶, puesto que a lo que autoriza la ley no es a revisar una situación ya juzgada, sino a enjuiciar una nueva; mucho menos admisible entiendo que es negar el efecto de cosa juzgada a la sentencia de incapacitación, lo que supone desconocer el verdadero alcance de lo establecido en el artículo 761 LEC¹⁶⁷.

No obstante cuando se solicite ante el órgano judicial la pretensión de modificación del alcance de la incapacitación o reinten-

165 La SAP de Sevilla de 15 de febrero de 2006 (RA 180426) revoca un auto de desestimación de la demanda dictado con fecha de 27 de mayo de 2005, al entender que existe cosa juzgada por haber recaído sentencia en proceso de incapacitación relativo a la misma persona con fecha de 20 de diciembre de 2004. La sentencia de la Audiencia señala: "la Sala (...) considera que no existe cosa juzgada, que hay nuevos hechos y circunstancias posteriores a la Sentencia dictada en el proceso de incapacitación seguido en el Juzgado núm. 9 de Sevilla, que denotan un empeoramiento del estado del demandado, y que en consecuencia debe admitirse a trámite la demanda". No obstante, dichas afirmaciones hay que entenderlas realizadas *obiter dicta*, ya que en el proceso anterior se había producido un desistimiento por parte del Ministerio Fiscal que había impedido al órgano judicial dictar un pronunciamiento sobre la incapacitación.

166 SANCHO GARGALLO, Ignacio, "Comentario...", *cit.*, p. 3353.

167 RIVES SEVA, José María, *Procesos sobre capacidad...*, *cit.*, p. 57.

gración de la capacidad y el demandado estime que no procede la petición por no haber un cambio de circunstancias, por supuesto que podrá oponerse alegando la exigencia de cosa juzgada.

En cuanto a los restantes pronunciamientos que pueden acompañar la sentencia de incapacitación, como son el nombramiento de tutor o el internamiento involuntario no puede considerarse que en este caso se produzca el efecto de cosa juzgada, en la medida en que no se trata propiamente de contenidos de la sentencia que tengan naturaleza jurisdiccional sino más bien de índole administrativa¹⁶⁸. De hecho, el nombramiento de tutor sigue siendo posible en el ámbito de la jurisdicción voluntaria; sería un tanto incoherente atribuirle eficacia de cosa juzgada a dicho trámite en el caso de que se realice dentro del proceso de incapacitación.

3.2. EJECUCIÓN IMPROPIA DE LA SENTENCIA

La sentencia de incapacitación no requiere una posterior actividad ejecutiva. Lo solicitado por el litigante queda ya concedido por la sentencia, si es estimatoria, sin necesidad de ninguna actuación posterior que tienda a adecuar la realidad a lo dispuesto en la sentencia. La sentencia firme produce por sí misma la incapacitación solicitada.

Sí que cabe, al igual que sucede en otros pronunciamientos constitutivos lo que tradicionalmente se ha denominado ejecución impropia: actuaciones de naturaleza administrativa permitidas como consecuencia de la sentencia y destinadas a que ésta sea conocida por terceros pero que no le añaden eficacia. Es

168 Vid. CARRERAS, Jorge, "Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria", *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Lib. Bosch, 1962, pp. 680 y ss.

el caso, por ejemplo, de la inscripción en Registros que, en principio, es la única actuación de ejecución impropia que pudiera darse como consecuencia de una sentencia de incapacitación. Así, procede la inscripción de la sentencia de incapacitación en el Registro Civil, Registro de la Propiedad y Registro Mercantil¹⁶⁹.

La Ley de Enjuiciamiento Civil prevé, una vez que haya concluido el proceso, que el juez ordene de oficio la oportuna inscripción en el Registro Civil (artículo 755); la inscripción en los restantes registros públicos queda condicionada a la petición de parte, lo que resulta poco justificable, ya que, si bien la inscripción en el Registro Civil es la que tiene sin duda mayor relevancia, las otras no resultan en absoluto superfluas, en especial, la que se refiere al Registro de la Propiedad.

En el caso de que la sentencia fuera objeto de recurso, la LEC establece en el artículo 525.1.1º una excepción para la posibilidad de ejecutar provisionalmente las sentencias dictadas —entre otros— en los procesos de incapacitación. La previsión legal contenida en esta norma es innecesaria en la medida en que el artículo 524.2 LEC establece claramente que sólo son susceptibles de ejecución provisional las sentencias de condena, con lo que queda ya excluida de la ejecución provisional la sentencia de incapacitación.

Procede sin embargo, durante la tramitación del proceso la anotación de la pendencia del procedimiento, si bien en estos casos habremos de estar a la normativa prevista para cada uno de los registros públicos en los que es susceptible de inscripción la sentencia de incapacitación.

169 SANCHO GARGALLO, Ignacio, "Comentario...", *cit.*, p. 3353.

Así, la anotación de la demanda de incapacitación está prevista en la regulación del Registro de la Propiedad (artículo 42.5 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 2.4 de la misma Ley); la misma previsión establece el artículo 150 del Reglamento del Registro Civil en lo que afecta a dicho Registro.

3.3. LA POSIBLE EFICACIA PROBATORIA DE LA SENTENCIA

La sentencia de incapacitación no produce efectos retroactivos. Esta afirmación en principio es ociosa: ninguna sentencia constitutiva los produce. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han subrayado en no pocas ocasiones de manera expresa esta peculiaridad de la sentencia de incapacitación¹⁷⁰.

Las continuas afirmaciones doctrinales no son gratuitas. Como ya he señalado la incapacitación se produce por (y en consecuencia “desde”) la sentencia que pone fin al proceso. Pero también es cierto que la incapacitación se basa en la ficción de que el incapaz lo es desde que la sentencia adquiere firmeza y hasta entonces tenía capacidad lo cual, obviamente, es irreal. Esta ficción sin embargo, es muy ventajosa desde el punto de vista de la seguridad jurídica porque nos permite aplicar la presunción de capacidad o incapacidad para llevar a cabo actuaciones en el

170 CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación...*, cit., p. 92, PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, *Comentarios al Código Civil*, cit., pp. 1702 y ss y SANCHO GARGALLO, Ignacio, “Comentario...”, cit., p. 3353. La STS de 19 de febrero de 1996 (RA 1413) afirma en este sentido: “El artículo 200 del Código Civil contempla como supuestos de incapacitación los determinados por las enfermedades (...) siempre que sean constantes, lo que hay que entender como permanencia hacia el futuro y no hacia el pasado, como pretenden los recurrentes”; en la misma línea, la STS de 10 de noviembre de 2005 (RA 7725) estima que no ha lugar a un contrato celebrado 7 años antes a la declaración de incapacitación que se quería anular con base en los antecedentes psicóticos que constaban en el informe pericial practicado en el proceso de incapacitación.

tráfico jurídico antes o después, respectivamente, de la sentencia de incapacitación.

Es innegable, por tanto, que la sentencia constata una realidad preexistente aunque los efectos jurídicos sólo se produzcan desde el momento en que se dicta la sentencia. Esta peculiaridad ha dado lugar a que se haya sugerido que la sentencia de incapacitación pueda servir como prueba de la enfermedad del incapaz para anular actuaciones anteriores¹⁷¹.

La posible atribución de esta función a la sentencia requiere suma cautela ya que, a pesar de la preexistencia de la situación incapacitante, también es cierto que el juez lo que ha de tomar en consideración es el estado del incapaz en el momento de dictarse la sentencia valorando libremente la prueba practicada¹⁷². Es más, CHIMENO CANO estima que la prohibición de la *mutatio libelli* no puede aplicarse de forma estricta al proceso de incapacitación, ya que pudiera dar lugar a situaciones injustas; de ahí que la autora considere que el juez deberá atenerse al estado de los hechos en el momento en que se dicta la sentencia de incapacitación y no en el momento en que se presenta la demanda. No parece desafortunada esta sugerencia: aunque se trate de una circunstancia poco probable, parece lógico que un cambio súbito en el curso de la enfermedad que altere las facultades del incapaz, haya de ser tenido en cuenta por el órgano judicial aunque se haya producido con posterioridad a la demanda de incapacitación.

Si eventualmente, se llegara a aportar la sentencia de incapacitación, junto con las pruebas que se hayan practicado en el

171 SANCHO GARGALLO, Ignacio, "Comentario...", *cit.*, p. 3353.

172 Vid. CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación...*, *cit.*, p. 87.

proceso, con la finalidad de servir como fundamento para anular actos anteriores son diversas las circunstancias que se han de tener en cuenta para poderle atribuir alguna eficacia en ese sentido. Así, puede haber motivos de incapacitación que provengan de hechos que se han producido en un momento puntual (un accidente o una crisis en una enfermedad que ha causado la sintomatología que ha dado lugar a la incapacitación) con lo que el origen de la deficiencia en la capacidad de autogobierno puede ser determinado en el tiempo con bastante precisión lo que sin duda influirá en la eficacia que pudiera atribuirse a la sentencia y los resultados probatorios del proceso de incapacitación.

También ha de tomarse en consideración la fecha en la que se ha emitido el dictamen pericial y su contenido. Así, por ejemplo, un contrato celebrado antes de la sentencia de incapacitación pero tras la emisión de un dictamen pericial que corrobora la carencia de facultades cognoscitivas y volitivas en el incapaz, bien pudiera ser anulado tomando como fundamento dicho dictamen pericial, utilizándolo como prueba en el proceso de anulación del contrato.

No obstante, no cabe proporcionar criterios concluyentes en esta materia, ya que las peculiaridades de cada caso aconsejarán soluciones diversas y la regla general no puede ser otra que la ya mencionada: *a priori* no cabe extender la constancia de hechos establecida en la sentencia de incapacitación a actos jurídicos realizados con anterioridad.

3.4. OTROS EFECTOS MATERIALES DE LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN

Además de los efectos materiales relacionados directamente con la capacidad de obrar del interesado que produce la sentencia de incapacitación, la Ley en ocasiones condiciona determi-

nados efectos jurídicos a que exista una declaración judicial de incapacidad.

Es lo que sucede con los beneficios fiscales previstos en el artículo 60 de la Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, uno de los supuestos de hecho previstos por la Ley para disfrutar de los citados beneficios es que se trate de personas “cuya incapacidad sea declarada judicialmente”¹⁷³.

Por consiguiente, aunque no sea un efecto propio de la sentencia de incapacitación, el legislador dispone un efecto material peculiar cuando se dicte dicha sentencia, amparado en las garantías de que viene rodeado el proceso de incapacitación.

La atribución de estos efectos a la sentencia de incapacitación es una decisión política que en el futuro no sería extraño que se ampliara a otras prestaciones sociales o fiscales.

4. RECURRIBILIDAD

La sentencia de incapacitación es susceptible de ser recurrida en apelación. En la segunda instancia, como dispone el artí-

173 La redacción legal puede dar lugar a confusión porque, en el contexto de la regulación del artículo 60 de la Ley del Impuesto sobre las Personas Físicas la referencia podría entenderse como alusiva a resoluciones de los órdenes contencioso o laboral reconociendo pensiones de incapacidad o minusvalías. La consulta vinculante V1398-08 de la Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas indica que la alusión del artículo 60 a incapacidad declarada judicialmente “se refiere únicamente al ordenamiento civil, es decir, a la contemplada en el artículo 199 del Código Civil (...) y bajo el procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues sólo en dichas normativas puede hablarse propiamente de «declaraciones judiciales de incapacitación de las personas» sin que sea lícito extender o considerar en su ámbito las resoluciones de los tribunales del orden social o de cualquier otro orden jurisdiccional que conozcan de los recursos en materia de «incapacidades para el trabajo» a falta de mención expresa en la normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.”

culo 759 LEC han de repetirse ante el tribunal *ad quem* aquellas pruebas que establece la ley como preceptivas para la primera instancia, acordándose de oficio¹⁷⁴. Es también posible la interposición de un recurso extraordinario tras la segunda instancia, ya sea el de casación o el de infracción procesal, siempre dentro de los límites que establece la DT 16ª LEC.

El principio de oficialidad que informa el proceso de incapacitación hace que las sentencias que se dicten con posterioridad a la primera instancia puedan pronunciarse sin sujeción a límite alguno. Incluso habría que entender que queda enervada en este caso la prohibición de la *reformatio in peius*, en atención al peculiar objeto del proceso en este caso¹⁷⁵. La sentencia de primera instancia, por tanto, no establece límites que deban respetar decisiones ulteriores como sucede en las materias de carácter dispositivo.

Conviene recordar que el examen de la sentencia de incapacitación en sucesivas fases procesales dilata el momento en que la sentencia alcanza firmeza y, por tanto, el momento en que se declara la incapacitación. Se produce así una indeseable situación en la cual pudiera llegar a darse el caso de que transcurran unos años hasta que se logra el pronunciamiento judicial de incapacitación y, hasta entonces, legalmente el interesado tiene plena capacidad de obrar.

A pesar de los indudables inconvenientes a que da lugar la previsión de un sistema de recursos, no parece fácil buscar una solución al inconveniente que he señalado, ya que ésta pasaría por dos posibilidades igualmente rechazables. La primera sería

174 La ausencia de práctica de estas pruebas produce un efecto invalidante, como señala la STS de 15 de julio de 2005 (RA 6531).

175 CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación...*, cit., p. 104 y GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma, *El proceso de incapacitación...*, cit., p. 178.

restringir el acceso a los recursos en los procesos de incapacitación, lo que no parece adecuado en un proceso que limita los derechos civiles de la persona que ha de gozar de amplias garantías procesales. La segunda, permitir la ejecución provisional de la sentencia de incapacitación, lo que contradice las previsiones legales existentes en esta materia.

En definitiva, dicho inconveniente no parece que pueda ser salvado, a no ser por una especial vigilancia del órgano judicial para apreciar, si fuera el caso, supuestos de fraude de Ley.

EXPERIENCIA PRÁCTICA EN LA APLICACIÓN DE LAS FIGURAS DE GUARDA LEGAL

Aurora Elósegui Sotos

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián

Puede decirse que los mecanismos jurídico-privados de protección de la discapacidad no suelen merecer mucha atención de los investigadores y profesionales del Derecho y mucho menos de los órganos Judiciales que pasan por esta materia de puntillas, sin reflexionar ni profundizar en ella, como carente de importancia, que ni siquiera puntúa en muchos de sus aspectos, en las valoraciones que se hacen de la carga de trabajo de los Juzgados y Tribunales por los organismos competentes.

Esta postura resulta incongruente con la trascendencia que los Poderes Públicos parecen querer dar actualmente a la discapacidad y dependencia, reducida a aspectos administrativos y asistenciales, olvidando que tras esos conceptos existen personas con una capacidad de obrar en cuestión, que actúan en el mundo jurídico, tienen todos los derechos civiles, requieren ayuda para el ejercicio de esos derechos y la salvaguarda judicial debe ser un mecanismo esencial para garantizar, supervisar y controlar que la ayuda sea la adecuada y que además se ejerza correctamente en beneficio del incapaz.

Dependencia y discapacidad tienen mucho que ver con la competencia para el autogobierno y por tanto con los procedimientos judiciales de incapacitación y su consecuencia ineludible: la instauración de mecanismos de guarda bajo la salvaguarda de los Tribunales.

Haré a continuación algunas breves reflexiones, advirtiendo que carezco de todo otro mérito que el de desempeñar desde hace ya más de veinte años mi trabajo como juez en la jurisdicción civil y desde hace unos doce años en un juzgado dedicado a incapacidades e internamientos. Como juez de a pie, en contacto directo y diario con la materia que nos ocupa, sólo puedo ofrecer mi experiencia. Preciso que mis opiniones son exclusivamente personales, las baso en mi experiencia y en una forma determinada de entender mi función que creo es la de dar solución a los problemas que se me plantean con los medios de que dispongo, con una visión esencialmente práctica, en la que el interés del discapaz y la mejora de su calidad de vida constituyen la guía y finalidad de mi trabajo.

Empezando por la elección de los mecanismos de guarda: el establecimiento de alguna medida de guarda legal está siempre ligado a la falta o defectuosa competencia de una persona para gobernarse a sí misma debido a la existencia de alguna enfermedad o deficiencia física o síquica persistente. Si esta situación se constata judicialmente, resulta obligado dotarle de un mecanismo de guarda que apoye o supla su falta de capacidad. Por regla general esta constatación se realiza a través del procedimiento de incapacitación cuyo objeto es doble: verificar la situación de falta de autogobierno y al mismo nivel de exigencia, establecer el mecanismo de protección adecuado.

En este sentido la incapacitación: a) es un instrumento, una medida de protección, pues la situación de falta de autogobierno

está perjudicando a una persona, la coloca en situación de riesgo, de vulnerabilidad. b) Esta situación puede mejorar mediante el establecimiento de un mecanismo de guarda y apoyo.

Respecto a este tipo de procesos quiero hacer una reflexión marco-global sobre el sentido que se da a la incapacitación y el que a mi juicio debería darse. En general se contempla la incapacitación como una situación degradante, en cierto modo vergonzante, que minusvalora a la persona. Muchos no han dudado en calificarla como “muerte civil”.

Desde esta visión es lógico se multipliquen los mecanismos, se agudice el ingenio para eludir el proceso de modificación de la capacidad, para minimizar sus efectos, sin dejar por ello de atender a una realidad como es la existencia de personas incapaces. Hay que limitar los efectos de la declaración de incapacidad, potenciar la autonomía, establecer figuras temporales, parciales, de protección, inventar nuevos mecanismos de guarda, todo ello con la finalidad de “paliar” los efectos “nocivos” de una declaración de incapacidad. Compartiendo muchos de estos objetivos, sin embargo, yo parto de que problemas de semántica aparte cuya importancia no ignoro, la declaración de incapacidad debe ser contemplada como algo beneficioso para el que es incapaz, una declaración que le va a permitir recibir las ayudas y apoyo que necesita previa comprobación de sus dificultades, a través del mecanismo de guarda adecuado, que le va a facilitar el ejercicio de los derechos de que es titular y no puede actuar por sí solo, siempre además, con la salvaguarda judicial.

Incapacitación y guarda legal son instrumentos jurídicos indisolublemente unidos entre sí. No caben el uno sin el otro. Algún procedimiento por sencillo que sea, de comprobación de la capacidad de obrar habrá que implementar siempre si se quie-

re aplicar un mecanismo de protección y ayuda legal a quien se compruebe lo necesita.

En este sentido de beneficio para los incapaces, resulta indispensable ante cualquier planteamiento de una posible incapacitación, hacerse y responder a una pregunta previa: ¿En qué puede ayudar a esta persona que presenta estas deficiencias intelectuales, físicas, una declaración de incapacitación?

La respuesta que demos a esta pregunta deberá fundamentar el mecanismo de guarda a instaurar que debería comportar un plan de ejercicio de la función de guarda adecuado a esa persona, que sea factible y eficaz con los medios de que se dispone.

Este proceso de reflexión debería plantearse antes del inicio del procedimiento de incapacitación como tal, para valorar la competencia, los recursos existentes, el plan de actuación, la persona o institución que debe llevarlo a cabo, y en función de todo ello, decidir si conviene el procedimiento y la subsiguiente declaración de incapacidad con el mecanismo de guarda pertinente, o no.

Esta decisión requeriría una fase previa, pretutelar, cauter, en la que se arbitrarían los mecanismos para poder realizar esa propuesta. Hoy, con nuestra legislación, resulta difícil y esa valoración se realiza la mayoría de las veces durante el proceso con muchas dificultades, de forma insuficiente para la finalidad que se pretende, originándose a veces la terrible paradoja de incapaces declarados que no tienen tutor pues el mecanismo de guarda se concreta y determina después de la sentencia, atribuyéndolo a Fundaciones o Instituciones tutelares que previamente ni siquiera conocen al incapacitado ni sus necesidades y no han tenido posibilidad de planificar para él ningún tipo de actuación o recurso. En muchos de estos casos, la declaración de incapaci-

dad se convierte en un mero papel, sin consecuencia beneficiosa alguna para el incapaz.

Para paliar esta dificultad, es imprescindible encontrar mecanismos de colaboración y coordinación entre Instituciones, Fiscalía, red social y asistencial, Fundaciones tutelares, servicios de salud, que actúen coordinadamente ante la existencia de un posible discapaz al que la declaración de incapacidad pudiera beneficiar. Es así como intentamos hacerlo en nuestro Partido judicial.

Para responder a la pregunta inicial planteada voy a realizar un breve y superficial análisis del perfil de las personas para las que se suele solicitar una incapacitación en mi partido judicial, que creo será extensivo a cualquier otro.

Pasando revista al tipo de persona para la que se suele solicitar una incapacitación, resulta que hay personas incapaces a las que en nada puede beneficiar este proceso porque están perfectamente atendidas, no hay ninguna disfunción en su entorno, ni familiar ni médica ni patrimonial. No se detecta ningún abuso, falta de atención, maltrato, abandono, existen mecanismos jurídicos instituidos (poderes) que permiten su representación y por tanto, nada se obtendría en su beneficio con su declaración de incapacidad.

En estos casos creo que no debería plantearse el procedimiento en los momentos actuales. Debe partirse de la existencia de una guarda de hecho que funciona adecuadamente y, en todo caso, si se requiere algún instrumento jurídico para solventar algún problema puntual, intentar arbitrarlo sin necesidad de previo procedimiento contencioso para declarar la incapacitación.

La Ley debería proveer a estas circunstancias estableciendo fórmulas ágiles y sencillas. La Jurisdicción Voluntaria puede ser el cauce adecuado.

En todo caso, la red social debe estar muy atenta por si la apariencia de correcto funcionamiento de la guarda, no se corresponde con la realidad y tras ella existe alguna situación de abuso.

Existe también otro grupo de personas hipotéticamente susceptibles de ser incapacitadas, en los términos del art. 200 del Código civil, a las que un proceso de incapacitación en poco o nada puede ayudar. Rechazan cualquier tipo de ayuda o apoyo y no existen recursos legales ni asistenciales que puedan suplir esa falta de colaboración y consentimiento. Son personas con graves trastornos de personalidad, sicóticos crónicos reacios a cualquier tratamiento, consumidores de alcohol y drogas, que no son capaces de autogobernarse en los términos comúnmente admitidos de calidad de vida, pero para los que el sistema no tiene solución, salvo intervenciones puntuales en caso de descompensación o ayudas sociales cuyo uso no se puede controlar.

La experiencia me demuestra que en todas las poblaciones existen algunas personas con estas características que producen cierta alarma social, para las que alguien propone como solución la incapacitación, como si esta medida por sí sola transformara en responsable a quien no lo es o en gobernable a quien hasta ese momento ha resultado imposible controlar.

En estos casos, resulta aún mas necesario si cabe, profundizar y en su caso planificar, la posibilidad de ayuda que la familia o una institución tutelar, puede aportar, previamente al proceso. Ver si se puede realizar algún control económico, si este control va a ser viable y útil, si va a facilitar el poder estar más atento al cuidado de su salud, de su calidad de vida. En fin, un análisis realista de la situación para no generar traslados de responsabilidad y obligaciones a los tutores, de personas que se niegan a ser

ayudadas, a las que no pueden controlar y que posiblemente sea mejor sigan respondiendo por sus actuaciones.

En algunos de estos casos, a lo más que se podría llegar es a instaurar una suerte de curatela, una asistencia, a la que podrían acudir si así lo estiman conveniente, cuando requieran ayuda o consejo, dejando claro en la sentencia, los términos en que deberá ejercerse la guarda, que se limitará a dejar constancia de la existencia de un mecanismo de apoyo, que actuará a solicitud del interesado o en los casos en que puntualmente, exista alguna medida de protección que se pueda aplicar.

Por regla general la representación y sustitución carecen de toda eficacia y convierten la tutela en algo ilusorio, inasumible, virtual, con graves consecuencias en materia de responsabilidad de los tutores.

Finalmente dentro de este primer grupo de personas que calificaría de plenamente incapaces, se encuentran todas aquellas aquejadas de persistentes deficiencias intelectuales y algunas físicas, que impiden su autogobierno, que sufren abandono, problemas de salud, económicos, disfunciones familiares, maltrato, manipulación por terceros, para las que el proceso de incapacitación resulta indispensable y la tutela en toda su extensión, el mecanismo de guarda adecuado.

Siguiendo con el perfil de las personas para las que se puede plantear un proceso de modificación de su capacidad de obrar y siempre desde la óptica inicial de estas reflexiones, que es la del beneficio que tal estado puede proporcionar al incapaz, nos encontramos con otro amplio grupo de personas que presentan deficiencias físicas o generalmente síquicas, que les dificultan, restringen y en ocasiones anulan, su facultad de autogobierno. Se trata de personas que tienen una cierta capacidad de obrar,

autónomas por regla general para las actividades básicas de la vida cotidiana, pero que presentan dificultades de diverso orden para gestionarse a sí mismas con unos estándares mínimos de calidad de vida. Ciertos retrasos mentales, enfermos mentales graves con descompensaciones periódicas, residuales, personas aquejadas de inicios de alzheimer o deterioro cognitivo, deficiencias físicas importantes que han impedido el desarrollo de habilidades funcionales.

Es a este grupo de personas a las que mas puede ayudar una declaración de incapacidad, pues son estas las que pueden aspirar a una cierta rehabilitación, logro de mayores cotas de autonomía, mejora de su calidad de vida, pero requieren supervisión, organización y planificación vital. En muchos casos necesitan el establecimiento de unas rutinas, desde vivienda, actividad laboral, obtención de recursos económicos, gestiones burocráticas para todo ello, atención a su salud, toma de medicación.... que por sí solas no pueden generar sin ayuda, pero que una vez establecidas, pautadas y aprehendidas, pueden seguir autónomamente al menos durante periodos más o menos largos de tiempo.

Para estas personas ¿qué mecanismo de guarda legal resulta más adecuado? ¿La tutela, la curatela? ¿Cabe una tutela parcial, una curatela con representación? ¿En qué se diferencian estos dos mecanismos de guarda?

La tutela en nuestro Derecho es el mecanismo de guarda más ampliamente regulado y más completo. Se constituye a semejanza de la Patria Potestad como una función que comporta derechos y deberes. Puede tener por objeto la persona y bienes del incapaz, sólo la persona o sólo los bienes. El tutor es el representante legal del incapaz. Le sustituye en todos los actos con trascendencia jurídica.

No obstante, la sentencia de incapacitación puede limitar el ejercicio de la tutela a determinados actos jurídicos. Puede establecer una tutela gradual o limitada.

En todo caso, aún cuando la tutela se instituya en toda su extensión porque así lo requiera la falta de autogobierno de la persona, ello no quiere decir que a lo largo de su vigencia, su ejercicio deba realizarse de la misma manera. Por el contrario, el ejercicio de la tutela ha de ser modulado, flexible, acomodado a los cambios que puede experimentar la situación del incapacitado. Las circunstancias que han determinado la declaración de incapacidad pueden modificarse en y con el tras curso del tiempo. Es más, la actuación del tutor debe incidir en ese cambio. Habrá momentos y tiempos en los que el tutelado sólo requiera la representación del tutor para aquellos actos de relevante trascendencia económica. Incluso respecto de estos, puede que el tutor deba limitarse a dar su consentimiento porque el tutelado actúa razonablemente con suficiente juicio. Puede que otros actos de menor trascendencia los realice el tutelado por sí solo, como la administración ordinaria, proveyendo el tutor a actuar los medios necesarios para que esto pueda realizarse, ejerciendo su función de protección y supervisión a distancia. Habrá otros momentos en que las funciones del tutor deberán ejercerse en toda su amplitud, así en los casos de personas aquejadas de enfermedad mental grave, en los supuestos de crisis y descompensación. En una misma persona se pueden producir en el curso del tiempo todos estos momentos de diferente capacidad de autogobierno. Sin embargo, la Sentencia de incapacidad no puede modificarse cada vez que se produce uno de estos cambios. Refleja la situación de base, la más invalidante, porque esta al reiterarse en el tiempo, permite extender a la vida del afectado una situación que pese a sus cambios, se puede considerar permanente.

Las Sentencias de incapacitación lo que sí pueden hacer es, establecer una previsión de ejercicio flexible de la tutela cuando la enfermedad o deficiencia del incapaz así lo aconseje y sea previsible la modificación de las circunstancias que determinan la situación de incompetencia constatada. Se deben exigir planes temporales e individualizados de ejercicio de la función tutelar. Estos planes deben exponerse al Juez periódicamente, según la evolución del tutelado. La Autoridad Judicial deberá mantener entrevistas periódicas con el tutelado para comprobar su evolución, su grado de satisfacción con el ejercicio de la guarda y cambios que puede estimar convenientes. Estas medidas son especialmente adecuadas para las personas que sufren una enfermedad mental, que en mi ejercicio me preocupan especialmente.

La curatela es otro de los mecanismos de guarda regulados en las leyes. Su reconocimiento se asienta en la existencia de personas con capacidad de obrar defectuosa, que requieren exclusivamente colaboración, una asistencia para la realización de determinados actos generalmente de trascendencia económica. La curatela tiene un ámbito limitado de ejercicio. En alguna legislaciones civiles puede conllevar la representación. No se precisa, al menos en Aragón, cuando y en qué supuestos se debe establecer ese mecanismo con esa representación.

Reflexionando en mi experiencia y en las personas para las que se suele solicitar una declaración de incapacidad, resulta que muy pocas responden a los rasgos que requiere una curatela. El perfil del discapaz a curatelar es el de una persona con capacidad limitada pero suficiente autogobierno para la administración ordinaria de sus bienes, consciente de sus dificultades, dispuesto a dejarse ayudar y con una cierta capacidad económica.

La mayoría de las personas con las que trabajamos, tienen dificultades para llegar a fin de mes, viven de una pensión o un

salario escaso y hay que ayudarles a que con sus ingresos, puedan tener un techo y alimentos. Además no suele ser fácil obtener su colaboración y hay que negociar permanentemente con ellos y a veces sustituir su voluntad, para que se pueda conseguir su mejor calidad de vida.

Ello no quiere decir que no pueda ser un instrumento válido pero para supuestos muy concretos. Podría ser eficaz en el tema del cuidado de la salud. Las curatelas de salud pueden ser un mecanismo válido para supervisar tratamientos médicos y tomas de medicación, extremos que el tutor no puede realizar por su tutelado a través de la representación. Hay muchas decisiones en el ámbito de la persona que no pueden ser sustituidas por el tutor. En ellas el tutor sólo puede aconsejar, persuadir, estar atento al comportamiento del enfermo, a todos aquellos indicios que pueden revelar el inicio de una crisis. Estas funciones se avienen con lo que sería una curatela aunque son igualmente compatibles con la tutela.

Finalmente quiero hacer una mínima reflexión sobre la rehabilitación de la Patria Potestad. En todos estos casos de competencia limitada o restringida acostumbro a someter el ejercicio de la patria potestad a las condiciones de ejercicio de la tutela, así planes de ejercicio, rendición de cuentas de la persona y patrimonio, entrevistas con el incapaz. La salvaguarda judicial de la institución de guarda como medida de garantía de los Derechos del incapaz entiendo debe extenderse igualmente a esta institución de guarda legal.

En resumen: cada incapaz es un mundo único. La declaración de incapacitación ha de suponer una mejora de su calidad de vida. Siendo importante tener una batería de herramientas para ello, lo fundamental, es la utilización que se hace de las mis-

mas. Quizás no haga falta crear nuevas figuras jurídicas de guarda sino regular que el ejercicio de las existentes sea flexible. Los procedimientos legales que sin duda han de existir, han de ser sencillos y la supervisión judicial directa y permanente. La colaboración entre todos los que nos preocupamos por esta realidad será un instrumento indispensable.

EXPERIENCIA EN TUTELAS ATRIBUIDAS A ENTIDADES JURÍDICO-PÚBLICAS: LA FUNDACIÓN CORDOBESA DE TUTELA UN MODELO DE FUTURO

Fernando Santos Urbaneja

Coordinador del Foro Andaluz del Bienestar Mental

Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba

INTRODUCCIÓN

Las personas necesitamos, quizás como ningún otro ser, la protección de terceros. Todos somos incapaces al nacer y han de transcurrir bastantes años hasta alcanzar algunas cotas de capacidad y por fin la capacidad plena con la mayoría de edad.

Puede ocurrir también que la concurrencia de diversos padecimientos físicos o psíquicos o la decadencia natural de las facultades de la persona al llegar a la ancianidad, coloquen a ésta en una situación de desvalimiento semejante a la de un menor.

Cuando de menores se trata, las personas jurídica y moralmente obligadas a prestar la protección son los padres.

Cuando faltan los padres o éstos, por razones diversas, no pueden atender a sus hijos, la institución supletoria de amparo

es la tutela, que tiene la misma finalidad protectora que la patria potestad.

Pero así como la protección prestada por los padres se realiza según un modelo que ha variado poco a lo largo del tiempo sustentado en la convivencia íntima y en el afecto paterno-filial, la protección que se otorga por los tutores adopta modelos muy variables en el tiempo y en el espacio dependiendo de las circunstancias socio-económicas y del sistema de valores de cada sociedad en cada momento.

Cuando cambian estas variables cambia la sociedad. Cuando cambia la sociedad cambia el Derecho. Cuando las alteraciones se producen cada poco tiempo al Derecho le resulta difícil seguir el ritmo de la sociedad.

Un buen ejemplo de lo anterior es la institución de la tutela.

LA INSTITUCIÓN DE LA TUTELA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1889

La regulación civil de la guarda de personas discapacitadas, que se fragua a lo largo del Siglo XIX y concluye con la publicación en 1889 del Código Civil, pone el acento en los aspectos patrimoniales.

Se contempla al discapaz en cuanto titular de unos bienes que hay que administrar y sobre los que existe la posibilidad o necesidad de realizar determinados actos respecto de los cuales la declaración de voluntad de aquél debe ser sustituida por la de su representante.

La abigarrada regulación legal, llena de controles y cautelas, pone de manifiesto que se hizo pensando en discapacitados titu-

lares de grandes patrimonios, lo cual en aquélla época era una situación aún mas excepcional que en la actualidad.

En la generalidad de los casos, cuando el patrimonio del discapacitado era mínimo o inexistente, no tenía sentido organizar judicialmente la tutela.

La guarda espontánea o guarda de hecho era la situación normal.

Por otro lado, la guarda, tanto en su faceta de “ejercicio” como de “control del ejercicio” se desenvuelve en el plano estrictamente familiar a través de las instituciones del tutor, protutor y Consejo de Familia, siendo residuales las competencias de los poderes públicos.

LA CRISIS DEL SISTEMA: LA REFORMA DE LA INSTITUCIÓN EN VIRTUD DE LA LEY 13/1983 DE 24 DE OCTUBRE: NUEVAS FORMA DE EJERCICIO DE LA TUTELA

El sistema no funcionó bien y ello se hizo especialmente evidente a partir de la década de los sesenta coincidiendo con el notable desarrollo económico de la nación que multiplicó las operaciones y transacciones económicas en las que, en no pocos casos, concurrían derechos e intereses de personas discapacitadas.

La pluralidad y, en no pocos casos, la dispersión de los miembros del Consejo de Familia, hacía difícil no ya la toma de decisiones, sino la mera reunión de los mismos.

Por otro lado, el mundo de la discapacidad psíquica alentado por las ideas de normalización e integración que llegaban de los países escandinavos vivía en estos años una incipiente

revolución que no tardaría en generar una sensibilidad nueva, más centrada ahora en los aspectos personales y en el ejercicio efectivo de los derechos de los discapacitados que en la administración de su patrimonio.

La Constitución de 1978 se hizo eco de estos planteamientos y en el art. 49 proclama que *“los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*.

En desarrollo de este precepto se promulgó la Ley 13/1982 de 7 de Abril de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), que significó un importante hito en el proceso de conquista de la dignidad de este colectivo.

Con estos precedentes no resulta extraño que la reforma de la tutela llevada a cabo por la Ley 13/1983 de 24 de octubre, aportase cambios notables en algunos aspectos de la institución.

Así, se ha subrayado como principales novedades:

a) La mayor atención que se presta a los aspectos personales del tutelado, debiendo el tutor promover la adquisición o recuperación de su capacidad, así como su mejor inserción en la sociedad. (art. 269-4º Cc)

b) El cambio de sistema de control de la tutela que pasa de la familia a los poderes públicos: autoridad judicial y Ministerio Fiscal. (arts. 216-1, 232, 233 Cc)

Sin embargo, hay que apresurarse a señalar que, el ejercicio de la tutela en sí mismo, es contemplado al modo tradicional,

esto es insertándolo en la familia aunque con la resuelta intención de que sea encomendada a uno solo de sus miembros, salvo supuestos excepcionales (art. 236 Cc).

Sin embargo, más allá del deber moral y jurídico que para los familiares cercanos constituye el ejercicio de la tutela, cada vez resultaba más difícil encontrar familiares dispuestos a aceptar el cargo o a desempeñarlo cabalmente.

En otros casos la familia simplemente no existía.

La modificación del sistema de valores, en el que se cotiza a la baja la solidaridad familiar, las dificultades que acarrea la vida en las ciudades; la necesidad de incorporación al mundo laboral de todos los miembros adultos de la familia para poder así pagar la adquisición de una pequeña vivienda y atender las múltiples imposiciones de la sociedad de consumo, unido a la instauración a nivel constitucional del Estado Social o Estado del Bienestar, dispuesto a asumir muchas de las funciones tradicionalmente encomendadas a la familia, provocó que, a los pocos años, la reforma quedase desfasada y se demandase un planteamiento nuevo de la institución.

Mientras tanto, la necesidad de afrontar los problemas derivados de la inexistencia o falta de disposición de los familiares hizo surgir una variada gama de fórmulas tutelares de nuevo cuño (tutelas asumidas por Directores de Centro, por Presidentes de Asociaciones, por Comisiones, por Fundaciones Públicas o Privadas de diversa configuración, por Asociaciones, etc.).

Así, en la actualidad, junto al modelo tradicional de ejercicio de la tutela del que se ocupa especialmente el Código Civil, conviven otro tipo de fórmulas tutelares impuestas por la realidad, que si bien gozan en su constitución de amparo legal, aparecen

casi huérfanas de regulación en lo que atañe a su ejercicio teniendo como única referencia la normativa pensada para el tutor unipersonal-familiar cuya aplicación analógica presenta frecuentes problemas y en algunos casos ni siquiera es posible.

En medio de esta variedad la Fundación parece erigirse como modelo de futuro. El análisis de su gestación de esta opción y su evolución constituyen el objeto de este trabajo.

LAS PERSONAS JURÍDICAS TUTORAS: ART. 242 DEL CÓDIGO CIVIL

EL DEBATE PARLAMENTARIO

En el año 1983 el Gobierno, elaboró un proyecto de reforma del Código Civil en materia de tutela que se convertiría meses más tarde en la Ley 13/1983 de 24 de octubre. Contenía el citado proyecto la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran ser tutoras, lo cual suscitó dos grandes objeciones:

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 jurí-

dicas, para añadir que *“de esto al matrimonio de dos Sociedades de Responsabilidad Limitada falta muy poco”*¹⁷⁶.

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: *“Se consultó a todos o prácticamente a todos los directores y a los representantes de Entidades que están al cuidado de subnormales, y puedo afirmar a sus Señorías que fue a petición de ellos y por ruego de ellos por lo que se dejó el Proyecto tal y como estaba”*¹⁷⁷.

En estos años ya era muy numeroso el colectivo de personas incapacitadas carentes de familiares o con familias desestructuradas inhábiles para el ejercicio de la tutela que, precisamente por esta razón, eran frecuentemente ingresados en establecimientos a cuyos Directores se proponía como tutores.

Esta atribución personal era vivida en bastantes casos como un problema, siendo aspiración común el que la tutela se encomendase al Centro o a la entidad, solucionando al propio tiempo

176 Diario de Sesiones del Senado nº 28, p. 1407.

177 Diario de Sesiones del Senado nº 28, p. 1408.

los problemas ocasionados por las bajas, traslados, vacaciones, excedencias, renunciaciones, etc., de los Directores que exigían acudir con demasiada frecuencia a excusas y nuevos nombramientos.

Lo relevante en cualquier caso es que la propuesta salió adelante y se convirtió en el art. 242 del Código Civil con la redacción siguiente: *“Podrán también ser tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”*.

Durante los años siguientes fue madurando el modelo y se discutió sobre la fórmula jurídica más idónea dentro de las personas jurídicas.

EL INSTITUTO ALMERIENSE DE TUTELA

El primer ensayo verdaderamente relevante de tutoría por persona jurídica surgió en Almería, cuya Diputación en Pleno celebrado el día 25 de mayo de 1990, aprobó los Estatutos del Instituto Almeriense de Tutela que fueron publicados en el B.O.P. nº 145 de 25 de Junio de 1990.

El Informe del Defensor del Pueblo sobre la Situación Jurídica y Asistencial del Enfermo Mental en España publicado en 1991 se hizo eco del acontecimiento en los siguientes términos (p. 576): *“En relación con estas cuestiones, merece especial mención la creación en la Comunidad Autónoma Andaluza del Instituto Almeriense de Tutela de la Diputación Provincial de Almería, cuyos fines y ámbito de actuación, tal y como consta en sus Estatutos, son la protección de las personas adultas que no dispongan de plenas facultades para regir su vida y administrar su patrimonio...”*

Los Estatutos de este Instituto prevén una estrecha colaboración con el Ministerio Fiscal....

La creación de este Instituto en la Provincia de Almería permite dar solución a los problemas que han quedado expuestos.

Debe seguirse de cerca su actuación, con la finalidad de que las Administraciones competentes valoren la posibilidad de crear figuras similares o en cualquier caso, estructuras organizadas al respecto, que permitan afrontar la asunción de la tutela, cuando son designadas administraciones públicas o concretos funcionarios para su ejercicio”.

Casi al mismo tiempo que el Instituto Almeriense de Tutela surgieron otros proyectos entre los que destaca la creación de la Comisión Madrileña de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, en virtud de Real Decreto 93/1990 de 4 de octubre, de la Consejería Madrileña de Integración Social desarrollado en virtud de Orden 719/1990 de 28 de noviembre.

En el año 1994 se produjo la tantas veces aplazada publicación de la Ley de Fundaciones y Mecenazgo (Ley 30/1994, de 24 de noviembre), texto básico para abordar cualquier intento de organización de Fundaciones Tutelares.

Por este tiempo era ya mayoritaria la opinión de que, entre las distintas personas jurídicas, la Fundación se mostraba como la opción más conveniente para el desempeño de las funciones tutelares.

Al amparo de la nueva legislación surgieron varias Fundaciones de carácter privado (Gorabide, Tau, Nadir, etc.)¹⁷⁸.

178 En el año 1994, Esther MÚÑIZ ESPADA publicó la obra *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras (en consideración al aspecto personal de la tutela)*, J. M. Bosch Editor, 1994.

LA CONSULTA 2/1988 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO SOBRE ASUNCIÓN DE TUTELA POR PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS

Se trata de un texto fundamental en el proceso de configuración del modelo de tutela atribuida a personas jurídicas de carácter público.

Tras el análisis técnico-jurídico de la cuestión la Consulta llega a las siguientes conclusiones:

1º. El art. 242 Cc 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.

2º. 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 Cc.

PRIMERAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Fue la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Baleares la que primero hizo uso de la doctrina emanada de la citada Consulta solicitando se atribuyese la tutela de un discapacitado que carecía de familiares y de persona idónea para asumir el cargo, al Excmo. Ayuntamiento de Palma de Mallorca.

El Ayuntamiento se opuso alegando, tanto la falta de competencia (que entendía correspondía al Gobierno Balear), como la carencia de medios personales y económicos.

El Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Palma de Mallorca, en Auto de fecha 3 de Junio de 1988, accediendo a lo solicitado por el Fiscal acordó atribuir la tutela al Excmo. Ayuntamiento de Palma de Mallorca.

Es interesante reproducir el Fundamento Jurídico Segundo del Auto: *“Expuesto cuento antecede, la adecuada resolución de la cuestión planteada requiere tener en cuenta, en primer término que, como bien indica la exposición de motivos de la Ley 9/1987 de 11 de Febrero de Acción Social de la C.A.I.B. aplicable al presente supuesto, existe en esta materia un auténtico laberinto de competencias que frecuentemente se solapan y duplican entre los diversos organismos del sector público, lo que propicia el confucionismo, la desorganización e ineficacia en la gestión de la política de los servicios sociales y asistencia social, apreciándose asimismo, un “lamentable desajuste entre los recursos disponibles y las necesidades a atender”. Esta situación, previa a la promulgación de la citada norma, no ha sido desde luego superada de forma efectiva tras aquélla, pudiendo de la lectura de los arts. 14 a 16 obtenerse conclusiones distintas, máxime cuando su tenor ha de ser integrado con las transferencias que la Ley 12/1993 llevó a cabo a favor del Consell Insular.*

Sin perjuicio de lo señalado y tras el oportuno examen de la normativa referida, considera el Juzgador procedente dar acogida a la propuesta formulada por el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 25 de Marzo pasado, toda vez que, conforme al apartado 1º del art. 16 de la Ley 9/1987 de 11 de Febrero, es competencia de los Ayuntamientos “crear, organizar y gestionar los servicios sociales generales y específicos previstos en la presente Ley” concretando a estos efectos el art. 10.1 g) como uno de los servicios específicos a realizar “la rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, posibilitando su integración social”.

El Auto fue apelado por el Ayuntamiento siendo resuelto el recurso por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha 14 de Diciembre de 1998 que vino confirmar el Auto recurrido.

En el Fundamento Tercero se señala: *“Se alega por la parte hoy apelante que carece de medios suficientes para el desempeño de la tutela. Es cierto que los recursos de la Corporación apelante no son ilimitados, pero la problemática que aquí se plantea concretamente es de reparto de recursos, y no resulta de recibo que, en dicho reparto, un Estado Social y de Derecho (arts. 1, 39, 41, 43, 49 y 50 de la Constitución) no pueda asignar partidas presupuestarias suficientes para atender a las tutelas de los menores e incapacitados que tenga que asumir”*.

Estas dos resoluciones ponen de manifiesto los principales obstáculos que se interponían en el camino hacia la constitución de tutelas de carácter público.

A. Laberinto de competencias

Así describe la situación el Auto, *“competencias que frecuentemente se solapan y duplican entre los diversos organismos del sector público lo que propicia el confusiónismo, la desorganización y la ineficacia...”*.

Durante los últimos años y en menor medida en la actualidad, cada Administración (Central, Autonómica y Local) ha pretendido no ser la competente para asumir la tutela de incapaces apelando a competencias ajenas.

A.1. Administración central *versus* Administración autonómica

En la actualidad es un fenómeno residual porque en los últimos años se ha producido ya en gran medida el proceso de trans-

ferencia de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas en materia de Servicios Sociales y ha proliferado legislación autonómica que fundamenta la atribución a las mismas de las competencias tutelares.

En Andalucía, el art. 13-22 del Estatuto de Autonomía encomienda al Gobierno Andaluz la competencia exclusiva en materia de asistencia y servicios sociales.

A.2. Administración autonómica *versus* Administración local

Esta confrontación es más compleja, debiendo distinguirse claramente la situación de los Ayuntamientos que tienen menos de 20.000 habitantes y más 20.000 habitantes puesto que el régimen de competencias y su posición frente a las Administraciones Autonómicas es distinto. (art. 26-1 c) Ley de Bases de Régimen Local).

Lo peor de todo es que la denominada “Segunda Descentralización”, esto es, la asunción por los Ayuntamientos de competencias derivadas las Comunidades Autónomas en el marco de lo que se conoce como el “Pacto Local”, está aún por desarrollarse.

B. Carencia de medios

Es una objeción constante pero, como muy bien señala el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, *“la problemática que aquí se plantea es de reparto de recursos, y no resulta de recibo que en dicho reparto un Estado Social y de Derecho no pueda asignar partidas presupuestarias suficientes para atender las tutelas de los menores e incapacitados que tenga que asumir”*.

La cuestión es de estricta legalidad y debe examinarse a la luz de lo dispuesto en la Constitución y, en concreto, en sus arts. 9-2 y 49.

Así, si como mandato general corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9-2), este mandato es particularmente intenso en relación con el colectivo de disminuidos psíquicos, físicos y sensoriales frente a los cuales los poderes públicos han recibido el mandato de ampararlos especialmente para el disfrute de sus derechos, debiendo realizar políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración social (art. 49).

En definitiva, para la Constitución la atención a los disminuidos y discapacitados debe constituir una prioridad para los Poderes Públicos quienes estarían incumpliendo el mandato Constitucional si utilizasen sus presupuestos para otras cosas en detrimento de estos colectivos.

Lamentablemente esto es muy frecuente.

LA LEY 41/2003 DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Supone el punto de llegada en el debate sobre la asunción de tutela por personas jurídicas. Así, siguiendo el modelo establecido para la atención de los menores desamparados, esta ley añade un nuevo párrafo al artículo 239 con el contenido siguiente:

“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”.

Como ocurre no pocas veces, este precepto no figuraba en el Proyecto y se introdujo, vía enmienda, en el debate parlamentario sin consultar previamente a las Comunidades Autónomas y sin realizar una Memoria Económica sobre los costes de su implantación.

No es de extrañar que haya cogido a muchas Comunidades Autónomas por sorpresa y sin tener preparadas las estructuras necesarias para dar respuesta a esta obligación.

Ha ocurrido también que, por desconocimiento, no se está reclamando mucho la vigencia y aplicación de este precepto lo cual, no obstante, no tardará mucho en ocurrir.

LA EXPERIENCIA ANDALUZA

LA BÚSQUEDA DEL MODELO

Como ya se ha señalado, fue en Andalucía donde surgió la primera iniciativa de persona jurídica pública tutora a través de Instituto Almeriense de Tutela, pero el modelo no pudo ser reproducido en el resto de las provincias andaluzas.

En los primeros años de la década de los noventa se fue abriendo paso la opinión de que la figura de la Fundación es el mejor modelo para articular la tutela por personas jurídicas de carácter público.

ENCUENTROS DE JUSTICIA Y SALUD MENTAL

Desde finales de los años ochenta, los encuentros periódicos entre profesionales del ámbito jurídico y de salud mental, celebrados en Bubión (Granada), contribuyeron de manera esencial al conocimiento recíproco y al establecimiento de un clima propicio para la comunicación y la cooperación.

La publicación en el año 1994 de la Ley de Fundaciones y Mecenazgo alentó la idea de dedicar un encuentro al tema de las Fundaciones Tutelares, siendo ésta la primera vez que se invitó a participar a profesionales del ámbito de los Servicios Sociales y a representantes de la Asociaciones de Familiares y Afectados.

En este encuentro celebrado entre los días 28 a 30 de Junio de 1995 se sometió a examen la experiencia de las Fundaciones Tutelares que ya estaban funcionando.

Todos los modelos habían pasado crisis o habían encontrado problemas de funcionamiento.

Así se pudo constatar que el cambio de signo político en la Diputación de Almería sumió al Instituto Almeriense de Tutela en una profunda crisis, lo que evidenció que estas iniciativas tenían que contar con consensos y compromisos políticos lo más amplios posible.

En cuanto a la Comisión Madrileña de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, los graves problemas derivados del sometimiento de su funcionamiento al régimen de Derecho Administrativo llevaron a cambiar su régimen jurídico en virtud de Ley 4/1995 de 21 de marzo (B.O.C.M. nº 74 de 28 de Marzo de 1995) por la que se crea "La Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos".

Señala el Preámbulo de la Ley:

“Tras más de cuatro años de funcionamiento de la Comisión, el marco legal autonómico que hasta el momento se ha revelado útil empieza a adolecer de alguna deficiencia, básicamente de carácter funcional.

En efecto, el tutor, el curador o el administrador de bienes de una persona sometida a medidas provisionales o declarada judicialmente incapaz, ha de desplegar una ingente actividad de orden civil para el correcto desempeño de sus funciones, que el Código Civil enumera someramente y que podrían resumirse en procurarle alimentos, promover la adquisición o recuperación de su capacidad y procurarle su mejor inserción en la sociedad. Ahora bien, tales actividades se incardinan de suyo en el Derecho Privado y escapan palmariamente del tradicional ámbito público de la Administración y por tanto, de la clásica estructura administrativa.

Tal situación se agrava si se toma en consideración las implicaciones económicas que se derivan de la actuación administrativa para con los patrimonios privados de los tutelados, gestión ésta que difícilmente puede ser controlada con los instrumentos públicos de control al uso.

Todo ello aconseja que la actual Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos se convierta en un ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia que ajuste sus actividades al ordenamiento jurídico privado, de acuerdo con a lo contemplado en el art. 6 de la Ley Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid”.

La experiencia ajena sirvió para madurar y ajustar el proyecto de modelo andaluz pero se entendió que aún no se daban las condiciones para llevarlo a cabo aunque sí se formularon diversas Conclusiones¹⁷⁹.

179 * Se considera necesario que, como mínimo, en cada ámbito provincial exista una entidad con capacidad para asumir la tutela de aquellos adultos que, siendo susceptibles de incapacitación, carezcan de familiares o allegados.

LA FUNDACIÓN ANDALUZA PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DEL ENFERMO MENTAL (FAISEM)

En el año 1993, a instancias del Parlamento Andaluz se creó la Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental, que años más tarde estaría llamada a desempeñar un importante papel en el desarrollo del modelo andaluz de Fundación Tutelar.

Sus características son las siguientes:

* Responsabilidad pública a través de las Consejerías de Sa-

Se entienda que las fórmulas jurídicas a utilizar no tienen por qué ser homogéneas, aunque parece que la figura de la Fundación puede ser más favorable en la medida que da mayor garantía por la inamovilidad de los fines de la entidad.

* Para promover y capacitar al voluntariado social que colabore en el acompañamiento diario del tutelado se estima necesaria la realización de actividades formativas dirigidas a este fin. No obstante, se consideró también la necesidad de establecer un cierto nivel de profesionalización en las instituciones tutelares.

* La entidades tutelares deberán financiarse con sus propios recursos, con las cantidades que la Autoridad Judicial determine de los ingresos de los tutelados, con las aportaciones, cuotas o donativos que reciba, así como con las subvenciones que las distintas Administraciones Públicas y la Fundación FAISEM les pueda conceder. Deberán procurar al tutelado apoyos en las distintas áreas de necesidad, especialmente residencial, si bien no necesariamente con recursos propios, sino utilizando los existentes al efecto.

Igualmente deberán asesorar a los familiares, profesionales, etc... sobre los aspectos relacionados con el ejercicio de las funciones tutelares.

* Se insta a la Fundación FAISEM (Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental) a que, apoyándose en FANAES y cuantas organizaciones y asociaciones estén interesadas, promueva a lo largo del año 1995, entes tutelares para enfermos mentales en las provincias que actualmente carecen de ello. Dichas entidades podrían estar abiertas a asumir la tutela de otros grupos de incapaces si existe la implicación necesaria de las instancias correspondientes. En este caso se trataría de crear cierta especialización en el personal que asumiese el seguimiento diario de los tutelados.

lud, Trabajo e Industria. Asuntos Sociales, Economía y Hacienda.

* Financiación a través de los presupuestos de la Comunidad Autónoma.

* Tiene como función el desarrollo y gestión de recursos de apoyo social para pacientes, usuarios de los servicios públicos de salud mental y con necesidades no atendibles desde los programas generales de servicios sociales.

* Estructura y funcionamiento libre de constricciones funcionariales y con la participación de profesionales, familiares y otras entidades ciudadanas.

Según sus Estatutos, la Fundación Andaluza para la integración Social del Enfermo Mental no puede desempeñar funciones tutelares, pero tiene una importancia crucial en la provisión de recursos para los enfermos mentales que encuentran dificultades para disfrutar de los programas y recursos ordinarios proporcionados por los servicios sociales.

EL FORO ANDALUZ DE DEBATE E INVESTIGACIÓN SOBRE LA DEFICIENCIA Y LA ENFERMEDAD MENTAL

El día 27 de Septiembre de 1995 se presentó al público en Córdoba el "Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental".

En el Foro, a través de Cursos celebrados entre los meses de Octubre y Mayo, profesionales de los ámbitos jurídico, sanitario, de los servicios sociales y de educación reflexionaban los primeros miércoles de cada mes junto a los representantes de los familiares y de los afectados sobre distintos temas de interés para estos colectivos.

La 5ª Jornada del Curso 1995/96 (“Deficiencia, Enfermedad Mental y Senilidad; Mecanismo legales de Protección”) se dedicó a las Fundaciones Tutelares¹⁸⁰.

180 En el coloquio se puso de manifiesto la honda preocupación de padres y familiares de Enfermos y Deficientes mentales por la suerte que puedan correr sus hijos o allegados cuando ellos falten. Esta preocupación era aún más patente en relación con los Enfermos Mentales pues en este ámbito está prácticamente todo por realizar, mientras que para Deficientes y Seniles existe una red de Centros y Residencias ya consolidada.

Es cierto que en el marco del llamado “Estado del Bienestar” los Poderes Públicos tienen una importante función que cumplir en relación con la protección de las personas que soportan determinadas carencias, pero, como expuso claramente D. Ladislao Lara en su conferencia, es una pura ilusión creer que el Estado y las Administraciones pueden acometer y resolver todos los problemas.

Las posibles soluciones exigirían la implicación tanto del Estado como de la sociedad en general y en primer lugar de los padres o familiares que pueden/deben tomar la iniciativa y estudiar la mejor manera de “asegurar” la protección de sus hijos o allegados, estableciendo las previsiones oportunas.

Señalar en este sentido que la actual regulación de la tutela deja un importante margen de maniobra a los padres en la configuración de la tutela de sus hijos ya sea en testamento o en documento público notarial (art. 223. 236-4º Cc. etc.).

Se hizo referencia a la nueva Ley de Fundaciones de 24 de Noviembre de 1994 que contiene importantes beneficios fiscales a la participación privada en actividades de interés general, lo cual puede servir de estímulo para que algunas empresas (Bancos, aseguradoras, etc.) se animen a destinar algunos fondos para el sostenimiento de Fundaciones Tutelares.

Surgió en el coloquio la vieja polémica en torno a si es mejor optar por Fundaciones de carácter privado o de carácter público.

Respecto de las primeras se señaló el peligro de explotación, de considerar la atención a enfermos, deficientes o seniles como un puro negocio con la rentabilidad y el lucro como únicos puntos de referencia. Se aludió a algún ejemplo de este modo de actuar situado en Estados Unidos.

En cuanto a las segundas, se señalaron los riesgos de burocratización y pasividad tradicionalmente asociados a la actuación pública.

En general, hubo coincidencia generalizada en que la fórmula debería de ser mixta debiendo existir siempre unas facultades de supervisión reservadas a la Autoridad Pública.

Pero fue en el año 1999 cuando concurrieron dos circunstancias que, a la postre, serían determinantes para la implantación efectiva del modelo:

A. La promulgación de la Ley 1/1999 de 31 de marzo de atención a las personas con discapacidad en Andalucía

Esta Ley, dentro del Título V (– De los servicios sociales a las personas con discapacidad) contiene un capítulo titulado “De los Recursos Tutelares” disponiendo el art. 37:

“La Administración de la Junta de Andalucía promoverá coordinada con la autoridad judicial, la atención a las personas presumiblemente incapaces o incapacitadas total o parcialmente, promoviendo entidades sin ánimo de lucro que puedan desempeñar la tutela o curatela de aquéllas, de acuerdo con lo previsto en el Código civil.

Para ello impulsará la creación de entidades tutelares de ámbito territorial que garanticen el acercamiento al tutelado, cuidando su integración en su propio entorno.”

La citada Ley venía a despejar en buena medida el “laberinto de competencias” y contenía una clara atribución de res-

Se hizo referencia al papel que está llamado a jugar el “Voluntariado” figura de reciente regulación (Ley 6/1996 de 15 de Enero), como instrumento a utilizar por las Fundaciones a efectos de cubrir los aspectos de atención personal, ocio, etc., de deficientes, enfermos o seniles.

Sin embargo se matizó que, así como el Voluntariado con deficientes o seniles no precisa especial preparación, ésta si es necesaria en relación con enfermos mentales hasta el punto que los expertos en salud mental manifestaron sus dudas acerca de que el Voluntariado sea viable en relación con este colectivo.

Se reclamó que, en todo caso, el Voluntariado debe estar alentado por un sincero deseo de ejercer la solidaridad pues si se plantea como una obligación impuesta por el Estado (Objetores) o como una oportunidad de encontrar trabajo, etc., sus efectos benéficos son dudosos.

ponsabilidad al Gobierno Andaluz en la promoción de entidades tutelares.

B. El Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de septiembre de 1999

Con apoyo en el art. 37 de la Ley 1/1999 de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, el contenido de la Consulta 2/1998 de la Fiscalía General del Estado sobre Asunción de Tutela por Personas Jurídicas Públicas y el precedente del Auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca ya aludido, se solicitó por la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Córdoba la constitución de la tutela sobre una persona incapacitada que carecía de familiares a favor del Ilmo. Sr. Delegado Provincial de Asuntos Sociales.

El Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Córdoba accedió a lo solicitado por el Fiscal y, en virtud de Auto de fecha 8 de Abril de 1999, atribuyó la tutela al Ilmo. Sr. Delegado Provincial de Asuntos Sociales como representante en del Gobierno Andaluz y, en concreto, de la Consejería de Asuntos Sociales.

El Auto fue recurrido alegando la representación legal de la Delegación Provincial de Asuntos Sociales que debía nombrarse tutor al Ayuntamiento de Córdoba por resultar más idóneo para el desempeño del cargo dada su mayor proximidad temporal y espacial con la persona tutelada, haciendo referencia también a la creciente acumulación de tareas en la Delegación.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba confirmó el Auto recurrido en virtud de otro de fecha 25 de Septiembre de 1999.

El Fundamento Jurídico Tercero concluye del siguiente modo:

“Resumiendo en la medida de lo posible esa interesante Consulta (se refiere a la Consulta 2/1998),... se llega a la conclusión de que el art. 254 del Código Civil carece de sustento en este caso para sostener la renunciabilidad del nombramiento por parte de personas jurídicas, ya que es obligado reconocer que una Administración Pública ha de asumir las cargas anejas a su función y más aún cuando son traducibles en servicios solidarios en relación con los más marginados de la sociedad...”

Al tiempo que la Sala dictaba el Auto, se presenta por el Fiscal General del Estado la Memoria de la Fiscalía correspondiente al año 1999, en cuyo apartado de “Propuestas de Reforma Legislativa” se recogía, a instancia de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Córdoba, una propuesta relativa a la regulación del ejercicio de la tutela por personas jurídicas¹⁸¹.

181 Propuestas de desarrollo de la reforma llevada a cabo por la Ley 13/1983 de 24 de octubre:

Que se regule el ejercicio de la tutela por personas jurídicas públicas y privadas.

Cuando se repasan las discusiones parlamentarias previas a la aprobación de la Ley de 24 de Octubre de 1983 se advierte que la tutela por Persona Jurídica se contemplaba como un supuesto extraño y excepcional no muy relevante.

El art. 242 del Cc que permite tal posibilidad salió adelante a duras penas.

No mucho tiempo después el tema ha adquirido una envergadura que exige una respuesta adecuada.

En el último lustro, no obstante, se han dado pasos muy importantes en este terreno.

Hoy hablamos con normalidad de “Fundaciones Tutelares” y se admite con generalidad que la Fundación es la fórmula más conveniente para el ejercicio de las funciones tutelares por personas jurídicas pero esto no estaba tan claro hace unos años durante los que se ponderaron las ventajas e inconvenientes que conllevaban las fórmulas de la Fundación y de la Asociación.

Hoy contamos además con la experiencia de funcionamiento de bastante fundaciones tutelares, grandes y pequeñas; públicas, privadas y mixtas.

Hoy tenemos una nueva Ley de Fundaciones (Ley 30/1994 de 24 de Noviembre) y se encuentran regulados algunos fenómenos de enorme interés para la atención de personas desvalidas como los recogidos en la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado.

Ha sido muy relevante, asimismo, la posición al respecto por la Fiscalía General del Estado en la Consulta 2/1998 sobre “La asunción de tutela por Personas Jurídicas Públicas” cuyas conclusiones son las siguientes:

1ª. 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 extienda a ese colectivo.

2ª. 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 desempleo de la tutela prevista en el art. 251-2º del Cc.

Desde hace algunos años en muchas Comunidades Autónomas (Madrid, Castilla-La Mancha, etc.) se han ido creando fundaciones tutelares para atender esta demanda.

En muchas de ellas sólo tienen cabida las personas declaradas incapaces judicialmente lo cual estimo que no es razonable porque existe un amplio número de personas cuya minusvalía o trastorno no es tan inhabilitante como para ser declarados incapaces y que sin embargo sí pueden necesitar los servicios prestados por estas fundaciones.

En este sentido se propone que las fundaciones tutelares tengan una composición mixta;

De un lado las personas declaradas incapaces y de otro, aquellas que sin tener que estarlo necesiten recibir servicios que aquellas prestan (gestiones burocráticas ocasionales, administración de recursos, etc.)

A nivel jurídico las piezas comienzan a ensamblarse y empieza a definirse en sus líneas maestras el modelo de Fundación que se adivina más eficaz, más operativo.

Sabemos que las Fundaciones Públicas no son aconsejables por lo que conllevan de burocratización y lentitud de la gestión lo cual es incompatible con las exigencias de sencillez y celeridad en el ejercicio de la tutela.

Además suelen crear en los allegados y familiares el espejismo de que no hay ningún problema porque el Estado se ocupa de todo.

Parece que las fundaciones tutelares privadas concertadas, con importantes apoyos institucionales, son las que se han mostrado más operativas.

En cuanto se desciende a las cuestiones concretas de orden técnico — jurídico, van surgiendo más y más preguntas a las que habrá que dar respuesta.

Por ejemplo, ¿el control del patronato sobre la fundación es compatible, incompatible, o complementario con el control judicial de la tutela? ¿En su caso, cómo debería articularse esta relación?

Desde este momento se multiplicaron en los distintos Juzgados de la Comunidad Autónoma Andaluza las peticiones de constitución de tutela a favor de los Delegados Provinciales de Asuntos Sociales, lo cual determinó que el Gobierno Andaluz y en concreto la Consejería de Asuntos Sociales abordase resueltamente la cuestión de las Fundaciones Tutelares.

Por entonces el diseño del modelo estaba ya muy avanzado y no fue difícil concluirlo.

PRINCIPIOS INSPIRADORES

LA PROVINCIA COMO REFERENCIA TERRITORIAL

Entre el modelo de Fundación única para todo el territorio de la comunidad autónoma y la dispersión entre múltiples Fundaciones de carácter local, se consideró más conveniente el modelo de Fundación provincial pues ello permitiría adecuar su organización y funcionamiento a las peculiaridades de cada una de ellas.

La presencia en el Patronato de cada Fundación de representantes de Instituciones con implantación y responsabilidad en todo el territorio de la Comunidad (Consejería de Asuntos

Ya se está trabajando en ello. Existen monografías sobre algunos temas como la publicada por Esther MÚÑIZ ESPADA, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, cit.

No cabe duda de que de las dos grandes facetas que comprende la tutela, la personal y la patrimonial, es la primera la que presenta verdaderos problemas de ejercicio para las personas jurídicas porque se trata de dar afecto, compañía y respeto. Es complicado organizar esto desde una institución aunque ya se han experimentado diversas figuras como la del Delegado Familiar, el acompañante comunitario, etc...

No presenta problemas especiales en cambio, la gestión y protección del patrimonio, la llevanza de cuentas, las gestiones burocráticas, el cumplimiento de los trámites y obligaciones judiciales.

Sociales, Fundaciones autonómicas, etc.) garantizaría la coordinación y continuidad entre todas ellas.

EL COLECTIVO DE DISCAPACITADOS PSÍQUICOS, ENFERMOS MENTALES Y SENILES COMO BASE PERSONAL

Son los tres colectivos en los que se integran las múltiples patologías contempladas en el art. 200 del Cc como causas de incapacitación.

Se contempla como usuarios de la Fundación:

a) A los discapacitados psíquicos, enfermos mentales o seniles, se encuentren o no declarados incapaces en virtud de sentencia.

b) Los familiares o guardadores de discapacitados psíquicos, enfermos mentales o seniles, con independencia de que hayan sido o no formalmente investidos del cargo de tutor, curador, patria potestad rehabilitada en virtud de resolución judicial.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

La Fundación no pretende “sustituir” a ningún tutor o guardador, sino asumir la tutela o guarda de las personas presuntamente incapaces o incapacitadas que carecen de persona o institución que vele por ellas.

En este sentido la opción de la Fundación se plantea como último recurso o como un recurso provisional mientras se producen las condiciones que hagan viable otra forma de guarda o tutela.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Son textos básicos de referencia, a nivel estatal:

1. La Constitución Española de 1978.
2. El Código Civil.
3. La Ley 30/1994 de 24 de Noviembre de Fundaciones y Mecenazgo.

Y a nivel de la Comunidad Autónoma Andaluza:

1. Ley 2/1988 de 4 de Abril de Servicios Sociales de Andalucía.
2. La Ley 2/1998 de 15 de Junio, de Salud de Andalucía.
3. La Ley 1/1999 de 31 de Marzo de Atención a las personas con Discapacidad en Andalucía.
4. La Ley 6/1999 de 7 de Julio, de Atención y Protección a las Personas mayores.
5. La Ley 9/1999 de 18 de Noviembre de Solidaridad en la Educación.

PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD – NATURALEZA MIXTA

En relación a su protección son muy diversas las situaciones de las personas que integran el colectivo de la discapacidad psíquica, la enfermedad mental y la senilidad.

Simplificando mucho podemos distinguir los siguientes grupos

GRUPO A. El de los que se encuentran incapacitados y tienen atribuida representación (patria potestad prorrogada o rehabilitada, tutela o curatela) en virtud de resolución judicial judicial.

Lo normal es que sean los padres o algún familiar cercano quien ostente esta representación, pero algunas tutelas han sido encomendadas a Asociaciones, Fundaciones privadas, Directores de Centros, etc.

GRUPO B. El de los que viven con la familia en situación de “guarda de hecho”, es decir que son protegidos y atendidos sin que sus guardadores hayan acudido al Juzgado para que se declare judicialmente la incapacidad.

GRUPO C. Un grupo pequeño lo nutren los que viven solos porque tienen una importante autonomía pero necesitan ayuda o apoyo para actos concretos.

GRUPO D. Otros viven solos, carentes de capacidad, de apoyos y de familiares cercanos o éstos no resultan idóneos para el desempeño de la tutela.

GRUPO E. Algunos son objeto de expoliación o explotación, a veces por sus propios familiares, a veces por terceros.

La Fundación plantea un funcionamiento de distinta intensidad en relación a cada uno de estos grupos que va desde la mera información (mínimo) hasta la asunción de la tutela del incapaz (máximo).

Como es obvio las obligaciones más intensas de la Fundación se plantean respecto de los GRUPOS D y E, mientras que respecto de los GRUPOS A, B y C los servicios que ofrece son mucho más reducidos, limitados a la información, orientación y apoyo en la realización de algún acto complejo.

Lo que en modo alguno pretende la Fundación es asumir funciones tutelares o de guarda que se están prestando por tutores o guardadores familiares, por Asociaciones, Fundaciones, etc...

Pero tampoco es objetivo de la Fundación el desvincularse completamente de quien esté desempeñando una función tutelar, sino aglutinar a todos los implicados y coordinar todos los esfuerzos, bajo la premisa de que cada uno, persona o institución, debe asumir la parte que le corresponda.

Existe una tendencia a delegar y reenviar en bloque competencias y obligaciones, esto se da tanto en las relaciones Familia-Administración como entre las distintas administraciones entre sí.

Frente a esto se propone el modelo de la corresponsabilidad. Ni todo de la Familia, ni todo de la Administración. Ni todo privado, ni todo público, ni todo de la sociedad.

Esta filosofía es la que inspira y explica la composición tripartita de la Fundación que pretende aglutinar tres ámbitos:

A. Las Administraciones Públicas implicadas.

B. Las Asociaciones y Federaciones de Afectados y el Voluntariado.

C. Las Instituciones Privadas que deseen ejercer las funciones de Patrocinio o Mecenazgo.

A. Las Administraciones Públicas implicadas.

Estarán implicadas las Administraciones que según el marco competencial de cada territorio tengan atribuidas las prestaciones sociales, sanitarias, educativas, etc...

En la Comunidad Andaluza el art. 13-22 del Estatuto de Autonomía recoge como competencias exclusivas de la Comunidad, entre otras, *la asistencia y servicios Sociales*.

En desarrollo de este precepto se promulgó la Ley 2/1988 de 4 de Abril de Servicios Sociales.

Por su parte, la Ley 7/1985 de 2 de Abril reguladora de las Bases de Régimen Local atribuye competencias en materia de servicios sociales tanto a las Diputaciones Provinciales como a los Ayuntamientos.

B. Las Asociaciones y Federaciones de Afectados y el Voluntariado.

Los afectados son

a) Los familiares de discapacitados psíquicos, como de enfermos mentales o seniles que cuentan con sus Asociaciones y Federaciones (FEAPS, FANEAS, FOAN, etc.).

b) Los propios discapacitados, enfermos mentales o seniles.

En la actualidad sólo los enfermos mentales cuentan con Asociaciones y estas son muy escasas.

En cuanto al voluntariado, es muy pujante en el ámbito de la senilidad, menor en la discapacidad y casi inexistente en la enfermedad mental. Algunas Instituciones como CRUZ ROJA, CARITAS, etc... encajan perfectamente en el diseño de la Fundación.

C. Las Instituciones Privadas que deseen ejercer las funciones de Patrocinio o Mecenazgo.

La Ley 30/1994 de 24 de Noviembre de Fundaciones y Mecenazgo pretendió estimular a entidades privadas con ánimo de lucro a destinar parte de sus beneficios a actividades de interés general mediante importantes incentivos fiscales.

La realidad es que estas entidades han invertido mucho en actividades deportivas y culturales mientras que ha sido menor en el de la solidaridad. El establecimiento de un mayor porcenta-

je de desgravación para la inversiones realizadas en éste ámbito, probablemente contribuiría a paliar este déficit.

PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN O RECUPERACIÓN DE LA CAPACIDAD

Es objetivo de la Fundación el mantener siempre que sea posible la situación de capacidad de los afectados e instar la declaración de incapacidad sólo cuando sea estrictamente necesario.

Del mismo modo, es objetivo de la Fundación instar la recapacitación de las personas declaradas incapaces en cuanto concurren las circunstancias para ello.

PRINCIPIO DE RESPETO A LAS DIFERENCIAS Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Este principio tiene que ver con los usuarios de la Fundación sobre los que ésta ha asumido las máximas competencias, sobre los que ha asumido su tutela y como todo tutor, debe velar por ellos y promover su mejor inserción en la sociedad (art. 269 C. Civil).

La inserción que la Fundación pretende tiene como presupuesto el respeto a su personalidad y el respeto a sus diferencias.

Cada tutelado tiene sus características y no existe un modelo a seguir. Todos los que quepan en la Constitución caben en la Fundación.

PRINCIPIO DE NO PRESTACIÓN DIRECTA DE LOS SERVICIOS

Del mismo modo que los padres no prestan a sus hijos directamente todos los servicios que necesitan, sino que se los procuran (educación, sanidad, ocio y tiempo libre, etc...), la Fundación

no pretende prestarlos por sí misma, lo cual exigiría contar con estructuras propias, sino procurar a los usuarios estos servicios a muchos de los cuales tienen derecho como ciudadanos y que son proporcionados por la red pública.

En este sentido La Fundación se concibe como un instrumento de gestión de recursos.

Dependiendo de la condición del usuario la implicación de la Fundación será máxima (respecto de sus tutelados) o mínima (limitada a la información, cuando cuenten con tutores, guardadores o suficiente autonomía).

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

La Fundación cuenta con los siguientes órganos:

El Patronato

Es el máximo órgano de gobierno, administración y representación.

Está constituido al menos por tantos miembros como entidades promotoras debiendo cada entidad designar el representante según su normativa interna.

Entre los miembros del Patronato debe designarse dos Vicepresidentes, un Tesorero y un Secretario.

El Patronato debe reunirse como mínimo dos veces al año y cuantas veces lo determine su Presidente o Vicepresidentes, en su caso.

Los acuerdos, como regla general, deben adoptarse por mayoría simple, salvo los casos que requiera mayoría cualificada.

El cargo de Patrono es gratuito.

La Comisión

Se concibe como un órgano de apoyo al Patronato y estará integrada por las personas que el propio Patronato designe.

Su labor principal es el seguimiento individualizado de los tutelados tanto en su faceta personal como patrimonial.

Deberá reunirse con la periodicidad que se estime conveniente y, al menos trimestralmente, deberá dar cuenta del desarrollo de sus funciones al Patronato.

El abogado

Interviene en los procedimientos judiciales de declaración de incapacidad y asesora tanto a la Fundación como a los usuarios.

El trabajador social

Atiende diariamente a las personas que acuden a la Fundación solicitando información, ayuda o poniendo en conocimiento de la misma hechos relativos a discapacitados, enfermos mentales o seniles.

Realiza el seguimiento personal de los usuarios. Algunos de ellos, en determinadas circunstancias, requieren atención diaria.

Atiende y coordina a los Delegados Tutelares.

Elabora los informes destinados al Patronato y a la Comisión.

Administrativos

Se ocupan de las cuestiones burocráticas.

Los Delegados Tutelares

Como ya se ha señalado, la Fundación tiene ámbito territorial provincial, sin embargo, ni los órganos rectores, ni el personal al servicio de la misma (Trabajadores Sociales), pueden tener en todos los casos trato cercano con los usuarios, cuando es ésta una función esencial del ejercicio de la tutela.

Esta falta de “cercanía”, de “afectividad” entre tutor y tutelado, es lo que objetaban algunos senadores al modelo de tutela desempeñado por personas jurídicas, como ya se puso de manifiesto al examinar el debate parlamentario relativo al art. 242 del Cc.

Para solventar esta dificultad se definió ya hace unos años la figura denominada “Delegado Tutelar” que es aquella persona física que, ya sea a petición propia, por aceptación o por atribución legal, asume por delegación la función de velar por los intereses de la persona “presuntamente incapaz” o ya judicialmente incapacitada.

El Delegado tutelar está llamado a proporcionar al tutelado ese calor humano, esa proximidad que las entidades no pueden dar.

Lo ideal es contar con personas dispuestas a prestar voluntariamente este servicio, no siendo difícil encontrar ofrecimientos en relación con personas mayores y discapacitados psíquicos, existiendo más dificultad en relación con los enfermos mentales.

Cuando no se cuenta con estas personas hay que distinguir varias situaciones:

A. Cuando los usuarios de la Fundación se encuentren ingresados en algún Centro, hay que evaluar la conveniencia o no de que la delegación recaiga en el Director o en algún profesional del Centro de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

B. Cuando los usuarios llevan una vida independiente, viviendo en su domicilio la delegación debe ser desempeñada obligatoriamente por el Trabajador Social más cercano a la persona necesitada, como parte integrante de sus funciones de protección y promoción de personas desvalidas.

Ocurre, que la dependencia de los distintos Trabajadores Sociales es muy variada.

En municipios de más de 20.000 habitantes su dependencia es municipal.

En municipios de menos de 20.000 habitantes dependen de las Diputaciones o Instituciones equivalentes.

El Delegado Tutelar tiene como principal misión el estar cerca del tutelado, procurar su felicidad, vigilar que reciba los servicios y atenciones que necesita, llevar a cabo, en su caso, directamente las actuaciones que se encomienden, informar periódicamente de su evolución y comunicar de modo inmediato si se produce alguna circunstancia o acontecimiento de carácter extraordinario al objeto de que por la Fundación se adopten las decisiones e iniciativas oportunas.

El marco de relaciones entre la Fundación y los Delegados tutelares dependen de si el Delegado Tutelar es un "Voluntario" o si la delegación viene determinada por el desempeño de una determinada función.

En el primer caso se trata de un compromiso voluntariamente asumido por una persona y en el segundo por una obligación derivada del desempeño de un servicio.

En cualquier caso y de modo general las relaciones entre Fundación y Delegados tutelares se basan en los principios de Confianza, Individualización, Flexibilidad, Colaboración y Apoyo.

REALIDAD Y NUEVOS HORIZONTES DE LA GUARDA DE HECHO DE LAS PERSONAS CON AUTOGOBIERNO LIMITADO

Cristóbal Fco. Fábrega Ruiz

Fiscal. Fiscalía Provincial de Jaén

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Jaén

1. INTRODUCCIÓN

Frente a lo que parece entenderse por cierto sector jurídico la figura de la guarda de hecho no es una mera entelequia doctrinal, sino que tiene una gran trascendencia en la vida diaria y un enorme impacto en la vida social, por lo que no es arriesgado afirmar que la mayoría de los casos de protección se ejercen a través de esta figura¹⁸². Por diversos motivos son escasas las incapacitaciones que se producen en la practica por lo que la importancia de esta institución es innegable. Es precisamente antes de que se declare la incapacitación cuando la guarda de hecho alcanza su principal incidencia. Pero este no es su único campo de actuación porque, como veremos, también puede surgir en casos

182 ZURITA MARTÍN, I. (*Protección civil de la ancianidad*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 172) destaca cómo esta figura es hoy especialmente abundante en el campo de la ancianidad, un campo que está en un continuo aumento debido al desarrollo de la esperanza de vida experimentado en los últimos tiempos.

de desaparición del tutor o abandono del pupilo por el mismo. Incluso, algún autor se ha planteado, sobre todo en el caso de los ancianos ingresados en residencias, si en determinados supuestos se podría obviar el procedimiento de incapacitación permitiendo que la guarda del anciano se ejerciera a través de esta institución con el pertinente control judicial¹⁸³.

Indica Gete-Alonso y Calera que la guarda de hecho se delimita como una institución de protección privada que actúa como cierre de todas las demás. La misma no exige que todo el proceso desemboque en una incapacitación judicial y, en muchos casos de personas ancianas, no ocurre así¹⁸⁴.

A pesar de esa gran trascendencia práctica, son pocos los casos de guarda de hecho que han llegado a los Tribunales, debido sobre todo al desconocimiento por parte de los organismos formales de la existencia de los mismos. Del mismo modo, la parca regulación de la misma hace que los juristas prácticos sean reacios a utilizarla ante las dudas y la inseguridad jurídica que provoca, clamando de forma unánime la doctrina por una regulación más completa y acabada.

A estas dificultades se añade la apreciación de que el derecho mira con desconfianza a los guardadores de hecho en la creencia de la inexistencia de un control sobre los mismos. Por el

183 DÍAZ ALABART, S. (Directora), *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, página 45 del ejemplar informático.

184 GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.; *La protección civil de personas sometidas a manipulación mental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 303. Insiste esta autora en sus páginas 304 y 305 que la guarda de hecho no exige que se demuestre que la persona guardada está afectada por una causa de incapacitación con la misma rigidez que cuando se pretende la incapacitación de la persona, que debe reservarse para las situaciones mas graves y permanentes.

contrario Lasarte¹⁸⁵ la considera como el «*mecanismo protector de los más humildes económicamente*» y propugna que el acercamiento a la misma debe estar inspirado en la consideración y el encomio al guardador de hecho que, sin obligación alguna, asume las responsabilidades inherentes a la labor tuitiva.

2. ¿QUE DEBEMOS ENTENDER POR GUARDA DE HECHO?

La guarda de hecho se introdujo en el CC con la reforma de 1983, con la intención de regular jurídicamente a aquellas personas que desarrollaban funciones tuitivas, careciendo de nombramiento como tutor o curador. Como expresa Afonso Rodríguez¹⁸⁶, estamos ante una figura compleja, dado que refleja situaciones en que las funciones de guarda y custodia no se realizan por el titular de la patria potestad o tutela, sino por un tercero, que satisface las necesidades más apremiantes del necesitado de protección, de forma completamente voluntaria y sin ningún régimen legal, de forma superpuesta con la guarda legal o en los casos en que esta no exista.

Se define de acuerdo con dos rasgos básicos. El primero positivo, cual es la asunción de algún deber de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz; y el otro, negativo, cual es el de la inexistencia de un específico deber de protección, establecido por el ordenamiento jurídico¹⁸⁷. Todo modo de guarda conti-

185 LASARTE ÁLVAREZ, C.; *Principios de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid, Trivium, 1994, p. 258.

186 AFONSO RODRÍGUEZ, E.; «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores» en *Actualidad Civil* XVII/1995, p. 321.

187 Ver ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. «Tutela administrativa y guarda de hecho en menores en situación de desamparo» en *Revista del Poder Judicial* nº 60.

nuada, personal o patrimonial, que no se constituya como patria potestad, tutela o curatela se engloba en la guarda de hecho que, por su carácter fáctico, admite todas las posibilidades, pudiendo el guardador asumir funciones de tutor o de curador¹⁸⁸. Para nosotros no existe un tutor, un curador o un defensor de hecho, como figuras independientes; sino que tan solo existe una figura unificada de guarda de hecho que ejerce cualquiera de las funciones propias de las figuras tutelares — tutela, curatela o defensa—. No es inconcebible que alguien, de hecho, pueda ejercer funciones propias de la curatela o de la defensa judicial¹⁸⁹.

Siguiendo esta idea podemos definirla, siguiendo a Albacar y Martín-Granizo¹⁹⁰, como el ejercicio, con respecto a menores o incapaces, de funciones propias de instituciones tutelares, con carácter de generalidad y permanencia, de su custodia o protección, o de administración de su patrimonio o gestión de sus intereses por personas que no son tutores, curadores ni defensores judiciales.

El guardador de hecho será aquella persona que sin nombramiento alguno, ni judicial ni administrativo, se encarga del cuidado de un menor, de un incapacitado o de una persona que, sin estar incapacitada, no puede valerse por sí misma¹⁹¹. La misma supone la constatación de la existencia de facto de una activi-

188 ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. en *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, La Coruña, Fundación Paideia, 1999, p. 191.

189 VIDE R., *La guarda de hecho*, pp. 62 y ss.

190 ALBACAR LÓPEZ, J.L. y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M.; *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Trivium, p. 1330.

191 BUSTOS VALDIVIA, I., «El guardador de hecho ante los hechos dañosos producidos por su guardado» en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Volumen I, Almería, Universidades de Almería, Granada y Jaén, 2000, p. 275.

dad protectora, al que se le otorga una cierta regulación jurídica, transformándose en una verdadera situación de derecho, dado los efectos jurídicos que provoca. Desde el momento en que se recoge en nuestro ordenamiento jurídico, es una guarda de derecho, pues este la contempla y regula.

La escasa regulación jurídica que el Código Civil dedica a la guarda de hecho hace que podamos pensar que estamos ante una institución no querida por el mismo que solo busca su desaparición y la configuración de un régimen legal de protección. Ahora bien, si algo se constata en la vida diaria es que se trata de un mecanismo jurídico de protección de incapaces y menores que posee una gran potencialidad para resolver las cuestiones que constantemente se presentan. Esta errónea creencia provoca importantes reticencias en muchos profesionales para el uso de la guarda de hecho, lo que hace que la misma se encuentre infrutilizada, olvidando que, con su constatación, la guarda de hecho deviene guarda de derecho.

La doctrina se encuentra dividida con respecto a que situaciones de la realidad pueden ser encuadradas en el concepto jurídico de guarda de hecho. Dos posturas fundamentales podemos contemplar:

— Por un lado se encuentra la postura amplia. Para ella, entraría dentro del concepto los que se apoderan del cargo sin título, o por delegación arbitraria del nombrado, el tutor inhábil o irregular — por omisión del inventario o fianza—, o la tutela putativa — por nulidad del testamento en que se establece, existencia de pariente preferente desconocido, etc...—. Para este sector doctrinal el artículo 303 CC no prohíbe ni impide esta interpretación y, con ella, el incapaz, cuyo beneficio es la base de toda su regulación jurídica, recibe una mayor protección. La

principal objeción que puede hacerse a esta postura amplia se encuentra en la remisión que el artículo 303 CC hace a los artículos 203 — hoy 757-2º y 3º, así como 762 LEC— y 228 del mismo cuerpo legal, que se refiere al «*presunto incapaz*», por lo que parece que solo incluye las guardas que se dan cuando no se ha establecido una declaración de incapacidad o tutela previa. No podemos estar de acuerdo con dicha postura, puesto que podemos encontrarnos ante casos en que el tutor hace dejación de sus funciones y las realiza un tercero, bien por habérselas encomendado el tutor, bien por otros motivos, debiéndose, en beneficio del incapaz, establecer los deberes, facultades y responsabilidades de ese tercero. Además, toda guarda continuada que no se constituya como tutela, patria potestad o curatela, se engloba bajo la rúbrica de guarda de hecho, ya que no existe una definición legal de la misma, y esta admite, por su carácter fáctico, todas las posibilidades¹⁹².

— Por otro lado, está la postura restringida. Considera la misma que si existe tutor formalmente constituido el que ejerce una guarda con su aprobación es un mero auxiliar del mismo. La remisión a otros preceptos legales que realiza el artículo 303 refleja que la ley limita la misma a los casos de tutela no constituida. De esta forma, reducen la guarda de hecho a la sumisión espontánea de funciones tutelares y al ejercicio de la tutela por persona inhábil. A nuestro entender estas posturas confunden el delegado del tutor con el auxiliar del tutor. El delegado del tutor es un guardador de hecho, ya que el cargo de tutor es personalísimo y no puede ser delegado. Si el tutor abdica o delega en un

192 DE SALAS MURILLO, S.; *Responsabilidad civil e incapacidad*, Tirant lo Blanch, p. 242. También defiende esta postura por referencia a su utilidad social y por ser más idóneo para la protección del discapaz, QUESADA GONZÁLEZ, M.C., *La Tutela y otras instituciones de protección de la persona*, Barcelona, Atelier, 2004, pp. 255 y 256.

tercero, aunque sea la mera compañía del tutelado, nos encontraríamos ante un verdadero guardador de hecho.

En esta corriente parece situarse el artículo 253 del Código de Familia de Cataluña que define la guarda de hecho como *«la persona física o jurídica que tiene acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por aquella o aquellas personas que deben tener cuidado del mismo, o cualquier otra persona que, por razón de sus circunstancias personales, puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela»*. Exige, por ello, que la persona no haya sido incapacitada por lo que parece mantener un sentido restringido. Como refuerzo de esta concepción el artículo 254-1º-1 impone al guardador o guardadora de hecho la obligación de poner en conocimiento del organismo competente en protección de menores, si se trata de un menor, o de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal, en otro caso, el hecho de la acogida a los efectos de que se regularice la situación.

Esta tendencia del derecho catalán va a cambiar ya que el anteproyecto de reforma del Libro II del Código Civil de esta comunidad relativo a la familia y a la persona indica ahora en su artículo 225-1º que *es guardadora de hecho la persona física o jurídica que tiene el cuidado de un menor o de una persona en la que concurre una causa de incapacitación siempre que no exista patria potestad o tutela o, en el caso de existir, cuando los titulares de estas funciones no las ejerciten*.

El proyecto en su artículo 225-2º-2 añade que *en caso de guarda de hecho de una persona en la que concurre causa de incapacitación si la misma se encuentra en un establecimiento residencial, la persona titular del mismo debe poner en conocimiento de la autoridad judicial o del ministerio fiscal la misma en el plazo de 72 horas*.

Estos cambios vienen completados por lo indicado en la ex-

posición de motivos del proyecto de ley al indicar que, *en el caso de personas susceptibles de ser incapacitadas, la obligación de comunicar el hecho de la guarda a la autoridad judicial se limita al caso en que la persona se encuentra en un establecimiento residencial, sin perjuicio, lógicamente, de lo establecido en la legislación procesal. En la práctica se ha podido constatar que son excepcionales, y más bien extremos, los casos en que las familias toman la decisión de solicitar la incapacitación de las personas ancianas afectadas por demencias seniles u otras enfermedades que les impiden decidir por sí mismas. Por otro lado, cuando la guarda de hecho se ejercita respecto una persona que se encuentra bajo potestad parental o tutela, también se ha considerado oportuno que la autoridad judicial pueda conferir funciones tutelares al guardador, si se dan circunstancias, como la duración previsible de la guarda o las necesidades de las personas guardadas, que lo hacen aconsejable. La atribución de funciones tutelares comporta la suspensión de la potestad o la tutela y evita al guardador la carga, más onerosa sobre todo en un contexto familiar, de tener que instar la privación de la potestad o la remoción del tutor.*

El artículo 225-3º-2 desarrolla esta posibilidad al indicar que esta atribución de funciones tutelares al guardador — se supone que sin nombrarle propiamente tutor— se realizará en un procedimiento de jurisdicción voluntaria y con la audiencia de las personas tutelares de la patria potestad o tutela si fuera posible.

Por último, el párrafo tercero del artículo 225-2º establece que *los ancianos que estén imposibilitados o que, presuntamente, reúnan las condiciones para estarlo, tendrán la consideración de desamparados únicamente cuando no exista tutor, asistente, guardador de hecho, entidad tutelar o familiar que pudiera hacerse cargo de su guarda y protección. El Ministerio Fiscal solicitará de la autoridad judicial la adopción de las medidas necesarias para que estas personas queden debidamente protegidas y atendidas.*

Esta reforma del derecho catalán recoge los posicionamientos que, al respecto, hemos mantenido desde hace tiempo. Siempre hemos creído que es factible el caso de la existencia de un guardador de hecho estando constituida la tutela, en aquellos casos en que el tutor, por imposibilidad o dejación, no ejerza sus funciones, y así se haga por un tercero sin investidura formal alguna.

De todo lo anterior puede deducirse que la guarda de hecho está vinculada a la existencia de una persona menor, incapacitada o, al menos, incapacitable por estar dentro de los supuestos del artículo 200 CC. Ahora bien, no podemos condicionar de forma absoluta la validez de la guarda de hecho a que la persona sea luego incapacitada con sometimiento a tutela o, al menos, a curatela, o, en el caso de menores, que este se encuentre en situación de absoluto desamparo y así sea declarado judicial o administrativamente¹⁹³. Si así lo exigiéramos privaríamos de eficacia a la figura, exigiéndole los mismos requisitos que a la guarda formal lo que sería totalmente ilógico y dejaría fuera del campo de protección situaciones tan necesitadas de amparo como las descritas en la norma¹⁹⁴.

Esto eliminaría la función de la guarda de hecho como cláusula de cierre de los distintos mecanismos de protección jurídico-privados, lo que es un argumento más a favor de la defensa de la interpretación amplia que antes hemos expuesto y de que

193 Tengamos en cuenta que, por otra parte, la existencia de una actuación correcta por parte del guardador de hecho elimina la falta de asistencia material y moral dando lugar a la inexistencia de desamparo. Ver ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. «Tutela administrativa y guarda de hecho en menores en situación de desamparo» en *Revista del Poder Judicial* nº 60.

194 GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.; *La protección civil de personas sometidas a manipulación mental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 302 y 303.

no se pueda exigir que el proceso desemboque, para darle validez, en la efectiva declaración judicial de incapacitación. Según Gete-Alonso y Calera¹⁹⁵, lo que la norma exige es que, el mayor de edad, se encuentre en una situación en la que, por su estado físico o psíquico no pueda cuidar de su persona, de sus bienes, o de ambos a la vez y esto implique un riesgo para sí mismo o para los demás. Por ello, no es exigible el demostrar que la persona guardada esté afectada por una causa de incapacitación con la misma rigidez que cuando se pretende su incapacitación judicial, debiendo reservarse este procedimiento para las situaciones más graves y permanentes, bastando la demostración de una situación de riesgo o peligro personal o patrimonial en el guardado con una cierta permanencia¹⁹⁶.

3. MECANISMOS DE CONSTATACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO

Lo que más condiciona a la guarda de hecho para su actuación en el tráfico jurídico es el derivado de la constatación en el mismo de su existencia. Esta dificultad de constatación dificulta su efectividad, crea una importante inseguridad jurídica, y provoca en los guardadores una sensación de falta de legitimación importante. Los mismos se ven imposibilitados de demostrar su situación ante diversas entidades (bancos, notarios, administración pública, etc...), si bien en algunos casos se admite la mera

195 GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.; *La protección civil de personas sometidas a manipulación mental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 303.

196 Precisamente por esto entiende Gete-Alonso que la guarda de hecho es un instrumento idóneo para la protección de las personas sometidas a manipulación mental o afectadas por el síndrome disociativo atípico derivado de la pertenencia a sectas destructivas. Ver GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.; *La protección civil de personas sometidas a manipulación mental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 306 y 307.

acreditación de la condición por declaración jurada, como ocurre en multitud de leyes de servicios sociales y está ocurriendo también con la aplicación de la ley de dependencia.

Esto provoca que la intervención del guardador de hecho en el tráfico jurídico se vea afectada de hecho por una imposibilidad de actuación negocial del discapacitado no incapacitado judicialmente, lo que deja sin pleno contenido al artículo 304 CC. Como indica Leña Fernández¹⁹⁷, uno de los Notarios que más se ha ocupado de esta problemática:

«Ante la falta de capacidad evidente de los discapacitados que, en ocasiones, nos presentan a los notarios, con la pretensión de documentación de una determinada actuación negocial por su parte, no tenemos más remedio que, o bien negar la posibilidad de otorgamiento del negocio jurídico pretendido, remitiéndolo a un momento posterior a una incapacitación judicial que aconsejamos pero que los familiares no quieren afrontar, o bien admitir la actuación negocial, en representación del discapacitado, de la persona que lo tiene bajo su cuidado como guardador de hecho. Sin embargo, son escasísimas las veces que los notarios y, en general, los profesionales del Derecho, accedemos a la utilización de esta última posibilidad dada la inseguridad jurídica en que se desenvuelve la figura»¹⁹⁸.

Al acercarnos a este problema, lo primero que debemos afirmar es que la guarda de hecho es una institución de hecho. A pesar de ello, las dificultades indicadas provocan la búsqueda de mecanismos que permitan constatar o acreditar que esa guarda de hecho existe. Lógicamente, la resolución derivada no crea la

197 LEÑA FERNÁNDEZ, R.; «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado» en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, Civitas y Consejo General del Notariado, 2000, p. 207.

198 Añadimos nosotros que, en esas poquísimas ocasiones, son los Registradores de la Propiedad los que colocan un muro infranqueable.

situación, sino que reconoce su existencia para darle virtualidad, y sirve de título que ampare al guardador en su función.

A nuestro entender varios son los mecanismos que pueden utilizarse para este menester:

1. Constatar la existencia de la guarda de hecho a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria finalizado por una resolución judicial que declare frente a terceros la existencia de una situación de guarda de hecho, ejercida por una persona determinada¹⁹⁹. El principal problema que presenta este medio de constatación es que la actividad jurisdiccional es demasiado lenta para la resolución de los problemas que se van presentando. Si el guardado ha sido ya declarado incapaz por sentencia o es menor, el nombramiento de tutor ordinario tardará lo mismo y será más conveniente en la mayoría de los casos por lo que no tendrá sentido la constatación de la guarda de hecho.

2. Otra fórmula es la de la constatación por el mecanismo de las medidas cautelares previas a la incapacidad del artículo 762 LEC. Pero en este caso, sería mas conveniente el nombramiento de un administrador o de un defensor judicial por lo que también carecería de virtualidad la afirmación de la existencia de un guardador de hecho.

3. Nosotros también manteníamos, en otro lugar, la posibilidad de la constatación de la guarda a través de un decreto del Ministerio Fiscal dictado en un expediente informativo para

199 Este es el sistema utilizado en el Auto de 15-5-96 (17/1996 del Juzgado de 1ª instancia nº 7 de los de Córdoba) en el que se nombra guardador de un incapaz senil al director del centro en el que se encuentra. DE SALAS MURILLO (*Responsabilidad civil e incapacidad*, p. 243, nota 417) los llama *certificados acreditativos*. Este también era el sistema que contempla el malogrado proyecto de reforma de la jurisdicción voluntaria.

ello²⁰⁰, debido a que su naturaleza de hecho hace que cualquier constatación de la situación hecha con suficientes garantías baste para certificar su existencia. Si bien mantenemos la posibilidad teórica de esta forma de constatación la misma carece del suficiente contraste en la práctica que nos permita un uso no arriesgado de la misma.

4. La utilización del acta notarial de notoriedad.

Indica Leña Fernández²⁰¹, que para que se produzca la situación fáctica en que consiste la guarda de hecho es necesaria la prueba de tres circunstancias:

a. La existencia de una discapacidad en una persona con suficiente entidad, en principio, para dar lugar a una falta de capacidad negocial.

b. La inexistencia de incapacidad judicial o de procedimiento para ello, ya que, en este caso, podría haberse nombrado un administrador judicial o un defensor judicial con facultades de actuar en nombre del discapaz. Si este nombramiento no se ha hecho podría darse la guarda de hecho.

c. La existencia actual y prolongada en el tiempo de una situación de cuidado y asistencia del discapacitado por parte de una persona determinada.

Para la constatación de la existencia de estas circunstancias

200 FÁBREGA RUIZ, C. Fco.; «Aproximación a la crisis de los modelos clásicos de guarda de incapaces» en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VII/1998, Madrid 1998, p. 154.

201 LEÑA FERNÁNDEZ, R.; «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado» en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, Civitas y Consejo General del Notariado, Civitas y Consejo General del Notariado, 2000, pp. 208 y ss.

propone la utilización de la vía que, en nuestro ordenamiento, se utiliza para la constatación jurídica de las situaciones fácticas extrajudiciales (así ocurre, por ejemplo, con la declaración de herederos abintestato): el acta de notoriedad notarial.

Dicho de otro modo, es posible que el Notario, cuando se encuentre ante una representación de la que conozca (o llegue a conocer por notoriedad) pueda permitir la actuación en representación de una persona sin capacidad suficiente en un determinado acto jurídico. El principal problema para el mantenimiento de esta tesis está en preguntarnos si la guarda de hecho puede catalogarse o no como representación legal.

Si consideramos que sí lo es nada obstará a que, por acta de notoriedad, se lleve a cabo su constatación con plenos efectos jurídicos a través de este sencillo procedimiento notarial. Y ello, porque, como indica el Reglamento Notarial, las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica.

Ahora bien, la afirmación de considerar la guarda de hecho como representación legal sabemos que no deja de plantear problemas, ya que no se encuentra recogida expresamente como tal en nuestra legislación. No obstante, creemos que sí es posible deducirla del artículo 304 CC puesto en relación con el principio fundamental informador en esta materia que es el del mayor interés del incapaz.

5. Los directores de los centros residenciales en que se encuentra el incapaz como guardadores de hecho. Cuando el incapaz se encuentra residiendo y siendo atendido en un centro residencial, se encuentra atendido por la entidad titular del mismo, siendo

la persona que materializa esta guarda el director como máximo responsable del centro. Por vivir allí cotidianamente el discapaz, el director es guardador de hecho en esa cotidianidad y en el campo personal, lo que conlleva para él obligaciones y derechos que deben clarificarse con el fin de evitar conflictos con los familiares del interno, tutores o no. Así lo ha entendido la Audiencia Provincial de Tarragona en su Sentencia de 11-12-2000 que, a efectos penales, considera como guardadores de hecho de los ancianos demenciados residentes al Director y al titular de la residencia en que se encuentran. En estos casos para acreditar la condición de guardador de hecho bastaría con acreditar la posesión del cargo de Director y que el protegido se encuentra en la Residencia.

La guarda de hecho que estamos contemplando se reconoce legalmente en el Decreto 176/2000, de 15 de mayo, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales, en cuyo artículo 7-3º se establece:

«El ingreso en establecimientos residenciales de personas que no pueden manifestar libremente su voluntad, ya que por razón de sus circunstancias personales puedan ser declaradas incapaces, comporta que el director técnico del establecimiento sea el guardador de hecho cuando el ingreso de la persona se haya realizado sin la intervención de alguna de las personas que se indican a continuación:

- a) Cónyuge o pareja estable conviviente.*
- b) Descendientes mayores de edad o bien ascendientes.*
- c) El cónyuge del padre o de la madre si ha habido convivencia durante tres años con la persona que ha de ingresar.*
- d) Hermanos.*
- e) La persona que haya asumido la guarda de hecho, siempre que haya comunicado el hecho de la guarda al juez o al ministerio fiscal.*

Se dejará constancia en el expediente asistencial de los familiares que han intervenido en el ingreso, así como de la comunicación al juez o ministerio fiscal efectuada por la persona que ostenta la guarda de hecho».

El artículo 7-4º de este Decreto desarrolla las obligaciones derivadas de esa guarda de hecho estableciendo:

«En aplicación de lo previsto en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, cuando el director técnico del establecimiento asuma la guarda de hecho por no haber intervenido en el ingreso las personas que se indican en el apartado anterior, tendrá que comunicar al juez el hecho de la acogida, en el plazo máximo de 15 días.

Esta notificación al juez se ha de acompañar, en relación con la persona acogida, de la documentación siguiente:

a) Un informe médico con indicación de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico.

b) Un informe social con indicación de las circunstancias personales, familiares y sociales.

c) Relación de bienes conocidos respecto a los que se llevará la administración ordinaria o, si es el caso, circunstancias que concurren.

d) El contrato de prestación de servicios con indicación del precio de la estancia mensual y de los servicios complementarios, y el reglamento de régimen interno del establecimiento.

De esta notificación y documentación se tramitará copia al ministerio fiscal, con indicación del juzgado al que se ha enviado».

4. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA GUARDA DE HECHO

Lo primero que podemos decir con respecto a la regulación jurídica de la guarda de hecho es la de la insuficiencia y falta de concreción de la misma. No obstante, debemos decir que esta falta de reglamentación es lógica teniendo en cuenta que estamos ante una institución meramente fáctica que solo tiene sentido al pretender proteger, de forma inmediata, al incapacitado o incapaz o al menor desvalido, teniendo dicha protección un interés predominante²⁰².

La deficiente regulación legal hace que esta institución se encuentre infrautilizada a pesar de su gran potencialidad práctica.

Lo que sí hace el Código es imponer al guardador la obligación de promover la constitución de la tutela, bajo pena de responder de la indemnización de los daños y perjuicios causados. Pero nosotros creemos que esto no es siempre así. No se dará en aquellos casos en que exista un guardador de hecho conviviendo con un responsable legal. Desde el momento que hemos admitido la existencia de guarda de hecho en estos casos, y desde que el Juez autoriza el ejercicio de la función dándole incluso cobertura legal, podemos cuestionarnos incluso la transitoriedad de la guarda fáctica. Como indica Álvarez de Toledo²⁰³:

«Con no ser una institución tutelar en sentido propio, es una situación fáctica que no se opone al ordenamiento jurídico, pues, si así fuera, el Derecho se limitaría a suprimirlo pura y simplemente; pero

202 ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. en *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, La Coruña, Fundación Paideia, 1999, p. 192.

203 ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo» en *Revista del Poder Judicial*, número 60.

desde el momento en que faculta —que no impone ni ordena— al Juez para controlar su desenvolvimiento es llano que el Legislador adopta una actitud favorable a su continuidad en el tiempo, dentro de la provisionalidad que es razonable asociar a una situación de mero hecho en tránsito hacia una guarda institucional».

La mayoría de la doctrina entiende que le es aplicable al guardador de hecho lo que, con respecto a derechos y obligaciones, establece la ley para el tutor, puesto que como él es un órgano estable y de actuación habitual, por tanto, es posible cubrir por analogía la laguna legal que se presenta.

Por el contrario, otro sector doctrinal considera que esta equiparación indiscriminada no es posible de forma absoluta. No será así cuando el citado régimen resulte incompatible o inadecuado, o existan normas específicas que la regulen. Este sector entiende que la ausencia de una mayor regulación de la guarda de hecho no se puede considerar como una laguna legal, sino como una opción consciente del legislador que solo equipara guarda legal y de hecho en lo que respecta al deber de información y al de indemnización²⁰⁴.

La guarda de hecho, en principio, no es retribuida ejerciéndose gratuitamente. Ahora bien, el artículo 306 CC establece para el guardador iguales derechos de indemnización que los que para el tutor establece el artículo 220. Dada la dicción del artículo 306 CC el mismo debe ser indemnizado con cargo a los bienes del presunto incapaz, por los daños y perjuicios (materiales o morales) que, sin culpa por su parte, sufra en el ejercicio de la guarda y no puedan resarcirse por otros medios.

204 ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. en *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, La Coruña, Fundación Paideia, 1999, pp. 193 y 194.

Para obtener el resarcimiento de gastos el guardador, al rendir cuentas, deberá demostrar que el gasto resultó necesario o conveniente para el guardado, ello con el fin de evitar que, con abuso del patrimonio, se le provoque un gasto excesivo e injustificado²⁰⁵.

5. INFORMES Y CONTROL JUDICIAL DE LA GUARDA DE HECHO

La parca estructura que el Código Civil establece para el control de la guarda de hecho responde al siguiente esquema:

1°. La posibilidad, establecida en el artículo 303 CC, de que el Juez pueda requerir al guardador que informe sobre la persona y bienes del guardado, e igualmente de su actuación con respecto al mismo.

Sobre la base de este informe el Juez puede decidir la adopción de otras medidas dirigidas a la protección del discapaz cuando estas sean necesarias. Por ello, el informe es preciso solicitarlo siempre que el Juez no conozca la realidad del estado del discapaz para valorar si esas medidas son necesarias o no.

2°. La adopción de las medidas de control y vigilancia que el Juez considere oportunas para la protección del presunto incapaz. Estas medidas poseen un carácter abierto ya que la ley no establece cuales deben ser.

En principio tendrán una naturaleza provisional en tanto se formaliza la tutela, si bien el interés del incapaz puede hacer que el juez entienda que lo mejor es que continúe la guarda de

205 SANCHO GARGALLO, I.; *Incapacitación y tutela*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 301.

hecho como tal. Por ello, la guarda de hecho, especialmente en el caso de personas de edad avanzada, tiende muchas veces a ser duradera porque puede ser imposible el instar la incapacitación y el nombramiento de tutor por falta de tiempo, o existe algún impedimento para ello a medio plazo.

Dicho de otro modo, el Juez podrá poner en marcha el mecanismo de constitución de la tutela, siempre que esto sea más beneficioso para el incapaz, pero podrá mantener la guarda de hecho por el tiempo que considere conveniente, estableciendo sobre ella los adecuados mecanismos de control, sin tener que intervenir para extinguirla necesariamente²⁰⁶.

Uno de los efectos importantes de la guarda de hecho es que, si esta se ejerce correctamente, no se produciría la tutela legal del artículo 239-3º CC. En efecto, si el incapaz está atendido por un guardador de hecho que atienda correctamente al mismo, no puede considerarse que exista desamparo ya que faltaría el elemento objetivo dicha situación²⁰⁷. En ese caso, debería nom-

206 ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo» en *Revista del Poder Judicial*, número 60.

207 Sobre la idea de que una guarda de hecho correctamente ejercida, impide la existencia de desamparo puede verse ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo» en *Revista del Poder Judicial*, número 60. A pesar de ello, alguna legislación autonómica como la Canaria (artículo 22-2º Decreto 54/1998 de 17 de abril) establece, para el caso de los menores, la posibilidad de que intervenga la Administración para regularizar la guarda de hecho a través de un acogimiento familiar, si el interés del menor lo requiere y a petición expresa de sus guardadores. También puede verse a este respecto nuestro trabajo «Desamparo de menores y guarda de hecho. Breve nota sobre los efectos de la concurrencia de ambos» en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, Murcia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Universidad de Murcia, 2004, pp. 1539 a 1548. El anteproyecto del Libro del Código Civil Catalán relativo a las personas, actualmente en tramitación, en su artículo 225-2-3º recoge, igualmente, esta postura al indicar que «las personas mayores que estén imposibilitadas o que presuntamente reúnan las condiciones

brarse tutor al guardador, dadas sus especiales relaciones con el incapacitado, si este carece del mismo o remover al tutor anterior por ejercicio inadecuado de la tutela y posterior nombramiento del guardador, tal como respecto a los menores establece el mismo artículo 239-2º CC.

6. EL GALIMATÍAS DEL ARTÍCULO 304 DEL CÓDIGO CIVIL

Siempre he afirmado que en nuestro Código Civil no existen artículos de adorno, los que yo llamo artículos *pendiente*, y eso aunque la defectuosa técnica legislativa existente en la actualidad me haga cuestionarme dicha afirmación al comprobar la existencia de normas jurídicas de difícil aplicación práctica. Por eso, me cuesta compartir las posturas, doctrinales y jurisprudenciales, que desconocen la existencia de un artículo como el que vamos a comentar y que va dirigido a dar validez a los actos que el guardador de hecho de a favor de su protegido.

Como sabemos el artículo 304 CC indica que «*Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*».

Rogel Vide²⁰⁸ afirma que ésta es una disposición paradójica, sobre todo, si la ponemos en relación con el artículo 303 por obedecer a filosofías contrapuestas y responder a postulados irre-

para estarlo, tendrán la condición de desamparados únicamente cuando no exista tutor, asistente, guardador de hecho, entidad tutelar o familiar que pueda hacerse cargo de su cuidado y protección. El Ministerio Fiscal solicitará de la autoridad judicial la adopción de las medidas necesarias para que estas personas queden debidamente protegidas y atendidas”. No se exige por ello necesariamente el acudir a una incapacitación y al nombramiento de un tutor.

208 *La guarda de hecho*, p. 31.

conciliables²⁰⁹. Así vemos que, tras propiciarse la desaparición de una situación de la que parece desconfiarse, se impide la impugnación de los actos realizados cuando estos son realizados en interés y aportan cierta utilidad al guardado. Según la mayor parte de la doctrina, los actos realizados por el guardador de hecho son anulables. Este es el sistema que defiende mejor los intereses del incapaz por la evidente posibilidad de convalidación que estaría excluida en el caso de la nulidad y porque, en otro caso, no existiría diferencia entre el contrato realizado en nombre del incapaz por el guardador de hecho y el realizado por un extraño.

Leña Fernández²¹⁰ distingue dos supuestos:

1. Impugnación del acto o negocio celebrado por quien dice ser guardador de hecho sin serlo en realidad. En este caso el acto sería nulo. Piénsese en quien contrata por quien no es incapaz ni de hecho ni de derecho, o quien en realidad no actúa en el momento del acto como guardador de hecho.

2. Impugnación del acto o negocio realizado por un verdadero guardador de hecho en base al perjuicio causado al guardado. En este caso estaríamos ante una acción de anulabilidad.

La redacción del precepto no parece muy acertada ya que, en realidad, no es que los actos no puedan ser impugnados, puesto que precisamente esa impugnación será la que abre la puerta a la comprobación de la utilidad que deberá probarse en juicio por

209 MARTÍNEZ DÍEZ, R.; «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección» en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 1999, p. 201.

210 LEÑA FERNÁNDEZ, R.; «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado» en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, Civitas y Consejo General del Notariado, 2000, p. 213.

quien la alega, sino que los actos, que son nulos por falta de legitimación del que los realizó, se convalidan si son útiles para el incapaz. O dicho de otro modo: Si existe utilidad no podrán ser declarados nulos.

La tutela judicial efectiva hace que no se pueda cerrar el acceso al procedimiento judicial. Lo que en realidad establece el artículo 304 CC no es una posibilidad de actuación del guardador de hecho en nombre del incapaz, sino un mecanismo de convalidación de sus actos cuando estos sean beneficiosos para el tutelado. No crea un mecanismo de representación o de sustitución de la actuación del incapaz, pero no podemos olvidar que estamos ante un medio de dinamización de la precaria situación del discapaz en el tráfico jurídico²¹¹. Por ello, entendemos que no se puede excluir totalmente la posibilidad de que el guardador de hecho actúe en el nombre del incapaz en dicho tráfico. No hay representación legal y tampoco voluntaria, pero, de aplicar el precepto, sin duda, los efectos del contrato recaerán sobre el incapaz y no sobre el guardador. Estamos ante un verdadero contrato en nombre de otro que adquiere su validez si le beneficia. El guardador no actúa en representación del discapaz, de acuerdo, pero sí como si actuara el mismo discapaz. Es una actuación no por representación, sino por sustitución si se nos permite aplicar la nomenclatura anglosajona en lo que se refiere a los actos personalísimos. Esta sustitución se vería convalidada después, bien porque nadie la impugne, bien porque el Juez declare el acto válido por beneficiar al incapaz.

211 ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. en *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, La Coruña, Fundación Paideia, 1999, p. 195. En igual sentido se manifiesta ZURITA MARTÍN, I.; *Protección civil de la ancianidad*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 176.

Para ejercitar la acción de anulabilidad esta legitimado el incapacitado al recuperar su capacidad o el tutor mientras dura la tutela. También los herederos del incapaz para el caso del fallecimiento de éste. A falta de todos los anteriores o siendo estos parte interesada, debería ser el Ministerio Fiscal en ejercicio de su deber constitucional de protección de la persona discapacitada el que llevara a acabo la impugnación, pudiendo el Juzgador si de su control conoce un acto que pudiera haberle sido perjudicial ponerlo en conocimiento del Ministerio Público para el ejercicio de esta función.

La doctrina ha discutido a qué acto le es aplicable el artículo 304 CC. Nosotros entendemos que no solo se refiere a actos de carácter personal, sino también a los de carácter patrimonial²¹², sean estos meramente conservativos o de administración e incluso los dispositivos²¹³. La razón última que lleva a legitimar convalidando los actos del guardador es el beneficio de la persona guardada en toda su extensión y, por ello, alcanza a todos los actos que se consideren útiles para el menor o incapacitado²¹⁴.

212 Así se manifiesta también ZURITA MARTÍN, I.; *Protección civil de la ancianidad*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 175.

213 LEÑA FERNÁNDEZ, R.; *El tráfico jurídico negocial y el discapacitado en La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, Civitas y Consejo General del Notariado, 2000, p. 215.

214 En contra se manifiesta la AP Cádiz en su sentencia de 28-05-99 al afirmar, en un supuesto de responsabilidad extracontractual, que el guardador de hecho puede realizar actos urgentes y perentorios en defensa del presunto incapaz, como por ejemplo interrumpir la posible prescripción de una acción, pero no podría ampararse en el artículo 304 CC el ejercicio de acciones judiciales ya que ni siquiera el propio tutor, nombrado conforme a derecho, puede realizarlo por sí mismo, precisando autorización judicial, salvo que se trate de asuntos urgentes o de escasa cuantía. A favor de la posibilidad de realizar actos conservativos y dispositivos, en base a la expresión amplia del artículo 304 CC, se manifiesta la sentencia de la AP de Álava (sección 1ª) de 30-9-1998 al considerar al guardador de hecho legitimado para actuar en nombre del hijo mayor de edad incapaz

Y ésto porque el artículo 304 CC no distingue entre actos meramente conservativos, de administración o de disposición por lo que debemos deducir que está reconociendo la posibilidad de realización de todos ellos, máxime cuando así se refleja en la realidad social²¹⁵. Otros autores entienden, al contrario, que el guardador de hecho no puede, en ningún caso, actuar en lugar del guardado para prestar el consentimiento para actos de carácter dispositivo. A nosotros se nos escapa como conjugar la no impugnación del artículo 304 con la imposibilidad de realizar el acto, ya que si el acto dispositivo redundaba en utilidad del discapaz no podrá anularse dada la dicción del precepto y el principio de mayor interés del incapaz.

Santos Urbaneja²¹⁶, considera que este precepto otorga validez a muchos de los actos que diariamente realizan los guar-

en procedimiento matrimonial a efectos de reclamación de pensión alimenticia. También a favor, si bien *obiter dicta*, se manifiesta la STS (1ª) de 10-3-1994 que considera el artículo 304 CC como una excepción a la disposición general del artículo 1259 del mismo cuerpo legal que establece la nulidad de los contratos realizados por quien no tiene la representación, voluntaria o legal, de otro. En el caso de autos declara nulo el contrato ya que la madre contrató en nombre del menor sin autorización judicial indicando que no puede extrapolarse lo dispuesto para los guardadores de hecho a estos casos que suponen un ejercicio incorrecto de la patria potestad que la madre seguía conservando. La legislación catalana limita a los actos patrimoniales de mera administración esta posibilidad.

215 En este sentido se manifiesta ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.; «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo» en *Revista del Poder Judicial*, número 60. En contra parece manifestarse ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. en *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, La Coruña, Fundación Paideia, 1999, p. 194, al entender que el guardador de hecho carece de facultades para autorizar actos de carácter patrimonial. En su nota 246 estos autores reflejan la postura a favor de la admisión de la representación en estos casos que mantiene Moreno Quesada.

216 SANTOS URBANEJA, F., «Causas y motivos de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código Civil» en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, Madrid, Fundación Aequitas, 2004, p. 36.

dadores. Así, solicitar asistencia médica para sus guardados, adquirir productos de consumo o realizar contratos de prestación de servicios, etc. Los problemas se plantean cuando se trata de realizar gestiones de mayor trascendencia tales como matricular al discapacitado en un curso, disponer de su cuenta corriente, interponer una demanda, solicitar un préstamo, vender un bien o renunciar a una herencia. Si bien, teóricamente, dada la dicción del artículo que comentamos no debería haber problema para ello, las dificultades de acreditación de la situación de guarda y la necesidad de valorar el beneficio del acto para el guardado, hace que, en muchas ocasiones, se deba acudir a la interposición de una demanda de incapacitación lo que, como indica este autor, es una solución inadecuada, excesiva e innecesaria²¹⁷.

Entendemos que la utilidad no debe medirse con un criterio meramente económico, ya que la guarda debe buscar el bienestar personal del menor o incapaz, y ésta depende de algo más que de un mero beneficio económico²¹⁸. Debe ser objetiva — aun teniendo en cuenta las circunstancias personales del guardado—, global — no pudiendo pretenderse la anulación parcial de las circunstancias perjudiciales o impugnarse el acto de forma fraccionada— e inmediata — sin perjuicio de que si por circunstancias sobrevenidas se transformara en útil lo que en principio fue perjudicial se mantuviera la validez del acto—. Es necesaria la

217 SANTOS URBANEJA, F., *op. cit.*, p. 37.

218 ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. en *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, La Coruña, Fundación Paideia, 1999, p. 195, nota 246 con cita de Moreno Quesada. LEÑA FERNÁNDEZ, R.; «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado» en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, Civitas y Consejo General del Notariado, Civitas y Consejo General del Notariado, 2000, p. 216.

utilización de criterios objetivos, económicos, patrimoniales y personales, para apreciar el beneficio o interés del menor o persona incapaz. Esto hace que puedan impugnarse los actos realizados buscando intencionadamente el beneficio del incapaz y que, al final, hayan carecido de provecho para él.

También es necesario afirmar que el precepto incluye también los actos personales del discapaz y no únicamente a los de tipo patrimonial. Por ello debe entenderse incluidas cuantas actuaciones personales o reales haya emprendido el guardador, ya que donde el legislador no distingue no debe hacerlo el intérprete. Y ello por la imposición al guardador de las obligaciones derivadas del art. 269, y, sobre todo, por ser la finalidad del precepto la protección de los intereses del presunto incapaz y, entre éstos, los más relevantes son los de naturaleza personal, como por ejemplo, los de naturaleza médica²¹⁹.

219 Así el artículo 9-3º de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente en los casos de incapacidad de éste para la toma de decisiones y de carecer el mismo de representante legal — entendemos también nosotros incluido el caso de que éste no esté en condiciones de prestarlo— indica que el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, lo que es una forma de guarda de hecho. La jurisprudencia también ha incluido casos de actuación válida por el guardador de hecho. Así, y además de los que podamos indicar en el resto del texto, podemos destacar la SAP Jaén (3ª) de 12-5-2004 (legitimación pasiva en procedimiento civil), SAP Huelva (2ª) de 9-3-2001 (legitimación activa para una reclamación por responsabilidad extracontractual con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1994), SAP Zaragoza (4ª) de 8-5-2000 (contratación en nombre de la incapaz de un contrato de servicios residenciales y asistenciales en centro geriátrico) o SAP Córdoba (1ª) de 14-10-1996 (validez de compra realizada por un guardador de hecho para la persona incapaz).

7. BREVE ACERCAMIENTO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GUARDADOR DE HECHO

Tema espinoso y de gran interés práctico es el del régimen de responsabilidad que contrae el guardador de hecho por los actos realizados por la persona que tienen bajo su guarda, incluso, en aquellos casos, en que la guarda conviva con un órgano de protección legalmente constituido. Nos encontramos ante una cuestión que no es pacífica para la doctrina y que ha sido poco tratada por las resoluciones de los Tribunales.

El artículo 1903 CC establece la responsabilidad extracontractual de los tutores por los perjuicios causados por los menores e incapaces que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía. La doctrina se pregunta si al guardador de hecho le es aplicable el artículo indicado, y si puede trasladarse la responsabilidad del tutor al guardador de hecho cuando es éste el que habita en compañía del menor o incapaz. Ante esta cuestión varias son las posturas adoptadas por la doctrina:

a. Una, mayoritaria, que defiende el carácter *taxativo* del artículo 1903 CC no pudiendo darse ninguna ampliación. Para ella esta norma no es aplicable a los guardadores de hecho, y ello porque dicha interpretación conculcaría la literalidad del precepto, que solo cita a los padres y a los tutores. Así se dice que no cabe una interpretación extensiva de la norma, ya que lo que se crea es un auténtico deber legal, que no existiría si el Código no lo hubiera contemplado expresamente.

b. Frente a la postura anterior existen otros autores, como Díez-Picazo²²⁰, que defienden un carácter *extensivo* del precepto

220 DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, 4ª edición, Madrid, Tecnos, 1983, p. 649. En igual sentido BUSTOS VALDIVIA, I;

y creen que lo importante es que exista un nexo de jerarquía y subordinación que permita a uno dar órdenes a otro, lo que en el caso de la guarda se da. No estaríamos ante una aplicación por analogía, sino extensiva del término tutores que incluiría así, a los tutores de derecho, pero también a los de hecho²²¹.

c. Se puede adoptar, también, un planteamiento intermedio, ya propuesto por López Beltrán de Heredia²²², en el que respetando la taxatividad del 1903, se mantiene la responsabilidad del guardador, no por declaración del legislador, sino de acuerdo con el 1902, si el hecho dañoso del guardado se debió a su culpa o negligencia²²³.

«El guardador de hecho ante los hechos dañosos producidos por su guardado» en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Volumen I, Almería, Universidades de Almería, Granada y Jaén, 2000, p. 280, entiende que la relación de dependencia entre guardador y guardado no es de tal entidad que justifique la aplicación analógica del artículo 1903 CC. Añade la STS de 30 de abril de 1969 donde el mismo estima la falta de legitimación pasiva del abuelo del menor que había producido lesiones a otro, aunque vivía en la casa y bajo la custodia del abuelo, estando ausente la madre titular de la patria potestad.

221 YZQUIERDO TOLSADA, M.; «Responsabilidad civil y guarda legal», en *Documentación Jurídica*, número 41, pp. 79 y 80.

222 Citado por MÚÑIZ ESPADA, *Las personas jurídico-privadas tutoras (en consideración al aspecto personal de la tutela)*, Barcelona, J.M. Bosch editor, S.A., 1994, pp. 335 y ss. En igual sentido se manifiesta GARCÍA VICENTE, F.; *Responsabilidad de los padres y tutores por actos del hijo menor*, ponencia presentada en el curso sobre Filiación y Patria Potestad organizado por la FGE en Jaén y noviembre de 1996. Inédito, pp. 23 y 24. También, BUS-TOS VALDIVIA, I., «El guardador de hecho ante los hechos dañosos producidos por su guardado» en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Volumen I, Almería, Universidades de Almería, Granada y Jaén, 2000, p. 281.

223 En realidad, lo que se da es una inversión de la carga de la prueba. Aplicando el 1902 el que alega la responsabilidad del guardador debe probar su culpa o negligencia; con el 1903, será el padre o tutor el que demuestre que obró con la diligencia distinta. Régimen distinto de responsabilidad, pero responsabilidad en ambos casos. De igual forma se manifiesta, PANTALEÓN PRIETO en la p. 5956 de la *Enciclopedia Jurídica Básica* de Civitas, que admite la inclusión en el artículo 1903 del guardador legal de los artículos 103-11-II y del 172-2-31, pero excluye el guardador de hecho. Por la aplicación del artícu-

Nosotros nos decantamos por la postura que defiende la posibilidad de hacer responsable al guardador de hecho en los casos de convivencia del incapaz con un tercero lo que debería determinar el correspondiente traspaso de responsabilidad²²⁴. Ello sin desconocer que la relación de dependencia que puede haber entre un guardador de hecho y un pupilo no es comparable a la que se establece en los casos de patria potestad o tutela, por lo que no puede darse la analogía en estos casos²²⁵. Por ello, creemos que la correcta es la postura intermedia que determina la responsabilidad del guardador por la vía del artículo 1902 CC y que exige la existencia de culpa o negligencia en el mismo.

Nuestro Tribunal Supremo, posee una jurisprudencia contradictoria que nada nos aclara. La tendencia doctrinal amplia está representada jurisprudencialmente por diversas sentencias del mismo que consideran que los casos establecidos en el artículo 1903 son solo enunciativos o *ad exemplum*. Así la STS de 23 de Febrero de 1976 considera que en el 1903 pueden incluirse otras situaciones, ya que la lista tiene un mero carácter de ejemplo. Por el contrario, la de 30 de Abril de 1969 condena al padre y absuelve al abuelo, que era con quien vivía el menor, y quien se encargaba de su guarda y custodia. En igual sentido se manifiesta la STS de 8-3-1984 que considera responsable al enfermo mental sin guarda legal sin que «*esa responsabilidad patrimonial se extienda o contagie a otras personas*».

lo 1902 se decanta PARRA LUJÁN en *Jurisprudencia Civil Comentada* (Dirección Pasquau Liaño), Tomo II, p. 3331.

224 DE SALAS MURILLO, S.; *Responsabilidad Civil e Incapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 231.

225 LÓPEZ SÁNCHEZ, C.; *La responsabilidad civil del menor*, p. 180.

En lo que se refiere a la regulación penal, ésta si contempla de forma expresa la responsabilidad del guardador de hecho.

Sabemos que nuestro derecho se caracteriza por regular de distinto modo la responsabilidad civil nacida del delito y la nacida de ilícito meramente civil, lo que no ha dejado de plantear problemas. Debemos partir de que el delito, además de constituir un ilícito penal, constituye también un ilícito civil.

La doble regulación de la responsabilidad civil crea diferencias en la exigencia del requisito de la convivencia, la inversión de la carga de la prueba o en la posibilidad de responsabilidad civil directa por parte del incapaz.

El CP de 1995 en su artículo 118-1º establece que, en los casos de alteración o anomalía psíquica *«son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables. Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos»*.

Como vemos, tras la reforma de 1995 se incluyen como responsables no solo a los que tienen la guarda legal, sino también a los que tienen la guarda de hecho, es decir, las personas o entidades que se encargan, aunque sea temporalmente, del incapaz. El que el fundamento de la culpa sea la falta de vigilancia provoca que sea el que asume la misma el que deba responder. Si el tutor no puede tener al incapaz en su compañía y encomienda su guarda a un centro donde el incapaz recibe tratamiento y que asume la guarda con suficientes garantías no se darían los presupuestos necesarios para responsabilizar al tutor, pero sí se darían los mismos en el caso del guardador de hecho. Indudablemente,

el tipo de responsabilidad exigible es la civil, no la penal, recayendo la misma sobre la titularidad del centro y no sobre sus empleados, ya que estos no son los verdaderos guardadores del presunto incapaz²²⁶.

La jurisprudencia es muy reacia a la hora de admitir el traspaso a una entidad privada de la responsabilidad de una entidad pública. Esto se da en el caso de los entes concertados con la misma para ofrecer servicios residenciales. La mayor solvencia de la Administración Pública y el nuevo régimen patrimonial de la Administración lleva a esta postura. Además en los convenios y conciertos la Administración se reserva un control sobre la entidad concertada que hace que no se pueda hablar de traspaso de responsabilidad²²⁷.

Hagamos, ahora, referencia al derecho de repetición sobre los bienes del incapaz cuando su guardador haya abonado la responsabilidad derivada de daños provocados por estos. El artículo 1904 CC alude solo a la misma en cuanto a los daños causados por los dependientes y no a los demás casos contemplados en el artículo 1903 del mismo cuerpo legal. Aunque el TS no ha tenido ocasión de manifestarse sobre esta cuestión, es abundante la doctrina que considera que el artículo 1904 CC es aplicable por analogía a todos los supuestos del artículo 1903.

226 La STS de 15-7-1994 expresaba que *«la custodia está encomendada no a la persona física sino al organismo que para ejercer sus funciones se diversifica en sus muchos componentes individuales»*.

227 En materia de protección de menores el TS se enfrenta a esta cuestión en su sentencia de 5-10-1995. En esta sentencia se afirma que la Administración no puede renunciar a la vigilancia y control por pactos de carácter privado.

8. GUARDA DE HECHO Y LEY DE AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

La Ley 39/2006 de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (en adelante LPAPAD) ha sido recibida con satisfacción por muchos. A pesar de que la ley trata de cambiar el paradigma de la asistencia familiar a la dependencia profesionalizando e institucionalizando la atención a la misma, creo que la ley debe partir de las instituciones existentes y que continúen siendo válidas. Fomentándolas y dándoles virtualidad. Y, en ese sentido, la Ley de Dependencia no puede prescindir de una institución tan vital y de tanta implantación práctica como la guarda de hecho.

Pero en contra de dicha tendencia, el Libro Blanco de la Dependencia establecía como una de las consideraciones específicas para las personas con discapacidad y mayores de 65 años el impulso de la generalización de las instituciones tutelares, para que velen porque ninguna persona en situación de dependencia quede, en su caso, sin guarda legal, lo que parece excluir la guarda de hecho. No obstante, esto no tiene porque ser necesariamente así, ya que la guarda de hecho es una de las fórmulas previstas legalmente para la protección de las personas con discapacidad como lo demuestra su inclusión en el articulado del Código Civil. Como decíamos en otro lugar:

«Esta figura, que carece de definición en el Código Civil, supone simplemente la constatación de la existencia de facto de una actividad protectora, al que se le otorga una cierta regulación jurídica, por parca que ésta pueda ser, transformándose en una verdadera situación de derecho, dado los efectos jurídicos que provoca. Desde el momento en que se recoge en nuestro ordenamiento jurídico, es una guarda de derecho, pues éste la contempla y regula, y que se caracteriza por estar

desprovista de forma. Y ello porque la guarda de hecho no deja de tener importantes consecuencias jurídicas²²⁸».

Además, no podemos identificar guarda de hecho con la labor de cuidado, es decir, con los llamados cuidadores informales. Como indica el Libro Blanco de la Dependencia la inmensa mayoría de las personas que necesitan cuidados los reciben a través del sistema informal de atención que se da dentro de la familia, cargando un peso abrumador, sobre todo, sobre las mujeres. Identificar cuidador informal y guardador de hecho con las responsabilidades que se derivan de ésta podría arrojar un impacto de género de peor condición para las mujeres que asumen por condicionantes sociales esta labor, lo que sería una nueva forma de penalización a las mismas.

Como decimos ambas figuras no tienen que ser coincidentes, aunque lógicamente pueden serlo. Y no lo son porque la guarda de hecho, además de procurar la prestación del cuidado material por sí mismo o por un tercero, realiza una labor de administración y gestión de bienes que la cuidadora puede hacer o no. No deben, pues, identificarse jurídicamente ambas figuras sin crear problemas y confusiones de difícil solución práctica.

Queremos ahora dar unas ligeras pinceladas sobre la intervención que el guardador de hecho puede tener en los mecanismos establecidos en la Ley de Dependencia.

La LPAPAD establece en su artículo 4-2º j) que las personas en situación de dependencia tendrán derecho a *«iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que*

228 FÁBREGA RUIZ, C.F.; *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, publicado en la colección La llave— Por más señas, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces y Fundación Aequitas, 2006, pág. 9.

reconoce la presente Ley (...). En el caso de los menores o personas incapacitadas judicialmente, estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal».

El artículo 28, a su vez, al regular el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema, indica que el mismo se iniciará *«a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especificidades que resulten de la presente Ley».*

Es evidente, por ello, que estarán legitimados para poner en marcha los mecanismos de la ley el interesado (entendiendo por éste la persona afectada por la dependencia) o persona que lo represente en el caso de que el mismo sea menor de edad o haya sido incapacitado y proveído de representante legal (tutoría o patria potestad prorrogada o rehabilitada).

El problema se presenta en los casos en que el dependiente no haya sido incapacitado, o habiéndolo sido carezca aún de representante legal. En estos casos deberá completarse la capacidad de la forma que veremos posteriormente, si bien podemos preguntarnos, asimismo, si será posible que la petición la presente el guardador de hecho por ir ésta en beneficio del discapaz y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 304 CC²²⁹. No vamos

229 El artículo 304 CC establece que *«los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad».* Estos actos realizados en interés del incapaz no tienen que ser sólo los de carácter económico, sino que debe incluirse, también, los de carácter procesal que vayan en beneficio del incapaz.

a insistir aquí en la problemática relativa al guardador de hecho que ya hemos tratado en otros lugares, pero sí queremos dar una serie de ideas por las cuales entendemos posible la legitimación para estos casos del guardador de hecho²³⁰.

Indudablemente, el interés de la persona incapaz de hecho dependiente se encuentra en que se valore su dependencia de forma ajustada y que se establezcan los mecanismos de atención adecuados para esa dependencia. Ese interés exige la máxima flexibilidad, lo que está reñido con rigideces formales, por lo que si la petición se presenta por quien posee interés legítimo (y sin duda el guardador de hecho, generalmente un familiar directo del cuidador, lo tiene) debe admitirse aunque no esté legitimado estrictamente por la ley.

La posibilidad de que el guardador de hecho solicite las prestaciones de carácter social en la vía administrativa no es algo desconocido en nuestro derecho. Así se contempla esta figura en diversas legislaciones comunitarias²³¹. Desde nuestro punto

En este sentido, una petición administrativa, o una demanda judicial dirigidas a obtener una correcta atención a la dependencia no deben excluirse del círculo de dichos actos.

230 Para profundizar en la figura del guardador de hecho puede verse nuestro trabajo *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, publicado en la colección *La llave— Por más señas*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces y Fundación Aequitas, 2006.

231 A título de mero ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivos: Andalucía (Decreto 246/2003 de 2 septiembre 2003 por el que se regulan los ingresos y traslados de personas con discapacidad en centros residenciales y Centros de Día), Aragón (Orden de 18 de noviembre de 2002, del Departamento de Salud, Consumo y Servicios Sociales, que regula el acceso y adjudicación de plazas, en los Centros de Atención a Personas Mayores), Asturias (Resolución de 30 de mayo de 2006, de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social, por la que se convocan ayudas individuales a personas con discapacidad), Cantabria (Orden de 24 de septiembre de 2004, por la que se regula el sistema de ingreso y traslado en plazas de Centros Residenciales de Atención a Personas Mayores que exige al guardador de hecho acreditación de haber instado la declaración de incapacidad), Castilla la Man-

de vista, sería un contrasentido el permitirles iniciar el procedimiento administrativo de concesión de la ayuda o del recurso social y luego no permitirles la petición de la declaración de dependencia como base de la necesidad de dichos mecanismos sociales de asistencia.

El problema que podría plantearse hace referencia a la petición de la valoración o la prestación por dependencia por un supuesto guardador de hecho y que después la persona supuestamente dependiente resulte con capacidad suficiente o posea un representante legal determinado que ejerza correctamente su labor. Esto puede averiguarse en el momento de las pruebas para la valoración y, en ese caso, deberá ratificarse la petición por el dependiente o por su representante legal, archivándose el expediente en el caso en que esto no se haga.

Volviendo al tema de la legitimación indicar que, además, el

cha (Orden de 22 de diciembre de 2005, de la Consejería de Bienestar Social, por la que se regulan las bases y se convocan prestaciones económicas en favor de Menores, Discapacitados y Mayores para 2006), Castilla y León (Decreto 56/2001, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del régimen de acceso a las plazas en los centros residenciales para personas mayores), Extremadura (Orden de 23 de abril de 2004, por la que se regulan las ayudas individuales a personas con discapacidad para el ejercicio 2004), Galicia (Orden de 29 de diciembre de 2000 por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía), La Rioja (Orden 10/2001, de 31 de julio de 2001, de la Consejería de Salud y Servicios Sociales, por la que se establece el sistema de ingreso en las Residencias de Personas Mayores), Madrid (Orden 1458/2000, de 26 de septiembre, de la Consejería de Servicios Sociales, por la que se aprueba el procedimiento de tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas en los Centros de Atención a Personas con Discapacidad Física y/o Sensorial), Murcia (Orden de 17 de julio de 2002 de la Consejería de Trabajo y Política Social, por la que se establece el procedimiento de actuación del ISSORM, para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1.971/ 1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía), y Valencia (Orden de 20 diciembre de 2005, de la Consellería de Bienestar Social, por la que se regula y convoca el programa para financiar estancias en Residencias de Tercera Edad en el año 2006).

artículo 19 LJCA concede legitimación en este orden a *«las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo»*.

En el mismo sentido, la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común en su artículo 68 establece que el procedimiento puede iniciarse a instancia de persona interesada, recogiendo el concepto de interesado el artículo 31 entre los que se incluyen *«quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos»*.

El problema se encuentra entonces en delimitar si el guardador de hecho tiene dicho derecho o interés legítimo. Nosotros creemos que indudablemente sí, ya que sino, no se entendería que se les permita solicitar la prestación como ya hemos visto con anterioridad. Añadamos que al familiar cuidador le interesa la concesión de la ayuda para la dependencia y entendemos que así se contempla en la filosofía de la nueva ley.

Pero es que, además la jurisprudencia civil nos ofrece muestras de la admisión de la posibilidad del guardador de hecho de actuar como demandante en interés de su guardado. La actual filosofía de la capacidad de obrar derivada de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que pasamos a contemplar. También nos sirve para reafirmar la opinión manifestada.

9. EL FUTURO DE LA GUARDA DE HECHO A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Históricamente, el Derecho se ha ocupado de la protección de las personas discapacitadas de forma muy precaria sin pre-

ocuparse, en realidad, de la promoción de las personas dependientes cuya atención se remitía al ámbito privado de cada familia o al de la beneficencia y la caridad públicas, en caso de carecer aquéllas de familiares.

Este planteamiento va unido al llamado modelo médico de la discapacidad que considera la misma exclusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, trauma o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En consecuencia, el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta.

La discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, con la excepción de la incapacitación y la tutela, si bien dirigidas éstas más a la protección patrimonial de la familia y herederos del discapaz que a la del discapaz mismo.

Hoy nos encontramos ya de lleno ante un segundo modelo que es el llamado social. Para el mismo no son las limitaciones individuales del discapaz las causas del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Las políticas de discapacidad pasan a ser transversales entrando en un modelo que trata de garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal.

Surge como consecuencia de la iniciativa de las propias personas con discapacidad. Así se pone la atención en el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte

y los edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos, que discriminan a las personas con deficiencias. Encuadrados dentro del movimiento por los derechos civiles, dio lugar al denominado “movimiento de vida independiente” cuya filosofía está inspirando, de forma importante, muchas de las nuevas leyes sobre discapacidad que priman el ejercicio de los derechos generales y la autonomía de la persona con discapacidad sobre cualquier otra consideración.

La discapacidad se considera como un problema de origen social, en el que la misma no es simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. Por ello, la solución del problema pasa por la realización de todas las modificaciones y adaptaciones ambientales necesarias que nos lleven a alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida social. Por lo tanto, nos encontramos, no ante una cuestión meramente social o médica, sino ante una cuestión de derechos humanos. De esta forma, las personas con discapacidad dejan de ser consideradas objeto de beneficencia o de programas sanitarios, a ser consideradas sujetos de derechos humanos.

Elemento de gran interés en este desarrollo es la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que ha sido firmada por España el 30 de marzo de 2007 y publicada en el BOE de 21 de abril de 2008 por lo que posee efectos legales plenos en nuestro país. En la misma se reconoce a las personas discapacitadas un importante elenco de derechos y se establecen los mecanismos para que estos derechos sean iguales a los de las personas que carecen de algún tipo de discapacidad.

Una de las cuestiones más debatidas en las conversaciones de desarrollo de la Convención, lo constituyó el aspecto relativo al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, por abogar un importante número de países encabezados por la Unión Europea por un reconocimiento pleno de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad. Frente a ellos otro grupo compuesto por China, Rusia y los países islámicos se oponían a la inclusión de dicho tema. Por una serie de avatares al final se ha consagrado la primera tendencia lo que supone un giro copernicano en la concepción de la capacidad en nuestro derecho. Por un lado, esto va a suponer la eliminación de la clásica diferenciación entre personalidad jurídica y capacidad de obrar. Por otro, supone la superación del concepto de la incapacidad como una de las formas de estado civil que acuñó Federico de Castro²³².

Muchos pensamos que estamos ante un cambio clave y que esto supone el cambio desde la *sustitución representativa*, a un modelo innovador de apoyos puntuales que debe ser desarrollado por el derecho interno de cada país.

232 Siguiendo esta tradición Patricio Monzón habla de «estado civil de apoyo a la voluntad». No queremos ahora (faltaría más) cuestionar la brillante obra de Federico de Castro con el avance que la misma supuso en el desarrollo del concepto de incapacidad. Y si quisiéramos necesitaríamos más espacio que el que nos permite este modesto trabajo. Pero nosotros creemos que las nuevas concepciones de la discapacidad, conllevan un nuevo acercamiento jurídico a las mismas y eso provoca que la seguridad y permanencia que se buscaba con la configuración de la incapacitación como un estado civil de la persona se haya terminado transformando en un lastre que impide la flexibilidad que las personas con discapacidad necesitan para el desarrollo de una protección que las integre en la sociedad. Por ello, conservando la concepción de estado civil para los casos más extremos, entendemos que deben buscarse mecanismos ágiles que permitan, sin afectar al estado civil, llevar a cabo una protección y asistencia a las personas con deficiencias en su participación en el mundo jurídico que, de una forma u otra, afecten a su autogobierno.

Cobra, así, el mayor interés el estudio de las salvaguardias que se determinan para garantizar un sistema de apoyos que le proporcione una eficaz protección en todos los aspectos de su vida diaria y de futuro. Instituciones como el administrador de apoyo italiano, el asistente — en trámite de introducción en el derecho catalán—, la teoría de la “doble vía” acuñada por Fernando Santos como base del procedimiento judicial de determinación de la capacidad y, porque no, la utilización y la potenciación de nuestra tradicional guarda de hecho pueden ser los pivotes sobre los que descansa dicha actualización en el derecho español.

Si miramos al derecho de nuestro entorno, dentro de las figuras que el derecho comparado nos ofrece para proteger sin incapacitar, podemos destacar el administrador de apoyo italiano creado por la Ley número 6 de 9 de enero de 2004. Esta figura realiza intervenciones de apoyo temporal o permanente, conservando el beneficiario la capacidad de actuar en todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo.

Nos encontramos también la figura del asistente del Derecho alemán que se encuentra propuesta en el Anteproyecto de reforma del Libro II del Código Civil catalán que actualmente está comenzando a debatirse. En este anteproyecto se establece que la persona mayor de edad que necesite apoyo de su persona o de sus bienes a causa de una disminución no incapacitante de sus facultades, podrá solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, debiendo la autoridad judicial respetar la voluntad de la misma en cuanto a la persona a nombrar o la exclusión por ésta de alguna persona.

El alcance de la asistencia se recogerá en la resolución judicial que la implante, si bien corresponde al asistente la prestación

del consentimiento informado para tratamientos médicos en el caso de que el protegido no se encuentre en situación de decidir y no haya otorgado documento de voluntades anticipadas. En el ámbito patrimonial el asistente intervendrá de forma conjunta con la persona protegida en los actos jurídicos establecidos, pudiendo también otorgársele a petición del protegido funciones de administración del patrimonio.

La asistencia no perjudica a terceros mientras que no se inscriba en el Registro Civil.

La consecuencia es que los actos jurídicos que la persona protegida realice sin la intervención de la persona asistente, cuando ésta sea necesaria, son anulables a instancia de la persona titular de la asistencia y de la persona protegida en el plazo de cuatro años contados desde que se extinguió la asistencia.

En cuanto a la participación de la guarda de hecho en el desarrollo de este nuevo modelo nos vamos a permitir reproducir lo que se expone en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia:

“Juntamente con la disposición que permite no constituir la tutela si se había otorgado un poder en previsión de la pérdida de capacidad, los cambios en relación con la guarda de hecho son reflejo del nuevo modelo de protección a la persona que diseña este libro segundo. Este modelo ha estado guiado por la idea de considerar que la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso con la capacidad natural de la persona protegida.

Por eso, este capítulo incluye un nuevo instrumento de protección— la asistencia— dirigido al mayor de edad que lo necesita para el cuidado de su persona o de sus bienes a causa de la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Se parte así de una

concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, si no que incluye instrumentos que, en base al libre desarrollo de la personalidad, sirvan para la protección de las personas en situaciones como la vejez o la discapacidad. Estos instrumentos pueden ser muy útiles, también, para determinados colectivos especialmente vulnerables pero para los que la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela resulten desproporcionadas, como ocurre con las personas afectadas con un retraso mental ligero u otras para las que, por el tipo de disminución que sufren, los instrumentos tradicionales no resulten apropiados para atender sus necesidades”.

Refleja este texto como el proponente de la ley considera esta guarda de hecho cómo un mecanismo más para llevar a cabo esta protección no vinculada a la incapacitación jurídica y llevar adelante, de una vez por todas, el principio de la graduabilidad de la capacidad que introdujo nuestro Código Civil en el año 1983 y que todavía no hemos conseguido transformar en una auténtica realidad.

Algunos seguimos pensando que, en la base del arco iris, sigue estando el caldero de oro y por eso seguiremos andando hacia ella por mucho que llueva y por mucho que se aleje.

REGULACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO EN LA LEY DE DERECHO DE LA PERSONA DE ARAGÓN

Marina Pérez Monge

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo muestro la destacada función que cumple la guarda de hecho en la sociedad. En este sentido, FÁBREGA RUIZ afirma: “La figura de la guarda de hecho no es una mera entelequia doctrinal, sino que tiene una gran trascendencia en la vida diaria y un enorme impacto en la vida social, hasta tal punto que en el Anteproyecto privado de reforma dirigido por DÍEZ PICAZO se expresaba la convicción de que la mayoría de los casos de protección se ejercitan a través de esta figura”²³³.

Doctrinalmente se ha definido con dos rasgos: uno positivo; consistente en la asunción de un deber de protección respecto de un incapaz, y otro negativo, que sería la falta de un deber jurídico de proteger a esta persona.

233 FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces y Fundación *Aequitas*, 2006, p. 1.

En este mismo sentido afirma LEÑA FERNÁNDEZ que “la guarda de hecho es una figura utilísima para el discapacitado, en algunas de las distintas situaciones en que éste se puede encontrar en las que no hay tutor ni curador legal, y que son mucho más frecuentes de lo que pudiera parecer (quizás motivado ello por ignorancia jurídica de los padres y por un rechazo de estos hacia un procedimiento, siempre doloroso y traumático, como es el de la incapacitación)”²³⁴.

Me parece muy oportuna la reflexión de FÁBREGA RUIZ acerca de si una persona debe ser incapacitada o no. Afirma: “Para determinar que una persona debe ser incapacitada debe valorarse qué necesita hacer de forma ordinaria para atender sus asuntos, autorrealizarse y ser feliz. Determinar luego qué es lo que puede hacer por sí misma para conseguir esos objetivos y luego comparar ambos aspectos. Sólo si la persona debe hacer más de lo que puede, habrá que buscar el mecanismo de protección que supone la incapacidad, limitándola a aquello que el incapaz necesita hacer ordinariamente y que no puede realizar por sí solo. En otro caso no se darán los requisitos del art. 200 CC. [...] la declaración de incapacidad no viene a proteger nada que no esté ya protegido, no reporta ningún beneficio, provocando el perjuicio anímico de ver devaluada su situación jurídica

234 LEÑA FERNÁNDEZ, en el prólogo a FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, cit., p. XII. Como es sabido, el concepto de discapacitado se recoge en la Ley 41/03, de 18 de noviembre del 2003 de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, reconociéndose como tales: “los afectados con una minusvalía psíquica igual o superior al 33% y los afectados por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% “. Dicha situación personal debe ser reconocida por un centro administrativo de valoración o por sentencias judiciales firmes, es decir, en la figura de la discapacidad habría igualmente que diferenciar las figuras del discapaz y del discapacitado, dependiendo de que haya existido reconocimiento institucional o no de la enfermedad”.

a cambio de nada. Podemos decir que en estos casos, hay causa de incapacidad (la enfermedad o deficiencia incapacitante por afectar al autogobierno), pero no motivo para incapacitar (ya que las necesidades de autogobierno de la persona están totalmente cubiertas)²³⁵.

Nos planteamos por qué se ve con reticencia en muchos supuestos y la causa fundamental parece ser la inseguridad jurídica por su escasa regulación en el Código civil.

Asimismo se ha calificado la guarda de hecho como “mecanismo protector de los más humildes económicamente”²³⁶, pues cuando hay un importante patrimonio es más habitual que la persona esté bajo tutela, en su caso.

En diversos informes elaborados por la institución del Justicia de Aragón se reconoce muy positivamente “la función que cumple el guardador de hecho en la labor de atención y cuidados de la persona”²³⁷. Asimismo cumple una función informando a las residencias de sus responsabilidades como guardadoras de hecho y de sus obligaciones en esta materia²³⁸. También informan a los directores la obligación, como guardadores de hecho de los usuarios, de poner en conocimiento de la Fiscalía la situación de

235 FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, cit., pp. 2-3.

236 Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, Tomo I, Madrid, Trivium, 1994, p. 258.

237 *Informe Especial del Justicia de Aragón: Estudio sobre las personas con capacidad intelectual límite*, p. 73. Puede consultarse en http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/n003618_CIL.pdf.

238 *Informe Especial del Justicia de Aragón: Informe sobre la situación de las residencias para personas mayores en Aragón*, p. 47. Puede consultarse en:

http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/n002931_RESIDENCIAS07.pdf.

los residentes para su incapacitación: se observa que se hace así en las residencias públicas; sin embargo en las privadas se considera que es una cuestión que corresponde a las familias²³⁹.

En la doctrina se distinguen dos fases, según haya tenido conocimiento o no la autoridad judicial de la misma:

- a) la guarda de hecho, *strictu sensu*, como exclusiva situación de hecho. Por este carácter fáctico no es regulada por el ordenamiento jurídico, y tan solo puede producir ciertas consecuencias jurídicas a favor del guardado.
- b) la guarda una vez comunicada a la autoridad judicial. En ese momento es fundamental el control judicial.

Existen dos teorías acerca del concepto de la guarda de hecho:

A) Postura amplia. Para los autores que defienden este planteamiento, se incluirían dentro del concepto los que se apoderan del cargo sin título, o por delegación arbitraria del nombrado, el tutor inhábil o irregular —por omisión del inventario o fianza—, o la tutela putativa —por nulidad del testamento en que se establece, existencia de pariente preferente desconocido, etc...—. Para este sector doctrinal el artículo 303 CC no prohíbe ni impide esta interpretación y, con ella, el incapaz, cuyo beneficio es la base de toda su regulación jurídica, recibe una mayor protección²⁴⁰.

239 *Informe Especial del Justicia de Aragón: Informe sobre la situación de las residencias para personas mayores en Aragón, Zaragoza, 2007*, pp. 458-459. En el mismo sentido se expresaba el *Informe Especial del Justicia de Aragón: Calidad de vida de las personas mayores. Un supuesto especial: El maltrato, 2004* p. 34. Puede consultarse en: http://www.eljusticiade-aragon.com/gestor/ficheros/n000955_Mayores.pdf.

240 Cfr. VENTOSO ESCRIBANO, *La reforma de la tutela*, Madrid, Colex, 1985, p. 129.

B) Postura restringida. Considera la misma que si existe tutor formalmente constituido el que ejerce una guarda con su aprobación es un mero auxiliar del mismo²⁴¹.

En la Compilación de Derecho civil no se regulaba esta materia. En su caso, se resolvía aplicando los artículos del Código civil, introducidos por la reforma de 1983.

Esta materia se regula actualmente en la Ley 13/2006, de 27 de abril, de Derecho de la Persona de Aragón de 2006, publicada en el BOA núm. 149, de 30 de diciembre.

En Aragón, ya en las primeras discusiones en la Comisión Aragonesa de Derecho civil, que se encargó de elaborar el Anteproyecto de la Ley referida, se da noticia del carácter habitual de la guarda de hecho²⁴².

Por ello, el planteamiento general en la regulación de Aragón, como señala DELGADO ECHEVERRÍA, presidente de la citada Comisión, es diferente al del Código civil. Afirma con claridad: “Cuando se introdujo en el Código civil se hizo para constatar una realidad existente, pero su introducción tenía como principal causa exigir responsabilidades y forzar al guardador de hecho a dejar de serlo, para acudir, a través de la incapacitación a normalizar la situación. Hoy parece que se pretende dar una regulación estable a una situación de hecho, concediendo atribuciones a las personas que por la vía de he-

241 FABREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, cit., pp. 10-11.

242 Cfr. Acta n° 208 de la Comisión Aragonesa de Derecho civil, de 22 de junio de 2005. Se afirma: “En el día a día son muy habituales supuestos de discapacitados, mayores de edad, y no incapacitados, que de hecho se encuentran bajo el cuidado de algún familiar directo, y que en un momento determinado, hay que dar una solución a una situación jurídica negocial”.

cho hacen aquello que les parece necesario en cada momento”²⁴³.

En este mismo sentido, el Ponente SERRANO GARCÍA a quien la Comisión Aragonesa de Derecho Civil encarga la elaboración del texto para la posterior discusión en la Comisión citada, afirma respecto del precepto titulado régimen jurídico (tanto en la Ponencia como en la Ley aprobada): “en él se contienen las principales novedades propuestas para dotar de mayores facultades de actuación a esta figura del guardador de hecho”²⁴⁴.

2. PREPARACIÓN POR LA “COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL”

En la descripción de la preparación de la Ley de Derecho de la Persona sigue la exposición de SERRANO GARCÍA²⁴⁵.

La Comisión discutió, acerca de las materias que debían incluirse en la nueva ley²⁴⁶. Respecto a la materia que nos ocupa,

243 Cfr. Acta n° 208 de la Comisión Aragonesa de Derecho civil, de 22 de junio, p. 8. En el mismo sentido D. José García Almazor opina que “cada día son mas numerosos los casos en los que un familiar acude a la guarda de hecho para solucionar los problemas que se plantean con personas mayores que van perdiendo sus facultades”.

244 Cfr. Acta n° 209 de la Comisión Aragonesa de Derecho civil, de 29 de junio de 2005.

245 SERRANO GARCÍA, “Derecho civil de Aragón: presente y futuro”, *Cuadernos Lacruz Berdejo*, n° 5, pp. 17-18. Puede consultarse en formato electrónico en <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/sommaire.php?id=429>.

246 Por Decreto de la Presidencia de la Diputación General de Aragón de 19 de abril de 1996, se nombran los siguientes vocales de la Comisión Aragonesa de Derecho civil: D. Jesús Delgado Echeverría, D. José Luis Batalla Carilla, D. Jesús Martínez Cortés, D. Adolfo Calatayud Sierra, D. Fernando García Vicente, D. Javier Sancho-Arroyo y López de Rioboo, D. José Antonio Serrano García, D. Ramón Torrente Giménez, D. Joaquín Cereceda Marquínez y D. José García Almazor. Se constituyó por Acta de 6 de mayo de

la guarda de hecho, hubo opiniones diversas acerca de su regulación en la Ley de Derecho de la Persona²⁴⁷. Finalmente se optó por incluirla.

Como indica el profesor DELGADO ECHEVERRÍA: “Parece necesaria una reforma legislativa en profundidad, que aborde sistemáticamente todas las instituciones de protección de menores e incapacitados en el Derecho aragonés”. En este sentido, SERRANO GARCÍA afirma: “Este planteamiento conecta con los criterios elaborados por la propia Comisión en la Ponencia General sobre “Objetivos y Método para una política legislativa en materia de Derecho civil de Aragón” que, en resumen, vino a afirmar que “el objetivo global de la tarea legislativa, de acuerdo con cuanto se ha expuesto, sería la actualización, profundización y desarrollo de las normas vigentes, partiendo de las institucio-

1996, en la que se acordó proponer al Presidente de la Diputación General de Aragón los nombramientos de D. Jesús Delgado Echeverría y D. Adolfo Calatayud Sierra como Presidente y Secretario, respectivamente de la Comisión Aragonesa de Derecho civil.

247 SERRANO GARCÍA, “Derecho civil de Aragón: presente y futuro”, *cit.*, pp. 17-18. En la p. 17, afirma: “Antes de formalizar el encargo mediante el correspondiente contrato con el Gobierno de Aragón, la Comisión debatió sobre los diversos bloques de materias que a juicio de cada uno de los miembros de la Comisión podrían conformar esta nueva ley. Las opiniones de unos y otros son bastante dispares, desde las de aquellos que piensan que sólo debe desarrollarse la capacidad por razón de edad, las relaciones entre ascendientes y descendientes, la delación voluntaria de la tutela, incluida la autotutela, y la Junta de Parientes, hasta las de quienes creen que podrían añadirse también, entre otras materias, la emancipación, la ausencia, el parentesco y los alimentos entre parientes, el contrato de acogimiento de personas mayores, la incapacitación, la tutela, la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho, así como la protección administrativa de los menores e incapacitados en situación de desamparo y la adopción. Y se llega a la conclusión de que de entrada no hay que excluir tajantemente ningún contenido posible, de manera que el ponente ha de poder trabajar con amplia libertad y después ya decidirá la Comisión si sobre el texto propuesto hace falta cortar o añadir”. Puede consultarse en formato electrónico en <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/sommaire.php?id=429>.

nes reguladas en la Compilación, mediante la promulgación de un nuevo Cuerpo legal de Derecho civil aragonés enraizado en nuestra historia, vivificado por los principios y valores constitucionales y adecuado a las necesidades y convicciones de los aragoneses de hoy y del próximo siglo”²⁴⁸.

Esta Ley pretende armonizar los principios y figuras de nuestro Derecho, más que introducir novedades normativas en relación a la regulación establecida por la Compilación. Incluso, entre los posibles títulos de la ley que proponía el Ponente en estas Consideraciones preliminares, ya se incluía el que sería título definitivo de la misma.

En la primera entrega correspondiente al Título Primero “De la capacidad y estado civil de las personas”, en las Consideraciones Preliminares ya se refiere expresamente a la guarda de hecho en los siguientes términos: “La expansión natural del Derecho aragonés exige regular por completo las relaciones entre ascendientes y descendientes, pero también, como complementarias de ellas, abordar, no necesariamente por completo, las relaciones tutelares de protección de menores e incapaces, tanto en su versión ordinaria cuando hay personas (tutores, curadores o guardadores de hecho) que se hacen cargo de ellos y evitan su desamparo, como en su versión extraordinaria de intervención administrativa.” En su tercera entrega, dedicada a las relaciones tutelares, incluye en su séptimo y último capítulo “la guarda de hecho”. Incluye una idea general de la posible estructura de la Ley, en la que destaco la previsión,

248 Cfr. SERRANO GARCÍA, *Memoria del Texto articulado del Proyecto de ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la Persona, Primera entrega correspondiente al Título primero: De la capacidad y estado de las personas*, Zaragoza, 2004, pp. 3-4. Se trata de un texto inédito que el profesor SERRANO GARCÍA puso a disposición de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

desde el comienzo, de un capítulo dedicado a la materia que nos ocupa²⁴⁹.

Contiene tres artículos. En el primero de ellos se define la figura del guardador de hecho, junto a la obligación de notificar el hecho.

“Artículo 58.— Definición. Obligación de notificar el hecho

1. Guardador de hecho es la persona física o jurídica que, sin mandato o potestad legal, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de un incapaz no incapacitado²⁵⁰.

2. El guardador, conforme a lo previsto en el artículo 27, debe poner el hecho de la guarda, aunque ya hayan desaparecido las causas que la motivaron, en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal. También podrá poner la situación de desamparo en conocimiento de la entidad pública competente en materia de protección de menores o incapacitados”²⁵¹.

249 Cfr. SERRANO GARCÍA, *Memoria del Texto articulado del Proyecto de ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la Persona, Primera entrega correspondiente al Título primero: De la capacidad y estado de las personas, cit.*, p. 5.

250 En el texto vigente se sustituye:

a) sin mandato o potestad legal” por el término “por iniciativa propia”,

b) incapaz no incapacitado por “una persona que podría ser incapacitada”.

Así, el vigente artículo 142 establece: “Guardador de hecho es la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada”.

251 El artículo 143 del texto vigente se limita a “El guardador debe poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal”.

El artículo 27 al que se remite regula como personas obligadas a la promoción de la tutela a la persona o institución bajo cuya guarda, incluso de hecho, se encuentre el menor o incapacitado. guardador de hecho. Todos los obligados son responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Hubo unanimidad en la Comisión acerca de esta obligación, aun cuando he de advertir que el cumplimiento exclusivo de tal obligación en su aplicación práctica, de acuerdo a las consultas realizadas en los Juzgados aragoneses es irrelevante. Únicamente se tiene conocimiento en los Juzgados cuando se trata de resolver conflictos surgidos de tal guarda o, bien, cuando se pretende instar la incapacitación²⁵².

“Artículo 53.— Información, control y vigilancia

1. Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho le requerirá para que informe de la situación de la persona y los bienes del acogido y de su actuación en relación con ambos extremos, pudiendo establecer su continuidad o las medidas de control y vigilancia que considere oportunas, incluida la obligación de rendir cuentas de su gestión”²⁵³.

Conviene destacar que se ha mejorado la regulación del Cc. En esta materia el artículo 303 Cc. establece una facultad del Juez de requerir información, lo que ha sido vivamente criticado por nuestra doctrina en cuanto suponía tratar de forma privilegiada al guardador sobre el tutor de derecho. En la regulación propuesta por la Ponencia, y vigente actualmente en Aragón, se

252 Cfr. Acta nº 208 de la Comisión Aragonesa de Derecho civil, de 22 de junio de 2005, p. 10.

253 En la redacción actual se afirma en el artículo 144:

“1. Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, le requerirá para que informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes, así como de la actuación del guardador en relación con ambos extremos.

2. La autoridad judicial podrá establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”.

Como se observa se ha suprimido la expresa obligación de rendir cuentas de su gestión.

establece una regulación imperativa, en la que el Juez no tiene una facultad, sino una obligación de requerir que el guardador de hecho informe de la situación de la persona y bienes. Me parece muy adecuada esta regulación, pues afirma con toda claridad esta obligación, que en supuestos previos había dado lugar a discusión acerca de esta obligación, como se deduce de algunos pronunciamientos judiciales anteriores a la vigencia de la Ley de Derecho de la persona, que se analizarán *infra*²⁵⁴.

“Artículo 54.— Régimen jurídico

1. La actuación del guardador de hecho debe ser siempre en beneficio de la persona protegida, limitándose a cuidar de ella y a realizar los actos de administración de sus bienes que resulten necesarios. La obligación de realizar estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal. Para probar en el tráfico que un acto es propio de la guarda de hecho del que lo realiza, bastará que así resulte de la aseveración del Notario de que le consta por notoriedad”²⁵⁵.

254 Auto n° 363/2001, de 30 de mayo de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que resuelve el recurso de apelación del Auto de 21 noviembre 2000, del Juzgado de Primera Instancia n° 12 de Zaragoza. En ellos se discute acerca de la obligación de rendir cuentas de su gestión. Esa obligación expresa que contenía el artículo ha sido suprimida. Si bien parece conveniente su expresión, lo cierto es que no hay duda de que queda incluida en el amplio término del vigente artículo 144: “las medidas de control y vigilancia que estime oportunas”. Ya en 1998 HEREDIA PUENTE y FÁBREGA RUIZ, “La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces”, *La Ley*, 1998, p. 2093, consideraban en relación con la medidas de control y vigilancia previstas en el artículo 303 del Cc. que “Con respecto a los bienes, consistirá en un inventario y en una rendición de cuentas, de forma similar a la establecida para la tutela legal”.

255 La redacción vigente es la siguiente en el artículo 145: “1. La actuación del guardador de hecho en función tutelar debe limitarse a cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios. La realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal.

El Ponente afirma: “Se propone decir que el guardador de hecho en función tutelar, no cualquier otro guardador que no actúe en beneficio de la persona guardada, puede suplir o completar la capacidad de la persona protegida en la realización de actos de administración que resulten necesarios. En la realización de tales actos, el guardador de hecho representa o asiste a la persona protegida”²⁵⁶.

“2. Los actos del guardador de hecho que excedan de este límite serán anulables salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida. Para justificar la necesidad o el perjuicio producido por el acto, será suficiente la declaración, en este sentido, de la Junta de Parientes”²⁵⁷.

De la interpretación de los dos párrafos precedentes se deduce, en una primera aproximación, que el guardador puede

Como se observa, se ha sustituido, como elemento para probar en el tráfico la guarda de hecho, el acta de notoriedad por la declaración de la Junta de Parientes.

256 Cfr. Acta nº 209 de la Comisión Aragonesa de Derecho civil, de 29 de junio de 2005.

257 En la redacción vigente se establece: “2. Para justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes de la persona protegida.

3. El acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido; los demás serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida”.

Por tanto, son válidos los actos declarados necesarios por la Junta de Parientes y los que redundan en utilidad del guardado: Los demás serán anulables.

Se advierte diferencia en que la condición de guardador se justifica también por declaración de la Junta de Parientes. Sin embargo en la *Memoria del Texto articulado del Proyecto de ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la Persona, Tercera entrega correspondientes al Título Tercero* se proponía que para probar en el tráfico que un acto era propio de la guarda de hecho, por tanto, realizado por el guardador y además necesario, fuese mediante aseveración del Notario de que le constaba por acta de notoriedad.

realizar los actos de administración necesarios, necesidad que será declarada en su caso por la Junta de Parientes. Además los actos que redunden en su utilidad. Los demás actos serán anulables.

“3. Al guardador de hecho en función tutelar se le aplican, de acuerdo con su naturaleza, las disposiciones de aquella institución tutelar con la que guarde correspondencia. A falta de función tutelar se siguen las reglas de la gestión de negocios”²⁵⁸.

La limitación a los actos necesarios, establecida por el artículo 54 de la Ponencia, que se mantiene en la regulación vigente, es muy adecuada para la actuación del guardador, de acuerdo a las propias características de la figura.

Respecto del medio de prueba para acreditar en el tráfico que un acto es propio de la guarda de hecho, es decir que es un acto de administración necesario, el Ponente utilizó la misma fórmula que la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad emplea para probar en el tráfico que un acto está incluido en el giro habitual del que lo realiza. (arts. 49 y 98)²⁵⁹. No

258 Se ha suprimido el párrafo tercero que remitía a la regulación de otras instituciones en defecto de reglas específicas de la guarda de hecho.

259 Cfr. SERRANO GARCÍA, *Memoria del Texto articulado del Proyecto de ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la Persona, Tercera entrega correspondiente al Título Tercero*, p. 241.

Los artículos citados establecen:

“Artículo 49. Ejercicio de profesión o negocio.

1. Cada cónyuge estará legitimado para realizar los actos de administración o disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio.

2. Para probar en el tráfico que un acto está incluido en el giro habitual del que lo realiza, bastará que así resulte de la aseveración del Notario de que le consta por notoriedad.

Artículo 98. Disposición de bienes inmuebles.

obstante, en la regulación vigente se justifica mediante declaración de la Junta de Parientes.

Respecto al carácter de los actos realizados por el guardador, se observa que en principio se delimita a los actos de administración, por lo que quedarían excluidos los actos de disposición²⁶⁰.

Así, puede afirmarse que serían válidos aquellos actos necesarios (que pueden ser beneficiosos o no, pero si son necesarios serán válidos), y además los que hayan redundado en utilidad del guardado²⁶¹.

Por el contrario, serán en principio anulables los actos realizados que no fueran necesarios, así como los que no hubieren resultado de utilidad para la persona protegida.

1. El derecho expectante de viudedad sobre los bienes inmuebles por naturaleza y las empresas o explotaciones económicas no se extingue por su enajenación, salvo en los siguientes supuestos:

Renuncia expresa, que requiere para su validez escritura pública, a menos que se otorgue en el mismo acto por el que válidamente se enajena el bien.

Enajenación válida de un bien consorcial.

Enajenación de bienes privativos de uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio. Para probar en el tráfico que un acto está incluido en el giro habitual del que lo realiza, bastará que así resulte de la aseveración del Notario de que le consta por notoriedad”.

260 Fue objeto de discusión en la Sesión de 29 de junio de 2008. Cfr. Acta n° 209, p. 6. Se proponen como sistemas para dar seguridad al acto la firma de los hijos junto con el padre presunto incapaz que firma, o la intervención del Ayuntamiento o un asistente social, pero la realidad es que “la seguridad plena para el acto de disposición sólo la da la incapacitación y el sometimiento a tutela o curatela”.

261 *Memoria del Texto articulado del Proyecto de ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la Persona, Tercera entrega correspondiente al Título Tercero*, p. 243 se afirma: “serán inimpugnables, además de los actos que hayan redundado en utilidad del guardado, aquellos otros que aunque causen algún perjuicio no hubiera más remedio que realizar (actos necesarios). Si el acto es necesario y, por tanto, está dentro de la actuación propia de un guardador de hecho, el acto es válido con independencia de que no haya reportado una utilidad económica al patrimonio protegido.

En cuanto a los actos de disposición propiamente dicha que han resultado útiles para el guardado, realizados por el guardador de hecho, cabrían dos posibles soluciones:

a) Partiendo de que el artículo 53 de la Ponencia, y el vigente artículo 145.1 limita los actos del guardador a los de administración, entender que no tiene legitimación, y en consecuencia aplicar las reglas generales de realización de negocios sin la correspondiente legitimación. Supone plantear la anulabilidad de un acto que ha resultado útil para el protegido.

b) Teniendo en cuenta que con carácter general no se han pretendido limitar las posibilidades previstas en el Código civil, regulación a la que se refiere la propia Memoria presentada para la elaboración de la ley²⁶², se podría entender que de acuerdo con lo previsto en el art. 54.3, y el vigente artículo 145.3, se deben considerar anulables salvo si redundan en utilidad.

Por ello, entiendo que lo más ajustado a Derecho sería considerar que tal acto no es válido. No obstante, si este acto de disposición ha redundado en utilidad del guardado, y teniendo en cuenta que se trata de facilitar las actuaciones del guardador y proteger la persona del guardado, probablemente lo que mejor protegería a tal persona sería que se pudiera considerar válido dicho acto de disposición.

262 Memoria del Texto articulado del Proyecto de ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la Persona, Tercera entrega correspondiente al Título Tercero, p. 239.

3. *ITER* NORMATIVO

En este apartado describo el *iter* normativo de la Ley de Derecho de la Persona en la que se contiene la regulación de la guarda de hecho.

La Ponencia sobre la que trabajó la Comisión Aragonesa de Derecho civil se encargó, como he señalado *supra*, al profesor SERRANO GARCÍA.

3.1. ANTEPROYECTO DE LEY DE DERECHO DE LA PERSONA ELABORADO POR LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL (TEXTO APROBADO EL 1 DE MARZO DE 2006)²⁶³

En la Exposición de Motivos se afirma: “La guarda de hecho (Cap. VII) es definida por las notas de iniciativa propia y transitoriedad en el hecho de ocuparse de la guarda de una persona y, desde el punto de vista subjetivo, por la posibilidad de que el guardador sea persona física o jurídica y el guardado necesariamente menor o incapacitado que se encuentren en situación de desamparo, o persona que podría ser incapacitada. El guardador está obligado a poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal, y la autoridad judicial cuenta con las necesarias facultades para requerir información y establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

La institución de la Junta de Parientes, de actuación tan frecuente y útil en el Derecho aragonés, ha permitido, en relación con la guarda de hecho, reconocer la validez de ciertos actos del guardador cuando, en el ámbito de la administración de los bienes, son necesarios. Si la Junta de Parientes declara que es necesario el

263 Cfr. *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2005/2006, pp. 395 y ss.

acto de administración realizado en representación del guardado, éste será válido. Los actos no necesarios serán anulables, salvo que hayan redundado en utilidad de la persona protegida”.

El artículo 87 destinado a regular las instituciones tutelares, incluye la guarda de hecho en los siguientes términos:

“Artículo 87.—Instituciones tutelares

1. La guarda y protección de la persona y bienes o sólo de la persona o de los bienes del menor o incapacitado se realizará, en los supuestos previstos en la ley, mediante:

- a) La tutela.
- b) La curatela.
- c) El defensor judicial.

2. A la guarda y protección pueden contribuir la guarda de hecho y la guarda administrativa sin tutela”.

Se dedican a la regulación de esta materia los artículos 142 a 145:

“Artículo 142.—Definición

Guardador de hecho es la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada.

Artículo 143.—Obligación de notificar el hecho

El guardador debe poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal.

Artículo 144.—Información, control y vigilancia

Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la exis-

tencia de un guardador de hecho le requerirá para que informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes, así como de la actuación del guardador en relación con ambos extremos. La autoridad judicial podrá establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Artículo 145.—Régimen jurídico

1. La actuación del guardador de hecho en función tutelar debe limitarse a cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios. La realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal.

2. Para justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes de la persona protegida.

3. El acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido; los demás serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida”.

La Comisión Aragonesa de Derecho civil elevó este Anteproyecto al Gobierno el 4 de abril de 2006.

3.2. PROYECTO DE LEY DE DERECHO DE LA PERSONA

En el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón número 212, de 2 de mayo de 2006 se ordena la remisión a la Comisión Institucional y la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón del Proyecto de Ley de Derecho de la persona. Su texto coincide con el del Anteproyecto anteriormente citado²⁶⁴.

²⁶⁴ Cfr. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, número 212, Legislatura VI, de 2 de mayo de 2006, pp. 9986 y ss.

3.3. ENMIENDAS PRESENTADAS AL PROYECTO DE LEY DE DERECHO DE LA PERSONA²⁶⁵

Son las siguientes:

Enmienda número 61: Fue presentada por la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (Grupo Parlamentario Mixto). Proponía "sustituir el artículo 142 por uno nuevo que diga lo siguiente: «Artículo 142.– Definición.

El guardador o guardadora de hecho es la persona física o jurídica que tiene acogido transitoriamente a un menor o una menor que ha sido desamparado o desamparada por aquella o aquellas personas que deben tener cuidado del mismo o la misma, o cualquier otra persona que, por razón de sus circunstancias personales, puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela.»

Enmienda número 62: Fue presentada por la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (Grupo Parlamentario Mixto). Proponía sustituir el artículo 143 por uno nuevo que diga lo siguiente: "Artículo 143.– Obligación de notificar el hecho. 1. El guardador o guardadora de hecho debe poner en conocimiento del organismo competente en protección de menores, si se trata de menor, o de la autoridad judicial o del ministerio fiscal, en otro caso, el hecho de la guarda.

2. Si se trata de persona que puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela, mientras no se constituya la curatela o, en su caso, la tutela, el juez o jueza debe tomar las medidas necesarias para proteger a la persona y sus bienes, incluso, si lo estima conveniente, designando a un defensor o defensora judicial con esta finalidad concreta".

Enmienda número 63: Fue presentada por la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (Grupo Parlamentario Mixto). Proponía añadir un nuevo artículo 145.bis que diga lo siguiente: "Artículo 145.bis.– Indemnización. El guardador o guardadora de

265 Cfr. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, número 239, Legislatura VI, de 30 de junio de 2006, pp. 11714 y ss. y *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2007, pp. 223 y ss.

hecho tiene derecho a ser indemnizado o indemnizada de los gastos soportados y los perjuicios que le haya causado la guarda, siempre que no le sean imputables, con cargo a los bienes de la persona en guarda”.

Enmienda número 64: Fue presentada por la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (Grupo Parlamentario Mixto). Proponía añadir un nuevo artículo 145.ter que diga lo siguiente: “Artículo 145.ter.– Extinción.

1. La situación de guarda de hecho termina por la desaparición de las causas que la motivaron por la acogida de la persona en guarda o por la constitución de la tutela o de la curatela.

2. Al terminar la guarda de hecho, la autoridad judicial, dada la duración de la guarda, puede disponer que el guardador o guardadora de hecho le rinda cuentas de su gestión.

3. La desaparición de las causas que motivaron la guarda de hecho no exime al guardador o guardadora del cumplimiento de la obligación contenida en el apartado 1(nuevo) del artículo 143”.

La motivación de todas ellas era: Por considerarlo más conveniente.

3.4. INFORME DE LA PONENCIA DESIGNADA EN LA COMISIÓN INSTITUCIONAL SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE DERECHO DE LA PERSONA²⁶⁶

Las enmiendas presentadas con los números 61, 62, 63 y 64 son rechazadas con el voto a favor del Grupo enmendante y el voto en contra del resto de Grupos Parlamentarios.

Únicamente se incluye una corrección técnica. En concreto, en el artículo 144 el último inciso se numera como apartado 2.

²⁶⁶ Cfr. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, número 277, Legislatura VI, de 30 de junio de 2006, pp. 13608 y ss. y *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2007, pp. 261 y ss.

Se recoge como Anexo el Proyecto de Ley de Derecho de la Persona²⁶⁷. La regulación de esta materia es la siguiente:

“Artículo 142. Definición

Guardador de hecho es la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada.

Artículo 143. Obligación de notificar el hecho

El guardador debe poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal.

Artículo 144. Información, control y vigilancia

1. Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, le requerirá para que informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes, así como de la actuación del guardador en relación con ambos extremos.

2. La autoridad judicial podrá establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Artículo 145. Régimen jurídico

1. La actuación del guardador de hecho en función tutelar debe limitarse a cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios. La realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal.

²⁶⁷ Cfr. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, número 277, Legislatura VI, de 15 de diciembre de 2006, pp. 13612 y ss. y *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2007, pp. 270 y ss.

2. Para justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes de la persona protegida.

3. El acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido; los demás serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida”.

3.5. DICTAMEN DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE DERECHO DE LA PERSONA²⁶⁸

Permanece sin cambios el texto recogido en el Anexo del Informe de la Ponencia.

También los Grupos Parlamentarios mantienen las enmiendas, que fueron rechazadas en Comisión, para su defensa en Pleno.

La Comisión Institucional de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el día 19 de febrero de 2007, ha aprobado el acta correspondiente a la sesión de 11 de diciembre de 2006²⁶⁹.

Los artículos 142 y 143, a los que se mantienen respectivamente las enmiendas núms. 61 y 62, todas ellas de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (G.P. Mixto), resultan aprobados con 17 votos a favor, 1 en contra y ninguna abstención.

Los artículos 144 y 145 a los que no se mantiene ninguna enmienda ni voto particular, se aprueban por unanimidad.

268 Cfr. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, número 280, Legislatura VI, de 15 de diciembre de 2006, pp. 14069 y ss. y *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2007, p. 330.

269 Cfr. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, número 310, Legislatura VI, de 4 de abril de 2007, pp. 15852 y ss. También se puede consultar en el DISCA, Núm. 81, Plenos, Sesión Plenaria núm. 70, de 14 y 15 de diciembre de 2006, y *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2007, pp. 330 y ss.

3.6. APROBACIÓN POR EL PLENO DE LAS CORTES DEL PROYECTO DE LEY DE DERECHO DE LA PERSONA²⁷⁰

El texto del Anteproyecto presentado por la Comisión de Derecho civil de Aragón permaneció, aun cuando en el *iter* legislativo, hubo varias enmiendas que no prosperaron. Únicamente se advierte la división de un párrafo en dos apartados en el artículo 144.

Esta Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón (en adelante, LDPA), desarrolla las normas sobre capacidad y estado de las personas físicas y sobre las instituciones civiles para la protección de menores e incapaces hasta ahora contenidas en la Compilación. Entró en vigor el 23 de abril de 2007 (disp. final 3^a).

En la Exposición de Motivos de la Ley se afirma que “las normas no se presentan como peculiaridades o excepciones, sino que expresan suficientemente el sistema y sus principios generales, a la vez que atienden a concreciones y pormenores hasta ahora no reflejados en las leyes y que resultan muy convenientes para precisar el alcance práctico de los preceptos”.

El régimen de la relaciones tutelares se contiene en el título III, que consta de siete capítulos. En concreto el capítulo VII se dedica a “la guarda de hecho”.

Como se indica en el Preámbulo, “la guarda de hecho (Capítulo. VII) es definida por las notas de iniciativa propia y transitoriedad en el hecho de ocuparse de la guarda de una persona y, desde el punto de vista subjetivo, por la posibilidad de que

270 Cfr. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, número 287, Legislatura VI, de 27 de diciembre de 2006, pp. 14479 y ss. y *Revista de Derecho Civil Aragones*, 2007, p. 352.

el guardador sea persona física o jurídica y el guardado necesariamente menor o incapacitado que se encuentren en situación de desamparo, o persona que podría ser incapacitada. El guardador está obligado a poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal, y la autoridad judicial cuenta con las necesarias facultades para requerir información y establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

La institución de la Junta de Parientes, de actuación tan frecuente y útil en el Derecho aragonés, ha permitido, en relación con la guarda de hecho, reconocer la validez de ciertos actos del guardador cuando, en el ámbito de la administración de los bienes, son necesarios. Si la Junta de Parientes declara que es necesario el acto de administración realizado en representación del guardado, este será válido. Los actos no necesarios serán anulables, salvo que hayan redundado en utilidad de la persona protegida”.

4. LEY DE DERECHO DE LA PERSONA

Revisaré la regulación siguiendo la propia estructura de la Ley:

En primer lugar el artículo 87, intitulado “Instituciones tutelares” establece en su apartado 2: “A la guarda y protección pueden contribuir la guarda de hecho y la guarda administrativa sin tutela”²⁷¹. De este modo, se integra esta institución pero sin

271 En el Acta nº 221 de la Sesión celebrada el 23 de noviembre de 2005 por la Comisión Aragonesa de Derecho civil se planteó la alternativa de suprimir el apartado 2, pero la mayoría de los miembros de la Comisión optó por su mantenimiento. Así, en la pagina 8 de dicha Acta, en la que se indica que SERRANO GARCÍA propone esta redacción, se afirma: “La finalidad es contemplar en esta norma inicial de las relaciones

equipararla a las instituciones de guarda y protección del párrafo 1 (tutela, curatela y defensor judicial).

4.1. DEFINICIÓN DE GUARDADOR

De la regulación de la guarda de hecho en el artículo 142 de la Ley, se deducen los siguientes requisitos para que una persona sea calificada como guardador de hecho:

1) Que una persona física o jurídica ejerza las funciones de guarda por iniciativa propia, sin que por ley le sea exigible.

Así no es guarda de hecho sino autoridad familiar cuando ejercen esta función las siguientes personas: abuelos, padrastros o hermanos mayores²⁷².

Tampoco es guarda de hecho si se hace a petición de titulares de la función de guarda, sino que se tratará de auxiliares de estos titulares. Así, el artículo 61 prevé expresamente la posibilidad de colaboración de otras personas en el ejercicio de la

tutelares todas las figuras que luego se desarrollan en sucesivos capítulos, aludiendo para ello en el apartado 2 a la guarda de hecho y a la guarda administrativa sin tutela, pero de manera que no las equipare con las instituciones ordinarias de guarda y protección que son las del apartado 1 (tutela, curatela y defensor judicial). La alternativa sería la supresión del apartado 2.

La mayoría prefiere la inclusión de un texto neutro como el propuesto en la enmienda, que no pone al mismo nivel todas las instituciones tutelares”.

Me parece muy oportuno este artículo 87 en atención a la justificación contenida en la citada Acta.

272 En el Título II, “De las relaciones entre ascendientes y descendientes”, Capítulo II, “Deber de crianza y autoridad familiar”, la Sección 3ª “Autoridad familiar de otras personas”, se contiene el artículo 7., que establece: “1. La autoridad familiar prevista en los artículos anteriores se asume de forma automática al hacerse cargo voluntariamente de la crianza y educación del menor”. Se refiere a las siguientes personas: padrastro, madrastra, abuelos y hermanos.

autoridad familiar²⁷³. En estos casos, no existirá guarda de hecho en el concepto legal de la misma.

Por tanto será guarda de hecho “la que asuman personas distintas de las mencionadas por la ley para el ejercicio de la autoridad familiar”²⁷⁴.

2) Carácter transitorio, es decir se trata de una situación que debe cesar.

Ciertamente se ha contemplado tradicionalmente la guarda como una situación provisional. De hecho, accede en ocasiones un guardador a los Tribunales para intervenir en el procedimiento de incapacitación. No obstante, teniendo en cuenta la frecuencia de esta figura, así como el perjuicio en el desarrollo personal que en ocasiones puede causar la incapacitación, puede decidir el Juez que conozca de una guarda de hecho que continúe el guardado con dicho régimen si se protege debidamente a la persona.

Recordamos en este sentido la Circular 1/2001 de 5 de abril de 2001 sobre incidencia de la LEC en la intervención del Ministerio Fiscal en procesos civiles afirma que podrá promover si lo estima conveniente la incapacitación. El Juez puede mantener la guarda de hecho “si la misma colma las necesidades de protección del discapaz y no es precisa una intervención más intensa”.

273 El artículo 61 establece: “La autoridad familiar es una función inexcusable que se ejerce personalmente, sin excluir la colaboración de otras personas, y siempre en interés del hijo”. En relación con la tutela el artículo 124 afirma: “El tutor del incapacitado no está obligado a tenerle en su compañía, pero debe procurarle la atención especializada que requiera, así como promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad”.

274 PARRA LUCÁN, “La guarda de hecho”, *Manual de Derecho civil aragonés*, dirigido por DELGADO ECHEVERRÍA y coordinado por PARRA LUCÁN, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007, p. 248.

4.2. PERSONA GUARDADA

Puede tratarse de:

- a) un menor o incapacitado en situación de desamparo.

Es preciso que esta situación de desamparo no haya sido detectada por la entidad pública, en cuyo caso estaríamos ante tutela automática (art. 105).

Si la guarda se ejerce adecuadamente no estará el menor en desamparo, por lo que no intervendrá la Administración.

- b) una persona que podría ser incapacitada, es decir un incapaz natural (Art. 142.2), una persona que adoleciendo de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impiden gobernarse por sí mismo, no está, sin embargo, incapacitada.

4.3. SUPUESTOS

Se incluyen aquellos casos en que, de hecho, sin corresponderle legalmente, una persona se hace cargo de las funciones de guarda y protección de un menor o incapacitado cuando, por cualquier razón, falta el ejercicio adecuado de cualquiera de las funciones propias de la autoridad familiar o de las funciones tutelares en sentido amplio:

- a) por no estar determinada la filiación.
- b) por incumplimiento de los deberes de la autoridad familiar.
- c) por no estar constituida la tutela o incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o imposibilidad de su cumplimiento. etc.

También se incluirá en aquellos casos en que una persona con discapacidad, pero sin estar incapacitada es guardada por una persona que no tiene obligación de cumplir tal función.

4.4. ACREDITACIÓN

El propio carácter fáctico de la institución determina la dificultad para justificar el carácter de guardador de hecho. Se ha discutido en nuestra doctrina y se han propuesto diversos medios, con carácter declarativo, para acreditar tal guarda de hecho²⁷⁵:

a) Una resolución judicial, que resuelve un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en que se declara frente a terceros la existencia de una situación de guarda de hecho, ejercida por una persona determinada.

En este sentido, De SALAS MURILLO indica que los jueces están tomando en consideración la idea de entregar certificados acreditativos de esta guarda de hecho para facilitar todos los trámites administrativos o materiales (el manejo de una cuenta corriente para pagar los gastos de la residencia por ejemplo) que interesan a los incapaces²⁷⁶.

b) Un decreto del Ministerio Fiscal dictado en expediente informativo²⁷⁷.

275 Cfr. FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, cit., pp. 16 y ss, y 89-90.

276 DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003, p. 253.

277 Cfr. FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, cit., p. 18. Vid. la Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, sobre incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

c) Acta notarial de notoriedad.

d) Por el nombramiento como guardador de hecho de la persona que ocupa el cargo de director de centros residenciales o sanitarios en que el incapaz se halle internado²⁷⁸.

e) En Aragón el artículo 145 establece: "Para justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes de la persona protegida". Así se puede facilitar la acreditación, sobre todo en los supuestos de incapaces naturales. No obstante, en la práctica, hasta donde he podido conocer, no se realizan este tipo de documentos en las Notarías ni se utiliza este medio en las oficinas bancarias para acreditar la condición de guardador de hecho.

Mediante la Ley 1/2009, de 25 de marzo, en vigor desde el 26 de junio de 2009, se añade un párrafo al artículo 38 de la Ley de Registro Civil, en el que se prevé expresamente la posibilidad de anotar en el Registro Civil la existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz²⁷⁹. De este modo se

278 El carácter de guardador de hecho del Director técnico del establecimiento residencial sobre personas que no pueden manifestar libremente su voluntad y que por sus circunstancias personales puedan ser declaradas incapaces, cuando el ingreso se haya realizado sin la intervención de determinadas personas (cónyuge o pareja estable, descendientes o ascendientes, cónyuge del padre o madre si ha habido convivencia...) se contempla específicamente por el art. 7.3 del Decreto catalán 284/1996, de 23 de julio, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales (en la redacción dada por el Decreto 176/2000, de 15 de mayo), debiendo aquél comunicar al juez el hecho de la acogida en el plazo máximo de 15 días (art. 7.4).

279 En la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares 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 de la normativa tributaria con esta finalidad, se establece:

puede facilitar la acreditación de la condición de guardador de hecho, si bien debemos esperar a conocer la utilización práctica de este medio por los guardadores de hecho.

Además mediante la citada ley se legitima a los guardadores de hecho para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la guarda de hecho²⁸⁰.

“Artículo primero. Modificación de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.

Se modifican los artículos 18, 38 y 39 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, a la que se añaden los artículos 46 bis y 46 ter.

[...] Dos. El artículo 18 queda redactado de la forma siguiente: Dos. El artículo 38 queda redactado de la forma siguiente:

«A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias:

1.º El procedimiento judicial o gubernativo entablado que pueda afectar al contenido del Registro, incluidas las demandas relativas a procedimientos de modificación de la capacidad.

2.º El hecho cuya inscripción no pueda extenderse por no resultar en alguno de sus extremos legalmente acreditado.

3.º El hecho relativo a españoles o acaecido en España que afecte al estado civil según la ley extranjera.

4.º La sentencia o resolución extranjera que afecte también al estado civil, en tanto no se obtenga el exequátur.

5.º La sentencia o resolución canónica cuya ejecución en cuanto a efectos civiles no haya sido decretada aún por el Tribunal correspondiente.

6.º La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz.

7.º Y aquellos otros hechos cuya anotación permitan la Ley o el Reglamento.

En ningún caso las anotaciones constituirán la prueba que proporciona la inscripción”.

Respecto a la entrada en vigor, la Disposición final séptima establece: “La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado”. (BOE de 26 de marzo de 2009).

280 La Ley 1/2009, de 25 de marzo, establece: “Artículo segundo. Modificación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con

4.5. OBLIGACIONES DEL GUARDADOR

4.5.1. Notificar el hecho al Juez o Ministerio Fiscal

El art. 143 establece la obligación del guardador de poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal.

En cuanto al cumplimiento de esta obligación, he de advertir, que hasta donde he podido conocer, en Aragón no se ha dado ningún supuesto, sino que cuando el guardador ha acudido a los Tribunales, trata de resolver conflictos surgidos en el ejercicio de su función²⁸¹.

discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

Disposición adicional única. Legitimación del Ministerio Fiscal y de los tutores o guardadores de hecho para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

1. El Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificativa de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

2. Estarán obligados a facilitar la información a que se refiere el apartado anterior, con sujeción a sus respectivas normas de procedimiento, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, las Haciendas Forales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, los centros u organismos públicos de gestión tributaria de las Comunidades Autónomas, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, los Notarios y cualquier otro organismo público que por razón de sus funciones y competencias pueda tener información de relevancia patrimonial o contable a que se refiere esta norma.

3. La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia”.

281 PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 249, afirma “que esta norma es coherente con la obligación que el art. 117 impone al guardador de hecho de promover la tutela, así como

Si se trata de incapaz no incapacitado el guardador además podrá promover la incapacitación y el Ministerio Fiscal tendrá este deber (art. 757 LEC).

4.5.2. Informar de la situación de la persona y bienes del guardado, así como de las actuaciones del guardador

El guardador deberá cumplir esta obligación cuando le requiera la autoridad judicial, y en los términos de tal requerimiento y, de acuerdo a la esfera en que haya desarrollado su actividad, de acuerdo con el artículo 144.

La regulación aragonesa es imperativa en cuanto que el Juez debe requerir cuando tenga tal conocimiento²⁸².

El problema práctico que se plantea es que no se cumple la obligación que el artículo 142 impone al guardador de hecho de notificar tal hecho. Por ello, difícilmente podrá el Juez requerir tal información si no tiene conocimiento de la guarda de hecho. PARRA LUCÁN propone que proporcionen esta información al Juez otras personas en los siguientes términos: "más genéricamente, a instancia del propio menor o incapacitado, de cualquier pariente o persona interesada, o del Ministerio Fiscal (arg. art. 7 de la Ley, para la intervención judicial, que podría aplicarse, por analogía, para los incapacitados; cfr. art. 216.II Cc.; también es aplicable lo dispuesto en el art. 90.4, conforme al cual, "las

la indemnización de los daños que se ocasionen por el incumplimiento de tal obligación". Siendo cierto, también puede pensarse en el mantenimiento de la propia guarda de hecho, dotando al Juez de un medio de conocimiento, mediante dicha obligación. No obstante, reconozco e insisto en que en la práctica no se ha cumplido esta obligación de modo separado de cualquier otra finalidad, en los Tribunales de Aragón.

282 Como es conocido el art. 303 del Código civil únicamente establecía una facultad para que el Juez pudiera realizar tal requerimiento.

funciones tutelares se ejercerán bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado²⁸³.

Además, el Justicia de Aragón comenta con los directores de residencias la obligación, como guardadores de hecho de los usuarios de poner en conocimiento de la Fiscalía la situación de los residentes para su incapacitación: se observa que se hace así en las residencias públicas; sin embargo en las privadas se considera que es una cuestión que corresponde a las familias²⁸⁴.

La realidad práctica como ya he indicado es que en Aragón no se da conocimiento del hecho de la guarda por persona alguna, sino que los guardadores de hecho únicamente intervienen cuando se trata de incapacitar a una persona o al rendir cuentas, tras un conflicto previo, y es tal conflicto el que se trata de resolver.

4.5.3. Respetar límites de su actuación

De acuerdo con el artículo 145 “debe limitarse a cuidar de la persona y a realizar los actos de administración necesarios”. Es conocida la discusión doctrinal acerca de si tiene o no representación legal. Tal cuestión queda resuelta por nuestra ley que establece expresamente “La realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal”. No obstante, por el propio carácter fáctico de la institución puede suceder que

283 PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 250.

284 *Informe Especial del Justicia de Aragón: Informe sobre la situación de las residencias para personas mayores en Aragón, Zaragoza, 2007*, pp. 458-459. En el mismo sentido se expresaba el *Informe Especial del Justicia de Aragón: Calidad de vida de las personas mayores. Un supuesto especial: El maltrato, 2004* p. 34. Puede consultarse en: http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/n000955_Mayores.pdf.

los terceros duden del carácter necesario del acto que pretende realizar el guardador, y en consecuencia, de sus facultades como guardador. Esta dificultad también ha sido resuelta por nuestra Ley que posibilita que la Junta de Parientes declare el carácter necesario del acto. Como apunta PARRA LUCÁN “Se trata de una regulación novedosa que permitirá atender, en particular, a la realidad social de las personas incapaces que no están incapacitadas. La intervención de la Junta de Parientes garantiza la imparcialidad de la decisión de quien está actuando de hecho, sin tener atribuida una función tutelar. También ofrece garantía suficiente a los terceros, que podrán confiar en la validez del acto que celebran con el guardador”²⁸⁵.

En cuanto al carácter de los actos realizados por el guardador, los actos declarados necesarios por la Junta de Parientes, serán válidos, independientemente de si han causado o no perjuicio para la persona protegida. También, lo serán los actos que redundan en utilidad de la persona protegida.

Los actos no declarados necesarios por la Junta de Parientes serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida. En consecuencia se podrán impugnar demostrando que no eran necesarios ni han redundado en utilidad del protegido.

En cuanto a los actos de disposición propiamente dicha que han resultado útiles para el guardado, realizados por el guardador de hecho, cabrían dos posibles soluciones:

a) Partiendo de que el artículo 53 de la Ponencia presentada por SERRANO GARCÍA, y el vigente artículo 145.1 limita los actos del guardador a los de administración, entender que no

285 PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 252.

tiene legitimación, y en consecuencia aplicar las reglas generales de realización de negocios sin la correspondiente legitimación. En una interpretación estricta, no podrá intervenir eficazmente en los actos que excedan del cuidado de la persona o de los actos de administración necesarios²⁸⁶.

b) Teniendo en cuenta que con carácter general no se han pretendido limitar las posibilidades previstas en el Código civil²⁸⁷, y que se ha tenido en cuenta su regulación, como consta en la propia Memoria presentada para la elaboración de la ley²⁸⁸, podría considerarse —aun cuando el artículo 145.1 limite la actuación del guardador a los actos de administración—, de acuerdo con lo previsto en el art. 54.3, y el vigente artículo 145.3 (que establece: “los demás serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida”) que tales actos serían válidos si redundan en utilidad de la persona.

Por ello, entiendo, aun cuando la solución más ajustada al texto sería la primera, quizás podría defenderse la validez de tal acto si ha redundado en utilidad del guardado, y teniendo en cuenta que se trata de facilitar las actuaciones del guardador, para proteger la persona del guardado. Así lo admite un importante sector doctrinal en relación a la regulación del Cc²⁸⁹ y la regulación aragonesa no ha pretendido limitar esta materia.

286 PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 251.

287 En la regulación del Código civil no se distingue entre actos de administración o de disposición.

288 *Memoria del Texto articulado del Proyecto de ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la Persona, Tercera entrega correspondientes al Título Tercero*, p. 239.

289 Cfr. FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, *cit.*, pp. 54-57.

En los supuestos en que se plantee la anulabilidad, sólo podrá ejercitar la acción aquella persona a quien el Derecho trata de proteger, no la otra parte contratante.

Además como indica PARRA LUCÁN "siempre será posible la impugnación de la celebración de los actos así como la exigencia de las oportunas responsabilidades (del guardador, de los miembros de la Junta, de los terceros que no estuvieran de buena fe) cuando no concurren los presupuestos legales para la legítima actuación del guardador (no había desamparo, el "guardador" no se ocupaba del menor o incapaz, la persona en cuya representación se actuó no es incapaz)"²⁹⁰.

Desde una perspectiva administrativa, ya se preveía en el año 2002 la posibilidad de que el guardador de hecho solicitase las prestaciones de carácter social en el artículo 6.2 de la Orden de 18 de noviembre de dicho año, del Departamento de Salud, Consumo y Servicios Sociales, que regula el acceso y adjudicación de plazas, en los Centros de Atención a Personas Mayores, integradas en la red del Gobierno de Aragón²⁹¹.

En la práctica bancaria cuando una persona que podría ser incapacitada necesita realizar un reintegro, por ejemplo para compra de ropa, si está en una residencia parece que el medio más sencillo sería que lo pagase la residencia y después lo cargase en el recibo mensual que el residente tiene domiciliado.

En ocasiones, en personas con escasos ingresos, en la práctica se autoriza al Director como disponente para pequeñas operaciones. No obstante, se ve con cierto recelo tal actuación.

290 PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 252.

291 Cfr. BOA nº 144 de 11 de diciembre de 2002, pp. 10712 y ss.

En otro caso, en que una persona es atendida por otra en su domicilio, por un vecino o familiar sin obligación de alimentos, difícilmente se le reconocería como autorizado para realizar tales operaciones.

En cuanto a los gastos ordinarios que pueda realizar un guardador de hecho, ciertamente está autorizado si acredita que lo es. No se acredita este carácter, probablemente, por desconocimiento.

4.6. CONTROL Y VIGILANCIA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL

El Juez tiene, de acuerdo con el artículo 144 una gran amplitud para determinar las medidas de control y vigilancia que “considere oportunas”, si bien de nuevo encontramos el obstáculo de que puede no conocer la existencia de la guarda de hecho, por lo cual no surtirán efecto con carácter preventivo, sino cuando se pretenda resolver un conflicto, momento en el que se tiene conocimiento por el Juez de que existía un guardador de hecho.

Por ello, parece que únicamente se aplica tal control cuando no ha cumplido correctamente las obligaciones, pero no en la mayor parte de los casos en que el guardador de hecho actúa debidamente, y esto es así por el propio carácter fáctico de la institución.

4.7. RESPONSABILIDAD DEL GUARDADOR DE HECHO

Esta ley no añade regulación específica en esta materia, por lo que es aplicable la doctrina general prevista para el régimen del Código civil²⁹².

292 Cfr. FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de las personas con disca-*

5. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

A continuación analizo las resoluciones judiciales referidas a esta materia para realizar una aproximación a los conflictos que la guarda de hecho plantea en la realidad, así como la utilidad práctica de esta institución.

5.1. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

En el Tribunal Superior de Justicia de Aragón no ha llegado ningún procedimiento a casación.

5.2. AUDIENCIA PROVINCIALES

5.2.1. Audiencia Provincial de Zaragoza

He consultado las resoluciones judiciales que tratan acerca de la guarda de hecho o, en que intervienen guardadores de hecho. Sigo el orden de la más reciente a la más antigua:

1) Sentencia nº 544-08 de 7 de octubre de 2008²⁹³.

Se trata de un procedimiento de divorcio en el que se uti-

pacidad., pp. 67 y ss., DE SALAS MURILLO, *op. cit.*, pp. 125 y ss. Únicamente en dos sentencias de la Audiencia Provincial de la Sección 1, en procedimientos penales han intervenido guardadores de hecho: en la Sentencia nº 226/1998 de 6 de mayo, se reconoce legitimación a los abuelos de una menor, como guardadores de hecho, para continuar el procedimiento de delito de impago de pensiones, una vez fallecida la madre; en la sentencia 182/2003, de 4 de junio se consideran responsables civiles del delito cometido por una menor, acogida de hecho en el momento de comisión de los hechos por el Departamento de Bienestar Social de la Diputación General de Aragón, a la menor y a la entidad pública como guardadora de hecho, excluyendo de responsabilidad a sus padres. La *ratio decidendi* de estas sentencias es de carácter penal. No se aplican preceptos relativos a la guarda de hecho.

293 Id Cendoj: 50297370022008100327.

liza el término de guarda de hecho para referirse al régimen de guarda y custodia de una hija minusválida²⁹⁴, que se atribuye a la madre.

Así pues, no estamos ante un supuesto de guarda de hecho en los términos regulados por los artículos 142 a 145 de la LDPA.

Sin embargo, me parece destacable un párrafo contenido en esta en relación a una pensión que el padre, Subteniente del Ejército de Tierra, recibe para la hija mínusválida, y la sentencia estima que debe ser recibida por la hija. Así en el fundamento de derecho 4 se afirma: “debe mantenerse la pensión alimenticia de la hija, pero estableciendo a su favor el necesario ingreso, en una cuenta abierta a su nombre y del de la madre, de la ayuda que percibe el padre del Ministerio de Defensa, que, en consecuencia, no podrá quedarse personalmente”.

Tras consultar las condiciones en que algunos directores de residencias, en concreto algunas de ellas sin carácter lucrativo, ejercen de guardadores de hecho, prestando unos importantes servicios a personas dependientes, por el que reciben un importe muy inferior al coste real que prestan, he constatado que algunos residentes reciben ayudas como consecuencia de la Ley 39/2006, y los familiares, en escasos supuestos parece ser, que se lucran con ellas, ya que no la dedican a la persona dependiente, pues está en la residencia y no lo comunican tampoco, en algunos casos a la residencia.

Por ello, me parece que el argumento de esta sentencia podría ser aplicado a estas ayudas amparadas en la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y

294 Mantengo la terminología de la sentencia.

atención a las personas en situación de dependencia, para facilitar que reviertan en beneficio de las personas que se pretende proteger, mediante el conocimiento, y en su caso administración de estas asignaciones por parte de quienes realmente se encargan de su guarda.

2. Sentencia nº 448/2008, de 22 de julio de 2008²⁹⁵

Se trata de un supuesto en que tras el divorcio de un matrimonio que tenía una hija, fallece la madre, y se atribuye la guarda de hecho y custodia de la misma a su tía materna, manteniendo la autoridad familiar del padre biológico (que según se indica en la sentencia, está plenamente capacitado para ejercer su autoridad familiar).

Ciertamente parece que no se trataría de guarda de hecho en los términos de los artículos 142 a 145 LDPA, pues parece que no hay desamparo como exige el artículo 142 en cuanto se reconoce la capacidad del padre para ejercer su autoridad familiar, de la que no se le priva ni se suspende. Por ello, se trata de una particular división de funciones entre el padre biológico y la tía de la menor en atención a circunstancias que no se deducen con claridad de la regulación de la guarda de hecho ni constan expresamente en la sentencia.

3. Sentencia nº 392/2008, de 30 de junio de 2008²⁹⁶

En esta sentencia se discute acerca de si ha habido o no cesión de un contrato de arrendamiento. Una arrendataria tenía como empleadas a sus nueras durante más de veinte años. El

295 Id Cendoj: 50297370022008100267.

296 Id Cendoj: 50297370042008100243.

demandante pretendía que se declarase la resolución del contrato de arrendamiento por cesión no consentida a sus nueras. En primera instancia se absuelve a la demandada.

Durante el proceso la arrendataria fue declarada incapaz judicialmente.

Posteriormente, en apelación, se estima que ha habido cesión de la arrendataria a favor de sus nueras, que se funda en “una realidad no expuesta en esa contestación, que ante la evidente incapacidad de hecho de la arrendataria, existía una, también guarda de hecho por, en lo que al negocio se refiere, que es lo aquí interesa, sus propias empleadas” (Fundamento de derecho 2º).

Parece deducir una cesión del contrato de arrendamiento del hecho de que la arrendataria es guardada de hecho por sus empleadas, que a su vez son sus nueras, y esa cesión sin consentimiento del arrendador determina la resolución del contrato de arrendamiento.

En el supuesto referido, esta guarda de hecho termina por la incapacitación judicial.

No obstante, en su fundamentación únicamente se cita la Ley de Arrendamientos Urbanos, y en ningún caso se aplican los artículos 142 a 145 de la LDPA. Los supuestos descritos a continuación son anteriores a la entrada en vigor de la LDPA.

En ellos hay referencias a la guarda de hecho, o guardadores de hecho.

4. Auto nº 122/06, de 3 de marzo de 2006²⁹⁷

En un procedimiento de guarda y custodia de un menor se

297 Id Cendoj: 50297370052006200032.

otorgó la misma al padre, que confió su cuidado a su hermano y la pareja de éste, es decir los tíos del menor. Se advertía que si la madre seguía con comportamiento positivo (tras superar su toxicomanía), ésta sería quien se hiciera cargo del menor.

En este auto se confirma el del Juzgado de Primera Instancia en que se estimaba la solicitud formulada por la madre ordenando que el menor sea entregado a su madre.

Se refiere a la guarda de hecho ejercida por los tíos paternos del menor, “que no debe prolongarse”. Así pues, se desplaza la guarda y custodia del menor a su madre.

5. Sentencia nº 28/2005 de 18 de enero de 2005²⁹⁸

Se trata de un supuesto en el que una persona pretende la incapacitación de su tía. El Ministerio Fiscal formula la demanda y el Juzgado de Primera Instancia la estima, declarando absoluta y plenamente incapaz a la demandada, nombrando tutora a su sobrina.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación, en el que se pide no haber lugar a la incapacitación. En el acto de la vista el Ministerio fiscal modificó, como se indica en el Fundamento de Derecho Primero, “su anterior criterio y solicita que el estado y situación en que la demandada se encuentra no sea reputado como de incapacidad total, sino de tipo medio o atenuado, referido a la administración de sus bienes, con integración de esa capacidad defectuosa mediante el sometimiento a curatela de la incapacitada”.

La Audiencia Provincial considera que la incapacitada dis-

298 Id Cendoj: 50297370022005100002.

pone de una conciencia suficiente de su situación y actuación, en la que los padecimientos físicos o psíquicos informados no tienen ninguna incidencia decisiva, no cabe declarar su incapacidad, ni siquiera la parcial, pues estando acreditado que la supuesta incapaz mantiene sus capacidades intelectivas y volitivas y que dispone de capacidad para decidir quién le ayuda en sus limitaciones físicas, ni cabe mantener la declaración de incapacidad realizada en la instancia, que respondió a una situación que luego se ha demostrado transitoria, pasajera o en cualquier caso superada, ni cabe efectuar la que con los expresados temperamentos propone el Ministerio Fiscal, dice que con regularización en tal caso de la guarda de hecho que viene ejerciendo D. José Enrique, sobrino de la demandada, pues es claro que con ello se limitaría la libertad de decisión de esta última cuando no concurren los presupuestos que la Ley exige”.

Se continúa afirmando que la incapacitada “no ha de tener por mancha, insulto ni imputación peyorativa la incapacidad que su sobrina promovió e inicialmente fue declarada, pues en las circunstancias que se conocen hay que entender que esa declaración y el procedimiento en que se obtuvo únicamente se dirigió, de acuerdo con la finalidad que institucionalmente persigue, para la protección y defensa de la persona e intereses de quien por entonces presentaba signos acreditados de enfermedad y pérdida de su capacidad de autogobierno”.

Me parece oportuno destacar que la incapacitación cumple una importante función de protección de la persona cuando ciertamente no es capaz de gobernarse por sí misma, pero que una vez que ha mejorado, esa incapacitación se considera peyorativa. En esas condiciones la Audiencia Provincial considera la guarda de hecho ejercida por su sobrino como un medio adecuado para proteger a la persona.

6. Auto n° 303/2003 de 23 de mayo de 2003²⁹⁹

Trata de la adopción de un mayor de edad que comenzó la convivencia a los 15 años. El artículo 175.2 del Código civil establece: “por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiera existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada, antes de que el adoptando hubiera cumplido los catorce años”.

Por lo que afecta a la materia objeto de este trabajo, este Auto reconoce la guarda de hecho como medio para justificar la convivencia del menor con el futuro adoptante. No obstante surge el problema de justificar la propia existencia de la guarda de hecho en los siguientes términos: “La situación la de convivencia [...] tampoco se presenta de ardua justificación, y ambos términos «acogimiento y convivencia» permiten concluir que cualquier «situación de hecho» que haya dado lugar a la convivencia ininterrumpida puede justificar la adopción de los mayores de edad y menores y emancipados, es decir, tanto cualquier tipo de acogimiento legalmente constituido como la propia guarda de hecho o guarda legal constituida judicialmente.

En definitiva se admite esta guarda de hecho para justificar esa convivencia, y en consecuencia, permitir, si se cumplen los demás requisitos legales, que en este supuesto no se dan (por comenzar la convivencia a los 15 años), la adopción de un mayor de edad.

299 Id Cendoj: 50297370042003200067.

7. Auto n° 57/2002, de 30 de enero de 2002³⁰⁰

Se trata de un supuesto en que un menor ha sido guardado de hecho. La guardadora solicita la constitución de la tutela.

En este Auto el Magistrado hace notar que hay desamparo en los siguientes términos: “El desamparo como hecho, aunque algún autor ha entendido que no existe si el menor esta bajo guarda de hecho, hay que referirlo a los padres biológicos, en relación a los cuales, de lo transcrito del recurso de la madre resulta la imposibilidad de esta del ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, con referencia a la patria potestad”.

No obstante se tienen en cuenta las particulares relaciones que derivan de la guarda de hecho para nombrar tutora a la guardadora de hecho, en beneficio del menor, tras declarar en suspenso la patria potestad de la madre³⁰¹.

8. Sentencia n° 71/2002 de 5 de febrero³⁰²

Se trata de un supuesto de privación de la patria potestad, en la que únicamente se propone como guardadora de hecho a la abuela materna. No obstante, por las circunstancias del caso, se priva de la patria potestad al padre y se atribuye la misma a la madre.

300 Id Cendoj: 50297370042002200123.

301 Se afirma: “Se declara al menor Baltasar, en situación de desamparo, respecto de la madre Doña Isabel, cuya patria potestad queda en suspenso.

Se constituye en la tutela del artículo 239 párrafo segundo del Código Civil, al referido menor.

Se nombra a Doña María Angeles, tutora del menor Baltasar, en las condiciones legales”.

302 Id Cendoj: 50297370042002100304.

9. Sentencia n° 688/2001, de 21 de noviembre³⁰³

Se resuelve acerca de la responsabilidad extracontractual por culpa *in vigilando* de los titulares de la patria potestad. Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia de n° 10 de Zaragoza, se condena a la madre y al conviviente con ella a pagar al demandante por los daños causados al demandante.

Recorre el conviviente en apelación, alegando que no es padre. No obstante, se plantea su posible responsabilidad por ser guardador de hecho, aplicando el artículo 1903, en el sentido de que la responsabilidad por hechos ajenos de padres o tutores es “ad exemplum” y se puede aplicar a los guardadores de hecho.

La Audiencia absuelve al conviviente en cuanto considera que “no existe prueba que acredite que el recurrente actuaba como tal guardador de hecho o responsable del menor Cornelio. El hecho de que conviva con él y con su madre no es base suficiente para tal conclusión”.

Así pues, se utiliza el término guardador de hecho como persona con obligación de guarda custodia y tutela del actuar del menor, que se considera que no procede respecto del conviviente con la madre.

10. Sentencia n° 590/2001, de 5 de octubre³⁰⁴

En este supuesto el demandante reclama una cantidad a una persona y su hijo por los daños producidos por la vivienda de la madre. El Juzgado de Primera Instancia condena a la madre y absuelve al hijo³⁰⁵.

303 Id Cendoj: 50297370052001100533.

304 Id Cendoj: 50297370052001100459.

305 En el Fundamento de Derecho Cuarto se afirma: “No mejor suerte merece el

Se interpone recurso de apelación por parte de la madre que duda de la relación entre la fuga de su vivienda y los daños de la vivienda asegurada. También interpone recurso la demandante reclamando al hijo como guardador de hecho de su madre, pero la sentencia resuelve que no es guardador de hecho de su madre porque ésta no tiene la capacidad disminuida.

En definitiva se pretende reclamar una cantidad a una madre y a su hijo como guardador de hecho, si bien se considera que no se dan los presupuestos de la guarda de hecho.

11. Sentencia n° 307/2000 de 8 de mayo de 2000³⁰⁶

Se trata de un supuesto de reclamación de cantidad de una residencia a una persona, presunta incapaz por su enfermedad de Alzheimer, que utilizó sus servicios. Este servicio fue contratado por su hermano, y se pretende defender que la residente es un tercero en el contrato, y por tanto no obligada al pago. Sin embargo la Sentencia considera que su hermano actuó como guardador de hecho y que es plenamente válido tal contrato³⁰⁷.

recurso interpuesto por la aseguradora, asentado en el carácter de administrador de facto del codemandado absuelto.

Los argumentos del recurso se fundan, para justificar esa suerte de figura de administrador *de facto* (es decir, de guardador de hecho de su anciana), en el perfecto conocimiento que ha demostrado tener del contencioso. La prueba de confesión de D^a Cristina revela respuestas precisas y claras, por lo que las meras limitaciones físicas de su edad no permiten deducir la existencia de una capacidad disminuida que justifique la imputación de sus actos y omisiones a su hijo codemandado”.

306 Id Cendoj: 50297370042000100415.

307 En el Fundamento de Derecho Segundo afirma: “un contrato de arrendamiento de una plaza fija en el aludido Hotel Residencia Cogullada para la demandada, concertado entre las hoy litigantes y D. Alfonso, hermano de Dña. Laura, evidencia que la intervención llevada a cabo por éste último lo fue como guardador de hecho de su mentada hermana, en interés de la misma, presunta incapaz como consecuencia de la

En definitiva la guarda de hecho justifica la validez del contrato realizado por el guardador de hecho en beneficio de la persona guardada, y en consecuencia para reconocer tal obligación de pago.

12. Auto n° 546/1999, de 13 de septiembre³⁰⁸

En este supuesto se resuelve acerca de la situación de desamparo de una menor.

Su madre está en paradero desconocido. Su padre se encuentra internado en un Centro Penitenciario. Estuvo bajo la guarda de hecho de su tía paterna, que según el Auto “se reveló inadecuada para el desarrollo de la menor”.

enfermedad de Alzheimer que padecía, actuación amparada por el artículo 304 del Código Civil y que supone una excepción al artículo 1259 de dicho texto legal, permitiendo reconocer plena validez a dicho contrato del que son partes la actora y la demandada, que en modo alguno cabe considerarla como tercero ajeno al mismo, como erróneamente se señala en la sentencia de primer grado, bastando para ello con examinar el contenido del referido contrato, en que figura como parte contratante de los servicios de la Residencia Dña. Laura, que desde tal fecha ingresó como residente en las condiciones pactadas, siéndole cargado en su cuenta bancaria el importe de los recibos mensuales, como lo reconoce su referido hermano al contestar a la pregunta octava formulada por la propia parte demandada. En virtud de dicho contrato de arrendamiento de servicios la demandada quedó obligada al pago del precio estipulado, de conformidad con lo normado en los artículos 1254, 1255, 1544 y concordantes del Código Civil, lo que implicaba el abono también del precio de los servicios extraordinarios prestados a la residente por asistencia personal a la misma a consecuencia de su estado de incapacidad para poder cuidar de su propia persona, y que quedan especificados en las facturas obrantes en autos (folios 3 a 11), servicios que no quedaban comprendidos en el precio de las 75.000 pesetas mensuales y que le fueron prestados efectivamente en los meses a que se contraen tales facturas, según queda acreditado por la testifical de Dña. Andrea (folio 120), obligación de pago no satisfecha por la demandada, lo que determina la prosperabilidad de la reclamación efectuada por la mercantil actora”.

308 Id Cendoj: 50297370041999200119.

En lo que afecta a la guarda de hecho parece deducirse de este Auto que, ciertamente la guarda de hecho fue inadecuada, y por ello, hay situación de desamparo. *A contrario*, se deduce que si se hubiera ejercido debidamente, la menor estaría protegida.

13. Auto nº 676/1999, de 28 de julio de 1999³⁰⁹

Este expediente se inició a instancia de una hija del presunto incapaz quien estaba, según la instante, bajo la guarda de otra hija. La solicitud se fundamentó en el art. 303 Cc en interés del presunto incapaz e interesaba "medidas de control y vigilancia" que se estimaran convenientes.

Se acordó el examen del presunto incapaz y requerir a la guardadora para que se abstuviera de disponer del patrimonio del presunto incapaz salvo en lo que se deba a la atención diaria de esa persona; para que comunicara al Juzgado los actos de disposición de los que hubiera necesidad; y para que informara de sus actuaciones respecto de los bienes del presunto incapaz.

La guardadora contestó el requerimiento justificando un poder de administración otorgado por el presunto incapaz a favor de su esposa, madre de las intervinientes ya fallecida al inicio del expediente, y sustitución de poder otorgado por la esposa a favor de la guardadora.

En Auto de 12 de marzo de 1999 del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza, se dice que del examen del incapaz "resultó, en apariencia, y a salvo lo que pudiera resultar de informes médicos, que pudiera precisar atención sobre su persona y bienes". Por otra parte reconoce "una apariencia de una causa

309 Id Cendoj: 50297370051999200097.

del ejercicio del cuidado que lleva a efecto sobre su padre, como la existencia de un poder" y concluye que ante tal apariencia de causa legal falta el requisito de guardador de hecho y deben desestimarse las medidas solicitadas.

En Auto de 28 de julio de 1999 la sección 5ª de la Audiencia Provincial resolvió la apelación contra el auto anterior estableciendo en sus fundamentos jurídicos: "lo que determina existencia de tal supuesto [de la guarda de hecho] es que se vengan ejerciendo facultades propias de la instituciones tutelares sobre un presunto incapaz, sin que el que ejerza tales funciones lo haga con potestad legal para ello. Tal potestad no puede derivar nunca de un mero apoderamiento voluntario otorgado por el presunto incapaz en tiempos pretéritos en los que no se encontraba sumido en esa situación presunta de incapacidad. Antes al contrario la existencia de esos poderes amplísimos o de un mandato general harían aconsejable regularizar la situación y control del ejercicio de las funciones propias de una tutela. El presunto incapaz, en razón de esa incapacidad, no podrá nunca controlar el uso que su guardador apoderado, haga de esos poderes".

Así, constatada esa apariencia por los informes médicos y por el examen de la Juez de Instancia, acordó como medida de control la prohibición de que la guardadora enajenara en virtud de cualesquiera poderes bienes inmuebles del presunto incapaz sin previa autorización judicial y como medida de vigilancia la obligación de rendir cuentas en el Juzgado semestralmente de la administración.

En definitiva, se establecen medidas judiciales de control y vigilancia de los actos de la guardadora.

14. Auto n° 363/2001, de 30 de mayo de 2001³¹⁰

Estas actuaciones siguen a las contempladas en el apartado anterior. Se refieren al cumplimiento de la obligación de rendir cuentas a lo que se aplica por analogía el régimen de la tutela. La parte instante consideraba insuficientes las cuentas presentadas. Se resuelve por Auto de 30 de mayo de 2001, en el sentido de confirmar la obligación del guardador de hecho de rendir cuentas.

Además en el Fundamento de derecho cuarto se afirma: “la Sala debe advertir que el art. 303 regula una situación de provisionalidad e interinidad, no pareciendo razonable que la guarda de hecho se prolongue durante tanto tiempo, y aunque no consta si se está tramitando el procedimiento de incapacitación, procederá poner en conocimiento del Fiscal la situación a los efectos previstos en el art. 203 C. Civil”.

En el primer Auto de la Audiencia Provincial se discute si existe guarda de hecho o actuación en virtud de un apoderamiento, como se ha indicado³¹¹; y en el segundo se debate acerca

310 Id Cendoj: 50297370052001200055. Por ello se incluye a continuación.

311 Como se indica en el Fundamento de Derecho Primero: La resolución de instancia considera que no nos encontramos ante un supuesto de guarda de hecho prevenida en el art. 303 C.Civil, pues en la medida en que existe o pueda existir (no entra a valorar jurídicamente su vigencia) un poder del presunto incapaz, no puede entenderse que exista un guardador de hecho, dadas las cumplidísimas facultades que se derivan de ese poder.

En el Fundamento de Derecho Segundo se afirma: “La Sala entiende por contra que sí estamos ante un supuesto de guarda de hecho. Porque en los términos del art. 303 C. civil lo que determina la existencia de tal supuesto es que se vengán ejerciendo facultades propias de las instituciones tutelares sobre un presunto incapaz, sin que el que ejerza tales funciones lo haga con potestad legal para ello. Tal potestad no puede derivar nunca de un mero apoderamiento voluntario otorgado por el presunto incapaz en tiempos preteritos en los que no se encontraba sumido en esa situación presunta de incapacidad”.

de la obligación de rendir cuentas del guardador de hecho, que se reconoce, y además se ordena que se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal la situación de incapacidad³¹².

5.2.2. Audiencia Provincial de Teruel

Únicamente consta un Auto 42/2005 de 8 de marzo de 2005³¹³.

El supuesto de hecho es el de un menor que vive en España con sus padres, procedentes de Marruecos, y su tío. Los padres regresan a Marruecos y el tío solicita la tutela. En el Juzgado de Primera Instancia se deniega la constitución de la tutela. Posteriormente el tío formula recurso de apelación solicitando dicha tutela. Este recurso fue impugnado por el Ministerio Fiscal, que solicitó la confirmación del Auto del Juzgado de Primera Instancia.

Se argumenta en el Fundamento de Derecho segundo que “si bien los padres del menor han manifestado su intención de que el tío paterno sea el encargado de la custodia, educación y manutención de su hijo, es lo cierto que no han perdido la patria potestad, no pudiendo haber tutela en tanto exista patria potestad, al ser ambas figuras incompatibles por disposición legal[...] Ahora bien, esta circunstancia no impide que pueda asegurarse

312 En el Fundamento de Derecho Segundo se afirma: “El recurso resulta inviable pues el art. 303 C. Civil no contiene limitaciones en cuanto a las medidas de vigilancia, siendo más que conveniente dar cumplida explicación sobre algunos de los gastos que se precisan en el escrito de impugnación del recurso, señaladamente las cifras por menaje, ropa, así como por cuidado personal del presunto incapaz, que por un trimestre resultan ciertamente elevadas. Debiéndose rendir cuentas el guardador deberá abstenerse de realizar gastos que no pueda justificar”.

313 Id Cendoj: 44216370012005200047.

el bienestar del menor y su protección a través de la adopción de otras medidas, [...] con base en lo dispuesto en el artículo 158 del Código civil que permite a la autoridad judicial, de oficio o en cualquier procedimiento, adoptar las medidas que considere oportunas para evitar cualquier perjuicio a la persona de los hijos.[...]"

En este Auto se considera la guarda de hecho del tío como medio de proteger al menor. Afirma: "Ha quedado acreditado que el menor Antonio vive en España desde el año 1992, conviviendo en un principio con sus padres y su tío Ildefonso, regresando sus padres a Marruecos y fijando allí su residencia desde hace un año aproximadamente, quedando el menor en España con su tío, que es quien se ocupa de su manutención, educación y cuidado. Esta situación de guarda de hecho consentida por los padres —que conservan la patria potestad del hijo— debe ser legitimada, al estimarse conveniente que continúe por ahora confiada al tío, sin que dicho pronunciamiento suponga una incongruencia de la sentencia respecto a lo pedido en la demanda según doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de fecha 29 de marzo de 2001³¹⁴.

En definitiva, la Audiencia Provincial de Teruel atribuye la guarda de hecho de un menor a su tío para proteger al menor con fundamento en el referido artículo 158 del Código civil.

314 Id Cendoj: 28079110002001100788. Esta sentencia que pronuncia en el sentido de que no hay incongruencia porque la sentencia de instancia no ha apreciado causa para la suspensión de la patria potestad, pero si motivos para aplicar las medidas del art. 158 del CC. No hay privación de la patria potestad a la madre, ni siquiera de forma parcial por el hecho de adoptar las medidas del art. 158 del CC, cuando se da lugar en la sentencia a que los abuelos maternos tengan en su compañía, alimenten y procuren la educación integral de la menor, como de hecho lo venían haciendo, ante la imposibilidad de prestar estos cuidados la madre.

5.2.3. Audiencia Provincial de Huesca

Únicamente se ha publicado sobre esta materia el Auto nº 36/2002 de 31 de julio de 2002³¹⁵.

Se trata de un supuesto de acogimiento familiar preadoptivo, al que se opone el padre, proponiendo a la abuela paterna como guardadora de hecho de la menor. Sin embargo, no se considera adecuado el ambiente para la menor y se confirma el acogimiento acordado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Huesca.

En definitiva, se valora el papel del guardador de hecho, que en el caso que hubiese sido positivo, probablemente habría evitado el acogimiento.

5.3. JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

Para la consulta de resoluciones de Juzgados de Primera Instancia, he seguido una doble vía:

- a) Consulta por las referencias de las resoluciones de la Audiencia Provincial correspondiente cuando han sido objeto de recurso de apelación.
- b) Escritos dirigidos a los Jueces o Secretarios Judiciales.

En los Juzgados de Familia en que actualmente se resolverían estas cuestiones, no hay datos de que ningún guardador haya cumplido la obligación de informar, prevista en la Ley de Derecho de la Persona de Aragón.

Desde la entrada en vigor de esta Ley, ninguno de los Juzgados de Zaragoza que actualmente se encargan de esta materia (de Primera Instancia números 5, 6 y 16), de Teruel ni de Huesca

315 Id Cendoj: 22125370002002200042.

ha resuelto ningún supuesto específicamente sobre guarda de hecho.

Además, en el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Zaragoza de Incapacidades no han resuelto sobre guarda de hecho. Como es conocido este Juzgado recibe fundamentalmente:

- a) solicitudes de incapacitación o,
- b) solicitudes de permiso para internamiento en residencias o centros psiquiátricos a petición de las familias o del director de la residencia cuando la persona se opone o no puede prestar el consentimiento a su internamiento. En estos supuestos el Juez autoriza, en su caso, el internamiento.

Así, en un supuesto se solicita la transformación de guarda de hecho en tutela. Así sucedió en un supuesto en que fallecen los padres y los niños los guarda un tío y su mujer. Posteriormente se pide consentimiento a los demás tíos de los niños para transformar la guarda de hecho en tutela. Se resuelve sin más incidencias. Procede del Juzgado de 1ª Instancia num. 13 de Zaragoza, Sección C, Tutela num. 1504/08. Al parecer se trataba de una situación de guarda de hecho que querían formalizar con la tutela y pedían conformidad al resto de familiares para que se nombrase tutores a quienes ejercían la guarda.

Con anterioridad a esta Ley, hay alguna sentencia, que aun cuando el objeto que se discute no es la guarda de hecho, han intervenido personas que, han sido consideradas inicialmente como guardadores de hecho, como detallaré a continuación. Son sentencia o Autos que han sido apelados, a los que me he referido en el apartado correspondiente a Audiencias Provinciales. Así, a título de ejemplo, se pueden citar las siguientes:

1) Sentencia de 9 de febrero de 2001 del Juzgado de Primera Instancia Diez de Zaragoza (recurso resuelto por Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza número 688/2001 de 21 de noviembre).

2) Sentencia de 22 de abril de 2001 del Juzgado número Dos de Calatayud. (recurso resuelto por Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza número 590/2001 de 5 de octubre).

3) Auto de 21 de noviembre de 2000 del Juzgado de Primera Instancia núm. Doce de Zaragoza (recurso resuelto Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza número 363/2001 de 30 de mayo). En él se resuelve acerca de la obligación de rendición de cuentas del guardador de hecho. Se reitera dicha obligación como consecuencia de la oposición del guardador a realizar tal rendición de cuentas.

6. CONCLUSIONES

1. En definitiva podríamos valorar positivamente la regulación aragonesa, en cuanto establece una regulación detallada, si bien se observa en la realidad aragonesa que no se ha puesto en práctica, por ejemplo, la obligación de notificar el ejercicio de la misma. Tampoco se utiliza la acreditación de la condición de guardador de hecho mediante declaración de la Junta de Parientes, si bien ha transcurrido poco tiempo desde su entrada en vigor.

2. Una vez analizadas las sentencias de Audiencias aragonesas, se observa que no se ha aplicado esta regulación de los artículos 142 a 145 de la LDPA a ningún supuesto.

En sentencias anteriores se ha aplicado la parca regulación del Código civil, y en sentencias posteriores, cuando se cita el

término guarda de hecho o guardador/a de hecho, la que más se aproxima a la guarda de hecho sería la contemplada en el apartado 2, y llega a una resolución de compatibilizar la autoridad familiar con la guarda de hecho, cuestión de difícil comprensión.

En cuanto a las cuestiones tratadas en las sentencias objeto de estudio:

1. se constituye en ocasiones la guarda de hecho por la autoridad judicial como medio de proteger a la persona;
2. se advierte el carácter provisional de la guarda de hecho;
3. se admite la guarda de hecho para justificar la convivencia de una persona, y en consecuencia, permitir, si se cumplen los demás requisitos legales, la adopción de un mayor de edad;
4. justifica la validez de contratos realizados por el guardador de hecho en beneficio de la persona guardada, y es medio para reconocer en consecuencia tal obligación de pago a cargo del patrimonio de la persona guardada cuando se contratan servicios que redundan en su utilidad;
5. cuando es inadecuada, hay situación de desamparo y cuando es correctamente ejercida la persona estaría protegida, y no existiría situación de desamparo;
6. se establecen medidas judiciales de control y vigilancia de los actos del guardador ante actuaciones que parecen no ser acordes con la condición de guardador, con obligación de rendir cuentas, que en ocasiones es discutida. No obstante se deduce con claridad de la regulación aplicable antes de la LDPA y de la propia Ley vigente actualmente.

En consecuencia podría afirmarse que no se han producido conflictos que accedan a los Tribunales en estas materias y hayan sido resueltos mediante la aplicación de los referidos artículos 142 a 145 LDPA.

3. El Justicia de Aragón informa a los directores de residencias de sus obligaciones como guardadores de hecho, labor que beneficia a estos centros y, fundamentalmente a las personas con discapacidad. Por tanto hemos de agradecer y valorar su labor. En concreto, la de poner en conocimiento de la Fiscalía la situación de los que residentes para su incapacitación: se observa que se hace así en las residencias públicas; sin embargo en las privadas se considera que es una cuestión que corresponde a las familias. Asimismo se indica que se les informa de sus obligaciones como guardadores de hecho.

