

**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

María Bertrán Girón³¹⁶

Profesora de Derecho Financiero y Tributario

1. IDEAS PREVIAS

La protección de las personas con discapacidad y/o dependencia constituye uno de los grandes retos de nuestro siglo. Se ha hablado frecuentemente del cuarto pilar del Estado de Bienestar que, precisamente, busca el reconocimiento de un trato que permita vivir en condiciones de igualdad a aquellos que de inicio se encuentran afectados por una situación que no se lo permite. El Estado se convierte en el protector para que no se produzcan dichas desigualdades, es decir, en última ratio, en el

316 La autora es Personal Doctor Investigador de la Universidad de Granada contratada con cargo al Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía SEJ 1830 cuya investigación versa sobre *"La fiscalidad como instrumento de protección de personas dependientes: evolución y estudio de las medidas estatales y autonómicas"*. Igualmente es miembro investigador del Proyecto de I+D 2008 del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2008-03166 sobre *"Las medidas fiscales como instrumento de protección de la familia: personas con discapacidad versus dependencia. evolución y eficiencia de las medidas estatales y autonómicas"*.

garante de los principios que viene recogidos en nuestro texto fundamental: La Constitución Española.

En efecto, el fundamento jurídico de las actuales políticas de protección a estos colectivos se encuentra en el articulado de nuestra Constitución³¹⁷. Así el art. 14 CE garantiza el principio de igualdad al establecer que *“todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Es más, este principio no tiene un mero alcance programático sino que se convierte en una exigencia a los poderes públicos al establecer que corresponde a éstos *“promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*³¹⁸. Y en la misma línea en el Capítulo III del Título I dedicado a los principios rectores de la política social y económica, el art. 49 es claro al regular 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”*. Todo ello

317 Por razones de extensión no podemos profundizar más sobre el tema pero dicha protección no es única de nuestro sistema sino que también lo es a nivel de la Unión Europea. Baste como ejemplo el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea, que establece en el artículo II-81 *«la prohibición de toda discriminación, y en particular por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, relación o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual»*.

318 Art. 9.2 CE.

se establece atendiendo al objetivo recogido en el propio art. 10.1 del comentado texto en el que se explicita que *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

Esta función de garantía de lo que se ha llamado el “estado de bienestar” se articula a través de una apuesta clara y decidida del Estado por estas políticas de búsqueda de igualdad de oportunidades para todos³¹⁹. Lógicamente, ello genera sin duda un gasto que ha de ser sufragado por todos los españoles como bien establece el artículo 31. 1 de la CE: *“Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”*. Y en este ámbito es en el que adquiere importancia el derecho tributario y presupuestario. Ello, como es bien sabido, en dos líneas básica: el gasto que implica la consecución de estos fines sociales y el tratamiento fiscal “especial” del que se dota a determinadas situaciones en búsqueda de la garantía de este principio de igualdad, no sólo contenido en el art. 9 CE, sino también y para nuestro ámbito en el 31.1 de nuestra Norma Fundamental. Es decir, buscar la tradicional máxima de este principio por la que se afirma que la igualdad no es tratar a todos por igual

319 Coincidimos con CALVO VÉRGEZ en entender la misma como “la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”. Creemos que puede unirse, en este caso, al concepto de discapacidad también el de dependiente que si bien, como se explica en el presente trabajo, en ocasiones pueden ser coincidentes no tienen porque definirse por igual.

CALVO VÉRGEZ, Juan. “Tratamiento de las situaciones con discapacidad en el marco del Sistema Tributario Local”. *Tributos Locales*, núm 71. Julio 2007. Pág. 10.

sino desigualmente a aquél que lo necesita para equipararlo a los iguales. En esta segunda línea en relación con los discapacitados y dependientes, aunque quizá con más brevedad de la que nos gustaría debido “a las exigencias del guión”, vamos a centrar nuestra comunicación.

2. DISTINCIÓN CONCEPTUAL

Como punto de partida de este trabajo se ha tomado la fundamentación jurídica única y común tanto para personas discapacitadas como dependientes. Sin embargo, llegado este punto, consideramos necesario realizar una delimitación conceptual de unas y otras.

Ciertamente, existe una tendencia a identificar el concepto de discapacidad con el de dependiente, y aunque tiene su lógica puesto que no son pocas las situaciones de discapacidad que conllevan la dependencia hemos de diferenciar ambas situaciones. En efecto, cada una se caracteriza de forma distinta, de hecho, para obtener uno u otro calificativo se han establecido distintos procedimientos administrativos de reconocimiento o valoración. Lo aconsejable, para evitar que una persona deba pasar por dos procesos de evaluación y poder beneficiarse de las medidas, es que se unifiquen los procedimientos, es decir, que se haga una evaluación conjunta, tanto de la situación de discapacidad como de la dependencia, cuando ambas se pueden conceptuar igual. Otra posibilidad es establecer equiparaciones entre los grados de minusvalía y los grados de dependencia, como se prevé en la Disposición adicional novena de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, que se desarrolla en la Disposición adicional primera del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia estable-

cido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Sin embargo, el concepto de discapacidad parece gozar de mayor antigüedad, o más bien puede afirmarse que desde una perspectiva jurídica su aparición es anterior al de Dependencia. Y, ello, a pesar de que con anterioridad a la conocida Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia ya existiera este concepto³²⁰, si bien con un tratamiento jurídico más sectorial y dependiente de las políticas territoriales de cada Comunidad Autónoma o Entidad Local.

Siguiendo a la OMS podemos definir como discapacidad “toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano.” Debemos, por tanto, hablar de personas con discapacidad y nunca de discapacitados.

En este sentido, se ha unificado la concepción relacionada con el mismo desapareciendo toda referencia a «minusvalía», o «personas con minusvalía» por la expresión personas con discapacidad. Cambio terminológico que de manera expresa se establece en la Disp. Adic. Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, tanto para las referencias existentes en los actuales textos legales, como para las disposiciones normativas que va-

320 Como se afirmaba en el propio Pacto de Toledo en las conclusiones de su Informe de 2003, «siempre han existido ciudadanos en situaciones de dependencia, ya que por razones de edad, enfermedad o deficiencia parte de la población ha necesitado ser ayudada o atendida por terceras personas en el desarrollo cotidiano de las actividades de su vida».

yan a elaborar las Administraciones Públicas que deberán utilizar los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad».

Centrándonos en nuestro ámbito el concepto de personas con discapacidad aparece recogido en la Ley de IRPF que sirve de referencia para determinar cuándo una persona puede beneficiarse de las distintas medidas existentes en este sector del ordenamiento destinadas al grupo social aludido que necesita de una especial atención e integración debido a sus circunstancias físicas o psíquicas. Y ello, no sólo a efectos de este impuesto, sino en general ya que la mayoría de las figuras tributarias se remiten a dicha regulación.

El artículo 60.3 del LIRPF/2006 establece, salvo disposición en contrario, que tendrán la consideración de personas con discapacidad los contribuyentes que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. Y en la misma línea, para la imposición indirecta, el artículo 91.Dos.4º, último párrafo, de la LIVA, regula que "*A efectos de esta Ley se considerarán personas con minusvalía a quienes tengan esta condición legal en grado igual o superior al 33 por 100*".

Por tanto, a nuestros efectos, podemos definir al discapacitado, como la persona que puede acreditar un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, sin más distinciones. Sin embargo, llama la atención que el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Norma Tributaria con esa finalidad, efectúa la siguiente distinción: "*a efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100; b) las afectadas*

por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100". Distinción que tiene su relevancia, debido a que dicha norma, incluye importantes medidas fiscales que se han incorporado a la normativa del IRPF, pero sin embargo, no se ha incorporado tal concepción diferenciada.

Por su parte, en relación con la Dependencia podemos partir de el concepto acogido sobre la misma por el Consejo de Europa³²¹ que la define como *«la necesidad de ayuda o asistencia importante para las actividades de la vida cotidiana»*, o, de manera más precisa, como *«un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria y, de modo particular, los referentes al cuidado personal»*. Esta definición, que ha sido ampliamente aceptada, plantea la concurrencia de tres factores para que podamos hablar de una situación de dependencia: en primer lugar, la existencia de una limitación física, psíquica o intelectual que merma determinadas capacidades de la persona; en segundo lugar, la incapacidad de la persona para realizar por sí mismo las actividades de la vida diaria; en tercer lugar, la necesidad de asistencia o cuidados por parte de un tercero. Por tanto, la dependencia puede entenderse como aquella situación de carácter vitalicio o cuasi vitalicio en que una persona requiere la ayuda de otra para su subsistencia o para los actos más elementales de la vida. Viene provocada sobre todo por la edad, pero también por otras causas, como la enfermedad o la discapacidad. Y, en la actualidad, se ha convertido en una preocupación por parte de los poderes públicos, entre otras causas, debido a lo que se ha

321 Recomendación relativa a la Dependencia aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en septiembre de 1998.

llamado el “envejecimiento del envejecimiento”. Aunque, como hemos referido, pueden ser varias las causas que desarrollen una situación de dependencia, no lo es menos, que el aumento de la esperanza de vida, así como la incorporación de la mujer al mundo laboral (era la que tradicionalmente se ocupaba del cuidado de estas personas), han hecho que la sociedad necesite del reconocimiento de un derecho de la ciudadanía como es el derecho de las personas que no se pueden valer por sí mismas a recibir atención por parte del Estado

En nuestro ordenamiento jurídico, tradicionalmente la Dependencia había sido atendida desde diversos frentes, aunque con medidas parciales o fragmentarias: el sistema de seguridad social (a través de complementos para gran invalidez o prestaciones similares), el sistema de salud (en lo que se refiere a la hospitalización o la asistencia sanitaria), el sistema de servicios sociales (a través de residencias, centros de día u otras instalaciones), el sistema de asistencia social (prestaciones para discapacitados, para ancianos, para indigentes, etc.), e incluso otros sistemas o conjuntos normativos más especializados, como el de protección a la familia o el de atención a los discapacitados, o el de conciliación de la vida laboral y familiar. Con la aprobación de la LEY 39/2006 contamos con un tratamiento unificado a nivel estatal así como con contenido claro de lo que debe entenderse por tal.

El art. 2.2 de la Ley establece que debemos entender por Dependencia *“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 personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía*

personal”³²². Esta Ley, además, incorpora una graduación de la dependencia, que dependiendo de la misma, dará lugar al nacimiento del derecho a percibir unos servicios asistenciales y unas prestaciones económicas que no dependerán del grado de minusvalía que pueda tener la persona discapacitada en su caso sino de su grado dependencia³²³.

En el ámbito tributario, la Ley de IRPF recoge ciertas medidas destinadas a las personas que se encuentren en situación de dependencia, que veremos a continuación, si bien para su conceptualización se remite a lo contenido en la Ley ya comentada.

Como hemos querido poner de manifiesto, no es lo mismo aunque, a veces, ambas condiciones puedan venir unidas, ser dependiente que persona con discapacidad. A efectos fiscales habrá que estar al beneficio o incentivo fiscal concreto para saber a qué personas afecta y como analizaremos, en el próximo epígrafe, la diferencia en ocasiones puede ser sustancial.

322 En los apartados precedentes y posteriores establece qué debe entenderse por los distintos conceptos que aparecen a lo largo de la Ley como pueden ser Actividades Básicas de la Vida Diaria, necesidades de apoyo para la autonomía personal, autonomía, tercer sector, etc.

323 El artículo 26 de la Ley 39/2006 establece distintos grados de Dependencia. Estos son los siguientes:

1. GRADO I. DEPENDENCIA MODERADA. Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día.

2. GRADO II. DEPENDENCIA SEVERA: Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador.

3. GRADO III. GRAN DEPENDENCIA. Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día, y por su pérdida total de autonomía mental o física, necesita apoyo indispensable y continuo de otra persona.

Dentro de cada grado se establecen dos niveles. Por su parte, los menores de 3 años con “graves discapacidades” tienen un escala de valoración específica.

3. TRATAMIENTO FISCAL

En la siguientes líneas presentamos el tratamiento fiscal tanto de las personas con discapacidad como de los dependientes. Hemos de señalar que en relación con las primeras las medidas son bastante más numerosas y debido a las características de este trabajo simplemente realizaremos una presentación de las mismas³²⁴. Igualmente sólo nos podremos referir a las medidas existentes de carácter estatal, sin embargo, como es conocido nuestro sistema impositivo tiene atribuidas ciertas competencias a las Comunidades Autónomas que van desde regulaciones parciales en algunos impuestos, por ejemplo IRPF, hasta la cesión total de determinadas figuras impositivas, por ejemplo Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Acto Jurídicos Documentados. Ello provoca que en función de la Comunidad Autónoma que nos encontremos habrá que acudir a su propia legislación para saber si existen medidas propias de aplicación destinadas a estos colectivos en ese territorio³²⁵.

324 Para su tratamiento específico y completo recomendamos los siguientes trabajos: PERÉZ LARA, JOSÉ Manuel/ LÓPEZ MARTÍNEZ, Juan. *Impuestos y Discapacidad*. Cuadernos de Aranzadi Jurisprudencia Tributaria num. 39.2006. Actualizado en PÉREZ LARA, JOSÉ Manuel. *Impuestos y discapacidad*, Aranzadi Práctico fiscal, (www.westlaw.es).

Vid. También: RANCAÑO MARTÍN, Maria Asunción. *Las medidas fiscales de protección a nuestros mayores en el IRPF*. Quincena Fiscal Aranzadi num. 3/2008. MONTESINOS OLTRA, Salvador. *Los requisitos del régimen tributario especial de las entidades sin fines lucrativos*. Cuadernos de Aranzadi Jurisprudencia Tributaria num. 49; CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, Pilar. *La Reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Quincena Fiscal Aranzadi num. 5/2007.

325 No podemos recoger aquí todas las medidas particulares de cada una de las Comunidades Autónomas puesto que conllevaría un trabajo de una extensión y profundidad que excede del objeto de esta comunicación.

PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Imposición directa

1. Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas.

En este Impuesto se recogen la mayoría de las medidas destinadas a este colectivo. El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al ser un impuesto de carácter personal, subjetivo, que grava la renta de las personas físicas de acuerdo con sus circunstancias personales y familiares (art. 1 de la Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas³²⁶), recoge una variada gama de medidas a lo largo de su esquema liquidatorio, destinadas a minorar la renta gravada o a favorecer la tributación de las personas, que de acuerdo con la normativa tributaria, se puedan definir como discapacitados o para las familias en las que alguno de sus miembros ostente dicha condición.

En efecto, prácticamente en cada uno de los apartados de valoración de las distintas rentas que puede obtener un sujeto pasivo encontramos medidas especiales para este colectivo. No podemos recoger aquí todas ellas pero sí al menos mencionar algunas. En el apartado de rentas exentas encontramos hasta ocho tipos que quedaran “extra muros” del impuesto³²⁷. Se establecen

326 Ley 35/2006, de 28 de noviembre. En adelante LIRPF.

327 Por el interés que suscitan las exenciones las enumeramos a continuación:

1. Prestaciones concedidas como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, reconocidas por la Seguridad Social. [art. 7.f) primer párrafo de la LIRPF].

2. Las prestaciones reconocidas a los profesionales no integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos por las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al régimen especial de la Seguridad Social [art. 7.f),segundo párrafo de la LIRPF].

también reducciones para los rendimientos del trabajo específicas

3. Las pensiones por inutilidad o incapacidad permanente del régimen de Clases Pasivas, siempre que la lesión o enfermedad que hubiera sido causa de las mismas inhabilite por completo al perceptor de la pensión para toda profesión u oficio [art. 7.g) de la LIRPF].

4. Prestaciones familiares. [art. 7.h) de la LIRPF]:

a) Prestaciones por hijo a cargo, de acuerdo con lo recogido en el Capítulo IX, Título II del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

b) Las prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple (en la normativa derogada solamente se hacía referencia al parto múltiple) adopción, hijos a cargo y orfandad.

c) Igualmente, al igual que la anterior normativa, se mantiene la exención de las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las Comunidades Autónomas o entidades Locales.

d) A partir del 1 de enero de 2007, también están exentas las pensiones y los haberes pasivos de orfandad y a favor de nietos y hermanos, menores de veintidós años o incapacitados para todo tipo de trabajo, percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas.

e) Además, se lleva a cabo la equiparación con las prestaciones reconocidas a los profesionales no integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena propia o autónomos por las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al régimen especial de la Seguridad Social. Para poder beneficiarse de la exención debe de tratarse de prestaciones en situaciones idénticas a las previstas en las letras a) y d) anteriores por la Seguridad Social para los profesionales integrados en dicho régimen especial. La cuantía exenta tendrá como límite el importe de la prestación máxima que reconozca la Seguridad Social por el concepto que corresponda. El exceso tributará como rendimiento del trabajo.

5. Las cantidades percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con minusvalía[art. 7.i) de la LIRPF].

6. Las ayudas económicas otorgadas por instituciones públicas a personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65% para financiar su estancia en residencias o centros de día, [art. 7.i) segundo párrafo de la LIRPF].

7. Las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se perciban en la modalidad de pago único, con independencia de su cuantía, por trabajadores discapacitados que se conviertan en trabajadores autónomos [art. 7.n) segundo párrafo del LIRPF].

como son aquellas por discapacidad de trabajadores activos³²⁸. En relación con las actividades económicas se prevén medidas tanto si el rendimiento se determina por estimación directa³²⁹ como en la objetiva³³⁰. Y, por último, en la determinación de las ganancias o pérdidas patrimoniales, éstas no existen cuando el donante se

8. Se declaran exentos dos tipos de rendimientos del trabajo. [art.7.w) de la LIRPF]:

— los rendimientos del trabajo derivados de las prestaciones obtenidas en forma de renta por las personas con discapacidad que provengan de las aportaciones realizadas a sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad.

— los rendimientos del trabajo derivadas de las aportaciones a patrimonios protegidos.

En ambos casos, estarán exentos hasta un importe máximo de tres veces el indicador público de rentas de efectos múltiples.

328 Se establece un sistema general de reducciones sobre las que se pueden aplicar además tres especiales: A saber, por prolongación de la actividad laboral, por movilidad geográfica y por discapacidad de trabajadores activos. Ésta última aplicable en nuestro estudio es compatible con las anteriores según los propios requisitos establecidos en el correspondiente artículo 20.3 LIRPF.

329 Las personas con discapacidad que obtengan rendimientos netos derivados del ejercicio efectivo de actividades económicas podrán minorar su rendimiento neto en la cuantía de 3.264 euros anuales, y en 7.242 euros anuales en el caso de que se trate de personas con discapacidad que ejerzan de forma efectiva una actividad económica y acrediten necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento. Además, se podrá aplicar los incentivos y estímulos a la inversión empresarial establecidos o que se establezcan en la normativa del Impuesto sobre Sociedades, con igualdad de porcentajes y límites de deducción (art. 68.2 LIRPF), como ocurre con la deducción por creación de empleo para trabajadores minusválidos (art. 41 del TRLIS) o la deducción por adaptación de vehículos para discapacitados (art. 38.5 TRLIS) o la deducción por actividades de investigación y desarrollo [art. 35.1.a) del TRLIS].

330 La Orden EHA/3413/2008, de 26 noviembre, que desarrolla para el año 2009 el método de EO del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA, al igual que hacían sus predecesoras, dentro de las instrucciones para la aplicación de los signos, índices y módulos en el IRPF, establece distintas particularidades respecto al cómputo del personal asalariado y no asalariado con discapacidad.

encuentre en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez, en las transmisiones lucrativas inter vivos de empresas o participaciones, y además, concurren determinadas condiciones³³¹.

Determinada la base, se regulan los mínimos personales y familiares, a los que se añade la posibilidad de aplicación de los llamados “mínimos por discapacidad” tanto cuando esta es del contribuyente, del ascendiente, del descendiente o existan gastos de asistencia de cualquiera de ellos³³². Junto a ello se establecen reducciones por aportaciones a patrimonios protegidos³³³.

2. Impuesto sobre Sociedades.

El Impuesto sobre Sociedades es un tributo estatal de carácter directo y naturaleza personal que grava la renta obtenida por personas jurídicas en el desarrollo de sus actividades económicas. En él se recogen una serie de incentivos fiscales para el contribuyente de dicho impuesto tendentes a favorecer la contratación de trabajadores minusválidos o las condiciones de accesibilidad de dichas personas. En primer lugar se declaran exentas las rentas obtenidas por entidades sin fines lucrativos que procedan de determinadas explotaciones económicas, siempre y cuando sean desarrolladas en cumplimiento de su objeto o finalidad específica³³⁴. Posteriormente se establecen ciertos mecanismos de promoción de políticas sociales destinadas a las personas con

331 Descritas o establecidas en el artículo 20.6 de la Ley 29/1987, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

332 Artículo 60 LIRPF.

333 Sobre el particular nos remitimos a la comunicación presentada por la Prof. Pérez-Piaya.

334 Por aplicación del artículo 7 de la Ley 49/2002, de 23 diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

discapacidad. En concreto se establecen un serie de deducciones así como alguna bonificación.

Las deducciones que contempla esta Ley destinadas a las personas con discapacidad son: La deducción por actividades de investigación y desarrollo (art. 35 TRLIS) que con carácter general será aplicable e a cualquier avance que puede significar una mejora en la integración social de las personas con discapacidad; La deducción por adaptación de vehículos para discapacitados³³⁵ (art. 38.5 TRLIS); La deducción por creación de empleo para trabajadores minusválidos³³⁶ (art. 41 TRLIS); La deducción por contribuciones empresariales a planes de pensiones de empleo, a mutualidades de previsión social que actúen como instrumento de previsión social empresarial o por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas con discapacidad³³⁷. Tanto la primera como la segunda, como la última son deducciones que sólo podrán aplicarse durante un periodo limitado pues está prevista su

335 El sujeto pasivo del IS tendrá derecho a una deducción en la cuota íntegra del 10 por 100 del importe de las inversiones o gastos que haya realizado en plataformas de acceso para personas discapacitadas o en anclajes de fijación de sillas de ruedas, que se incorporen a vehículos de transporte público de viajeros por carretera.

336 El importe de la deducción será de 6.000 euros por cada persona/año de incremento del promedio de la plantilla de trabajadores minusválidos, experimentado durante el período impositivo, respecto a la plantilla media de trabajadores minusválidos con dicho tipo de contrato del período inmediatamente anterior. Dichos trabajadores deben ser contratados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, es decir, el empleador debe solicitar a las Oficinas de Empleo los trabajadores con discapacidad que necesiten. El tipo de contrato debe ser indefinido y por jornada completa.

337 El sujeto pasivo del impuesto podrá practicar una deducción en la cuota íntegra del 10 por 100 de las contribuciones empresariales imputadas a sus trabajadores con retribuciones brutas anuales inferiores a 27.000 euros. Si los trabajadores tienen unas retribuciones brutas anuales iguales o superiores a 27.000 euros, la deducción se aplicará sobre la parte proporcional de las contribuciones empresariales y aportaciones que correspondan al importe de la retribución bruta anual.

desaparición³³⁸. Igualmente se establece una bonificación específica del 90% para las cooperativas de trabajo asociado, fiscalmente protegidas, cuando integren, al menos, un 50% de socios minusválidos y que acrediten que, en el momento de constituirse la cooperativa, dichos socios se hallaban en situación de desempleo.

3. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se caracteriza por ser un impuesto de naturaleza directa, personal, subjetivo, progresivo y que se encuentra cedido a las Comunidades Autónomas, gravando los incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo por las personas físicas producidos en las transmisiones inter vivos o mortis causa.

En relación con la normativa estatal, la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, establece en su artículo 20 dos tipos de reducciones: Una por minusvaía para las adquisiciones mortis causa y otra por transmisiones inter vivos de empresa individual, negocio profesional o participaciones³³⁹. Por su parte las Comunidades Autónomas, como ya se ha mencionado, podrán establecer otro

338 De la primera a partir del 1 de enero de 2012 y de la segunda y la última del 1 de enero de 2011.

339 Siempre y cuando se cumplan los requisitos de la exención regulada en el art. 4.8 de la Ley 19/1991 del Impuesto sobre el Patrimonio. A saber:

a) Que, si el donante viniera ejerciendo funciones de dirección, dejará de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión;

b) En cuanto al donatario, deberá mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo.

tipo de medidas bien reducciones en la base, tarifas especiales del Impuesto, deducciones, bonificaciones, etc. Habrá que estar a la normativa concreta de cada una de ellas.

Imposición indirecta

1. Impuesto sobre el Valor Añadido.

Nos encontramos ante un impuesto estatal, de carácter indirecto, en relación con sus operaciones sujetas. En él se establecen distintas medidas que tratan de reducir la carga impositiva de este impuesto referidas a personas con discapacidad. Destacamos determinadas exenciones así como la aplicación de tipos reducidos o superreducidos a ciertas operaciones. Igualmente como ocurriera con la estimación objetiva en IRPF, se prevén beneficios fiscales para los sujetos acogidos al régimen simplificado de IVA.

En relación con las primeras se establecen mecanismos de exención tanto para operaciones interiores, como importaciones como adquisiciones intracomunitarias de bienes. Sirva a título de ejemplo las prestaciones de servicios de asistencia social efectuadas por entidades de Derecho Público o entidades o establecimientos privados de carácter social que tengan relación, entre otras, con la educación especial y asistencia a personas con minusvalía o las cesiones de personal realizadas por entidades religiosas inscritas en el Registro correspondiente del Ministerio de Justicia para el desarrollo de actividades de asistencia social referidas a la educación especial y asistencia a personas con minusvalía o la exención de bienes importados en beneficio de personas con minusvalía³⁴⁰.

340 Para las operaciones interiores se establecen los mecanismos en el art. 20.uno

Por su parte como sabemos, las operaciones sujetas a IVA están gravadas a tres tipos impositivos distintos, el 16 por 100, con carácter general, el tipo reducido del 7 por 100 y el superreducido del 4 por 100, la opción de un tipo impositivo u otro, puede significar un beneficio económico. Así ocurre para determinadas entregas de bienes o prestaciones de servicios que tienen como destinatarios a personas con discapacidad, en las que se aplican alguno de los tipos reducidos³⁴¹.

2. Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Se trata de un impuesto cedido a las Comunidades Autónomas, por tanto, éstas tendrán competencias normativas lo cuál les permitirá poder modificar el tipo de gravamen o establecer deducciones o bonificaciones en la cuota. Este impuesto incluye tres figuras impositivas: el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales onerosas; el Impuesto sobre Operaciones Societarias; y, el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

Por lo que respecta a la normativa estatal, en el desarrollo de las tres modalidades impositivas, básicamente, no se recoge nin-

LIVA, las importaciones el art. 45 LIVA y las Adquisiciones Intracomunitarias de Bienes el art. 26. 2 LIVA.

341 Por ejemplo se establece el 7% para las entregas, adquisiciones intracomunitarias o importaciones de los aparatos y complementos, incluidas las gafas graduadas y las lentillas que, por sus características objetivas, sean susceptibles de destinarse esencial o principalmente a suplir las deficiencias físicas del hombre o de los animales, incluidas las limitativas de su movilidad y comunicación o el 4% para Vehículos para personas con movilidad reducida (y sillas de ruedas) y para los vehículos destinados a ser utilizados como autotaxis o autoturismos especiales para el transporte de personas con discapacidad en silla de ruedas así como los vehículos a motor que, previa adaptación o no, deban transportar habitualmente a personas con discapacidad en silla de ruedas o con movilidad reducida, con independencia de quién sea el conductor de los mismos. (Vid. Art. 91 LIVA).

guna medida específica pensada para los discapacitados, aunque indirectamente puede alguna de ellas incidir sobre las personas con minusvalía. De hecho, para las tres modalidades impositivas, se han establecido una variada gama de supuestos de exención, recogidos en su artículo 45, que podrían tener, aunque sea indirectamente, alguna incidencia en las personas con discapacidad³⁴².

3. Impuesto especial sobre determinados medios de transporte.

La Ley 38/1992, de 28 de diciembre (RCL 1992, 2787), de Impuestos Especiales, entre la variedad de figuras impositivas que recoge, solamente contempla beneficios fiscales para las personas con discapacidad en el Impuesto especial sobre determinados medios de Transporte (arts. 65 a 74 de la Ley 38/1992), estableciendo dos supuestos de no sujeción y uno de exención³⁴³.

4. Hacienda Local.

En la Hacienda Local las medidas tributarias aprobadas en relación con las personas con discapacidad aparecen recogidas en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. En dicha norma de los cinco impuestos en ella recogidos, solamente se incluyen dicho tipo de medidas en tres de ellos, teniendo poco margen de actuación las corporaciones locales debido al principio de reserva de ley.

342 Podría ser el caso de art. 45.1.a que establece la exención para las a las fundaciones y asociaciones de utilidad pública sin fines lucrativos.

343 Quedan no sujetos la primera matriculación definitiva en España de vehículos para personas con movilidad reducida y las ambulancias y los vehículos que, por sus características, no permitan otra finalidad o utilización que la relativa a la vigilancia y socorro en autopistas y carreteras. Y se quedarán exentos cuando así lo solicite el interesado los vehículos automóviles matriculados a nombre de minusválidos para su uso exclusivo.

1. Impuesto sobre actividades económicas

Con la reforma operada por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, que afectó de manera importante a este impuesto, en el sentido que declaró exentas de este impuesto a todos los contribuyentes personas físicas, por tanto, entre ellos las personas con discapacidad que desarrollen alguna actividad empresarial o profesional. Además, mantiene la exención existente, de carácter rogado, en el actual artículo 82.1.f) del TRLHL referente a las asociaciones y fundaciones de disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, sin ánimo de lucro, por las actividades de carácter pedagógico, científico, asistenciales y de empleo que para la enseñanza, educación, rehabilitación y tutela de minusválidos realicen, aunque vendan los productos de los talleres dedicados a dichos fines, siempre que el importe de dicha venta, sin utilidad para ningún particular o tercera persona, se destine exclusivamente a la adquisición de materias primas o al sostenimiento del establecimiento.

2. Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica

En el artículo 93 del TRLHL se recogen los supuestos de exención, destacando en relación con las personas con discapacidad la letra d) al declarar la exención de «las ambulancias y demás vehículos directamente destinados a la asistencia sanitaria o al traslado de heridos o enfermos» y la letra e), en la que se establecen dos supuestos de exención (de carácter rogado) en relación con el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica.

3. Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras

La Ley 51/2002, de 27 de diciembre, lleva a cabo la modificación del art. 104.2 de la LRL, introduciendo una serie de bo-

nificaciones potestativas a establecer por los Ayuntamientos en su correspondiente ordenanza fiscal, debiendo establecerse la simultaneidad o no en su aplicación.

En la actualidad, se recoge en el artículo 105.2.e) del TRLHL, la bonificación de hasta el 90 por 100 aplicada sobre la cuota resultante de aplicar, en su caso, las bonificaciones recogidas en las letras anteriores de dicho artículo, a favor de las construcciones, instalaciones u obras que favorezcan las condiciones de acceso y habitabilidad de los discapacitados.

Dependientes

Las medidas fiscales en relación con la dependencia son menos que con las personas con discapacidad. Si bien es cierto que, en muchas ocasiones, se da por asimilada la concepción de dependiente con la de discapacitado, ello no habilita al legislador a entender que por establecer medidas para estos últimos ya lo está contemplando para los primeros. En efecto, si analizamos la legislación, tan sólo encontraremos apenas cuatro medidas relacionadas con la Dependencia y en una única figura impositiva: El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Sin embargo, creemos que muchas de las medidas que se recogen para las personas con discapacidad hubieran sido muy útiles también para la protección de las personas en situación de dependencia. Tal sería el caso de los incentivos de investigación de I+D+I en el Impuesto sobre Sociedades, o de las transmisiones inter vivos o mortis causa para el caso de los dependientes o la regulación de la posibilidad de establecer bonificaciones en el Impuesto sobre Construcciones Instalaciones u obras para aquellos casos que faciliten la movilidad, o las condiciones de vida digna a un dependiente.

Ahora bien de lege data y tal y como está regulado en nuestro ordenamiento, hoy por hoy sólo encontramos medidas fiscales para este colectivo, como se ha mencionado en Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las personas Físicas, que tiene entre sus objetivos el de *“mejorar la cohesión social y de atender los problemas derivados del envejecimiento y la dependencia (...) incentivando, por primera vez desde el punto de vista fiscal, la cobertura privada de esta contingencia”*³⁴⁴.

Con este fin se configuran tres tipos de medidas. La primera, a través del mecanismo de la exención, deja sin tributar por este Impuesto las prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personalizada que se deriven de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a la personas en situación de dependencia. (art. 7. x) LIRPF).

En segundo lugar, se establece un régimen específico para las aportaciones a los seguros de dependencia. Así en el Capítulo I, Título IV de esta Ley se regula las «reducciones por atención a situaciones de dependencia y envejecimiento». La normativa establece distintas posibilidades, entre ellas, aplicar a la persona dependiente, titular de un seguro de dependencia, el mismo régimen establecido para los planes de pensiones constituidos a favor de personas con discapacidad y, por otro, aplicar el mismo régimen de las aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social a los seguros de dependencia³⁴⁵.

344 Exposición de Motivos de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre.

345 El artículo 53 de la LIRPF/2006 regula la reducción por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad. Pues bien, en el apartado primero se regula el incentivo fiscal en relación con las aportaciones realizadas a los planes de pensiones a favor de personas con discapacidad, mientras que el apartado segundo extiende la aplicación de este incentivo fiscal también a las

Adicionalmente, dado que la vivienda habitual constituye una importante manifestación del ahorro familiar, se introducen en la ley mecanismos que permiten, en situaciones de dependencia severa o de gran dependencia, hacer líquida esta fuente de ahorro sin coste fiscal. Las medidas incorporadas el LIRPF/2006 para conseguir estos objetivos son dos:

1. El artículo 33.4.b) de la LIRPF/2006, recoge que están exentas de dicho impuesto las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda habitual por personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia de conformidad con el artículo 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Se amplía esta medida que tradicionalmente se refería a personas mayores de 65 años.

aportaciones realizadas a mutualidades de previsión social, a las primas satisfechas a los planes de previsión asegurados, a los planes de previsión social empresarial y, además, a los seguros de dependencia que cumplan los requisitos previstos en el artículo 51 y disposición adicional décima de dicha norma. Nos remitimos a lo expuesto en relación con los planes de pensiones a favor de personas con discapacidad por la Prof.Dra. Pérez Piaya.

Por su parte el artículo 51.5 de la LIRPF/2006 señala que podrán ser objeto de reducción de la base imponible las primas satisfechas a los seguros privados que cubran exclusivamente el riesgo de dependencia severa o de gran dependencia conforme a lo dispuesto en la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Las reducciones que se puedan practicar en la base imponible del impuesto por las primas satisfechas las podrán practicar el propio contribuyente, como también podrán reducir su base imponible por las primas satisfechas las personas que tenga con el contribuyente una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, o por su cónyuge, o por aquellas personas que tuviesen al contribuyente a su cargo en régimen de tutela o acogimiento.

El conjunto de las reducciones practicadas por todas las personas que satisfagan primas a favor de un mismo contribuyente, incluidas las del propio contribuyente, no podrán exceder de 10.000 euros anuales.

2. La Hipoteca inversa: La Disp. Adic. Decimoquinta de la LIRPF/2006 bajo la rúbrica, «Disposición de bienes que conforman el patrimonio personal para asistir las necesidades económicas de la vejez y de la dependencia» establece que no tendrán la consideración de renta las cantidades percibidas como consecuencia de las disposiciones que se hagan de la vivienda habitual por parte de las personas mayores de 65 años, así como de las personas que se encuentren en situación de dependencia severa o de gran dependencia, siempre que se lleven a cabo de conformidad con la regulación financiera relativa a los actos de disposición de bienes que conforman el patrimonio personal para asistir las necesidades económicas de la vejez y de la dependencia³⁴⁶.

Más allá de estas medidas contempladas en el IRPF no se encuentran en toda nuestra normativa otro tipo de incentivos como si ocurriera para el caso de las personas con discapacidad como se he puesto de manifiesto en líneas anteriores.

346 Los requisitos de la hipoteca inversa los encontramos en la disp. adic. 1ª Ley 41/2007, de 7 diciembre, así a los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia.

b) Que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas.

c) Que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios.

d) Que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

En este trabajo hemos pretendido poner de manifiesto el tratamiento que nuestro ordenamiento tributario da a dos situaciones distintas pero, en numerosas ocasiones unidas, como son la discapacidad y dependencia. Creemos que de lo expuesto se deduce claramente la confusión existente al asimilar dichas figuras cuando de la legislación se extrae que no toda persona con discapacidad tendrá la acreditación de dependiente y viceversa.

Si nos damos cuenta no existe un criterio único para tratar a ambos colectivos, no sólo por el hecho de que se contemplen muchas más medidas para las personas con discapacidad, que consideramos debieran aplicarse también a los dependientes, sino también porque las pocas que se establecen para estos últimos no se regulan para los primeros. Es el caso de la exención a las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda habitual que sin embargo no se contempla para las personas con discapacidad. Si bien es cierto que muchos de los dependientes requerirán a su vez esta condición, ello no puede ser presupuesto por el legislador.

En nuestra opinión creemos necesario un tratamiento unitario a ambos colectivos que garantice el principio máximo recogido en Nuestra Constitución con cuya invocación comenzamos este trabajo: el principio de igualdad. Ello sin duda debe partir de la idea defendida a lo largo de esta comunicación de que, a pesar de que ambas condiciones suelen concurrir, no tiene por que hacerlo y su tratamiento fiscal debe ser claro a unívoco no sólo para unas y otras, sino también debe establecer las condiciones de aplicación para el caso de la concurrencia de ambas acreditaciones así como facilitar a unos y otros las valoraciones dependientes. Creemos que nuestra legislación tal y como está

configurada en la actualidad puede incurrir en cierta vulneración al principio de igualdad en tanto en cuanto, a efectos fiscales, y sólo desde ese punto, puede ser más beneficioso pertenecer a un colectivo que a otro.

BIBLIOGRAFÍA

Anónimo. *Asistencia social y servicios sociales: Sistema de atención a la dependencia*. Práctico Social Aranzadi. (www.westlaw.es).

AAVV. *Libro Blanco de atención a las personas en situación e dependencia en España*.

CALVO VÉRGEZ, Juan. "Tratamiento de las situaciones con discapacidad en el marco del Sistema Tributario Local". *Tributos Locales*, núm 71. Julio 2007.

Comité Español de Representantes de personas con discapacidad. *Recomendaciones a las personas con discapacidad y a sus familiares en relación con los servicios prestacionales de la Ley de Autonomía Personal y Dependencia*. (www.cermi.es).

Comité Español de Representantes de personas con discapacidad. *Una alternativa para la atención de las personas en situación de dependencia desde la óptica del sector de la discapacidad*. La protección de las situaciones de dependencia en España. Num. 12. 2004. (www.cermi.es).

CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, Pilar. "La Reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas". *Quincena Fiscal Aranzadi* num. 5/2007.

MONTESINOS OLTRA, Salvador. *Los requisitos del régimen tributario especial de las entidades sin fines lucrativos*. Cuadernos de Aranzadi Jurisprudencia Tributaria num. 49.

PÉREZ LARA, JOSÉ Manuel/ LÓPEZ MARTÍNEZ, Juan. *Impuestos y Discapacidad*. Cuadernos de Aranzadi Jurisprudencia Tributaria num. 39.2006.

PÉREZ LARA, JOSÉ Manuel, *Impuestos y discapacidad*. Aranzadi Práctico fiscal,. (www.westlaw.es).

RANCAÑO MARTÍN, Maria Asunción. “Las medidas fiscales de protección a nuestros mayores en el IRPF”. *Quincena Fiscal Aranzadi* num. 3/2008.

LA TUTELA EJERCIDA POR PERSONAS JURÍDICAS. ESPECIAL ATENCIÓN A LA PRETUTELA

Marta Blanco Carrasco

Profesora de Derecho Civil

1. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 41/2003 EN EL CÓDIGO CIVIL

Entre las cuestiones que más preocupan a cualquier persona cuando se enfrentan a una enfermedad, a una futura discapacidad o simplemente a la vejez, es quién se ocupara de ellos y de sus bienes cuando no puedan hacerlo por sí mismos.

El Código Civil trataba de dar respuesta a esta preocupación a través de diversas instituciones jurídicas de guarda, concretamente el artículo 215 enumera tres: la tutela, la curatela y el defensor judicial.

Muy brevemente podríamos decir que a través de la **tutela** se ofrece una atención de carácter permanente a las personas cuya capacidad de obrar se encuentra restringida. Por ello esta institución, según el artículo 222 se ofrece a *menores* (no emancipados que no están bajo la patria potestad de sus padres o que se hallen en situación de desamparo) o *incapacita-*

dos podríamos decir “graves”, en el sentido de que la sentencia recorte sustancialmente su capacidad de obrar, así como en los casos en los que termine la patria potestad prorrogada.

La **curatela**, regulada en los artículos 286 y 287 del Código Civil, ofrece su atención a través de un órgano estable pero no permanente ni habitual a los sujetos que sí tienen capacidad de obrar pero que se encuentra limitada para en determinados ámbitos. Según el Código civil a través de la curatela se atiende a los *menores emancipados* sin padres o con padres no aptos o que no pueden completar su capacidad³⁴⁷ o los *pródigos*. Se trata por tanto de sujetos que se encuentren incapacitados “leves” en el sentido de que su capacidad de obrar ha sido recortada por el juez sólo en aquellos aspectos puntuales cuya enfermedad o discapacidad le impide actuar o actos jurídicos de especial relevancia.

Por último, el **defensor judicial**, cuya función es representar al menor en caso de conflicto de intereses con los padres o tutores y labores transitorias de guarda o representación.

La regulación contenida en el Código Civil se tornó insuficiente, por muy diversas razones³⁴⁸, pero esencialmente porque, según afirma MARTÍNEZ GARCÍA³⁴⁹ era necesario articular mecanismos diversos según se trate de una situación de incapaci-

347 El artículo también incluye los menores que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad según el artículo 321 del Código Civil.

348 Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, “La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas”, en La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007, Navarra, Thomson Civitas, Aranzadi, 2008, pp. 247-251.

349 MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, “La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas”, en La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007, Navarra, Thomson Civitas, Aranzadi, 2008, p. 252.

dad permanente, en cuyo caso será necesario arbitrar mecanismos permanentes que puedan funcionar con independencia del grupo familiar, o de una situación de incapacidad más o menos limitada en el tiempo, en cuyo caso será necesario reconocer las disposiciones del grupo familiar o de la propia persona discapacitada.

Algunos de estos mecanismos de flexibilización se han ofrecido a través de la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad, de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.*

Entre las modificaciones introducidas en el Código Civil, tienen especial importancia aquellas que introducen novedades en el **Derecho de sucesiones**, siendo destacables las siguientes:

— Se admite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente *incapacitado* (art. 808). Serán fiduciario los hijos incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos.

— Se concede al legitimario con *discapacidad* un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, que no computará para el pago de las legítimas (art. 822).

— Reforma del artículo 831 para introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las *personas con discapacidad*. Se concede al testador la posibilidad de que en su testamento pueda conferir al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del causante entre los descendientes comunes.

— Introducción de un párrafo en el artículo 1041 del Código Civil a fin de evitar traer a colación los realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades de sus hijos o descendientes con discapacidad.

— Se introduce como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato (art. 756.7º) el no haber prestado al causante (persona con discapacidad) las atenciones debidas durante su vida.

También se introduce la figura del **contrato de alimentos**, es decir, la obligación de alimentos que surge no por ley (art. 142 y ss. C.c.) si no por acuerdo entre las partes. Esta regulación, según la Exposición de Motivos, amplía las posibilidades del contrato de renta vitalicia para atender las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general de las personas con dependencias, resaltando que “su utilidad resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1257 del Código Civil”.

Por último, se introduce la posibilidad de que personas que en la actualidad son capaces puedan adoptar precauciones en previsión de una futura incapacitación, a través de la **autotutela** (artículo 223.II del Código Civil) o nombramiento de tutor en documento público notarial, y de la **continuación del mandato en el caso de incapacitación judicial sobrevinida del mandante** (art. 1732 del Código Civil).

2. LA AUTOTUTELA

El aumento de la esperanza de vida y la mejora de las condiciones económicas han permitido que las personas que alcanzan la edad madura requieran una atención por parte de los poderes públicos (jugando un papel importante la conocida como Ley de Dependencia) que debe ir más allá de la atención propia de la familia.

Entre las posibilidades abiertas por la nueva legislación, se reconoce al mayor de edad la posibilidad de manifestar su voluntad en cuestiones relativas a su salud, a través de los *documentos de voluntades anticipadas o instrucciones previas*, o en cuestiones patrimoniales, a través de los *poderes preventivos*³⁵⁰. Pero sin duda uno de los principales avances en la protección de los mayores de edad es precisamente la inclusión de la autotutela en el Código Civil. El ya citado artículo 223.II establece que *“cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”*.

Se abre la posibilidad de que un sujeto, ante la paulatina pérdida de su capacidad de obrar, ya sea simplemente por la acción propia de la edad o por una enfermedad degenerativa, *pueda adoptar cualquier medida en relación a su persona o bienes en caso de incapacitación*.

Entre estas medidas podrían encontrarse la promoción de su incapacitación, disposiciones sobre los cuidados médicos o

350 MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, *“La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas”*, en La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007, Navarra, Thomson Civitas, Aranzadi, 2008, pp. 257-264.

“testamento vital”, o la administración de sus bienes y órganos de fiscalización de dicha administración, pero el artículo menciona expresamente la posibilidad de nombrar por sí mismo a la persona que desea como su propio tutor.

Según hemos visto, el tenor literal del artículo afirma que las medidas deseadas deben adoptarse en documento notarial, sin embargo, se admite por la doctrina³⁵¹, que en el caso de que se trate del nombramiento de un tutor, que este nombramiento pueda hacerse en testamento.

Es destacable que para que pueda ser de aplicación lo previsto en el referido artículo es requisito imprescindible la incapacitación del tutelado. Esta incapacitación requiere un proceso judicial que, como novedad, puede ser iniciado por el propio tutelado (art. 757.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El nombramiento hecho en la autotutela obliga al juez salvo que el designado como tutor rehúse la designación, se encuentre imposibilitado para desempeñar el cargo o el propio juez lo descarte en interés del propio incapaz³⁵².

351 SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Madrid, Iustel, 2008, p. 200.

352 Artículo 234.II del Código Civil: “excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere”. SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 202-203, “Son, por lo anteriormente señalado, situaciones diferentes la previsión de determinar a quién se desea como tutor y la sentencia de incapacitación que concluye el proceso especial acerca de la capacidad. La primera circunstancia está en la autonomía de la voluntad del sujeto capaz; lo relativo al procedimiento y a la sentencia están fuera de la disponibilidad de la persona (éste es mi criterio, que he matizado en el apartado anterior). La autotutela puede confrontarse con la libertad limitada del juez para establecer el régimen de guarda del declarado incapaz y para fijar la extensión y los límites de la institución tutelar”.

3. LA TUTELA A TRAVÉS DE PERSONAS JURÍDICAS

La determinación de la persona que puede ser nombrada tutor de un incapacitado no es fácil. El Código Civil afirma en el artículo 241 que “podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (...)”. Esto supone que pueden ser tutores tanto personas físicas como jurídicas, según recoge expresamente el artículo 242 del Código Civil, si bien éstas últimas siempre que “no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”.

El papel de estas instituciones tutelares es esencial cuando la familia del tutelado no existe o no es apta para desarrollar la labor del tutor y en la actualidad están tomando un protagonismo sin precedentes gracias a su buen hacer a lo largo de muchos años.

Es necesario hacer una distinción en función de si quien va a ser tutelado es un menor o mayor de edad incapacitado.

3.1. LA TUTELA DE LOS MENORES DE EDAD POR UNA INSTITUCIÓN

Los menores de edad tienen una especial situación puesto que pueden ser incapaces y no estar tutelados, cuando sus padres ejercen la patria potestad, y pueden llegar a ser tutelados sin ser incapaces, cuando no tengan padres o cuando sus padres se encuentren privados de la patria potestad.

Según esto, durante la minoría de edad, la institución de protección básica será la *patria potestad*, cuyo ejercicio se irá graduando en función de la edad y capacidad natural del menor.

Existe la posibilidad de extender la patria potestad de los padres más allá de la mayoría de edad a través de la conocida

como patria potestad prorrogada. Esta figura recogida en el artículo 171 del Código Civil fue introducida por la Reforma de 1981 y fue nuevamente redactado en 1983 y que ha sido levemente reformado por la LOPJM de 1996. En realidad se refiere a dos supuestos. En primer lugar, en el caso de que un hijo menor de edad se encuentra incapacitado judicialmente al llegar a la mayoría de edad, se considera que la patria potestad, que en principio terminaría al alcanzar los 18 años, quede prorrogada por ministerio de la ley. En segundo lugar, en el caso de la incapacitación de un hijo ocurra una vez alcanzada la mayoría de edad, se permite que la patria potestad quede rehabilitada (no prorrogada) si este hijo soltero y hubiera continuado viviendo en compañía de sus padres o de cualquiera³⁵³.

A falta de padres, o cuando éstos son privados de la patria potestad, es necesario articular la protección del menor a través de la Tutela, para cuya constitución, ordinariamente se requiere un procedimiento judicial de incapacitación y la consiguiente resolución judicial nombrando al tutor. Excepcionalmente, en los casos de desamparo del menor se habilita a la Administración pública para que asuma la guarda del menor sin necesidad de resolución judicial, según afirma el artículo 172³⁵⁴ del Código civil, pero al tratarse de una medida de urgencia está llamada a estabilizarse en una tutela ordinaria, en un acogimiento o en una adopción.

353 Esta patria potestad será ejercitada según lo establecido en la sentencia de incapacitación (es condición para que pueda establecerse esta figura, sino sería una tutela o una guarda de hecho) y subsidiariamente por las reglas del C.c relativas a la patria potestad. Si cesa la pp. prorrogada o rehabilitada y el hijo sigue siendo incapaz se establecerá una tutela o curatela.

354 Artículo 172.1º "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 de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material".

Según afirma el propio Código Civil, en el caso de los menores de edad se debe intentar que la tutela se ejerza por una persona física, y *sólo cuando esto no sea posible, por inexistencia de las personas recogidas en el artículo 234 del Código Civil, o por su falta de idoneidad para el ejercicio del cargo, se recurrirá a una persona jurídica.*

Esta subsidiariedad la afirma el artículo 239 del Código Civil en relación a los menores desamparados, que, a pesar de afirmar que su tutela corresponde por Ley a la entidad a que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores (por remisión al artículo 172 del Código Civil) que “se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”.

De esta forma, y siguiendo a SERRANO GARCÍA³⁵⁵ el orden en la delación de la tutela de menores sería el siguiente:

Se prefiere a las *personas físicas* según el orden establecido por el artículo 234 Código Civil, es decir, en primer lugar se prefiere la autotutela (al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223), en segundo lugar al cónyuge que conviva con el tutelado, en tercer lugar a los padres, en cuarto lugar a la persona o personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad (delación testamentaria), en quinto lugar a los descendientes, ascendientes o hermano que designe el juez, y por último, si no existe ninguna de las personas anteriores, el juez elegirá a la persona a quien por sus

355 SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Madrid, Iustel, 2008, p. 528.

relaciones el tutelado y en su beneficio, sea considerado por el juez como más idóneo (designación dativa).

Si no se encuentra persona física o la que existe no es apta para el ejercicio de la tutela se debe recurrir a una *persona jurídico-privada* y, cuando esta tampoco existe o carece de medios a una *entidad pública*.

3.2. LA TUTELA DE LOS MAYORES DE EDAD INCAPACITADOS POR UNA INSTITUCIÓN

La Ley 41/2003 introdujo un párrafo tercero al artículo 239 del Código Civil, en el cual se establece que “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”.

Estamos de acuerdo con lo afirmado por SERRANO GARCÍA³⁵⁶ en relación desamparo del mayor de edad. Según el autor el mayor de edad se encontraría en situación de desamparo cuando esta situación se ha producido durante la minoría de edad, siendo asumida la tutela automática por la Entidad competente en materia de protección de menores, y es necesario prolongar este estado de tutela al alcanzar la mayoría de edad. Sin embargo, para que esta tutela pueda mantenerse es necesaria una sentencia judicial que declare al sujeto incapaz, y ello porque “la tutela implica una representación de la persona e, incluso, en algunos casos una sustitución de la capacidad de obrar que sólo

356 SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 530-546.

puede establecerse por las causas fijadas por la ley en virtud de sentencia judicial (art. 199 C.c.)”³⁵⁷.

Por lo tanto el mayor de edad que puede estar sometido a tutela de una entidad tutelar debe ser incapacitado, independientemente de que esté o no en situación de desamparo.

4. LA PRETUTELA: LA ADAPTACIÓN PAULATINA A LA FUNCIÓN TUTELAR DE UNA INSTITUCIÓN

4.1. CONCEPTO

Una vez que conocemos que las personas jurídicas pueden llevar a cabo funciones tutelares tanto de menores de edad desamparados (art. 172 del C.c.) o cuyos padres no existen o no son aptos para el ejercicio de las funciones tutelares, o de los mayores de edad incapacitados, estén o no en situación de desamparo, es necesario detenernos en una figura de reciente acuñación, “la pretutela”, que si bien aún hoy carece de contenido jurídico desde los foros más especializados se reclama su incorporación al ordenamiento jurídico.

Se trata de una figura que hoy en día hace referencia a una situación de hecho, sin contenido jurídico por el momento, lo cual hace difícil su determinación.

MARTÍNEZ GARCÍA³⁵⁸ define la pretutela como el “acuerdo adoptado entre los padres, guardadores o tutores de un inca-

357 SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Madrid, Iustel, 2008, p. 536.

358 MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, “La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas”, en *La defensa jurídica de las personas vulnerables*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007, Navarra, Thomson Civitas, Aranzadi, 2008, p. 265.

paz, mayor o menor, judicialmente incapacitado o no, pero que está afectado de una discapacidad permanente, y una institución tutelar, por el que los primeros convienen con la segunda la prestación de una determinada asistencia y servicios en previsión de una posible asunción de la tutela o guarda futura”.

Por su parte, RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO³⁵⁹ la define como la “relación que se establece entre una persona con discapacidad, presente o prevista para el futuro, y otra susceptible de asistirle en ésta (normalmente una entidad tutelar), cuyo objeto consiste en el establecimiento de medidas asistenciales y de apoyo, complemento o representación en su capacidad de obrar”.

Entre las instituciones tutelares, por ejemplo SOM-Fundación Catalana tutelar ASPANIAS³⁶⁰, afirma que “el programa de pretutela de familia va dirigido a aquellas familias que han decidido y formalizado en el testamento que, en el futuro, SOM sea la tutora de su familiar, incapacitado judicialmente. Las actividades

359 RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel María, “*La pretutela*”, en La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007, Navarra, Thomson Civitas, Aranzadi, 2008, p. 274.

360 <http://www.afammca.voluntariat.org/sinfronteras/sinfronteras07.html> La Associació de Familiars de Malalts Mentals de Catalunya (AFAMMCA), considera que la pretutela es “el compromiso que adquiere una entidad tutora de realizar una valoración integral de una persona afectada de enfermedad mental que o bien la familia o bien la administración le pide que ejerza la tutela.

La incapacitación de una persona es una medida extrema pensada en beneficio del tutelado, jurídicamente se incapacita con la finalidad de protegerla, dada su fragilidad y sus circunstancias personales. En muchos casos sobretodo si la demanda es de los familiares, la persona que sufre una enfermedad mental puede estar en proceso de incapacitación o no estar todavía incapacitada. En ambos casos, desde la entidad tutora se hace un seguimiento periódico por parte de los profesionales del área social y del área jurídica, con la finalidad de asumirlo cuando el cargo tutelar se constituya judicialmente”.

que se organizan van encaminadas a fomentar el conocimiento mutuo entre SOM y el pretutelado y su familia”³⁶¹.

Según lo apuntado, con el término pretutela se hace referencia a la especial relación que se establece entre la persona discapacitada o incapacitada, la familia de ésta y la Entidad tutelar que finalmente se hará cargo de la tutela del mismo.

4.2. SUJETOS QUE PUEDEN SER SOMETIDOS A PRETUTELA Y SU NATURALEZA JURÍDICA

A juicio de MARTÍNEZ GARCÍA³⁶², los sujetos que pueden ser sometidos a pretutela son *los menores o mayores de edad con una incapacidad persistente que se encuentre sometidos a guarda de hecho, patria potestad prorrogada o tutela de algún miembro del grupo familiar*. Considera excluidas las personas mayores de edad avanzada, considerando que en este caso sus cuidados se prestarán por instituciones de carácter voluntario (como la autotutela) o por figuras públicas (como la tutela o curatela). Sin embargo, no encontramos impedimento para que esta función pueda también desarrollarse por la Institución tutelar en los casos de autotutela, al que nos hemos referido con más detenimiento, y que supone la posibilidad de que un sujeto nombre tutor en documento pú-

361 <http://www.somfundacio.org/es/index.php?right=lapretutela>. También se refieren a esta figura las paginas Web de la Fundación privada tutelar del Principado de Andorra en http://www.fundacioprivatutelar.org/index.php?option=com_content&task=view&id=40&Itemid=25, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, <http://www.cermi.es/CERMI/ESP/Preguntas+y+respuestas/Incapacidad+judicial.htm>

362 MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, “La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas”, en La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007, Navarra, Thomson Civitas, Aranzadi, 2008, p. 265.

blico o testamento a una institución en previsión de una futura incapacitación. También en estos casos puede parecer necesario un periodo de adaptación del tutelado a la institución tutelar o la compañía y apoyo de la institución en el proceso de incapacitación.

La principal pregunta que nos surge en este momento es si es necesario para la constitución de la pretutela que el sujeto se encuentre ya incapacitado o al menos que vaya a ser incapacitado en el futuro.

Parece claro que la pretutela puede solicitarse por los familiares de personas discapacitadas cuya situación de falta de capacidad es estable o duradera y que se prevé continuará cuando los familiares no puedan hacerse cargo de él. Por lo tanto, *pueden acceder a la misma tanto personas ya incapacitadas como personas con discapacidad no incapacitadas judicialmente.*

Sin embargo, consideramos que el objeto de la pretutela es precisamente *facilitar el tránsito de la patria potestad ejercida por los padres o la tutela ejercida por un familiar a la tutela ejercida por una persona jurídica.* Esto supondría que la pretutela vendría abocada a una incapacitación judicial del discapacitado, puesto que para que la institución tutelar pueda ser nombrada tutora es requisito imprescindible la incapacitación judicial³⁶³. Así parece entenderlo SOM-Fundación catalana tutelar ASPANIAS³⁶⁴ y TRESSERRAS y

363 Solo en los casos de desamparo de menores, según hemos visto anteriormente, la tutela se puede asumir por la entidad sin proceso judicial de incapacitación, y ello por razón de la urgencia de la medida ante el perjuicio que se puede estar produciendo al menor, pero parece la pretutela no está pensada para estos casos.

364 <http://www.somfundacio.org/es/index.php?right=lapretutela> al afirmar que el programa de pretutela va dirigido a aquellas familias que “han decidido y formalizado en el testamento que, en el futuro, SOM sea la tutora de su familiar incapacitado judicialmente” y que “la relación que se establece entre la familia y SOM-FUNDACIÓN

GONZÁLVEZ en cuyo artículo sobre la pretutela de la familia³⁶⁵ afirman que “con este término hacemos referencia a la relación que se establece entre la familia y la Entidad Tutelar, una vez que los padres han decidido en su testamento que en un futuro la Entidad sea tutor de su hijo/hija. Se puede designar en el testamento a la Fundación en primer lugar o con carácter subsidiario a otros tutores. (...) Esta relación entre la Entidad tutelar y la persona que en un futuro se va a tutelar se inicia en el momento en que la Fundación tiene en su poder la copia del testamento. Finaliza cuando la Entidad Tutelar asume la tutela o bien, cuando la familia modifique su voluntad en el testamento y lo comunica a la Fundación”.

Sin embargo, a juicio de RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO³⁶⁶ “la futura tutela puede ser un elemento que no se incluye, por no tener intenciones ni capacidad el pretutor (Asociación Alzheimer), o no contemplarse siquiera una incapacitación (Fundación Sonsoles Soriano)”. A juicio del autor la pretutela está orientada a la atención debida a la persona, y esta atención se puede dar a través de la tutela o a través de figuras como la representación voluntaria, las disposiciones judiciales que se pueden adoptar por vía del artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o la guarda de hecho³⁶⁷.

CATALANA TUTELAR ASPANIAS una vez que los padres han designado en su testamento que SOM sea el tutor de su hijo, es muy importante para promover un vínculo de conocimiento mutuo”.

365 TRESSERRAS BASELA, Jusep y GONZÁLVEZ CARRERAS, Neus, “La pretutela de la familia”, *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad intelectual*, Vol 38, n° 221, 2007, pp. 83-84.

366 RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel María, “La pretutela”, en La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007, Navarra, Thomson Civitas, Aranzadi, 2008, p. 282.

367 RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel María, “La pretutela”, en La defensa

Desde nuestro punto de vista, la tutela futura por parte de la Entidad es la forma de terminación natural de la pretutela, dado que está pensada especialmente, o al menos a este supuesto parecen hacer referencia exclusivamente las Entidades, *para el caso de nombramiento de tutor en testamento por los padres para los hijos incapacitados*, es decir, en los casos de delación testamentaria. Esta posibilidad, a la que ya nos hemos referido brevemente, se encuentra recogida en el artículo 223 del Código Civil al afirmar que “los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados”.

Según lo manifestado, la constitución de la pretutela requiere la firma de dos documentos.

El primero, el *acuerdo de pretutela* entre los familiares del incapaz o incapaz y la institución tutelar. Se trata de un acuerdo bilateral, con efectos para ahora y no para el futuro, que regula la relación de los sujetos hasta el momento en que la Institución asuma la tutela del discapacitado. La firma de este documento no supone una delegación, renuncia o transmisión de las funciones propias de la patria potestad o tutela, lo cual no es posible, dado que los padres o tutores seguirán ejerciendo sus funciones con ayuda de la entidad. Esta ayuda solicitada puede encuadrarse, como apunta MARTÍNEZ GARCÍA³⁶⁸, en una suerte de mandato

jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007, Navarra, Thomson Civitas, Aranzadi, 2008, pp. 285 a 290.

368 MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, “La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas”, en La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en

de protección o apoderamiento. Estamos de acuerdo con el referido autor³⁶⁹ cuando afirma que sería conveniente determinar en este documento las cuestiones patrimoniales más importantes, como por ejemplo encomendar a la institución ciertas facultades administrativas, nombrar a un administrador externo o nombrar a la institución administrador del patrimonio protegido de la persona discapacitada.

El segundo, sería el *documento por el cual se nombra a la institución como tutora de la persona discapacitada*. Este documento es unilateral³⁷⁰, dado que lo hacen exclusivamente los familiares o tutores físicos de la persona discapacitada, ya sea a través de testamento o documento público. Éste documento tendrá eficacia legal frente a terceros y concretamente frente al juez.

julio/agosto de 2007, Navarra, Thomson Civitas, Aranzadi, 2008, p. 266, "Precisando su naturaleza jurídica desde el punto de vista técnico, puede considerarse como un negocio jurídico de Derecho de Familia, al que creo que cabe dotar de naturaleza específica. Adopta determinados esquemas del mandato, en cuanto obligación de gestionar intereses ajenos, pero carece de la patrimonialidad típica del mandato: se aproxima más a los mandatos de protección o apoderamientos preventivos, pero no gestiona intereses del ordenante, sino de un tercero. Éste ha de ser el principio fundamental de su ordenación: el interés del discapaz".

369 MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, "*La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas*", en *La defensa jurídica de las personas vulnerables*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007, Navarra, Thomson Civitas, Aranzadi, 2008, p. 269.

370 RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel María, "*La pretutela*", en *La defensa jurídica de las personas vulnerables*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007, Navarra, Thomson Civitas, Aranzadi, 2008, p. 277.

4.3. CONTENIDO Y MÉTODO DE TRABAJO

Si tratamos de conocer en qué consiste la actuación de la institución tutelar durante la función de pretutela, SOM-Fundación catalana tutelar ASPANIAS³⁷¹ y TRESSERRAS y GONZÁLVEZ³⁷² consideran incluidas entre sus funciones las siguientes:

- “Disponer de la máxima información y de toda la documentación posible de la que persona que se tutelaré para cuando llegue el momento de aceptar la tutela.
- Agilizar de manera eficiente todos los trámites que les puedan ayudar a gestionar los recursos y las prestaciones a las que puede tener derecho la persona que se tutelaré.
- Dar a conocer a las familias el método de trabajo de la institución o Fundación, para que se sientan tranquilos y sepan en quién han depositado su confianza.
- Acercar al pretutelado de manera progresiva a la Fundación, creando una relación que le aporte seguridad sobre su futuro y apoyo en el momento de la pérdida de sus padres u otros tutores.
- Planificar conjuntamente con la familia y la persona tutelada su futuro, a partir de de sus dificultades y de las necesidades de apoyo.
- Estar al lado de las familias, ofreciendo información y asesoramiento sobre los recursos y las prestaciones a las que puedan tener acceso y sobre aspectos patrimoniales y testamentarios”.

371 <http://www.somfundacio.org/es/index.php?right=lapretutela>

372 TRESSERRAS BASELA, Jusep y GONZÁLVEZ CARRERAS, Neus, “La pretutela de la familia”, *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad intelectual*, Vol 38, nº 221, 2007, pp. 83-84.

El método de trabajo con las familias y las personas que está en situación de pretutela consiste en:

- “Entrevistas personales y visitas familiares.
- Seguimiento telefónico periódico.
- Reuniones informativas y lúdicas.
- Envío a las familias de la memoria anual de la Fundación y de todo tipo de información que pueda ser de su interés.
- Coordinación con los profesionales de los recursos especializados y de atención primaria, cuando se solicite o se considere necesario.
- En casos puntuales, se acompaña a la familia y a la persona que se tutela en los trámites y gestiones que haga falta”.

En Cataluña, la Evaluación externa de la calidad de las entidades tutelares de Cataluña³⁷³, recoge como indicadores de calidad de dichas instituciones el ejercicio de la pretutela, y en relación a la misma considera que se valorará la realización de las siguientes actuaciones:

— *Las entidades tutelares documentarán y firmarán por escrito los compromisos adquiridos al aceptar la pretutela.* La entidad debe dejar constancia del documento de respuesta y compromiso de aceptación de la pretutela. En caso de no ser aceptada la pretute-

373 Generalitat de Catalunya, Departament de Benestar social: *Avaluació externa de la qualitat de les entitats tutelars de Catalunya. Entitats tutelars. Indicadors d'avaluació de qualitat*, 1a edició: octubre de 2002.

http://www.gencat.cat/benestar/publica/pdf/Avaluacio_qualitat_Entitats_tutelars.pdf

la, hace falta dejar constancia escrita de la respuesta con la justificación correspondiente. En la respuesta se debe indicar la fecha y el nombre y firma de la persona responsable de darla. El plazo máximo por dar esta respuesta por escrito es de tres meses, si no se pide con urgencia³⁷⁴.

— *La institución tutelar ha de hacer una valoración de la persona en situación de pretutela.* La valoración inicial permitirá decidir a la entidad la asunción o no de la tutela y facilitará la realización posterior del Plan de trabajo o intervención. La información la elaborará el personal del área social y, como mínimo, debe contener la información siguiente: datos de identificación personal y familiares, datos sociales (situación familiar, residencial y laboral, datos médicos (antecedentes, problemas de salud, lesiones y discapacitados, alergias y tratamientos), situación económica y patrimonial y otros datos de interés de la persona. La realización de la valoración integral de la persona en situación de pretutela será, como máximo, de un mes desde la fecha de aceptación de la pretutela³⁷⁵.

— *Las personas en situación de pretutela y sus familias tendrán como mínimo un seguimiento semestral por parte de la institución tutelar.* Este seguimiento se considera necesario para detectar de forma oportuna los cambios o situaciones que impliquen una mejor atención y gestión del caso por la entidad tutelar. La entidad tutelar deberá disponer de un sistema de registro donde se deje constancia del el seguimiento y la promoción del contacto con el núcleo familiar de la pretutela. El seguimiento a la unidad familiar de la pretutela debe considerar la información inicial y los

374 http://www.gencat.cat/benestar/publica/pdf/Avaluacio_qualitat_Entitats_tutelars.pdf, pp. 11 y 12.

375 http://www.gencat.cat/benestar/publica/pdf/Avaluacio_qualitat_Entitats_tutelars.pdf, p. 13.

cambios de situación e incidencias. Hace falta dejar constancia de las entrevistas presenciales realizadas y los actos colectivos en los cuales participa la unidad familiar³⁷⁶.

5. CONCLUSIONES

Las modificaciones introducidas por la ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad, de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, han permitido adaptar las necesidades de las personas discapacitadas y de sus familias, con soluciones que van más allá de las instituciones tutelares propias del Código civil, como son la tutela, la curatela y el defensor judicial.

Nos hemos centrado en dos figuras que requieren que el sujeto que padece una discapacidad sea judicialmente incapacitado, lo que exige una decisión judicial sobre el alcance de la limitación o recorte de su capacidad de obrar.

Una de ellas es la figura de la autotutela, que permite que un sujeto, en previsión de su propia incapacitación decida por sí mismo cualquier disposición relativa a su persona y bienes. Entre estas disposiciones podría encontrarse el nombramiento de una persona jurídica como su tutor legal.

La segunda es la figura de la pretutela, que si bien de momento carece de contenido jurídico, se trata de situaciones de hecho que requieren ya su incorporación al ordenamiento jurídico. A través de este término se alude a la especial relación que se entabla entre la familia de un incapacitado y la institución que ejer-

376 http://www.gencat.cat/benestar/publica/pdf/Avaluacio_qualitat_Entitats_tutelars.pdf, p. 14.

cerá la tutela cuando ésta no pueda hacerse cargo de la misma. El acceso a esta pretutela debe hacerse a través del nombramiento en testamento de la institución como tutor del sujeto incapacitado en el momento de faltar sus padres. Se pretende de esta forma, y previa firma de un compromiso por escrito, que el tránsito de tutores o de padres a tutores sea lo menos traumático para el tutelado así como ofrecer a la familia todo el apoyo necesario en tanto en dicho tránsito como, en su caso, el procedimiento de incapacitación del tutelado. Sin duda, esta figura será en el futuro objeto de un debate jurídico y podrá ser incorporada a nuestro ordenamiento si así se considera necesario.

6. BIBLIOGRAFÍA

DE LORENZO, Rafael y PÉREZ BUENO, Luis Cayo, *Tratado sobre discapacidad*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007.

GARCÍA PONS, Antonio, *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico Español, La convención internacional de 13 de diciembre de 2006*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.

Generalitat de Catalunya, Departament de Benestar social: *Avaluació externa de la qualitat de les entitats tutelars de Catalunya. Entitats tutelars. Indicadors d'avaluació de qualitat*, 1a edició: octubre de 2002. http://www.gencat.cat/benestar/publica/pdf/Avaluacio_qualitat_Entitats_tutelars.pdf.

<http://www.somfundacio.org/es/index.php?right=lapretutela>.

MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, "La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas", en La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado

por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007, Navarra, Thomson Civitas, Aranzadi, 2008, pp. 249-272.

PEÑA VICENTE, Montserrat, *Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.

RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel María, "La pretutela", en La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007, Navarra, Thomson Civitas, Aranzadi, 2008, pp. 273-290.

SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 530-546.

TRESSERRAS BASELA, Jusep y GONZÁLVez CARRERAS, Neus, "La pretutela de la familia", *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad intelectual*, Vol 38, nº 221, 2007, pp. 83-84.

Web de interés:

— Associació de Familiars de Malalts Mentals de Catalunya (AFAMMCA): <http://www.afammca.voluntariat.org/sinfronteras/sinfronteras07.html>.

— Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad: <http://www.cermi.es/CERMI/ESP/Preguntas+y+respuestas/Incapacidad+judicial.htm>.

— Fundación privada tutelar del Principado de Andorra: http://www.fundacioprivatatutelar.org/index.php?option=com_content&task=view&id=40&Itemid=25.

— Fundación Som: <http://www.somfundacio.org/es/index.php?right=lapretutela>.

LAS PECULIARIDADES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN

Raquel Bonachera Villegas

Profesora Colaboradora de Derecho Procesal

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Toda persona física sea hombre o mujer, por el mero hecho de serlo, va a ser reconocida por el Ordenamiento jurídico como sujeto titular de derechos y obligaciones (art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Naciones Unidas el 13 de Diciembre de 2006). De tal modo, que la persona que nace con vida con las condiciones previstas en el artículo 29 del Código Civil, goza de esta capacidad jurídica que no podrá ser limitada ni mucho menos suprimida, sino es por causa de muerte.

No obstante, la capacidad jurídica no conlleva la simultánea posibilidad de ejercitar aquellos derechos, sino que tal posibilidad sólo se reconoce a las personas que reúnen las cualidades necesarias para gobernarse por sí solas. Así pues, la capacidad jurídica precisa de un complemento denominado capacidad de obrar, entendiendo por tal, la actitud para realizar válidamente actos jurídicos.

En principio, el Ordenamiento jurídico reconoce plena capacidad de obrar a las personas mayores de edad (art. 322 Cc). Y es que, sobre la capacidad de obrar de las personas físicas rige la presunción *iuris tantum* de su existencia e integridad. Ello significa que el Derecho parte de la premisa general de que toda persona mayor de edad —o menor emancipado— es capaz mientras que no se demuestre lo contrario. De tal modo que si se demuestra que la persona adolece de alguna minusvalía física o psíquica que le impiden gobernarse por sí misma, su capacidad de obrar podrá limitarse total o parcialmente.

Sin embargo, debido a que la capacidad de obrar está relacionada con la dignidad de las personas humanas, su restricción y control ha de quedar sujeto al cumplimiento de unos presupuestos. En primer lugar, la incapacitación ha de ser declarada por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas por la Ley (arts. 199 y 200 CC), debiendo observarse las garantías fundamentales del procedimiento especial de incapacitación³⁷⁷. La incapacitación, además, habrá de venir motivada por la existencia de deficiencias físicas o psíquicas *persistentes* que impidan a la persona gobernarse por sí misma. En definitiva, debe de tratarse de una enfermedad estable de carácter irreversible que incapacita al sujeto de forma permanente para el normal ejercicio de sus responsabilidades cotidianas.

En segundo lugar, las pruebas sobre la incapacidad han de ser concluyentes y rotundas dado que la sentencia de incapacitación no sólo puede privar a la persona de su poder de dis-

³⁷⁷ Téngase en cuenta que la Disposición Final primera de la Ley 1/2009, de 25 de Marzo autoriza al Gobierno a que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remita a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar.

posición patrimonial, sino también del gobierno de su propia persona.

Y, en tercer lugar, ha de existir adecuación entre la restricción y el control al que va a verse sometido el presunto incapaz, dado que la sentencia de incapacitación a parte de modificar el estado civil de la persona va a determinar la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, pudiendo pronunciarse, en su caso, sobre la necesidad de internamiento (art. 760.1 LEC).

De lo dicho hasta ahora se desprende que la capacidad de las personas es una cuestión que traspasa la esfera estrictamente privada, quedando afectado el interés público en la mejor defensa de la persona y patrimonio del presunto incapaz. En el proceso de incapacitación las partes no son titulares de la situación jurídica material cuya tutela se pretende, como ocurre con la generalidad de los procesos civiles. Por ello, el proceso de incapacitación se caracteriza porque en él no rige en toda su extensión el principio dispositivo y el principio de aportación de parte que informan la generalidad de los procesos civiles.

En efecto, aunque el proceso de incapacitación responde formalmente al principio contradictorio, pues siempre se inicia a instancia de parte (art. 757 LEC), encontramos manifestaciones del principio de oficialidad. En dicho proceso se priva de eficacia a los actos de disposición sobre el objeto del proceso, puesto que no surtirán efectos la renuncia, el allanamiento y la transición (art. 751.2 LEC). Por otra parte, en él ha de intervenir necesariamente el Ministerio Fiscal, que actuará en su calidad de defensor de la legalidad y del interés público y social, siendo siempre parte, aunque no haya sido promotor del mismo, ni deba conforme

a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes (arts. 749.1, 757.2 y 761.2 LEC).

El interés público inherente a este proceso no sólo determina la introducción de importantes limitaciones a la vigencia del principio dispositivo, sino también la derogación del principio de aportación de parte en cuanto a los hechos y en cuanto a la prueba de los mismos, sustituyéndose por el principio de investigación de oficio.

En cuanto a los hechos, aunque el tribunal no puede introducir *ex officio* hechos en el proceso, puede tener en cuenta cualquier hecho que haya sido objeto de debate en el proceso y resulte probado, con independencia del momento en que hubieren sido alegado o introducido en el procedimiento (art. 752.1 LEC). También se excluye el efecto normal de la admisión de los hechos, de tal modo que aunque este proceso se inicia a instancia de parte, los pedimentos de la demanda no van a vincular de ninguna manera al tribunal, de ello deriva que la actividad probatoria tampoco dependa exclusivamente de la voluntad de las partes.

En cuanto a la actividad probatoria, la apertura del procedimiento judicial a prueba no depende de la actividad de las partes, resultando indiferente que éstas estén de acuerdo en los hechos, o que no pidan expresamente el recibimiento del pleito a prueba. Así pues, el tribunal habrá de acordarlo en todo caso. Por lo que refiere a los medios de prueba, se señala que sin perjuicio de las pruebas practicadas a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes, el tribunal podrá decretar de oficio las que consideren pertinentes, sin que tenga que esperar a las diligencias finales. Tampoco rige en este procedimiento las disposiciones legales sobre la fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los

documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (art. 752 LEC). Por todo ello, se dice que en este proceso rige una verdad material, a diferencia del resto de procesos civiles en los que rige una verdad formal.

En virtud del aumento de los poderes materiales que se concede al tribunal, la sentencia podrá modificar la capacidad de obrar de una determinada persona, dependiendo de la intensidad de la deficiencia o enfermedad que padezca y del grado de discernimiento o de la aptitud para gobernarse que el tribunal haya apreciado en el incapacitado, y no de la concreta figura que le haya sido solicitada por el actor en la demanda.

Pero, además, el proceso de incapacitación se caracteriza porque *ex legem* se establece determinadas pruebas que deben practicarse preceptivamente³⁷⁸. Así, en todo proceso de incapacitación, ya sea el que tenga por objeto la constitución de la incapacitación o el que tenga por objeto la reintegración plena o parcial de la capacidad (art. 761.3 LEC), el tribunal debe acordar necesariamente: oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinar al presunto incapaz por sí mismo y acordar los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes, sin que pueda decidirse sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico acordado por el tribunal (art. 759.1 LEC).

De todo lo expuesto se colige que la fase probatoria no se puede obviar en el proceso de incapacitación, *so pena* de decla-

378 En este sentido, vid. MONTERO AROCA, J. *La prueba en el Proceso Civil*, Navarra, Ed. Thomson Civitas, 2007 (Quinta edición), p. 599, que distingue los supuestos de prueba acordada de oficio de la prueba impuesta por ley, pues en la prueba impuesta por ley, ex art. 759 LEC, no existe una decisión propiamente judicial.

rar la nulidad del proceso. Tanto es así, que para que el tribunal pueda dictar sentencia al menos se han debido practicar los tres medios probatorios anteriormente citados. Ello ha llevado a una parte de la jurisprudencia y la doctrina a defender que no estamos en presencia de ante auténticos medios de prueba, sino ante requisitos de fondo previos a la declaración de incapacitación. Por ello, su falta determina el quebrantamiento de una garantía procesal que genera indefensión del “demandado”³⁷⁹.

A nuestro juicio, el hecho de que estas diligencias constituyan una garantía esencial de los derechos del presunto incapaz, no nos debe llevar a desvirtuar su naturaleza probatoria, ya que su finalidad última siempre es la de obtener los elementos de juicio necesarios para destruir la presunción de capacidad de la persona³⁸⁰.

Por otra parte, el apartado 3º del artículo 759 refuerza esta misma garantía al imponer la práctica de estas pruebas en segunda instancia, extendiendo el principio de inmediación, de especial importancia en este proceso, no sólo al tribunal de primera instancia sino también al tribunal de apelación³⁸¹. Así pues, en aplicación de este precepto, estos medios de prueba deben practicarse por la Audiencia Provincial con independencia del contenido de la sentencia apelada, ya estimará o desestimara la

379 En la doctrina, vid. HUERTAS MARTÍN, I., *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Aspectos procesales y sustantivos*, Granada, Ed. Comares, 2002, p. 121, y en la jurisprudencia vid. la STS (Sala 1ª) de 20 de Febrero de 1989 (RJ 1989\1214), 12 de junio de 1989 (RJ 1989\4420), 20 de Marzo de 1991 (RJ 1991\2266), 19 de Febrero de 1996 (RJ 1996\1413) y 4 de Marzo de 2000 (RJ 2000\1342).

380 En este sentido, vid. MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 597.

381 Vid. STS (Sala 1ª) de 15 de Julio de 2005 (RJ 2005\6531) y la SAP de Sevilla (Sección 6ª) de 31 de Mayo de 2006 (AC 2007\29).

pretensión de incapacitación³⁸². En este sentido, entendemos que tampoco está sujeto al cumplimiento de los presupuestos para la admisión de prueba en segunda instancia del artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues es absurdo que siendo preceptiva la práctica de estas pruebas, quede condicionada a la concurrencia de hechos nuevos o de nueva noticia o a la subsanación de defectos en la dirección material del proceso por parte del juez *a quo*.

Finalmente, debemos señalar que la inobservancia de estas pruebas de carácter esencial, en cuanto a que se consideran cuestiones de orden público, puede ser apreciada *ex officio* tanto por el Tribunal Supremo con ocasión del planteamiento de un recurso de casación³⁸³, como por el órgano judicial competente para conocer del procedimiento de *exequátur* seguido al efecto de homologar sentencias judiciales extranjeras de incapacitación³⁸⁴. Tal es la transcendencia de esta garantía procesal, que su falta puede fundamentar la interposición de un recurso de amparo constitucional, y así ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional en Sentencia de 9 de Octubre de 2002, al señalar que:

“en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción

382 Cfr. con las SSTs (Sala 1ª) de 16 de Marzo de 2001 (RJ 2001\6635) y 14 de Octubre de 2002 (RJ 2002\10126) en las que se señalaba que la práctica de estas pruebas sólo era preceptiva cuando el Tribunal de la apelación se aparta del criterio de la sentencia de primera instancia.

383 Vid. la SSTs (Sala 1ª) de 24 de Mayo de 1991 (RJ 1991\3833), 30 de Diciembre de 1995 (RJ 1995\9664) y 4 de Marzo de 2000 (RJ 2000\1342).

384 Vid. el ATS (Sala 1ª) de 4 de Abril de 2000 (RJ 2000\3224).

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). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 Cc), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 Cc (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno convencimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de la enfermedad o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que lo inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamentación de su incapacitación (arts. 199 y 200 Cc), se erigen en 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. 24.2 CE”³⁸⁵.

Expuestas estas breves consideraciones generales sobre la prueba en el proceso de incapacitación, pasamos a analizar las pruebas preceptivas de este proceso.

2. LA AUDIENCIA DE LOS PARIENTES MÁS PRÓXIMOS DEL INCAPACITADO

Entre las pruebas preceptivas a practicar se incluye la audiencia a los parientes más próximos del presunto incapaz. Ello supone que el tribunal competente para conocer del proceso de incapacitación, ha de escuchar lo que aquéllos opinen acerca de la aptitud física o psíquica del “demandado” tanto para gobernar

385 STC (Sala 2ª) de 9 de Octubre de 2002 (RTC 2002\174).

su persona como su patrimonio, a tales efectos el tribunal puede formularles las preguntas que estime necesarias en relación con esta misma cuestión³⁸⁶. Así, si se trata de enfermedades o deficiencias psíquicas se preguntará por el comportamiento familiar y social del presunto incapaz, si padece enfermedades nerviosas o mentales, si es alcohólico o toxicómano, si padeciendo una enfermedad mental toma la medicación prescrita, etc. También se les preguntará por la aptitud del presunto incapaz para administrar su bienes y patrimonio.

En cuanto a los sujetos a los que necesariamente hay que dar audiencia, la Ley solamente exige que se dé audiencia a los parientes más próximos del presunto incapaz sin indicar quiénes son éstos sujetos. *De lege data*, partiendo de la literalidad del precepto, resulta obvio que ha de entenderse excluidas de este trámite a aquellas personas que aún siendo próximas al presunto incapaz no tienen con aquél una relación de parentesco, aunque nada impide que el tribunal *ex officio* en virtud de los poderes que le atribuye la Ley pueda pedir también el interrogatorio de éstos sujetos como prueba testifical, si ello le lleva a una mayor certeza sobre el estado del “demandado”, pero debemos convenir que su práctica nunca tendrá el carácter de prueba preceptiva (art. 752.1 LEC).

Por otra parte, la Ley no indica qué se entiende por proximidad entre los parientes, cabe dos interpretaciones: entender por parientes más próximos del presunto incapaz, a aquéllos que tienen un grado de parentesco más cercano según lo dispuesto en el artículo 915 del Código Civil, o entender por tales, a aquellos

386 SANCHO GARCALLO, I. “Artículo 759”, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona, Ed. Iurgium, 2001, p. 3444.

parientes más cercanos en el trato³⁸⁷. De la finalidad que se persigue con esta prueba preceptiva, que no es otra que la de adquirir un cabal conocimiento acerca de la situación y circunstancias reales que rodean al presunto incapaz, resulta indiscutible que la segunda opción es la más acertada, puesto que los parientes más cercanos o vecinos en el trato son los que tienen una mayor información sobre la situación real del presunto incapaz³⁸⁸.

En cuanto a la determinación del grado de proximidad quedará a criterio del tribunal³⁸⁹, así como, quedará a su criterio la fijación del número de parientes que necesariamente han de ser oídos en el proceso de incapacitación³⁹⁰.

En el supuesto de que conste acreditado que el presunto incapaz carece de parientes, sean próximos o lejanos, entendemos que esta prueba podrá obviarse, pudiendo obtenerse los datos sobre las circunstancias que rodean al “demandado” por cualquier otro medio de prueba, incluido el interrogatorio de testigos que sin ser parientes tengan trato con aquél.

387 Al respecto, O'CALLACHAN MUÑOZ, X. “La incapacitación”, *Actualidad Civil*, 1986, núm. 1, p. 10, entiende por más próximos al cónyuge, hijos, padres, hermanos y otros más lejanos pero que convivan.

388 En este sentido, vid. BERROCAL LANZAROT, A. I., “De nuevo sobre el proceso de incapacitación”, *RDPr*, núm. 1, 2005, pp. 73 y 74.

389 En este sentido, vid. DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. “Comentario a los artículos 199 a 210 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, Ed. Tecnos, 1986, pp. 177 a 196. Así, por ejemplo, vid. la SAP de Ciudad Real (Sección 2ª) de 6 de Noviembre de 2003 (JUR 2004\50031) que declaró la nulidad de actuaciones por la falta de audiencia de los hijos de la presunta incapaz, aunque en la primera instancia se dio audiencia al marido.

390 Vid. el ATC de 12 de Julio de 2004 (RTC 2004\257) que desestima un recurso de amparo suscitado por la hermana de la persona incapacitada a la que no se dio audiencia en la vía judicial previa, al entender el órgano jurisdiccional que la garantía contemplada en el artículo 759 sólo afectaría a los progenitores, que sí fueron oídos en el proceso.

Respecto a la audiencia de los parientes que hubieran promovido el proceso de incapacitación en calidad de demandantes, la doctrina y la jurisprudencia se han mostrado contradictorias. Así, la jurisprudencia, en aplicación del artículo 208 del Código Civil, ha entendido que no procede dar audiencia a estos parientes, porque su opinión sobre la capacidad del demandado queda manifestada implícitamente en el escrito de demanda³⁹¹. En cambio la doctrina más representativa, ante la claridad con la que se pronuncia el artículo 759.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sostiene que la audiencia de estos sujetos no ha de entenderse subsumida en las alegaciones que pueda realizar el demandante al promover el proceso de incapacitación, siendo preceptiva su citación a efectos de determinar la existencia y alcance de la incapacidad³⁹². Esta audiencia se hace, si cabe, más necesaria en los supuestos en los que en la demanda de incapacitación se hubiera solicitado el nombramiento judicial de la persona o personas que hayan de asistir o representar al presunto incapaz.

Por lo que refiere a la forma en que ha de de practicarse esta prueba, a falta de norma expresa debemos determinar si es aplicable o no las reglas generales sobre algunos de los medios probatorios regulados en los artículos 299 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, hay que señalar que la audiencia a los parientes más próximos no coincide exactamente con el interrogatorio de las partes (arts. 301 a 316 LEC) ni con el

391 Vid. las SSTS (Sala 1ª) de 30 de Diciembre de 1995 (RJ 1995\9664) y 19 de Febrero de 1996 (RJ 1996\1413).

392 Vid. SANCHO GARCALLO, I., "Artículo 759", *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, op.cit.*, pp. 3444 y 3444, y LETE DEL RIO, J.M., "El proceso de incapacitación", *Actualidad Civil*, núm. 4, 2001, pp. 1495 y 1496. No obstante, señalan lo contrario ORTELLS RAMOS, M. y ANDRÉS CUCARELLA, L.: "Artículo 759", *Proceso Civil Práctico*, Tomo IX, Madrid, Ed. La Ley, 2005, p. 186.

interrogatorio de los testigos (arts. 360 a 381 LEC), quedando, a nuestro juicio, encuadrado en otros medios de prueba que permiten al juzgador alcanzar la certeza de un hecho relevante (art. 299.3 LEC). Ello significa que no tiene porque encauzarse como un interrogatorio de preguntas y repreguntas³⁹³, lo cual no quita que el tribunal pueda optar por ésta fórmula, también significa que los parientes más próximos a los que se le de audiencia no puedan ser tachados como los testigos propuestos por la parte contraria.

Por otra parte, ha de entenderse que debe darse participación en este trámite a las personas comparecidas en el proceso de incapacitación, a fin de que éstas puedan asistir a la audiencia a los efectos de respetar el principio contradictorio que rige en este proceso, sin perjuicio a que no entendemos procedente la intervención de las partes en los términos del artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. EL EXAMEN “POR SÍ MISMO” DEL PRESUNTO INCAPAZ

El examen del presunto incapaz por el órgano judicial también se erige como una exigencia fundamental del proceso de incapacitación, que, al constituir un medio probatorio, tiene por finalidad proporcionar al juzgador la percepción directa, personal e inmediata del efectivo estado del presunto incapaz. Por ello, es indispensable que se practique por el órgano jurisdiccional que conoce del proceso de incapacitación, esto es, la práctica de esta diligencia está regida por el principio de inmediación que se

393 En este sentido, vid. la STS (Sala 1ª) de 20 de Marzo de 1991 (RJ 1991\9664) en la que se señala que esta audiencia ha de llevarse a efecto “sin sujeción a regla alguna, ni pliego de preguntas previo”.

aplica en todo su rigor, tanto es así, que el examen del presunto incapaz habrá de practicarse de nuevo en segunda instancia, con independencia del resultado de la sentencia de primera instancia.

Ello implica que no pueda acudirse a la delegación ni a la cooperación judicial para el examen del presunto incapaz que se halle fuera del partido judicial del tribunal que está conociendo del proceso de incapacitación³⁹⁴. Igualmente, la exigencia de este examen, comporta la imposibilidad de declarar incapaz a quien no esté presente o se encuentre en paradero desconocido, esto es, a nuestro juicio resulta inviable la sustanciación del proceso de incapacitación en rebeldía del “demandado” en los términos de lo establecido en los artículos 442.2 y 496 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Nada dice la Ley sobre el modo en que ha de desarrollarse este examen, para algunos autores se corresponde con la prueba de reconocimiento judicial debiendo practicarse conforme a sus reglas³⁹⁵, para otros no es propiamente un interrogatorio de las partes ni un reconocimiento judicial, sino algo a caballo entre los dos medios probatorios³⁹⁶. La jurisprudencia por su parte, considera que el examen del presunto incapaz no se equipara ni a un

394 En este sentido, vid. el ATSJ del País Vasco (Sala de lo Civil y Penal) de 23 de Abril de 2007 (RJ 2007\6510), la SAP de Pontevedra (Sección 3ª) de 17 de Julio de 2006 (JUR 2006\224876) y el AAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 13 de Julio de 2007 (AC 2007\2111).

395 En este sentido, vid. ARBAIZAR FERNÁNDEZ, E.; BASAÑEZ GUTIÉRREZ, A.; PÉREZ PADILLA, G. y TOBAJAS GÁLVEZ, O., “La iniciativa probatoria de oficio en los procesos especiales no dispositivos”, *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, Barcelona, Ed. Bosch, 2003, pp. 89 a 91.

396 En este sentido, vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (con De la Oliva Santos y Vegas Torres), *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Madrid, Ed. Ramón Areces, (Tercera edición), 2005, p. 429.

reconocimiento judicial ni a una inspección personal, sino que se trata de una prueba directa, legal, autónoma y obligada, que junto con las que se refieren en el artículo 759 y las que suministra las partes, componen el material probatorio suficiente para pronunciar una decisión judicial³⁹⁷.

A nuestro juicio, aunque esta prueba tiene caracteres especiales derivados de los intereses que están en juego en el proceso de incapacitación, que hacen necesaria la práctica de esta prueba, ello no quita que el examen del presunto incapaz se asemeje en gran medida al reconocimiento judicial. Así pues, a nuestro juicio, su práctica se puede desarrollar de modo similar a lo preceptuado en el artículo 355 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el reconocimiento judicial de personas, esto es, generalmente se practicará a través de un interrogatorio realizado por el tribunal, que se adaptará a cada caso y podrá realizarse en la sede del órgano judicial o fuera de ella. Si bien es cierto, que el examen del presunto incapaz, normalmente y a diferencia del reconocimiento judicial de personas, se practicará a puerta cerrada sin intervención de las partes, y con asistencia del Secretario Judicial que habrá de levantar acta (*ex art.* 754 LEC). Y ello es así, por la finalidad tuitiva de la medida a adoptar, se trata de proteger la dignidad del presunto incapaz y que el tribunal examine al “demandado” sin mediatización alguna procedente de la presencia de extraños, sobre todo de los parientes que promueven el proceso de incapacitación³⁹⁸. Adempero, la acta diligenciada por el Secretario Judicial sí que deberá ser conocida por las partes del

397 Vid. la STS (Sala 1ª) de 31 de Diciembre de 1991 (RJ 1991\9483), la SAP de Ávila (Sección 1ª) de 6 de Julio de 2007 (JUR 2007\348010) y las SSAP de Barcelona (Sección 18ª) de 22 de Noviembre de 1999 (AC 1999\8282) y 11 de Julio de 2000 (JUR 2000\295226).

398 Vid. la STS (Sala 1ª) de 20 de Marzo de 1991 (RJ 1991\2266).

proceso, a fin de que exista una mínima publicidad y contradicción aunque sea *a posteriori* del examen del presunto incapaz.

El tribunal en este interrogatorio debe explorar las facultades cognitivas y volitivas del presunto incapaz, debiendo abarcar la exploración diversos extremos relativos a su esfera personal, su esfera patrimonial y el derecho de sufragio³⁹⁹. En cuanto a la esfera personal se preguntará al incapaz sobre sus circunstancias personales y familiares, (como se llama, quienes son sus hermanos, padres, etc; día y mes del examen judicial; su dirección y lugar de residencia; donde se encuentra en ese momento, etc), también se le preguntará sobre hechos acaecidos, al objeto de examinar tanto la memoria inmediata como la memoria de pasado, se le preguntará sobre sus habilidades en la vida cotidiana (si se baña, se viste o se desplaza sólo o es dependiente de otra persona). En este examen el juez no sólo podrá tener en cuenta la respuestas del demandado, sino que también podrá tener en cuenta el aspecto externo o cuidado personal del presunto incapaz.

El examen de la esfera patrimonial debe abarcar el grado de autonomía del presunto incapaz para la administración de sus bienes, a estos efectos el tribunal podrá formularle preguntas en las que se enjuiciará su capacidad de cálculo mental, conocimiento de la moneda de curso legal y su valor y su capacidad de administración para los bienes de uso y consumo cotidiano.

Para la práctica del examen del presunto incapaz, el tribunal podrá ordenar cualquier medida que sea necesaria para lograr la efectividad del reconocimiento, incluida la de ordenar la entrada en el lugar en el que deba examinarse al presunto incapaz

399 SANCHO GARCALLO, I., "Artículo 759", *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op.cit.*, pp. 3442 y 3443.

(art.354.1 LEC). No obstante, entendemos que no será viable la adopción de ninguna medida para obligar al presunto incapaz a contestar las preguntas que formule el juez.

Por otra parte, es aconsejable que el juez tenga en cuenta los informes médicos aportados por las partes o traídos al proceso *ex officio*, pues éstos le permitirán realizar un cuestionario más exhaustivo. En cuanto a una posible práctica simultánea del examen del incapaz por el juez con la prueba pericial, aunque pudiera ser viable a tenor de lo señalado en el artículo 356 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendemos que no sería aconsejable dado que la prueba pericial podría condicionar el resultado del examen del presunto incapaz por parte del tribunal.

4. EL DICTAMEN PERICIAL MÉDICO

El proceso de incapacitación también exige que el tribunal acuerde la práctica de los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes, en especial, nunca podrá decidirse sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico (art. 759.1 *in fine* LEC).

En este contexto, debemos señalar que a diferencia del derogado artículo 208 del Código Civil que exigía únicamente oír el dictamen de un facultativo, la Ley de Enjuiciamiento Civil expresamente exige que este dictamen se realice por un médico. Ello significa que sólo se exige preceptivamente el dictamen de un profesional con titulación en medicina, siendo aconsejable que sea un especialista en el campo científico de la enfermedad o deficiencia que aqueja al “demandado”. Por tanto, quedan fuera de esta exigencia los dictámenes elaborados por otros facultativos como son los psicólogos, sociólogos, psicopedagogos, etc, que

aunque pueden aportarse al proceso como prueba pericial tanto por las partes como por el órgano jurisdiccional, no se consideran preceptivos.

El médico habrá de emitir un informe cuyos extremos se orientarán a determinar la capacidad o no del “demandado”, no se trata de diagnosticar la enfermedad o discapacidad de éste, sino de a la vista del reconocimiento del sujeto, dejar constancia de los datos que permitan concluir su estado tanto para gobernar su persona como para administrar sus bienes.

En cuanto al régimen jurídico al que queda sujeto el dictamen médico, no se corresponde con la prueba pericial, entre otras cuestiones porque esta prueba ha de practicarse preceptivamente⁴⁰⁰. De tal modo, que no son las partes quienes deciden la pericial médica a practicar, sino que es el tribunal el que nombra al médico que ha de emitir el dictamen, aunque se podrá acudir directamente al médico forense. En este contexto, debemos señalar que aunque la figura del médico forense como tal no aparece en el ámbito del proceso civil (art. 479 LOPJ), *de facto* en la práctica es él el que está resolviendo la evaluación médica en los expedientes de incapacitación, tal es la importancia de su dictamen, que en caso de discrepancia con la prueba pericial solicitada a instancia de parte, su dictamen suele tener calidad dirimente.

No obstante a lo anterior, por las similitudes que existe con la prueba pericial acordada *ex officio*, entendemos que la desig-

400 En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala “Con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público, esta Ley se inclina coherentemente por entender el dictamen de peritos como medio de prueba en el marco de un proceso, en el que, salvando las excepciones aludidas, no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela formuladas por las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de alegar y probar”.

nación del perito médico en el supuesto de que no se recurra al médico forense, se puede regir por lo dispuesto en el artículo 339.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, el procedimiento para la designación judicial del médico se realizará partiendo de las listas de peritos existentes en la oficina judicial. La primera designación se realizará por sorteo y a partir de ésta se efectuará las siguientes designaciones por orden correlativo (art. 341 LEC). Al perito designado se le llamará para que acepte el cargo. En caso positivo, se pasará a nombramiento (art. 342 LEC). Teniendo presente el carácter preceptivo de esta prueba, y que la designación del médico se hará judicialmente, entendemos que el perito médico no podrá ser tachado por las partes pero si recusado (art. 343 LEC).

Una vez que se emite el dictamen, que habrá de realizarse por escrito, se deberá dar traslado a las partes del proceso por si consideran necesaria la comparecencia del perito en la vista, al objeto de que el médico realice las explicaciones, aclaraciones o los complementos oportunos. Asimismo, el tribunal podrá ordenar su comparecencia cuando lo considere necesario para la comprensión y la valoración del dictamen (art. 346 LEC). Ahora bien, aunque la práctica del dictamen pericial médico es obligatoria, del tenor literal de la norma, entendemos que no lo es la comparecencia del médico para ratificar su dictamen, siempre y cuando este dictamen sea completo.

En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 30 de Noviembre de 2004, que declara la nulidad de la sentencia de primera instancia porque el dictamen médico que obraba en los autos se hallaba contenido en un impreso estereotipado, que difícilmente puede entenderse suficiente a los fines que persigue el artículo 759.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultado al que llega, habida cuenta que

en el acto del juicio tal dictamen no fue ni ampliado ni aclarado por el perito que lo elaboró⁴⁰¹. Por tanto, admite la subsanación de las deficiencias del dictamen pericial, porque éstas pueden subsanarse con la comparecencia del perito, en tanto que su falta es insubsanable.

De forma genérica, el dictamen médico para que se entienda completo ha de contener en sus conclusiones los siguientes extremos: 1. Una opinión sobre si el presunto incapaz sufre una enfermedad mental o física; 2. Debe indicar el nombre, características principales y síntomas de la enfermedad que padece, con particular énfasis sobre la capacidad de juicio individual, conducta social y autocontrol; 3. Debe dar una opinión sobre la persistencia o permanencia de la enfermedad, así como de la viabilidad de posibles mejorías; y, 4. Debe indicar si las circunstancias que rodean al presunto incapaz afectan a su autogobierno personal y patrimonial.

En cuanto al valor probatorio del dictamen, como el resto de las pruebas acordadas en el proceso de incapacitación, aunque su práctica es preceptiva habrá de ser valorado por el tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Así pues, una vez recabado, el tribunal podrá valorarlo en relación con el resto de pruebas, o si lo estima justificado, podrá desatenderlo.

5. PRUEBAS A PRACTICAR EN EL SUPUESTO DE ACUMULACIÓN AL PROCESO DE INCAPACITACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DEL CARGO TUTELAR

A la luz de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el régimen jurídico para el nombramiento del tutor o

401 SAP de Alicante (Sección 6ª) de 30 de Noviembre de 2004 (JUR 2005\46093).

del curador del incapacitado puede ser doble. De un lado, puede que la designación se solicite acumuladamente con la demanda de incapacitación (art. 760.2 LEC de 2000); o, de otro lado, que no se solicite acumuladamente, en cuyo supuesto el nombramiento del cargo tutelar se tramitará como un expediente de jurisdicción voluntaria que deberá esperar a la firmeza de la sentencia de incapacitación (arts. 1.833 y ss. de la LEC de 1881).

Sólo en aquellos casos en los que se hubiere solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento del cargo tutelar, podrá practicarse prueba dirigida a determinar en quién debe recaer el nombramiento. En este sentido, aparte de las pruebas que pudiera aportar o solicitar las partes y el Ministerio Fiscal, o las que el tribunal pueda acordar *ex officio*, necesariamente habrá de darse audiencia a los parientes más próximos del presunto incapaz y a éste si tiene suficiente juicio (art. 759.2 LEC). Y, aunque la Ley no lo indica expresamente, por vía jurisprudencial, también se viene exigiendo la audiencia a los posibles tutores u organismos que vayan a asumir la tutela⁴⁰².

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta de que si se trata de rehabilitar o prorrogar la patria potestad del presunto incapaz, necesariamente habrá de oírse a ambos progenitores⁴⁰³.

Esta audiencia tendrá por objeto interrogar al presunto incapaz y sus parientes más próximos o, en su caso, posibles tutores, sobre la persona que consideran más idónea para ser nombrado tutor o curador. A tales efectos, el tribunal podrá formularles preguntas dirigidas a obtener datos sobre las relaciones del posible tutor con el presunto incapaz, si existen y son de afectividad

402 Vid. la SAP de Valencia (Sección 10ª) de 7 de Febrero de 2007 (JUR 2007\2393320) y la SAP de Ávila (Sección 1ª) de 22 de Abril de 2008 (JUR 2008\318032).

403 Vid. STC (Sala 2ª) de 9 de Octubre de 2002 (RTC 2002\174).

o enemistad, pues a tenor del artículo 244 del Código Civil, no pueden ser tutores los que tuvieren enemistad manifiesta con el incapacitado, ni los que tuvieran importantes conflictos de intereses con el incapacitado, mantengan pleito con él sobre el estado civil o sobre la titularidad de bienes, o se adeuden sumas de considerable importe. En el supuesto del cargo tutelar asumido por el conyugue o pareja de hecho, además se preguntará si conviven en el mismo domicilio⁴⁰⁴, pues uno de los impedimentos para ser nombrado tutor es la imposibilidad de hecho de carácter absoluto. En definitiva, se trata de averiguar cualquier circunstancia que permita alterar el orden legal de los llamados a ejercer el cargo tutelar establecido por el artículo 234 del Código Civil.

En este contexto, ha de tenerse en cuenta que el artículo 223 del Código Civil exige que el tribunal recabe certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar: de un lado, la existencia de escrituras públicas de constitución de autotutela; y, de otro, si existe testamento o documento notarial de los padres del incapacitado en el que hubieran hecho una designación del tutor que ha de asistir a su hijo, puesto que el artículo 234 da preferencia al tutor nombrado por el propio tutelado y a la persona o personas designadas por los padres al realizar sus disposiciones de última voluntad. Esta designación vinculará al tribunal al constituir la tutela, salvo que el beneficio del incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada (art. 224 CC).

404 Vid. SAP de Castellón (Sección 3ª) de 18 de Marzo de 2005 (AC 2005\1201).

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)

María Dolores Casas Planes

Profesora de Derecho civil

“(...) reconociendo (...) que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y la erradicación de la pobreza. Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.”

(Exposición de Motivos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, 2006)

1. INTRODUCCIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN

Se nos dice que la declaración judicial de incapacidad es un “extraordinario instrumento para rehabilitar su persona y permitirle intervenir en su vida jurídica, por lo que equivale a *capacitación*, a una institución jurídica que perfila la capacidad de las

personas con deficiencia o enfermedad psíquica, y fomenta su autonomía, su equiparación y su plena integración en la sociedad⁴⁰⁵.

Si bien, hay que tener presente que cada vez se pone más de manifiesto por estudios empíricos que la irrupción de lo jurídico y lo sancionador tiene efectos muy negativos en el mundo de los sentimientos, emociones, pensamiento y en lo relacional, sobre todo, de los enfermos psíquicos, lo que influye en las posibilidades de un trabajo terapéutico rehabilitador y resocializador.

405 SEOANE, JA./ÁLVAREZ, N./CARRIL, XM/ FARALDO, P., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, ed., Paideia, 1999, pp. 104-112 y 141, que nos explica que la incapacitación (que emana del principio subsidiario de protección del enfermo o deficiente psíquico residenciado en el artículo 49 CE respecto al principal de su dignidad y libre desarrollo de la personalidad *ex art. 10 CE*) interviene únicamente en aquellos supuestos y ámbitos en los que la persona no sea capaz de actuar eficazmente por sí misma. Esto es, el criterio axial para la incapacitación es la falta *autogobierno* como noción que hace referencia a un estado psíquico que englobaría la capacidad general, global no específica, de desenvolverse de modo corriente que implica la actitud reflexiva sobre la propia actuación y la conciencia o conocimiento del significado de la propia actuación y sus efectos —ref. AMERICAN ASSOCIATION ON MENTAL RETARDATION., *Mental retardation: Definition, Classification, and Systems of Supports*, Washington, 1992, 1992 (versión española de M.A Verdugo y C. Jerano., *Retraso mental. Definición. Clasificación y sistemas de apoyo*, ed., Alianza, Madrid, pp. 13-16). Y en el mismo sentido, LÓPEZ-SÁNCHEZ VIZCAINO, A., “La declaración de incapacitación: requisitos, problemas, ventajas, inconvenientes y otras soluciones”, en *Deficiencia, Enfermedad mental y Senilidad: Mecanismos Legales de Protección (2ª Jornada)*, ed., Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental, 1996, p. 43.

Y para una visión médico-legal de la incapacitación, vid. RUIZ DE LA CUESTA, JM^a., “Aspectos médicos legales del internamiento y de la incapacitación”, en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Madrid, ed., CGPJ, 2000, pp. 54 y ss, que explicita que el autogobierno tiene tres dimensiones: la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica); la adaptativa e interpersonal (la capacidad para afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural); y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene o cuidado).

En consecuencia, voces cada vez más numerosas nos dicen que, el proceso de incapacitación, y subsiguiente de tutela, se ha de llevar a cabo, solamente, hacia las personas que lo precisen y, en tal caso, debiéndose adaptar a las necesidades individuales de cada uno⁴⁰⁶.

En atención a lo dicho es posible que el legislador alemán hace más de una década, y aprovechando la “Ley para la Reforma del Derecho de la Tutela y Curatela para Mayores de edad (Ley de la Asistencia) de 12 de septiembre de 1990⁴⁰⁷, suprimiera la incapacitación, estableciendo para el discapacitado un régimen de protección o asistencia no incapacitadora (*Betreuung*) y sujetando la eficacia de sus actos al criterio de aptitud psíquica para autodeterminarse según el 104 BGB. Es decir, el nombra-

406 En este sentido, vid. Unidad de Ordenación Asistencial de IASAM., *La rehabilitación y prevención de la incapacidad marco conceptual*, Septiembre, 1986; LEÑA FERNÁNDEZ, R., “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (Seminario coordinado por MARTÍNEZ DÍE), Madrid, ed., Civitas, 2000, p. 185; FERRER I RIBA, J., “Les institutions tutelars en el Codi de Família (I) en la *Revista Jurídica la Lley de Catalunya*, (núm. 239), 18.1.1999, p. 2, que destaca los efectos secundarios estigmatizadores para el incapacitado, como son que puede afectar, negativamente, a la percepción que la comunidad tiene del incapacitado, la que, a su vez, influye en la disminución de su autoestima y del ejercicio de la capacidad natural que conserve; SÁNCHEZ GARGALLO, i., *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Valencia, ed., Tirant lo blach, 2000, p. 111, que alude a que el Juez ha de tener en cuenta en orden a la incapacitación de una persona, además de la vida del demandado, el ambiente en que se mueve, los problemas y abusos que haya podido sufrir, *cómo repercutirá la incapacitación en su ánimo vital*. Y, desde una visión psiquiátrica del tema, vid. ARAGUES ORTIZ DE ZÁRATE, E., “En torno a la incapacitación de pacientes psiquiátricos”, en *Psiquis*, (vol. 15) 1994, núm. 3, pp. 33-37, especialmente, p. 36.

407 Para una visión completa de esta Ley y sus posteriores modificaciones en 1998 y 1999, vid. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “La nueva legislación alemana sobre tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo”, en *Act.C.* (núm.21), 24 al 30 de mayo de 1999, pp.553-581.

miento de un asistente no afectaba en absoluto a la capacidad de libre actuación del asistido, en orden a respetar lo más posible el ámbito de capacidad natural de éste. Y a pesar de las críticas que esta Ley despertó en la jurisprudencia de algún *Länder* alemán⁴⁰⁸, es significativo, como nos apuntó SALAS MURILLO, que no se aprovechara la Ley de modernización del Derecho de obligaciones del BGB (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) de 26 de noviembre de 2001 para modificar la materia⁴⁰⁹.

Sea como fuere, en España y atendiendo a la dirección apuntada, tienen cada vez mayor predicamento otros mecanismos de protección ajenos al procedimiento judicial de incapacidad, en especial para las personas *border line* y para los enfermos psíquicos de carácter cíclico. Si bien, la mayoría de la doctrina española sigue defendiendo, sobre todo para los enfermos psíquicos de carácter cíclico, la necesidad de la incapacitación⁴¹⁰, y la corres-

408 *Ibidem*, pp. 566-569, que afirma que en dicho sistema, la persona asistida conserva sus facultades de actuación en el tráfico jurídico en la medida en que lo permita su capacidad natural, superponiéndose estas facultades a las del asistente (*Betreuer*) que tiene poderes de representación legal para actuar en el ámbito que sea necesario (1896.2 y 1902 BGB). Y el Juez puede excepcionalmente ordenar que la persona sujeta a *Betreuung* necesite el asentimiento de su asistente para poder realizar con eficacia los actos jurídicos que entren dentro del ámbito de actuación cuya representación se haya conferido también al asistente (1903 BGB regula la reserva del asentimiento o *Einwilligungsvorbehalt*), a excepción de que la declaración de voluntad conlleve exclusivamente una ventaja jurídica. Sin embargo, entiende que en la elaboración de la nueva Ley se refleja la extraordinaria influencia de psicólogos y asistentes sociales, lo que va a conllevar problemas de orden práctico, sobre todo, el nombramiento de asistente sin previa incapacitación. Y, SALAS MURILLO, S. DE., *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, ob, cit, pp. 50-55.

409 SALAS MURILLO, S. DE, ob cit, np. 37, p. 50.

410 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico (comentario a la STS 10.2.1986)", en *PJ*, 1986 (vol. 3), septiembre, pp. 107-112, especialmente p. 109, que ar-

pondiente sumisión a una institución de guarda, preferentemente la curatela⁴¹¹; no obstante, dentro de este sector favorable a la

gumenta que el carácter cíclico de una enfermedad no debe impedir una hipotética incapacitación siempre que la intensidad y perioricidad de las fases críticas, de entidad temporal suficiente, afecten al autogobierno de la persona; como ocurría en la sentencia comentada en que la presunta incapaz padecía una psicosis fásica maníaco-depresiva de evolución crónica que cuando entraba en la fase cíclica crítica le producía la pérdida del sentido de la realidad; frente a la alternativa de restringir la incapacidad a los períodos de crisis, pues de tal modo se mermaría la seguridad jurídica. En sentido parecido, y comentando la misma sentencia, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “En torno a la enfermedad mental fásica como causa de incapacitación: régimen y consecuencias (comentario a la STS 10.2.1986)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XL, fascículo II, abril-junio, 1987, pp. 715-125, que afirma que la enfermedad destaca por su carácter fásico o por su alternancia, que, desde el punto de vista neuropsiquiátrico, no es sino una forma de manifestarse una enfermedad que está presente en todo momento; aunque hay que comprobar que lo persistente ha de ser la enfermedad y no alguno de sus síntomas. En conclusión, estima que, aunque del artículo 200 CC haya desaparecido la precisión de que son susceptibles de incapacitación los locos o dementes aunque tengan intervalos lúcidos, aquélla sigue presente en su espíritu. Y, PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “La incapacitación en las sentencias del Tribunal Supremo”, en *Aranzadi Civil* (nº 4, vol. I, tomo IX) mayo, 2000, p. 1945, que nos explica que la doctrina de la sentencia citada es reproducida en las SSTS 20.5.1994; 26.7.1999 (RJA 1999, 683), y por la jurisprudencia menor, como SSAP de Valladolid de 14.2.1994 (AC 1994, 215); y de León de 19.11.1998 (AC 1998, 2073), y, que entiende que es adecuada pues, como resalta el Tribunal Supremo, es inviable incapacitar al sujeto sólo en cada una de las fases cíclicas.

411 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “En torno a la enfermedad mental fásica como causa de incapacitación: régimen y consecuencias...”, ob cit, pp. 719, entiende que la curatela es el régimen de protección más adecuado para la presunta incapaz cuyos períodos de lucidez son la regla y los de crisis la excepción, de tal modo que la curatela se adapta más a la capacidad natural que tiene doña E.V.R. para regir sus asuntos, excepto cuando entra en crisis. De tal modo que la curatela, cuya función es asistir, complementar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente necesita que determinados actos de la persona la adición o concurrencia por mor de asesoramiento o consejo (la curatela se basa en el principio de capacidad frente a excepciones expresamente determinadas en la sentencia, y la tutela se basa en el principio de incapacidad frente a excepciones señaladas en la sentencia), le va a permitir a doña E.V.R. ejercitar hasta el máximo de sus posibilidades su aptitud natural de autogobierno, pues lo único preciso será evitar que pierda su capital por engaño o medidas desacertadas, siendo suficiente vigilar sus actos más graves de

incapacitación, hay quiénes reconocen la dificultad de escoger el régimen de guarda al que deba quedar sometido el incapaz (enfermo psíquico de carácter cíclico), pues consideran que nos encontramos ante uno de esos supuestos en los que se pone de manifiesto la rigidez del sistema legal, y que, por tanto, requiere un tratamiento legal específico, en la medida en que cada una de las soluciones posibles en la regulación actual adolece de graves deficiencias para su aplicación práctica⁴¹².

Y entre los mecanismos alternativos a la incapacitación se citan, entre otros, las donaciones modales u onerosas que regula el artículo 619 CC; la institución de heredero o legatario “modal” o “con carga” del artículo 797 CC; la sustitución fideicomisaria *ex* artículo 781 y siguientes del CC; la constitución de situaciones de condominio o copropiedad por el que los padres podrán donar o dejar en testamento a sus hijos, aunque le otorgan la propiedad

administración y prohibirles los de disposición. En sentido parecido, VVAA., “Aspectos jurídicos en relación al enfermo mental”, en *I Jornadas FANAES (Federación Andaluza de Abogados de Esquizofrénicos)*, resumen y conclusiones, Sevilla, noviembre, 1994, p. 26, pues el enfermo esquizofrénico, en términos generales, salvo los periodos de brote psicótico tiene un grado de autonomía que le permite llevar a cabo una vida normal sin asistencia de persona alguna, no así en lo que respecta a su patrimonio, pudiendo asegurar sus bienes mediante el nombramiento de un curador, y la obligatoriedad de su intervención y de su asistencia.

En contra, BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, R., “La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico...”, *ob cit*, pp. 107-112, entiende que el régimen más adecuado es la tutela como mecanismo de representación legal, pues durante cada crisis pierde el sentido total de la realidad, y la curatela presupone una previa capacidad natural aunque insuficiente.

412 PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “La incapacitación en las sentencias del Tribunal Supremo”, *ob cit*, pp. 1946 y 1951, y recoge que en la jurisprudencia no hay unanimidad, pues mientras en la STS 10.2.1986 se inclina por el sometimiento del incapaz cíclico al régimen de curatela, en la de 26.7.1999 se propone el sometimiento del incapaz al régimen de tutela, aunque ordenando los efectos de la misma, en el sentido de que, en el ámbito patrimonial, la restricción no alcanza a los actos de administración ordinaria.

compartida con terceras personas; la constitución de usufructo; o la fórmula bancaria de titular mancomunado de una Cuenta corriente o imposición a plazo fijo⁴¹³.

En definitiva, la bondad absoluta de la incapacitación judicial también se ha puesto en tela de juicio con la entrada en vigor en España de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en mayo de 2008, pues la futura aplicación de dicha normativa va a significar una modificación en la forma como en el contenido de los procesos de incapacidad, en los que, como nos dice la Convención: “*el Fiscal velará por los derechos y la salvaguardia de la persona incapaz*”. Dado que, parece ser que la finalidad de la norma es que el discapaz esté protegido sin ser declarado judicialmente incapacitado, no tratándose tanto de reconocer a las personas como capaces o incapaces, sino de garantizar su igualdad en el ejercicio de los derechos⁴¹⁴.

413 LÓPEZ-SÁNCHEZ VIZCAINO, A., ob cit, pp. 50-54; y muy interesante para una visión completa de estas medidas de protección, la obra de LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, Madrid, ed., Consejo General del Notariado, 1997; y “El testamento en casos de incapacidad”, en *La persona con retraso mental: Incapacitación, tutela, matrimonio, esterilización, testamento, integración*, Sevilla, ed. Fundación Tutelar TAU, 1997, pp. 97-108.

414 En este sentido, destacar la noticia de que la Fiscalía de Valencia va a poner en marcha un mecanismo por el que las personas que sufren alguna discapacidad podrán contar con la protección del Ministerio Público sin ser declarados incapaces. Siendo el objetivo que cualquier persona que tenga algún impedimento mental para controlar su patrimonio, desde la pensión que recibe a las rentas que aporten, por ejemplo, una vivienda alquilada o unos ahorros, puedan ser gestionados por una tercera persona que deberá rendir cuentas a la Fiscalía sin que antes haya habido que incapacitar a quien tiene afectadas sus facultades. Incluso, la fiscal Jefe provincial de Valencia apuntó que quizás dicho proyecto se extienda a toda España, definiéndolo como “totalmente modernizado y actualizado como exigen los nuevos tiempos”, pues “*hay que lograr que las habilidades que el discapacitado conserva las siga manteniendo y que las que ha perdido las rehabilite*” (<http://sid.usal.es>, que recoge una noticia del País de 11/01/2009).

En realidad, es un loable reto de futuro para los operadores jurídicos y la sociedad en su conjunto, en un campo en el que ha existido de modo secular un prejuicio acerca de la irresponsabilidad absoluta de todo incapaz, pretiriendo el deber de indagar lo máximo en las particularidades de cada supuesto en concreto.

2. EXPERIENCIA JURÍDICA FRANCESA. REFERENCIA A LA REFORMA DE LA PROTECCIÓN DE MAYORES POR LEY DE 5 DE MARZO DE 2007

2.1. ANTECEDENTES LEGALES

Es relativamente reciente la reforma que nuestro país vecino ha acometido en el campo de la protección de mayores incapaces, en concreto a través de la Ley de 5 marzo de 2007⁴¹⁵, y en la dirección que se ha comentado en las líneas precedentes: *“proteger al débil sin disminuirle”*. Si bien, antes de su análisis, considero de interés destacar la bondad jurídica de una figura jurídica, existente con anterioridad a la ley citada, consistente en la llamada *“salvaguarda de justicia”* regulada en el art. 491.2 del Código civil francés, y fruto de la reforma llevada a cabo en el *Code civil* francés en materia de *“majeurs protégés para la loi”* por la Ley núm. 68-5, de 3 de enero de 1968.

En concreto, esta figura de protección, sin una previa incapacitación de la persona, permitía al mayor de edad, *a posteriori*, denunciar (anular, rescindir por simple lesión, o reducir en caso de exceso⁴¹⁶) los actos desafortunados que hubiera podido reali-

415 L. n° 2007-308, 5 mars 2007, JO 7 mars 2007, p. 4325.

416 Recordar que esta posibilidad no existe en España, pues nuestra regulación jurídica no admite como regla general la acción rescisoria por lesión (a excepción de los

zar (art.435.2 C.civ), estando legitimados para ello, el propio mayor incapaz, el tutor si se le dota de él, sus herederos, quedando sorprendentemente excluido de dicha legitimación el curador. El objetivo era afectar lo menos posible la capacidad de la persona, pues, según el precepto, la persona sometida a la salvaguardia de justicia conserva el ejercicio de sus derechos. Y esto en orden a llenar el vacío en el que se encontraban ciertos grupos de personas con la capacidad mental debilitada (“border-line”, o en los primeros estadios de las demencias seniles) y necesitados de una leve y temporal protección, como en enfermedades mentales de ciclos cortos y previsibles; tratamientos breves durante los cuales la voluntad del enfermo está adormecida, debilitada; crisis ligadas a tratamientos de desintoxicación, depresión nerviosa. E incluso para continuar asegurando la protección del individuo *non protégé* cuando está de permiso o en *sorties d’essai* de establecimientos psiquiátricos, tal y como prevé la reforma psiquiátrica, etc., pues, se argumentaba, podía favorecer a su curación el hecho de que el enfermo siguiera desarrollando una vida normal de relación⁴¹⁷.

supuestos legales tasados en nuestro Código civil, ex art. 1291 CC), a diferencia de nuestro Derecho histórico.

417 Para un análisis de esta figura, vid., Voz: “Incapables majeurs”, en *Resp. Civ. Dalloz*, civil, V, ob cit, pp. 3-10; Voz: “Majeurs protégés”, en *Jur.Class.civ.*, fas. 11, ob, cit, pp. 6-23; MAZEUD, H.L./ CHABAS, F., *Leçons de droit civil*, t.I, vol. 2, ob, cit, pp. 832-836; MALAURIE,/ AYNÉS, L., *Droit civil: Les personnes, les incapacités*, ed., Cujas, París, 1994, pp. 271-275; CRESPO ALLUÉ, F., “Las instituciones protectoras de los incapacitados en el Derecho francés”, en *RDP*, 1986, marzo, pp. 195-220, que la define como medida provisional y transitoria sin pretensiones de sustituir otros regímenes de protección—; y PALOMINO DÍEZ, I., “La flexibilidad de la protección de los *majeurs protégés* en Derecho francés. Comparativa con el derecho español”, en *La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, ob cit, pp. 357-360 que, además de la salvaguarda judicial, alude a otros mecanismos de protección, como: 1) la “administración legal” del artículo 497 del Code que en la práctica se utiliza en todos los casos en los que

En definitiva, se ha de poner de manifiesto que el legislador de 2007 no reinventa la protección de los mayores incapaces, antes al contrario, vamos a ver como conserva las reglas de los tres regímenes principales de protección, “la salvaguarda de justicia”, la “curatela” y la “tutela”; a la vez que añade y regula *ex novo* otros sistemas de protección. En definitiva, la novedad de dicha ley va a residir en dos pilares, amén de la sustitución del vocabulario tradicional nada eufemístico como demanda nuestra sociedad actual, al hacer desaparecer la palabra incapaz por la de “persona protegida”.

Y, dando paso al estudio de las reformas apuntadas, he de matizar que en este apartado solo van a ser objeto de exposición, de modo sucinto, las líneas de la reforma sin recoger ni precisar el desarrollo de la ley por los decretos posteriores de aplicación.

la familia (aunque en un principio sólo podían ser los parientes más próximos a la que el legislador otorga una confianza particular basada en la comunidad de vida, la *Loi du 28 mai de 1996* establece que puede tratarse de cualquier pariente, incluso por afinidad, sin limitación de grado) puede gestionar los intereses de un miembro enfermo, cualquiera que fuese su edad, evitando de este modo la tutela; 2) la aplicación del régimen matrimonial cuando éste puede proveer suficientemente los intereses de la persona protegida; y 3) la “gerencia de la tutela” como forma simplificada de la tutela pero, en todo caso, verdadera tutela para los casos de ausencia de familia del incapaz, normalmente personas de avanzada edad e internos en un establecimiento de salud y con escasos recursos económicos, de modo que una tutela profesionalizada se encarna en la figura del tutor-gerente o *preposés* (art. 499 y 500 Code y Décr. 69-195, de 15 février), que suelen ser licenciados en Psicología, Derecho o Gestión de empresas, o bien en personas elegidas en una lista que obra en poder del *procureur de la République*, o también simples particulares que de modo voluntario y solidario, a través de asociaciones y fundaciones, ofrecen sus servicios a dicho fin (*gérants bénévoles*). Y para un estudio extenso de la protección de los incapaces en Francia con referencias actuales, vid. SALAS MURILLO, S.DE, ob cit, pp. 37-50, que divide la exposición en 1) medidas aplicables con independencia del régimen especial de protección, y 2) Y enfermos sometidos a régimen específico de protección: en especial la salvaguarda de justicia.

2.2. REFORMA DE LA PROTECCIÓN DE MAYORES EN FRANCIA POR LEY DE 5 DE MARZO DE 2007

En primer lugar, con esta ley se han renovado los regímenes tradicionales de protección de los mayores, y a través de las siguientes medidas:

a) De la promulgación de nuevos principios directrices de dichos regímenes⁴¹⁸, posibilitando, por ejemplo, que el Juez pue-

418 Vid. FOSSIER, T., "La réforme de la protection des majeurs (guide de lecture de la loi du 5 mars 2007)", *La Semaine Juridique*, (núm. 11), 14 mars 2007, en especial, pp. 15-17. Los principios rectores de los sistemas tradicionales van a ser los siguientes: 1°) *La libertad, dignidad y solidaridad*, que conllevan, respecto a los dos primeros, que sea la situación del mayor el que guíe la concesión o el rechazo de una medida de protección, y no la pertenencia humillante a categorías médicas o administrativas (nuevo arts. 415, que reemplaza los antiguos arts.427, 488.2, y 490.1-2 Code civil francés); así como el reconocimiento de los derechos del mayor incapaz durante el curso de su protección: de los actos estrictamente personales, los actos de la vida corriente, un acceso a sus cuentas. Y respecto a la solidaridad que los cargos de tutor y curador o mandatario sean gratuitos, a excepción de los responsables de la protección no familiar. 2°) *La responsabilidad* de los órganos de protección por el daño que resulte de la mera "faute" o culpa en el desempeño del cargo, frente a los que defendían la responsabilidad por el daño anormal o especial aún sin culpa. Si bien, la ley estipula, ante la insolvencia de dichos órganos, una garantía del Estado, el cual, una vez haya indemnizado a la víctima, dada la obligación de los mandatarios profesionales de presentar una garantía de su responsabilidad civil sin la cual no podrían ser inscritos y aceptados como tales, contará en este caso con una acción de repetición efectiva contra el mandatario, el cual será menos efectivo si se ejercita contra los agentes públicos. 3°) *Necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad*: respecto al primer principio se afirma que la necesidad de la medida de protección o de representación debe ser médicamente establecida (desapareciendo la curatela por prodigalidad, ociosidad), debiendo contener la demanda y el certificado médico un contenido mínimo, y lo que es muy importante, el médico considerado como poco independiente de la familia serán sustituidos por los médicos agregados oficialmente (agrées, art. 431 C.civ), y la necesidad o no de la medida de protección habrá ser objeto de un debate. Por otra parte, la subsidiariedad implica que, por un lado que un juez no va a poder imponer una medida de protección jurídica, si exista otra menos restrictiva de derechos; o el propio interesado haya previsto y organizado él mismo su protección jurídica a través del mandato de protección

da confiar a un mandatario la realización de un acto de disposición (art. 437.2 C.civ), tal y como se viene demandado por los prácticos del derecho para solucionar un supuesto en concreto: el de personas mayores con facultades alteradas pero protegidas en el seno de su familia, cuyos miembros, para conseguir la sola protección de sus bienes (su casa, objetos familiares, cuentas), se veían obligados a instaurar el régimen de tutela o curatela. De tal modo que, al final, dichas figuras, previstas legalmente para la protección personal del incapaz, han devenido en un mero instrumento de protección patrimonial con la sola finalidad de poder concluir un acto de disposición de un bien del mayor, al ser éste incapaz de llevarlo a cabo por él mismo.

b) De la puesta en marcha de una protección de la persona del incapaz tan eficaz como la de los bienes, habiéndose dejado hasta el momento dicha protección al capricho de los jueces, de los médicos o de las familias. Y esto dentro de la directriz más amplia de proteger las referencias habituales del mayor, especialmente de la persona anciana (vida diaria, cuidados médicos, relaciones con terceros, elección de residencia, etc.). Aunque, ya hay voces que critican el que el legislador haya intentado una

futura. Así mismo, la iniciación de oficio se prohíbe (actualmente, un 54% de los expedientes son iniciados de oficio); y el Juez han de tener en cuenta si son suficientes para proteger al incapaz las reglas de los regímenes matrimoniales aplicables (o derivados del un pacto civil de solidaridad), pues tras el Decreto n° 2004 —1158 de 29 de octubre, el juez de tutelas puede ser requerido por el esposo del mayor incapaz para ser autorizado a representar (de modo general o para un acto en particular) a su cónyuge, sin que se tuviera que abrir ninguna medida de protección. Y, por último, la proporcionalidad implica que, no solo las medidas han de adaptarse a cada caso en particular y revisarse regularmente, y es interesante que las medidas de salvaguarda de justicia caducan al año (pudiéndose renovar por otra nuevo año), y la tutela y curatela se podrán imponer por una duración máxima de cinco años (si bien, se prevé un caso excepcional de duración indeterminada, el cual ha sido criticado por la doctrina).

enumeración de actos estrictamente personales (art. 458 C.civ) propiciando las peligrosas interpretaciones *a sensu contrario*⁴¹⁹.

419 En España también existe una laguna legal a este respecto. Sucintamente, distinguir en el ejercicio de los derechos de la persona por un incapaz dos supuestos: 1º) Esté o no incapacitado una persona, el incapaz podrá ejercitar sus derechos de la personalidad si tiene el mínimo y suficiente juicio para ejercer su derecho en el momento en concreto en el que quiera ejercitarlo (intervalo lúcido). Este criterio se refleja en la normativa del Código civil acerca de la capacidad para contraer matrimonio que se analiza en el momento de casarse (art. 56 CC), para otorgar testamento (663 y ss), y para reconocer hijos (art. 121 CC) Incluso, un Juez no debería prohibir en la sentencia de incapacitación al incapacitado el ejercicio de los derechos de la personalidad (laguna legal): Así, por ejemplo, la STS 20.5.1994 (RJA 1994, 3723) anuló parcialmente la sentencia de la Audiencia en el extremo en que ésta estimó a la recurrente, afectada por una depresión y trastorno paranoico y sometida a curatela, incapaz para otorgar cualquier forma de testamento, ya que, razonó el Tribunal: “*siempre tendrá a su alcance la forma prevista para estos casos en el artículo 665 CC en relación a un testamento en intervalo lúcido*”. En conclusión, “la ineptitud de una persona para otorgar válidamente testamento no es, pues, consecuencia necesaria de la incapacitación judicial”. Su validez depende de que el notario autorizante se cerciore de que el otorgante se halla en su cabal juicio en el momento de otorgar testamento. En consecuencia, ante un mismo supuesto de hecho, esto es, ante testamentos otorgados por ancianos que sufren una misma enfermedad (demencia senil), es posible que un Tribunal haya declarado inválido el testamento (STS de 18 de mayo de 1998 (RJ 1998\3376); y otro válido (SAP, de Orense de 13 de julio de 2001 (AC 2001\2000)). 2º) Cuando el incapaz (incapacitado o no) carezca de capacidad natural sólo estaría legitimada la intervención del representante cuando se desprendiera algún beneficio directo para aquél y la naturaleza del derecho permitiera la sustitución por el representante, los que se califican de actos personales (contrato de trabajo, consentimiento informado para un acto médico, etc); excluyéndose, por el contrario, los llamados actos personalísimos no susceptibles de representación (no hay unanimidad al respecto, citando, entre ellos, *el matrimonio, el testamento, los derechos a la propia imagen o la intimidad; la donación de órganos, etc.*, y el ejercicio de la demanda de separación por el representante del incapaz). En consecuencia, es criticable el artículo 9.3.b de 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*, que afirma que se “*otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente esté incapacitado legalmente*”, pues: a) una persona incapacitada puede tener capacidad natural para emitir su consentimiento; y b) el legislador otorga validez al consentimiento informado del menor de edad que tenga capacidad natural para ello, y en todo caso siempre a partir de los dieciséis años.

c) Así como, por último, reforzando las medidas de protección patrimonial: por ejemplo, y entre otras medidas, regulando una protección específica de sus cuantías bancarias personales (art. 427.1-4 C.civ); prohibiendo las cuentas pívot (cuenta única en la que los gerentes de tutelas y asociaciones tutelares ingresaban todos los créditos de los mayores y lo ponían a nombre de aquéllos para asegurar su protección pero teniendo derecho también a todo o parte de los intereses de dicha cuenta); o la instauración de “un período de sospecha” con anterioridad a la apertura de la medida de protección, período durante el cual (limitado a dos años) los actos llevados a cabo por el incapaz mayor podrán ser atacados, a través de una reducción por lesión, pues la nulidad solo podrá ser accionada demostrando un daño⁴²⁰.

A mayor abundamiento, de lo expuesto se puede constatar que la ley de 1968 ha evolucionado, al igual que una buena parte del Derecho de persona y familia, hacia la acción social, dentro de la cual el instrumento del derecho no está para reemplazar al ciudadano incapaz sino para insertarlo, imponerlo al resto de la colectividad, pues, frente a la familia estable, solidaria y estática, las separaciones y dispersiones geográficas hacen que la protección de los mayores no pueda seguir estando ciegamente asentada sobre los parientes más próximos, lo que no obsta a que se deba seguir apoyando y favoreciendo la vocación familiar de la protección de los mayores incapaces, siendo el modelo del trabajo social subsidiario. Tal y como lo demuestra el que solo sea a título muy subsidiario cuando el juez pueda recurrir a mandatarios profesionales (art. 450 C.civ)⁴²¹. Incluso, dicha evolución, a

420 FOSSIER, T., “La réforme de la protection des majeurs..”, ob cit, p. 20.

421 Ref. PLAZY, JM., “Dévolution de la tutelle ou de la curatelle, le libre choix du tuteur ou curateur”, *JCP*, n.2006, 1149, en Fossier, T., ob cit, np. 27.p. 17.

veces perversa, ha conllevado el carácter inevitablemente superficial de los controles por los Jueces de familia⁴²².

En segundo lugar, y ya al margen de dichas medidas tradicionales, el legislador de 2007 ha puesto en marcha tres nuevos sistemas jurídicos destinados a descargar los regímenes a la vez judiciales e incapacitantes⁴²³. En concreto:

a) Las medidas convencionales de protección jurídica: “*el mandato de protección futura*” o “*mandato preventivo*” (arts. 477 a 494 C.civ): este nuevo instrumento jurídico está inspirado en el mandato de incapacidad regulado en Québec y de Alemania y preconizado en los años setenta por notarios y especialistas. Esta figura jurídica permite a cualquier persona organizar de antemano su protección otorgando un mandato que precisa las condiciones y el alcance de la protección y designa a la persona encargada de dicha protección (pudiendo ser física o jurídica). Esta persona designada, el mandatario, puede encargarse de la protección de la persona, de la de su patrimonio, o de ambas. El mandato de protección futura puede otorgarse en documento privado (en cuyo caso sólo permite actos de administración), o puede también otorgarse por escritura pública ante notario (en cuyo caso permite actos de disposición). Parece ser claro que la instauración de esta figura ha tenido por objeto aligerar el cometido de los jueces, pues se ha previsto que la existencia de dicho

422 “Rapport d’inspection” *Juris Classeur-Periodique*, 1998, act. 2093. Por otra parte, la nueva ley parece que va a ocasionar un coste de apenas 60 céntimos de euro por año de media a cada habitante del territorio nacional (vid. “Noces d’émeraude entre notaires et juges des tutelles”, *Droit de famille*, 2006, étude 25).

423 Para un análisis profundo de estas medidas, FOSSIER, T. “La réforme de la protection des majeurs...”, ob cit, pp. 21-23; y Documentación en prensa de la Conferencia: “La protección internacional de las personas mayores vulnerables”, celebrado en Lille, 17 de septiembre de 2008.

mandato les impedirá la apertura de una tutela o una curatela, salvo insuficiencias o resolución del mandato. En consecuencia, en presencia del mandato, el juez no tendrá teóricamente sino dos funciones, la de decidir o resolver todo litigio sobre las condiciones y modalidades del mandato (art. 483-484 C.civ), y la de autorizar los actos a título gratuito en todo supuesto, y los de disposición en los supuestos de mandato en documento privado.

Realmente, el papel del principio de autonomía de la voluntad ha sido tradicionalmente muy reducido en el ámbito de las instituciones de protección de los incapacitados, sin embargo, las últimas reformas operadas en la materia, tanto en el Código Civil español como en el francés, amplían considerablemente su presencia. Según PEREÑA VICENTE, La Ley de 5 de marzo de 2007 modifica el Código Civil francés e introduce la autotutela, la autocuratela y el mandato de protección futura con una regulación más detallada y más respetuosa con la seguridad jurídica que la incorporada a nuestro Código por la Ley de 18 de noviembre de 2003 ⁴²⁴. En consecuencia, el nuevo régimen del Code, especial-

424 En nuestro país, y como medida parecida al mandato de protección futura, se reformó el art. 1732 CC, por la Ley de protección del patrimonio de las personas con discapacidad del 2003. De tal modo que, en la etapa que media entre la disminución de facultades (en la que una persona puede verse inmersa desde que sus facultades físicas —sensoriales y/o intelectivas disminuyen considerablemente) y la mayor o total incapacidad, o incapacitación judicial, cuando la persona es capaz aún, el Derecho le va a permitir otorgar poder para que otra persona actúe en su nombre (le represente) en caso de que se torne incapaz, y así evitar la incapacitación en estadios previos, pues como veremos es compatible con ella. En concreto, existen dos tipos de apoderamientos preventivos: 1. *Apoderamiento preventivo en sentido estricto*: este poder se caracteriza porque se otorga en previsión de la incapacidad del poderdante; sea, cuando el poderdante se vea afectado por determinado grado de minusvalía física o psíquica a acreditar por el apoderado a través de dictamen médico, sea, cuando el poderdante devenga incapaz dejando al apoderado dicha apreciación; o bien, cuando el poderdante esté incapacitado judicialmente ya que perfectamente puede coexistir un órgano tutelar de guarda y

mente en lo que se refiere al mandato de protección futura, está llamado a convertirse en una referencia para futuras reformas. Mediante este mandato, se consigue un equilibrio entre el respeto a la voluntad individual, como fuente de la que se nutren los instrumentos de protección de los incapacitados, y el control judicial, porque, en último término, el Juez es el único que puede

protección con un apoderamiento por ejemplo específico que requiera en el apoderado cierta profesionalización, pensemos en un tutor que coexista sus funciones con un apoderado con facultades de administración de una finca dedicada a una explotación agraria. Estos apoderamientos podrán terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor. 2) *Apoderamiento preventivo con subsistencia de efectos*: a diferencia del supuesto anterior (que es causalizado), éste surte sus efectos desde el momento de su otorgamiento.

En definitiva, el apoderamiento preventivo no es una institución al margen de la tutela, pues puede coexistir con ella, ya que el art. 1732 CC utiliza la locución “podrán terminar”. Además, por la relación de confianza necesaria y estrecha entre la persona que dispone y ordena su propia discapacidad y aquella a quienes se encomienda el cuidado de su persona y bienes, en la mayoría de los supuestos acontecerá que coincidirá la persona nombrada apoderada en un apoderamiento preventivo o con subsistencia de efectos con la designada por el poderdante como posible tutor. Si bien, la crítica que se le puede hacer es, al igual que ha sucedido en países de nuestro entorno (Alemania) se debería de haber dotado de regulación extremos tales como: a) la capacidad necesaria del otorgante; b) la forma de apoderamiento (debería ser en documento público); así como el mecanismo más oportuno de darle publicidad: Aunque quizás estuviera en la mente del legislador incorporar los apoderamientos preventivos en los documentos públicos referidos en el nuevo art. 223 CC [vid. SEGURA ZURBANO, JM., “La autoincapacitación, la autotutela y los poderes preventivos de la incapacidad”, *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Madrid, ed., Cuadernos de Derecho judicial, 2006, pp. 61-84; ESPÍNEIRA SOTO, I., “Apoderamiento preventivo y autodelación de la tutela”, <http://www.noatriosyregistros.com/doctrina/08apoderamiento-preventivo.htm>; MARTÍNEZ GARCÍA, MA., “Apoderamientos preventivos y autotutela”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (dir. Rafael Martínez Díez), Madrid, ed., Civitas, 2000; PÉREZ GIMÉNEZ, MT., “Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de noviembre, de Protección de las personas con discapacidad”, *Actualidad Civil* (núm. 21), diciembre, 2004; BERROCAL LANZAROT, AI., “El apoderamiento o mandato preventivo como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad”, *La protección de las personas mayores* (coord. Moretón Sanz y López Pélaez), Madrid, ed., Tecnos, 2007, pp. 197-216].

garantizar el respeto a la voluntad de aquel que ha perdido la capacidad⁴²⁵.

b) Las medidas de “*acompañamiento judicial*” (MAJ) y las medidas administrativas de “*acompañamiento social personalizado*” (MASP): Por un lado, la medida de acompañamiento judicial (art. 495) permite al Juez encomendar a un tutor profesional la gestión de las prestaciones sociales de una persona cuando ésta no las utiliza en su interés o vive en condiciones precarias, debido a su estado de salud mental o físico (si bien, solo de las prestaciones sociales, no de cualquier otra prestación periódica que reciba el mayor). Es una medida de carácter educativo y social, no privativa de derechos para la persona afectada, y destinada a permitirle recuperar su capacidad para administrar su patrimonio de forma autónoma. Más en concreto, la apertura de una MAJ no necesitará más que una medida administrativa de acompañamiento social personalizada, debiendo oír al mayor como exigencia única procedimental. Y aunque la ley establece que esta medida será objeto de desarrollo por un decreto, está claro que esta figura ha sido prevista para ser ejercida, no por familiares sino por mandatarios profesionales.

Y, por otra, la medida administrativa de acompañamiento social personalizado (MASP) está regulada en el art. 271 del Código francés de acción social y de familias, que se desglosa, a su vez, en dos clases: la primera de ellas adopta la forma de un contrato definido entre el interesado, y el departamento administrativo representado por el presidente del consejo general. Y en

425 PEREÑA VICENTE, M., “Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La ley de 5 de marzo de 2007”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (núm. 273), sept-octubre 2007, y [http://www.v.lex.com/vid/autotuela-mandato-futura-napoleon](http://www.v.lex.com/vid/autotuela-mandato-futura-<u>napoleon</u>).

dicho acuerdo, por un lado, el departamento propondrá la puesta en práctica de acciones a favor de la inserción social y que permitan la autonomía financiera del interesado, coordinados con otras acciones sociales de las que podría beneficiarse el mayor sujeto a protección. Y, por otro, el interesado podrá autorizar al departamento a recibir y a gestionar por su cuenta e interés todo o parte de las prestaciones sociales, estando afectadas las mismas al pago del alojamiento y de cargas de alquiler en curso. Consistiendo la segunda medida en prevenir el caso en el que el interesado se niegue a firmar el contrato de acompañamiento o no respete las cláusulas del mismo, estableciendo, en tal supuesto, que el presidente del Consejo general podrá, con el fin de evitar una expulsión o resolución del arrendamiento, solicitar del Juez de instancia la autorización de pagar, cada mes, la renta del alquiler y las cargas en curso, directamente al arrendador, cargándolo a cuenta de las prestaciones sociales debidas al interesado. Si bien, esta medida no será posible más que si el interesado dispone de recursos suficientes y no ha saldado sus deudas en el plazo de dos meses (art. 271.4).

c) Y, por último, la *nueva profesión para el ejercicio de los mandatos no familiares de la protección judicial de un mayor* (art. 471-1-8; y 472.1-4 del Código de acción social y de familias). Estos preceptos prevén que, las personas físicas y jurídicas que ejerciten habitualmente medidas de protección jurídica serán a partir de ahora llamadas “mandatarios judiciales de protección de mayores (MJPM)” y que son: los delegados a la tutela o la curatela del Estado; los gestores de tutela, ya sean personas físicas o jurídicas; los tutores a las prestaciones sociales; y los empleados de establecimientos de salud; junto con los empleados de establecimientos sociales o médico-sociales (centros de ayuda para el trabajo, albergues colectivos especializados, etc.), y que son

reagrupados en un solo colectivo, debiendo estar inscritos en unas listas departamentales establecidas por los prefectos, con la debida comunicación al Procurador en caso de estar ante mandatarios personas físicas.

Es de suponer que la creación de la nueva profesión es una evolución espectacular que ha suscitado las más grandes dificultades durante la negociación del proyecto de ley, por las presiones de los lobbies implicados, pues, por ejemplo, las personas físicas más modestas que hasta ahora desempeñaban dichas funciones no van a poder seguir ejerciendo dicha función si no aumentan el volumen de su actividad, al ceñir el legislador la función a aquellos que ejerzan, como se ha señalado más arriba, habitualmente dicha actividad.

En definitiva, los tutores y curadores, cualquiera que sea su forma, tendrán las mismas obligaciones y derechos frente a la persona protegida y la institución judicial, contando, por tanto, con normas comunes, que organizan tanto su formación y competencia, evolución y control, como su responsabilidad y retribución. De este modo, la reforma incluye el conjunto de la actividad tutelar en el derecho común de la acción social y médico social, y somete a estos profesionales a procedimientos de autorización o aprobación según ejerzan su actividad a título individual o dentro de un marco asociativo o institucional. Se establecen condiciones precisas y estrictas de acceso a la actividad (tales como de cualificación, formación, experiencia profesional, integridad y garantía de responsabilidad), y un control de su actividad bajo la autoridad del prefecto y del ministerio fiscal. Por último, reseñar que la financiación de la actividad de estos profesionales también se unifica y se define siguiendo criterios más equitativos, más precisos, y más claros. La persona protegida participará en los gastos derivados de su protección en función de sus ingresos;

si bien, a falta de recursos suficientes, un sistema de financiación pública subsidiaria garantizará la retribución de los mandatarios en cuestión.

En consecuencia, esta medida habrá de ser objeto de desarrollo por los decretos de aplicación que se prevén numerosos y complejos⁴²⁶.

En atención a todo lo expuesto, en mi opinión, de todos los colectivos de incapaces, aquél que más precisa de medidas alternativas a la incapacitación es el colectivo de los enfermos psíquicos. De modo que espero que la tendencia iniciada en nuestro país vecino, y la entrada en vigor del Convenio de las personas con discapacidad del 2008 nos haga reflexionar, apostando por el hecho de que la dignidad de la persona y la menor restricción de los derechos de una persona ha de ser la guía de cualquier modificación en el ámbito de la protección tanto personal como patrimonial de las personas enfermas.

“No se hace digno de libertad y de la existencia sino aquél que tiene que conquistarlas cada día “(J. W. Goethe)

426 En relación a la protección internacional de las personas mayores, tener en cuenta el Convenio de la Haya sobre la protección internacional de los adultos, celebrado el 13 de enero de 2000, firmado por cinco Estados, pero sólo ratificada por Alemania, Francia y Reino Unido. Este Convenio se aplica a las personas mayores de dieciocho años con facultades alteradas, o insuficientes para poder velar ellas mismas por sus intereses. Y las medidas que pueden adoptarse en aplicación de dicho texto son la tutela, el nombramiento de un representante legal, o la administración de los bienes de la persona en cuestión.

INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO*

María del Carmen Cazorla González-Serrano

Profesora Ayudante Universidad de Derecho civil

1. INTRODUCCIÓN

Ante la ausencia de una definición jurídica, el significado gramatical del término “internar”, se refiere al encierro o reclusión de una persona en un lugar o en el interior de un espacio cerrado, sin posibilidad física de salir de él y en dónde esté privado de libertad de movimientos.

Cuando se habla de internamiento por razón de trastorno psíquico se hace referencia a aquel que tiene lugar en un establecimiento, centro o institución en que se lleve a efecto el cobijo, cuidado, tratamiento, recuperación, educación o rehabilitación de quien sufra una enfermedad persistente de carácter psíquico.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia titulado “Protección jurídica, social y asistencial de las personas incapacitadas, con discapacidad y dependientes. Perspectivas de futuro” (SEJ 2007-67099/JURI, Convocatoria de Ayudas a Proyectos de Investigación ID+2007, BOE 243 de 11710/2006), cuyo investigador responsable es el Profesor D. José Pérez de Vargas Muñoz.

Esta deficiencia debe impedirle el autogobierno personal siendo necesario su internamiento en clínicas, hospitales o centros psiquiátricos, así como centros dedicados al tratamiento de enfermos o deficientes psíquicos.

La Fiscalía General del Estado⁴²⁷ se ha pronunciado en este sentido diciendo que: *“Estos internamientos no tienen límites temporales, pueden terminar no mucho después y aún así es preceptiva la autorización judicial”*.

Resulta relevante el hecho de que si se interna a una persona sin su consentimiento, por falta de conocimiento y voluntad, o bien, en contra de ambos, el internamiento determina necesariamente una privación de libertad.

Es por ello necesario establecer un sistema de garantías procesales y sustantivas a fin de respetar al derecho que toda persona tiene a su dignidad evitando toda vulneración a sus derechos de libertad y seguridad constitucionalmente amparados en los artículos 10 y 17 de la Constitución Española⁴²⁸ (en adelante CE). También, resulta necesario marcar con absoluta precisión su

427 Consulta 15 octubre 1993, num. 2/1993 realizada por la Fiscalía General del Estado sobre incapacidad.

428 Art. 10 CE: *“(1). La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. (2). Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

Art. 17.1 CE: *“(1). Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos por la Ley”*. (2). *La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”*.

objeto, no pudiendo ser otro que la recuperación de la salud, la reinserción del enfermo y la protección de su persona⁴²⁹.

Hay que tener en cuenta que siempre ha existido una preocupación extraordinaria del legislador en esta materia, ya que constituye un ataque frontal a la libertad de la persona, consagrada por la constitución (art. 17 CE) y por los Tratados Internacionales.

El artículo 5.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950⁴³⁰ para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales determinaba que el internamiento debe ser conforme a Derecho.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte de un des-
 envolvimiento de la vida en libertad, de manera que las privaciones son tasadas. Ese mismo Tribunal Europeo en el caso “Winterwerp⁴³¹” ha afirmado que *“no se puede internar a una persona por el mero hecho de que sus ideas o su comportamiento se aparten de las normas que predominan en una determinada sociedad”*. También ha señalado que *“no se puede internar a nadie como enajenado sin datos médicos que pongan de manifiesto un estado mental adecuado que justifique la hospitalización obligatoria”*.

A este respecto, CUTILLAS TORNS⁴³² también se pronun-

429 GANZENMULLER ROIG, CARLOS, “El internamiento voluntario”, *Los Derechos de las Personas con Discapacidad*, vol I, Aspectos jurídicos, 2007, p. 365.

430 Art. 5.1 Convenio de Roma 1950: *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley (...)”*.

431 Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de octubre de 1979 sobre el caso “Winterwerp”.

432 CUTILLAS TORNS, JOSÉ MARÍA: “Consideraciones sobre el internamiento de presuntos incapaces”, *La Ley*, nº 1879, 8 de enero, 1988.

cia diciendo que no se puede internar a una persona por el solo hecho de que sus ideas o sus comportamientos se aparten de las normas predominantes en la sociedad y, en este sentido, es inconstitucional el internamiento como medida ante la peligrosidad social.

El artículo 5 del Convenio sobre Derechos Humanos del Consejo de Europa regula excepciones exhaustivas al principio de libertad, que exigen una interpretación restrictiva: *“Cada persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguiente y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley”*. Estas excepciones son las siguientes:

1ª. La privación de libertad como pena, establecida por sentencia dictada por un Tribunal competente.

2ª. El internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de una enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo⁴³³.

3ª. Salvo caso de urgencia, el internamiento decretado por haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, por medio de un dictamen pericial médico que acredite la existencia de un trastorno mental real. El trastorno mental, debe revestir un carácter o una magnitud que legitime el internamiento y no puede prolongarse validamente cuando no persista dicho trastorno.

Como complemento del artículo 5 del Convenio Europeo

433 Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de febrero de 1984 sobre el caso “Luberti”; Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 28 de mayo de 1985 sobre el caso “Ashingdane”.

para la Protección de los Derechos Humanos y para garantía del mismo, la LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*, establece el derecho de cualquiera que haya sido privado de libertad, por detención preventiva o internamiento, a acudir a la autoridad, para que examine la legalidad de tal privación y ordene, en su caso, su libertad si fuere ilegal.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (en adelante LEC), el artículo 211 del Código Civil (en adelante CC) contempla la posibilidad del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico.

A este respecto, el actual artículo 763 de la LEC sustituye al precepto 211 del CC manteniendo las líneas fundamentales de la norma anterior, la desarrolla y complementa.

Nos encontramos ante una norma con una parte claramente procesal, es decir, la que se refiere a la intervención del juez y los trámites necesarios para acordar su internamiento o la ratificación del realizado con urgencia. Pero al propio tiempo, tiene también un contenido sustantivo, es decir, la posibilidad de privar de libertad a una persona por razón de su trastorno psíquico, aunque esté sometido a la patria potestad o tutela, y la de hacerlo con urgencia sin autorización judicial, son normas sustantivas que deberían permanecer en el CC.

Para considerar la legalidad del internamiento, se parte de la base de que la libertad, como cualquier otro principio, no es de carácter absoluto y se puede privar a una persona de tal libertad, siempre que concurren causas de entidad suficiente y que razonablemente prevalezcan sobre el derecho a la libertad, en una comparación racional.

Como dice CUTILLAS TORNS⁴³⁴, cuando una persona tiene perturbadas sus facultades mentales y puede constituir un peligro para sí mismo o para otros, o puede precisar un tratamiento médico necesario, que él no puede comprender ni autorizar, precisamente por las características de su enfermedad, puede y debe procederse a su internamiento en un establecimiento apropiado, con las garantías precisas en el acto de su ingreso y con posterioridad al mismo.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La reciente Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto una alteración en el funcionamiento de los internamientos por razones psíquicas de las personas que no se encuentran en condiciones de decidirlo por sí mismas. Esta institución que ha sufrido varias modificaciones en los últimos veinte años ha pasado en la actualidad a denominarse “internamiento no voluntario por razón de un trastorno psíquico” y se encuentra regulado en el artículo 763 de la nueva ley.

Dejando de lado otros antecedentes mas remotos debe recordarse que con anterioridad a la nueva regulación resultaba de aplicación el artículo 211 del Código Civil introducido por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, y modificado por la Ley Orgánica 1/2006, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Merece indicarse que el motivo de la actual reforma, que supone la derogación del artículo 211 del Código Civil en el que se regulaba esta institución puramente procesal, obedece al interés del legislador en aumentar el control judicial de un internamiento que presenta como una de sus consecuencias la restricción en

434 CUTILLAS TORNS, JOSÉ MARÍA: Art. cit.

la libertad de las personas, restricción que se manifiesta tanto en una limitación de la libertad de movimientos como en el sometimiento obligatorio a un tratamiento médico.

El internamiento se configura como una medida cautelar que el órgano judicial puede adoptar en relación con un procedimiento de incapacitación, para conseguir con ello dar protección a la persona del presunto incapaz o del ya declarado incapaz⁴³⁵. O bien, como una medida autónoma e independiente de un procedimiento de incapacitación, que persigue una finalidad terapéutica, que no debe implicar necesariamente la curación de la enfermedad que lo motiva sino su estabilización⁴³⁶.

El internamiento como medida cautelar podrá adoptarse con carácter previo al inicio del procedimiento de incapacitación (medida cautelar preprocesal), o en cualquier estado del procedi-

435 Art. 762 LEC: “(1) Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación. (2). El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior. Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación”.

436 Art. 763 LEC: “(1) El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal (...). (2) El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor. (...)”.

miento de incapacitación (medida cautelar procesal), y por tanto, incluso tras recaer sentencia firme declarando la incapacidad del demandado⁴³⁷.

En el caso de que se proceda a un internamiento voluntario, es evidente que para que éste sea legítimo, debe estar exento de vicios que le hagan inválido e inefectivo, esto es, el consentimiento debe ser libre y carente de error. Esta consideración lleva la reflexión de hasta qué punto un enfermo psíquico está grave y se le considera incapaz de prestar un consentimiento válido a su privación de libertad, habrá que calificar su internamiento de no voluntario y, en consecuencia, adoptar frente a él las cautelas y garantías del artículo 763 de la LEC.

En cuanto a las enfermedades que justifican el internamiento, hay que tener en cuenta que si bien el artículo 200 del CC, que se mantiene en vigor, cita como causas de incapacitación *“las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí mismas”*, el internamiento (art. 763LEC) se refiere únicamente a los que tengan por razón el trastorno psíquico.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere a enfermedades psiquiátricas agudas, tales como esquizofrenias, neurosis, psicosis y desequilibrios mentales y no a enfermedades degenerativas.

Parece inicialmente quedar fuera de la aplicación del artículo 763 de la LEC los internamientos en las residencias de la tercera edad, al no resultar necesariamente vinculados sus pacientes por la necesidad de un tratamiento psiquiátrico⁴³⁸.

437 GANZENMULLER ROIG, CARLOS: Ob. cit., p. 393.

438 AP Barcelona A° 19. 3. 96: No constituye un internamiento involuntario y,

Para concluir con este apartado, debe indicarse que nos encontramos con una institución de naturaleza procesal, de modo que no cabe al respecto su regulación por parte de las Comunidades Autónomas⁴³⁹.

3. CLASES DE INTERNAMIENTO POR SU RELACIÓN CON LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

El internamiento puede acordarse, bien como medida cautelar o bien en ejecución de la sentencia de incapacitación que así lo acuerde. De esta forma, teniendo en cuenta la autorización judicial, los internamientos involuntarios en los que el afectado no presta su consentimiento por razones psíquicas pueden dividirse en:

3.1. Internamiento urgente, sin previa autorización judicial. Tiene lugar cuando ante una situación de necesidad médicamente evaluable, la premura en el tratamiento requiere una intervención inmediata, decisión que corresponde tomar al facultativo. El Juez, con posterioridad, solo convalida o reprueba lo ya realizado, debiendo revisar si concurre o no la indicación necesaria para el internamiento.

3.2. Preventivos, con autorización judicial, dictada antes de la incapacitación.

por tanto, no constituye una medida cautelar sometida a control judicial el hecho de que una persona de la tercera edad sea internada en una residencia, sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal o las personas legitimadas para ello puedan instar la incapacitación de una persona. El ingreso es geriátrico y no psiquiátrico.

439 PERCELLAR GIMÉNEZ, ENRIQUE: *El procedimiento de internamiento por razón de trastorno psíquico*, Noticias Jurídicas, febrero, 2000.

3.3. Internamiento ordinario. El acordado en sentencia de incapacitación y realizado o convalidado en ejecución de la misma, como efecto de ella (art. 760.1 *in fine*). En este supuesto, no existe una situación de urgencia y por ello puede esperar una resolución judicial mas reposada, que se adopta a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, no procediéndose al internamiento hasta que no haya auto que lo autorice.

El art. 763 del CC, parece comprender estas tres clases de internamiento. Sin embargo, con posterioridad no parece contemplar el caso del acordado en sentencia de incapacitación, dada su regulación procesal completamente diferente de la del proceso de incapacitación.

4. REQUISITOS LEGALES PARA EL INTERNAMIENTO: AUTORIZACIÓN JUDICIAL

El fundamento del internamiento requiere el estado de una persona con trastorno psíquico, que no esté en condiciones de gobernarse por sí mismo.

De esta manera, siguiendo a POVEDA y PIÑÓN MARTÍN⁴⁴⁰, los criterios que justifican un internamiento involuntario se resumen en los siguientes:

- El paciente presenta una enfermedad mental que requiere un tratamiento inmediato.
- El tratamiento puede ser realizado exclusivamente en régimen de hospitalización.

440 GONZÁLEZ POVEDA, PEDRO/PIÑÓN MARTÍN, JOSÉ MARCOS: *Los discapacitados y su protección jurídica*, Estudios de Derecho Judicial 22, 1999, pp. 23-118.

- El ingreso se realiza en beneficio del paciente y/o para la protección de terceras personas.
- Existe imposibilidad de tratamiento ambulatorio por abandono social.

Antes de la última reforma, si el presunto incapaz era menor de edad, correspondía a los titulares de la patria potestad quienes debían promover el internamiento, existiendo la duda de si era o no necesaria la autorización judicial para ello.

Se recurría al hecho de que corresponde a los padres, como titulares de la patria potestad, velar por el bien de los hijos (art. 154.1 del CC)⁴⁴¹. Sin embargo, el menor sometido a tutela, en el mismo caso, no podía ser ingresado por el tutor sin autorización judicial.

En el supuesto de estar sometido a patria potestad o tutela, no es suficiente con la decisión de quienes ejercen la una o la otra, sino que es precisa la autorización judicial. Es decir, en la actualidad, tanto padres como tutores precisan autorización judicial previa para el internamiento, salvo las excepciones generales por urgencia, cuya normativa es de aplicación.

Como norma general la autorización judicial ha de ser previa al internamiento y sólo en caso de urgencia, puede admitirse el internamiento exclusivamente con el dictamen de un facultativo. En este supuesto, el responsable del centro en que se haya efectuado el ingreso de una persona con un trastorno psíquico, deberá dar cuenta de él, lo antes posible, y, en todo caso, antes de las 24 horas de que haya tenido lugar, para su ratificación por el Juez, que deberá realizarlo en el plazo máximo

441 MATEO DÍAZ, J.: *El internamiento de los enfermos o deficientes psíquicos*, Actualidad Civil, 1986, p. 1761.

de 72 horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal⁴⁴².

Por su parte, LACABA⁴⁴³ y BARDALET⁴⁴⁴ consideran como criterios clínicos aconsejables para el internamiento forzoso de un enfermo mental, los siguientes:

- Riesgo de autoagresividad
- Riesgo de heteroagresividad
- Pérdida o grave administración de la autonomía personal (con incapacidad para realizar las tareas de cuidado personal más necesarias).
- Grave enfermedad mental que, aunque no incluye inicialmente ninguno de los supuestos anteriores, suponga un riesgo de agravación en caso de no estar adecuadamente tratada.

5. SEGUIMIENTO POSTERIOR A LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

La indudable posibilidad de que durante el internamiento cambien las circunstancias que lo aconsejaron, convierte en esen-

442 Art. 763 LEC: "(...) La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal (...)".

443 LACABA SÁNCHEZ, FERNANDO: *El internamiento de los presuntos incapaces. Aspectos materiales*, en PEDRAZ GÓMEZ: *Salud mental y Justicia. Problemática civil y penal. Internamientos en Derecho Civil y Penal. La peligrosidad*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 39-90.

444 BARDALET VIÑALS, NARCIS: *Los internamientos psiquiátricos desde la perspectiva médico-forense*, Estudios del Ministerio Fiscal III, 1995, pp. 135-160.

cial la obligación de un seguimiento puntual por parte del Juez de la evolución que pueda sufrir la enfermedad del ingresado.

En este sentido, el tribunal deberá seguir la evolución del internado, por lo que cada vez que reciba los informes, deberá resolver sobre la continuación o no del internamiento. No obstante, en cualquier momento y sin perjuicio de lo anteriormente señalado, si los facultativos que atienden al internado consideran que no es necesario el mantenimiento del internamiento, darán de alta al enfermo y lo comunicarán inmediatamente al tribunal.

En cuanto a estas medidas de seguimiento se plantea la cuestión de si las mismas son de aplicación obligada tanto en el internamiento preventivo, como en el acordado en la sentencia firme de incapacitación. Hay que considerar que tanto por la falta de especificación en contrario en la Ley, como por la coincidencia en ambos supuestos de las razones que los informan, tanto el seguimiento, como la posible liberación por los facultativos que les atiendan son de aplicación a los dos supuestos⁴⁴⁵.

Hay que dejar constancia también, de que en los supuestos de internamiento existe una posible responsabilidad de la Administración por falta de vigilancia⁴⁴⁶.

445 TSJ, Cataluña, 19 de septiembre de 1994: "(...) parece claro que la actividad de seguimiento del incapaz no es desconectable o separable del propio internamiento, viniendo a constituir una etapa o fase de ejecución del mismo. (...)".

446 TS, 3ª, 28 DE FEBRERO DE 1995: "(...) para que los particulares tengan derecho a ser indemnizados por la Administración, la Jurisprudencia ha venido requiriendo que el daño o perjuicio originados al reclamante en sus bienes o derechos sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en relación directa de causa a efecto, sin intervención extraña que pudiera influir en el nexo causal, configurando la responsabilidad patrimonial de la Administración como un sistema de responsabilidad objetiva, independiente del dolo o culpa de las autoridades, funcionarios y agentes del ejecutivo. (...)".

El internamiento concluirá cuando el tribunal así lo decida, una vez recibidos los informes preceptivos y practicadas las pruebas que se estimen necesarias, o porque los facultativos que atienden a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, en cuyo caso darán el alta médica al enfermo y lo deberán comunicar inmediatamente al tribunal competente.

Hay que tener en cuenta que no se exige legalmente una orden o mandato judicial, sino una autorización, lo que implica que el Juez atiende una indicación terapéutica convirtiéndose en garante de la libertad del enfermo psiquiátrico; y por lo tanto el juez no impone la permanencia del enfermo en el centro, la cual únicamente viene justificada por la persistencia de la indicación sanitaria.

De modo que desaparecida la justificación terapéutica del internamiento, el centro debe informar al Juzgado de ello o directamente proceder al alta del interno comunicándolo al Juez autorizante para que cese su función de garante.

En definitiva, no se precisa de una autorización previa para dejar sin efecto el internamiento, aunque existe la obligación de comunicarlo al tribunal antes o después de conceder el alta médica.

6. CONCLUSIONES

El internamiento involuntario, objeto de este trabajo, trasciende de la esfera médica afectando a uno de los derechos fundamentales que se reconocen en la Constitución, en concreto en su artículo 17 dispone que *“toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con ob-*

servación de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley”.

En este sentido, el problema nos lo encontramos al tratar de delimitar hasta que punto, una persona puede regirse por sí misma y responder de sus propios actos, sin que por ello, suponga un peligro para el mismo y para la sociedad y al mismo tiempo, sin privarle de uno de los derechos fundamentales de nuestra Constitución: la libertad.

Es por ello, que en la regulación del internamiento hay que tener en cuenta circunstancias importantes. De una parte, la realidad, naturaleza y gravedad de la enfermedad que autorice dicha violación de la libertad, así como las posibles consideraciones a la lesividad de las previsibles conductas o acciones, tanto para el enfermo como para terceros, para sus personas y para sus bienes.

De otra parte, hay que considerar que en ocasiones es necesario tomar las decisiones con extrema urgencia y en cualquier momento. Por ello, compatibilizar estas condiciones, con la garantía de los derechos fundamentales, y con la necesaria posibilidad de cambios derivados de las alteraciones de las circunstancias, debe ser, sin duda, el propósito firme de estas normas.

A diferencia de la legislación precedente, y en la medida en que queda afectado un bien tan personal como es la libertad, el legislador español ha otorgado un importante protagonismo al Juez. En nuestro actual sistema, el papel del Juez consiste en “autorizar” (no acordar) el internamiento.

En este sentido, no nos encontramos ante un internamiento judicial, sino ante un control judicial del internamiento no voluntario.

En definitiva, no cabe duda, que en ocasiones es necesario proteger a un individuo de sí mismo mediante su internamiento, bien voluntario o involuntario, en un centro especializado. Si bien, resulta necesario rendir a su favor un sistema de garantías asegurando el derecho fundamental a la libertad que todo individuo tiene por el mero hecho de serlo.

RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL DE LA INCAPACITACIÓN DE MENORES

Juana María del Vas González

Profesora Adjunta de Derecho civil

1. CAPACIDAD DEL MENOR

El Derecho, entendido como conjunto de normas que organizan y regulan las relaciones entre las personas, elevándolas así a la categoría de relaciones jurídicas, se preocupa, cómo no podía ser de otra manera, de reglamentar las circunstancias que deben concurrir en dichas personas para que puedan desarrollar sus actuaciones con plena eficacia jurídica. Entre estas circunstancias, y desde un punto de vista subjetivo, se han distinguido tradicionalmente la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

La capacidad jurídica es la aptitud exigida para ser titular de los derechos y obligaciones derivados de las relaciones jurídicas. Así entendida, la capacidad jurídica es un atributo esencial de la persona, correspondiendo a todo ser humano de manera invariable a lo largo de su vida; supone, pues, para la persona una posición estática⁴⁴⁷.

447 ROGEL VIDE, C.: *Derecho de la persona*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 12, expone que “La capacidad jurídica, así entendida, es una cualidad esencial de la persona

Por su parte, la capacidad de obrar es la aptitud para ejercitar eficazmente actos jurídicos. Los actos jurídicos surten plenos efectos porque el sujeto ha actuado con voluntad, una vez conocida la realidad en la que iba a intervenir, conocimiento que le exige, a su vez, cierto desarrollo psíquico⁴⁴⁸. Denota, pues, una idea dinámica. La capacidad de obrar es, en consecuencia, una cualidad propia de cada persona, no corresponde a todas las personas, ni es uniforme para todos. Atendiendo a esta gradación, podemos distinguir entre capacidad de obrar plena y capacidad de obrar restringida.

La capacidad de obrar plena es la aptitud para realizar con plena eficacia jurídica todos los actos de la vida civil. Se adquiere por la mayoría de edad y constituye la regla general.

Sin embargo, poseer una capacidad de obrar restringida significa carecer de aptitud para realizar actos con plena eficacia jurídica. Tratándose de una excepción, debe aparecer determinada por la ley de manera expresa. En concreto, las restricciones que afectan a la capacidad de obrar se basan en circunstancias subjetivas de la persona que obligan a la Ley a retrasar o suspender durante cierto tiempo o tiempo indeterminado la aptitud para realizar actos jurídicos, remediándose entre tanto este defecto de capacidad mediante el recurso a determinadas instituciones supletorias. Hoy en día, las únicas limitaciones que

y corresponde siempre a la misma, cualesquiera que sean sus circunstancias —infante, mayor de edad, loco, extranjero, etc.—”. En términos parecidos LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 31.

448 En este sentido entiende SERRANO MOLINA, A.: *Los menores en el Derecho español*, (Coord.) LÁZARO GONZÁLEZ, I., Ed. Tecnos, Madrid, 2002, págs. 42 y ss., que los actos sólo deben producir efectos jurídicos plenos, como regla general, cuando el individuo agente tiene un grado de discernimiento mínimo acorde con la importancia jurídico-social del acto jurídico que realiza.

el Derecho reconoce a la capacidad de obrar son la menor edad y la incapacidad para gobernarse por sí mismo, constitutivas, respectivamente, de dos estados civiles diferentes.

Respecto a la capacidad de obrar del menor, nuestra tradición jurídica ha venido insistiendo durante décadas en su incapacidad para realizar actos con plena eficacia jurídica. Por lo que se refiere al posicionamiento del CC en este punto, no encontramos en él un conjunto normativo único sistemáticamente dedicado a la minoría de edad, ni un marco regulador que nos indique cuál es su ámbito de actuación o qué actos puede o no puede realizar. Tan sólo el artículo 322 CC, interpretado *a sensu contrario*, permite afirmar que hasta que no alcance la mayoría de edad carece de capacidad de obrar plena, quedando obligados en todo momento a escudriñar cada Capítulo, Sección o artículo del CC para detectar las especificidades relativas a la capacidad de obrar de los menores.

En el contexto de la legislación especial, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, hubiera sido una buena sede para proporcionar la tan ansiada regulación uniforme⁴⁴⁹, pero lejos de eso parece contribuir a sembrar mayor con-

449 De hecho, este parece ser el enfoque que recoge su Exposición de Motivos al afirmar que se “*reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos*”. Sin embargo, ha faltado la consiguiente reforma sistemática del régimen de la capacidad del menor. Vid. GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*, La Ley, año XVII, núm. 3970, 8 de febrero de 1996, págs.1 y ss.; ALONSO PÉREZ, M.: *La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras*, Actualidad Civil, núm. 2/6 de 12 de enero de 1997, págs. 17 y ss.; SERRANO RUIZ- CALDERÓN, M.: *Abandono y desamparo de menores en el Derecho civil español*, Ed. Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004, págs. 175

fusión cuando en unos de sus preceptos (art. 2.2) proclama que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva. Probablemente deba ser entendida esta disposición en el sentido de que aquellos preceptos concretos que limiten la capacidad de obrar del menor reciban una interpretación restrictiva⁴⁵⁰.

En todo caso, sí se desprende con claridad de las últimas reformas de nuestro Derecho de familia que ese período de capacidad de obrar restringida que para el menor representan los primeros dieciocho años de su vida va apareciendo progresivamente salpicado de un mayor número de excepciones que le van capacitando, facultando para intervenir con eficacia en la vida jurídica⁴⁵¹. Esta tendencia legislativa dirigida a ampliar el ámbito de actuación del menor en cuanto a las decisiones sobre el gobierno de su persona, viene a dar cumplimiento al mandato constitucional recogido en el artículo 10.1 que, consagrando los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad, pretende amparar no sólo a los sujetos plenamente capaces sino también a aquéllos que se encuentran en “desarrollo”, es decir, sujetos en formación⁴⁵².

y ss.; RIVERA ÁLVAREZ, J. M.: *La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes*, en Cuadernos de Trabajo Social, núm. 10, 1997, págs. 75 y ss.

450 LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Protección jurídica del menor*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, págs. 68 y ss., defiende que así parece recogerse la tesis mantenida por DE CASTRO, de que el menor es capaz de obrar, aunque ciertamente su capacidad la tiene restringida, frente a la tesis de que el menor sería incapaz, siendo excepcional la capacidad que se le concede para ciertos actos.

451 Habla, por ello, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 20 y ss., no de minoría de edad, sino de minorías.

452 NAVARRO COSTA, R. en *Los menores en protección*, coord. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., Madrid, 2007, pág. 22. También el artículo 27.2 CE: “La educación tendrá

En definitiva, alejándonos de aquel tratamiento jurídico que entendía al menor como incapaz, hoy nos encontramos ante un menor que adquiere la capacidad de obrar gradualmente⁴⁵³, escalonando el paso de la capacidad de obrar restringida a la capacidad de obrar plena y, en definitiva, difuminando los límites entre ambas.

2. INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN

Durante la minoría de edad, y pese a la adquisición gradual de capacidad de obrar por parte del menor, éste queda sujeto, generalmente, a la patria potestad ostentada por sus progenitores con la finalidad de proteger su persona y su patrimonio.

Sin embargo, puede ocurrir que concurran en el menor circunstancias de incapacidad específicas, motivadas, no por las faltas de entendimiento y voluntad propias su edad, sino por el padecimiento de enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que le impidan gobernarse por sí mismo y respecto de las cuáles se prevea no vayan a desaparecer con el paso de los años y el desarrollo evolutivo propio de la persona. Ante esta situación especial, el Ordenamiento arbitra un nuevo mecanismo de protección⁴⁵⁴, la incapacitación judicial del menor, destinado a reforzar

por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

453 LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, Tomo 1º, 7ª ed., Ed. Trivium, Madrid, 2000, pág. 255, afirma que “no cabe ya trazar un foso entre mayor de edad (capaz) y menor de edad (incapaz), sino manifestar que el Derecho positivo ha acabado por reconocer que la adquisición de la capacidad de obrar es gradual y paulatina”.

454 Mientras la incapacidad es una característica física o psíquica de la persona, la incapacitación es una creación del Derecho, una categoría jurídica con la cual se inviste al individuo por razón de su incapacidad. *Vid.* O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “La incapacitación”, *Actualidad Civil*, 1986, pág. 5.

el normal ejercicio de la patria potestad como institución tuitiva del menor por excelencia⁴⁵⁵.

En concreto, la regulación de la incapacitación está recogida en el Título IX del Libro I del CC⁴⁵⁶, básicamente en los artículos 199 a 201, pues los artículos 202 a 214 fueron derogados por la LEC 1/2000, de 7 de enero, encargada de establecer desde entonces el régimen jurídico aplicable a los procesos sobre la capacidad de las personas, en los artículos 756 a 763⁴⁵⁷.

En términos completamente restrictivos y con una doble garantía, judicial y legal, para la seguridad jurídica de la persona incapacitada, viene a decir el artículo 199 CC que *“Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”*, sea mayor o menor de edad. A la incapacitación de menores se refiere específicamente el artículo 201 CC precisando que *“Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”*. Dos son las

455 Respecto de esta incapacitación dice RUIZ JIMÉNEZ, J.: “Delimitación de los conceptos de discapacidad e incapacidad”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, IDADFE, UNED y EL DERECHO EDITORES, Madrid, 2006, pág. 232, que no hay que verlo como algo negativo, sino todo lo contrario, pues la incapacitación permite a esas personas, menores o mayores, actuar a través de sus representantes legales, en todos los ámbitos de su vida, o simplemente con la asistencia parcial cuando sólo se necesite un complemento de capacidad.

456 Íntegramente redactado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del CC en materia de Tutela.

457 Para conocer con mayor amplitud el marco normativo de referencia sobre menor y discapacidad, se puede consultar el estudio publicado en 2008 por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI): <http://www.cermi.es>. Vid. *Los menores con discapacidad en España*, CIAP-UNED, Ediciones Cinca, 2009, págs. 9 y ss.

cuestiones que plantea este precepto: de una parte, qué causas son las que deben concurrir para que sea pertinente la incapacitación del menor y, de otra, cuál es la previsión de su duración, es decir, su durabilidad.

La primera cuestión aparece expresamente contemplada en el artículo 200 CC, al disponer que *“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”*⁴⁵⁸. Sin embargo, la ambigüedad con que aparece redactado el precepto viene, en definitiva, a poner de relieve la indefinición de la incapacidad⁴⁵⁹ que, si en sus manifestaciones físicas puede ser más o menos perfilada atendiendo al caso concreto, en sus aspectos psíquicos puede presentar una mayor complejidad. La falta de delimitación de un concepto legal obliga al Juez a apreciar, a su prudente arbitrio, los informes médicos y psicológicos presentados al respecto, con el consiguiente grado de discrecionalidad en la toma de su decisión. Como advierte la jurisprudencia⁴⁶⁰, *“tratándose de un extremo científico ajeno a los conocimientos normales del juzgador, es preciso demostrarlo recurriendo a una pericia, que informe precisamente sobre el extremo discutido esto es, la capacidad o incapacidad del demandado”* para el acto en cuestión⁴⁶¹.

458 La actual redacción de este precepto obedece a diversos motivos: la remisión a una causa única, evitando los problemas de aplicación de un casuismo que pretende ser científico; la extensión del carácter persistente a todos los casos y la eliminación del alcoholismo y la toxicomanía habituales como causas autónomas de incapacitación. *Vid.* PARRA LUCÁN, M. A.: *Comentarios al Código civil*, II, vol. 2º, Barcelona, 2000, pág. 1664.

459 *Vid.* LUCINI NICAS, J. A.: “La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa tributaria con esta finalidad”, en *Actualidad Civil*, nº 14, julio, 2004, pág. 1623.

460 SAP Navarra, 19 de abril de 2004

461 En concreto, dice CALVO SAN JOSÉ, M. J.: *La incapacitación de las personas*

En cuanto a la previsible duración de la situación de incapacidad del menor, dice el artículo 201 CC que debe pronosticarse razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad, situación que propiciaría la prórroga de la patria potestad. Se trataría de una situación excepcional desde el punto de vista subjetivo, pues los padres continuarían en el ejercicio de esta potestad después de alcanzada por el hijo la mayor edad. A esta realidad se refiere el artículo 171 CC, en cuyos términos “*La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquellos a la mayor edad*”. El inciso inicial del precepto contempla el supuesto específico en que el hijo, durante la minoría de edad, haya sido judicialmente incapacitado. El menor, al recaer la sentencia de incapacitación, se encuentra sujeto a la patria potestad de los padres, previendo dicho pronunciamiento judicial, como solución de continuidad, que al llegar a la mayoría de edad se prorrogue la patria potestad⁴⁶²; no obstante, volveremos sobre esta cuestión más adelante, al examinar el contenido de la sentencia.

físicas, Aranzadi, Pamplona, 2006, BIB 2006\ 2092, serán los Jueces y Tribunales los que puedan decidir sobre la conveniencia o no de la incapacitación, atendiendo a las condiciones de entendimiento, voluntad, raciocinio, lucidez, normalidad y madurez mental que parece deben configurar el concepto de autogobierno, sin que estén vinculados por las clasificaciones médicas de las deficiencias o enfermedades.

462 Por eso afirma RUIZ JIMÉNEZ, J.: *op. cit.* 2006, pág. 233, que “La incapacitación de un menor, al estar sujetos a la patria potestad, tiene menor trascendencia que si se tratara de personas mayores. El menor, aunque sufra una deficiencia psíquica o física, al estar sometido a la patria potestad va a estar protegido tanto en la esfera personal como en la patrimonial, incluso si en algún momento existiese conflicto de intereses entre los progenitores y el menor, la ley prevé el nombramiento de un defensor judicial para proteger los intereses del menor”.

3. PROCEDIMIENTO

Los procesos sobre la capacidad de las personas aparecen regulados, tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, de 7 de enero, en el Capítulo II del Título I del Libro IV, dedicado a los procesos especiales, en concreto, en los artículos 756 a 763⁴⁶³. De ellos haremos un análisis sucinto, prestando especial atención tan sólo a los aspectos que configuran el régimen jurídico especial de la incapacitación judicial del menor, toda vez que la sumisión del menor a una representación legal, ya sea la de sus padres o la de un tutor, necesariamente impone una serie de particularidades que la diferencian de la incapacitación de los mayores de edad.

Así, a las competencias objetiva y territorial para conocer de las demandas sobre capacidad se refiere el artículo 756 LEC, correspondiendo, en concreto, a los Juzgados de Primera Instancia⁴⁶⁴ del lugar en que resida la persona afectada por la declaración que se solicita⁴⁶⁵, facilitándose con ello la presencia e intermediación en la práctica de las actuaciones prevenidas en el artículo 759 LEC. Para definir la competencia territorial debe atenderse, pues, al domicilio de los menores que, pese a la Disposición De-

463 Más adelante, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, se encargaría de dar nueva redacción al artículo 757.1 LEC, dejando inalterados los demás preceptos de la norma rituaria civil.

464 De acuerdo con la regla general de los artículos 45 LEC 1/2000 y 85 LOPJ.

465 Esta norma concuerda con el fuero especial establecido en el artículo 52.1.5º LEC, y aventaja a la que resulta del artículo 63.1º LEC 1881, aplicable a falta de fuero específico respecto de las acciones relativas al estado civil de las personas, que ya venía siendo flexibilizada por algunas decisiones jurisdiccionales, como la STS, Sala Primera, de 1 de julio de 1992 (Rep. Jur. Ar. 6500) y SAP Cuenca, de 28 de marzo de 1996 (La Ley 1996, 6290).

rogatoria Única de la LEC 1/2000, sigue siendo el de sus padres, pues conforme al artículo 154 CC los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus padres, los cuáles tienen el deber de tenerlos en su compañía y de ostentar su representación legal, de acuerdo con lo previsto por el artículo 162 CC⁴⁶⁶.

En cuanto a la legitimación activa para la incoación del procedimiento de incapacitación, el artículo 757.4 LEC viene a decir que *“No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela”*. El inciso inicial de este apartado 4º da a entender claramente que nos encontramos ante una prescripción legal de carácter excepcional, pues la solicitud para la incapacitación de los menores de edad no casados ni emancipados se circunscribe, con reserva exclusiva y excluyente, tal y como se desprende de la terminante dicción del precepto, a quienes ostenten y ejerzan efectivamente su representación legal (art. 156 CC), incluso aunque sean menores emancipados (art. 323 CC). La legitimación corresponde tanto al padre como a la madre, sin que sea necesario el consenso de ambos, bastando la solicitud de uno de ellos. No ostentarán, sin embargo, esta legitimación quienes hubiesen sido privados de la patria potestad (art. 170 CC) o se encuentren suspendidos en el ejercicio de tales funciones como consecuencia de una declaración de desamparo (art. 172 CC). La atribución de la guarda y custodia del menor a uno sólo de los padres, siempre y cuando no conlleve la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad para el otro, no priva a éste último de la legitimación para instar la incapacitación.

466 Vid. ÁLVAREZ, H.: *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, 2005, págs. 247 y ss.

También quienes ejerzan la tutela, bien judicialmente constituida, bien con carácter legal⁴⁶⁷, podrán solicitar la incapacitación del menor tutelado.

Sin embargo, no ostentan, en el procedimiento especial de incapacitación de menores, la legitimación activa esos otros parientes que integran la denominada “familia nuclear”, como pueden ser los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz, a quienes sí se les reconoce esta facultad en el procedimiento de incapacitación general (art. 757.1 LEC). Ni tan siquiera el Ministerio Fiscal tendrá aquí la intervención privilegiada que le otorga el artículo 757.2 LEC, pues, aunque los demás parientes, allegados o terceros acudan a él en ejercicio de la facultad o del deber reconocidos en el apartado 3º del citado precepto, éste no podrá actuar. En cuanto al fundamento de tal restricción en la legitimación activa, se sitúa en la conveniencia de respetar los poderes de quienes son los guardadores legales del menor, evitando así las injerencias, en muchos casos indeseables, en el desempeño de sus funciones⁴⁶⁸.

Incoado el procedimiento, y por lo que a la personación del demandado se refiere, dice el artículo 758.1º LEC que el presunto incapaz podrá comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. Esta posibilidad no encierra ningún matiz de

467 La primera, apunta CALVO SAN JOSÉ, M. J.: *op. cit.*, 2006, se constituye judicialmente, sobre menores no emancipados, que no están sujetos a la potestad de sus padres (art. 222 CC), implicando, entre otras atribuciones, su representación legal (art. 267 CC). También puede corresponder a la Entidad pública que hubiese asumido la tutela automática, como consecuencia de la declaración de desamparo (arts. 172 y 239 CC), toda vez que la misma comporta la suspensión del ejercicio de la potestad de sus padres (art. 172 CC).

468 Así lo expone ROCA GUILLAMÓN: *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, pág. 644; SANCHO REBULLIDA, F. en LACRUZ y otros: *Elementos de Derecho civil*, IV, vol. 2º y 3º, Barcelona, 1989, pág. 242.

voluntariedad; antes al contrario, se refiere a su capacidad para proceder a la designación por él mismo del representante causídico (Procurador) y del director técnico (Letrado), de preceptiva intervención en el proceso. En la redacción de este párrafo 1º, se ha tomado como punto de partida la presunción de plena capacidad de obrar de que gozan todas las personas mayores de edad hasta tanto no recaiga la sentencia judicial constitutiva de su estado de incapacitado⁴⁶⁹. Sin embargo, en el procedimiento especial de incapacitación del menor, y teniendo en cuenta que sólo a los padres o tutores corresponde la legitimación activa, la defensa y representación del menor va a corresponder necesariamente al Ministerio Fiscal⁴⁷⁰.

En materia de pruebas y audiencias preceptivas, se reconoce al Juez, en la valoración del material probatorio, el criterio de libertad apreciativa, si bien, imperativamente y bajo sanción de nulidad⁴⁷¹, debe ordenar, como garantía de una adecuada resolución⁴⁷², la práctica de las tres actuaciones prevenidas por el artículo 759 LEC: el examen del presunto incapaz, en este caso, del menor; la audiencia de los parientes más próximos, deber legal que no se estima incumplido cuando dichos parientes sean quie-

469 Vid. SSTS de 31 de diciembre de 1991, 31 de octubre de 1994, 19 de febrero de 1996 o 19 de mayo de 1998.

470 GANZENMÜLLER ROIG, C.: *La función del Ministerio Fiscal en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, Ponencia presentada en el Centro de Estudios de Madrid, 2006, pág. 3, apunta que “en los procedimientos sobre capacidad de las personas, el Ministerio Fiscal debe intervenir siempre. Bien, como defensor de la legalidad y del interés público o social que conllevan todas las cuestiones relativas al estado civil de las personas, o como defensor de los intereses del presunto incapaz o del incapacitado”. Vid. <http://www.aequitas.org/?do=filetools.getDocument&id=918>

471 Vid. STS 20 de marzo de 1991.

472 Vid. SAP Alicante 11 de noviembre de 1992.

nes han actuado como demandantes en el proceso⁴⁷³ y, por último, el dictamen pericial médico⁴⁷⁴, que acompañará, en su caso, a los eventuales informes facultativos que puedan aportar las partes. A la vista de las pruebas practicadas, se dará la palabra a las partes para que expongan sus conclusiones. En el caso de que no se hubiera podido practicar alguna de las pruebas exigidas por la Ley o que el Juez estime necesaria, podrá señalarse para su práctica dentro del plazo de treinta días, por aplicación analógica del artículo 770.4^a LEC. Del resultado de las pruebas habrá que dar traslado a las partes para que concluyan por escrito, en el plazo de cinco días, quedando así el juicio visto para sentencia, que deberá dictarse en el plazo de diez días (art. 447.1 LEC)⁴⁷⁵.

Siendo la incapacitación una figura de producción judicial, concluye el procedimiento mediante una sentencia⁴⁷⁶, cuyos pronunciamientos se encuentran legalmente predeterminados. Así, se procederá, en primer término, a constituir al menor demandado en estado de incapacitación y a determinar la extensión y los límites de ésta, tal y como prescribe el artículo 760 LEC, delimitando con toda precisión su alcance y graduación. En cuanto al régimen a que haya de quedar sometido el incapacitado, dice el antedicho precepto que la sentencia determinará el régimen de tutela o guarda legal a que deba quedar sometido el incapacita-

473 Vid. STS 19 de febrero de 1996.

474 Respecto de este dictamen, señala PAZ RUBIO: *Ley de Enjuiciamiento Civil*, LA LEY, 2000, pág. 1194, que “Aunque la norma no detalla —como tampoco lo hiciera el art. 208 CC— la especialidad o cualificación de este perito, impide que la designación recaiga en profesionales titulados en otras disciplinas”.

475 Vid. SANCHO GALLARDO, I.: *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2000, págs. 62 y ss.

476 Vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1998, pág. 248; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.: *Derecho procesal civil*, IV, Madrid, 1994, pág. 200.

do⁴⁷⁷, entendiéndose por tal no sólo la tutela y demás organismos tutelares, sino también la patria potestad prorrogada (art. 171 CC). Esta modalidad especial de patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación, que podrá configurar un régimen de representación o de asistencia, según los casos, y, subsidiariamente, según determinen las normas constitutivas del régimen jurídico general aplicable a las relaciones paterno-filiales. En todo caso, la prórroga de la patria potestad no tiene un carácter automático, correspondiendo al Juez valorar las condiciones de los padres para cerciorarse de que pueden asumir las obligaciones propias de esta institución. Si, atendidas las circunstancias, no procediese la prórroga, el Juez, en la sentencia, deberá argumentar los motivos y determinar, en atención a la extensión y límites de la incapacitación, el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido. En cuanto a la determinación de la persona concreta que deba asumir tal cargo, sólo procederá si así se hubiese solicitado expresamente en la demanda de incapacitación (art. 759.2 y 760 LEC). Por último, la sentencia se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763 LEC.

Respecto de su eficacia cabe decir que la sentencia de incapacitación surtirá sus efectos desde el momento en que se dicte, pues, aunque el menor tenga, por su edad, una capacidad de obrar restringida, ésta puede verse aún más limitada por la sentencia⁴⁷⁸. Todo ello sin perjuicio de que el Juez, tras el proce-

477 CALVO SAN JOSÉ, M. J.: *op. cit.*, 2006, especifica que el contenido de la regulación de ambas instituciones varía en algunas legislaciones especiales o forales con respecto del CC, por lo que será necesario, con carácter previo, determinar la legislación aplicable, que se hará conforme a la vecindad civil del incapacitado (art. 14.1 CC).

478 No obstante, pone de manifiesto CALVO SAN JOSÉ, M. J.: *op. cit.*, 2006, que

dimiento de incapacitación, pueda, siempre en beneficio del menor, modificar el ejercicio de la patria potestad o la atribución de dicho ejercicio, modalizar los derechos y las cargas emanados de la patria potestad o adoptar las medidas que estime necesarias para evitar al menor cualquier perjuicio.

4. INTERNAMIENTO

4.1. AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA

Para el caso en que proceda el internamiento del menor, dispone el artículo 763.1 LEC que *“El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento”*⁴⁷⁹. Al internamiento del menor en un centro psiquiátrico se refería ya la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, especificando que *“con el objetivo de que se realice con las máximas garantías por tratarse de un menor de edad, se somete a la autorización judicial previa y a las*

un sector de la doctrina defiende que la incapacidad del menor de edad es una incapacidad de futuro, y sólo producirá efectos una vez adquiera la mayoría de edad; así, MARTÍN GRANIZO: *La incapacitación y figuras afines*, Madrid, 1987, págs. 15 a 56 y EGEA FERNÁNDEZ: “El mecanismo de la representación legal en la Ley de 24 de octubre de 1983, de reforma del Código civil en materia de tutela”, *RJC*, 1986-1, págs. 57 a 103.

⁴⁷⁹ La exigencia de autorización judicial, dice RUIZ JIMÉNEZ, J.: *op. cit.* 2006, pág. 234, “evita los abusos que se cometían, pues como afirma el profesor Lasarte, “Es conocida la noticia de que en España ha sido posible el internamiento en hospitales y manicomios sin existir declaración judicial de incapacitación, pues el Decreto de 3 de julio de 1931 que regulaba la materia sometía el ingreso del interno a un mero control administrativo. La conclusión era que, en numerosos casos, el internamiento se convertía en una incapacitación *de facto* si no en una prisión, a la que se llegaba sin intervención judicial alguna””.

*reglas del artículo 211 del Código Civil, con informe preceptivo del Ministerio Fiscal, equiparando, a estos efectos, el menor al presunto incapaz y no considerando válido el consentimiento de sus padres para que el internamiento se considere voluntario, excepción hecha del internamiento de urgencia*⁴⁸⁰.

Ante la indeterminación jurídica del concepto de internamiento cabe decir que, desde un punto de vista gramatical, internar significa instalar o recluir a una persona en una clínica, hospital o centro *ad hoc*, pero también ingresar a alguien en un lugar donde esté privado de libertad de movimientos. Así entendido, todo internamiento forzoso, por no concurrir el consentimiento del interesado, supone reclusión y, con ello, limitación de un derecho fundamental de la persona, la libertad, consagrado por el artículo 17 CE. No obstante, se ha entendido que este derecho constitucional a la libertad personal es compatible con los internamientos forzosos de incapacitados para que puedan así recibir su tratamiento, cuando éste no sea posible en régimen ambulatorio o de libertad, siempre que se acomoden en sus presupuestos a las garantías establecidas en el Ordenamiento jurídico⁴⁸¹.

480 En un interesante estudio sobre la materia, que nos ha servido de guía para estos comentarios, expone SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanc, 2005, que “los padres no pueden sustituir la voluntad del menor para considerar el internamiento voluntario, pero nada dice sobre la imposibilidad de que el menor con suficiente madurez pueda decidirlo por sí mismo, pues la equiparación del menor al presunto incapaz sólo tiene sentido en relación a aquel que no tiene suficiente capacidad de discernimiento. Y así, el artículo 763.1 de la LEC habla de una persona, sometida o no a patria potestad o tutela, «que no esté en condiciones de decidirlo por sí», lo que no impide que un menor con suficiente madurez pueda consentir el internamiento, de acuerdo con el artículo 162.1 del Código civil”. Sobre la necesidad de la previa autorización judicial para el internamiento involuntario del menor *vid.* STS 10 de febrero de 1986, en contra del criterio sostenido en la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1984, de 8 de junio.

481 *Vid.* Consulta 2/1993, de 15 de octubre, emitida por la Fiscalía General del

Específicamente, cuando se trate de menores sujetos a patria potestad o a tutela, la solicitud de internamiento corresponde a sus representantes legales, siendo preceptiva la autorización judicial en ambos casos. Quizás pudiera entenderse que el consentimiento al internamiento de menores de edad prestado por los titulares de la patria potestad o la tutela es válido para convertirlo en un internamiento voluntario ajeno a la autorización judicial. Pero, aunque en el régimen jurídico aplicable a la patria potestad no existe norma que lo indique expresamente, sí lo declara el artículo 271.1 CC para la tutela, especificando que *“El tutor necesita autorización judicial: Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial”*⁴⁸². Si la tutela es una institución de guarda paralela en sus funciones a la patria potestad, toda vez que la sustituye, y quienes ejercen la patria potestad son también representantes legales del menor y actúan en su beneficio, también éstos necesitarán autorización judicial para el internamiento del hijo *in potestate*⁴⁸³.

En cuanto a la duración del internamiento, el internamiento

Estado, ante una cuestión relativa a la autorización judicial para los internamientos de los incapaces en aplicación del artículo 211 CC.

482 LETE DEL RÍO, J. M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (arts. 211, 267, 271 y 272 CC), T. IV, Edersa, Madrid, 1985, pág. 393, dice que la autorización se requiere para internar al incapacitado en cualquier colegio o centro en el que se imparta cualquier tipo de educación, incluso la de formación profesional. Parece que la finalidad del precepto es evitar que el tutor pueda desentenderse del cuidado del incapacitado; por ello, la autorización judicial es necesaria sólo para el internamiento, pero no para su asistencia en régimen de externo o de media pensión.

483 Además, como añade la antedicha Consulta 2/1993, de 15 de octubre, el internamiento es una facultad de protección que no forma parte del contenido normal de la patria potestad prevenido por el CC. En última instancia, y como dice la STC 104/1990, de 4 de junio, la regularidad de esos internamientos depende de la existencia de una decisión judicial que los autorice, de modo que, sin ella, podríamos encontrarnos ante internamientos indebidos, irregulares o ilegítimos.

sujeto a autorización judicial no tiene porqué estar constituido con carácter definitivo; los internamientos discontinuos, con interrupciones temporales o con salidas del *locus custodiae* también requerirán la autorización del Juez⁴⁸⁴. Y es que, ante la solicitud de internamiento promovida por quienes ostentan la representación legal del menor, el Juez se limita, como dice el precepto, a autorizar el internamiento a los efectos de que el tratamiento se siga en régimen de privación de libertad, ya sea absoluto o con intermitencias, pero en modo alguno ordena el internamiento en un determinado centro o con un determinado tratamiento, pues estas cuestiones quedan sujetas al régimen interno del centro asistencial.

4.2. RATIFICACIÓN JUDICIAL

En cuanto al momento en que debe ser prestada dicha autorización judicial, continúa diciendo el párrafo 1º del artículo 763 LEC que *“La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal”*. Lo que no dice el precepto es a quien corresponde instar o llevar a cabo le-

484 Tal y como apunta la Consulta 2/1993, de 15 de octubre, la autorización preventiva lo es para el internamiento en abstracto, sin fijar un período mínimo ni uno máximo, pues la duración es indeterminada y aleatoria, al estar en función del desarrollo de la enfermedad que, en la mayoría de los casos, si no es reducible a un *tempus modicum*, tampoco impide etapas de libertad, periódicas o no, que pueden ser conciliables e incluso complementarias con finalidades terapéuticas y de aseguramiento.

gítimamente el internamiento, aunque, concurriendo situaciones de riesgo inminente para la vida o la integridad física, ya sea del incapacitado o de las personas que le rodean, cualquiera podría proceder de manera inmediata al internamiento, poniéndolo *a posteriori* en conocimiento del Juez⁴⁸⁵.

“En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley”.

4.3. LUGAR DE INTERNAMIENTO

El artículo 763.2 dispone que *“El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”*. Se trataría, en definitiva, de establecimientos idóneos para el internamiento, es decir, centros de régimen cerrado, que no permiten el libre movimiento de los internos, en los que se reciban tratamientos asistenciales o sanitarios, o en los que se empleen sistemas educativos dirigidos a la rehabilitación, recuperación e integración en la sociedad de los menores incapacitados. Este criterio se desprende de los términos empleados por el artículo 271.1 CC, *“establecimiento de salud mental o de educación o formación especial”*, así como del artículo 4.2 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, facultándolo para *“Visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar*

485 Vid. GANZENMÜLLER ROIG, C.: *op. cit.* 2006, pág. 7.

los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente”.

4.4. AUDIENCIAS Y EXAMEN

En materia de prueba dispone el artículo 763.3 LEC que *“Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que se pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado⁴⁸⁶. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.*

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación”.

Ante el silencio de la norma en relación con las formalidades que deba revestir la resolución judicial por la que se determine el internamiento, deben entenderse exigibles las solemnidades propias de un Auto. Respecto del tiempo en que haya de dictar-

486 Vid. STS 31 de diciembre de 1994. Justificando el precepto dice LÓPEZ YA-GÜES, V.: *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, LA LEY, 2005, pág. 65, que “El legislador ha tomado conciencia de la necesidad de arbitrar una respuesta adecuada a la exigencia de práctica preceptiva de determinadas actuaciones, de indiscutible naturaleza probatoria, en los procesos que regula el Título IV de la LEC, —en particular las diligencias a las que se refieren los artículos 759, 761.3 ó 763.3— y más allá incluso, la de consagrar el reconocimiento judicial de la persona como medio de prueba susceptible de práctica en todo proceso en el que, a los efectos del esclarecimiento o apreciación de los hechos, resulte necesario o conveniente que el órgano judicial aprecie por sí mismo ciertas condiciones o aptitudes de una o varias personas”.

se, el silencio legal debe suplirse acudiendo a la regla general del artículo 132.2 LEC, según el cuál las actuaciones y diligencias judiciales para las que no se haya fijado plazo deberán practicarse sin dilación⁴⁸⁷. No obstante, sí se especifica que en los casos de ratificación *a posteriori* del internamiento, la resolución no podrá dilatarse más allá de las setenta y dos horas previstas por el artículo 17.2 CE.

4.5. REVISIÓN Y TERMINACIÓN DEL INTERNAMIENTO

El proceso de revisión del internamiento se encuentra regulado en el artículo 763.4 LEC⁴⁸⁸, en cuyos términos *“En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.*

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

487 Señala GANZENMÜLLER ROIG, C.: *op. cit.*, 2006, que “No resultan infrecuentes los supuestos en los que familiares, vecinos o agentes de la autoridad solicitan la autorización judicial previa de un internamiento que se considera necesario para evitar un riesgo inminente para la vida o la integridad física —bien del enfermo o bien de las personas que están a su alrededor—, o en los que es preciso el empleo de la fuerza pública para mantener reducido al enfermo, en tanto no pueda ser examinado por el médico y por el Juez. En estos casos, es probable que la práctica de alguna o algunas de las diligencias de prueba legalmente previstas no se concilie adecuadamente con la necesidad urgente de resolver sobre la procedencia del internamiento”.

488 La STC 104/1990, de 4 de junio, sostiene que el internamiento «no puede prolongarse lícitamente sino en la medida en que persista una situación de perturbación mental real con un carácter o magnitud que lo justifique»

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento”.

Pese a que el precepto encomienda al Juez el control de la ejecución de la medida, corresponde también al Ministerio Fiscal permanecer atento a las vicisitudes del internamiento, manteniendo una actitud vigilante que le legitima para pedir informes sobre la evolución del mismo, con la periodicidad que estime oportuna, para visitar periódicamente los centros de internamientos y para conocer la situación de los internos⁴⁸⁹.

Para el caso concreto de internamiento de menores, podría cuestionarse si el informe periódico de los facultativos debería ir acompañado de un informe de los servicios de asistencia del menor, al que se hace referencia expresa en el párrafo 2 del artículo 763, pero no en el párrafo 4 que comentamos⁴⁹⁰. En principio, no parece que pueda imponerse al Juez una obligación cuyo cumplimiento no le exige el precepto; sin embargo, nada le impide, y de hecho aparece facultado en tal sentido por el artículo 763.4, para que facultativamente pueda solicitar los informes que estime oportunos y practicar las actuaciones que considere pertinentes.

489 Así lo apuntaban ya las Instrucciones 3/1990, de 7 de mayo y 6/1987, de 23 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado.

490 Sobre esta cuestión AZNAR LÓPEZ, M.: *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*, Comares, Granada, 2000, pág. 90, afirma que “frente a esta interpretación literal, me parece que una exégesis lógica, sistemática e integradora del artículo 763 permitiría sostener que también a la hora de llevar a cabo las revisiones del internamiento el juez debería contar con el informe de los servicios de asistencia al menor, interpretación que, además, vendría corroborada, desde una perspectiva teleológica, por la finalidad garantista del procedimiento revisorio”.

Por último, el inciso final del artículo 763.4 regula la terminación del internamiento, estableciendo que “*Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atienden a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente*”. No es, por tanto, preceptiva la autorización judicial previa para la finalización del internamiento, como probablemente hubiese sido más conveniente en aras de una mayor protección de los intereses del menor internado⁴⁹¹.

En este sentido ha precisado la doctrina⁴⁹² que en el hipotético caso de que los facultativos diesen el alta a una persona de manera injustificada, cuando su dolencia no estuviera suficientemente tratada y existiera riesgo para su salud o para la integridad de otros, podrían incurrir aquéllos en una imprudencia profesional, con posibles consecuencias civiles o penales.

Otra circunstancia que podría concurrir, y que no aparece expresamente contemplada por la norma que nos ocupa, es que sean los familiares o allegados del enfermo quienes quieran poner fin al internamiento, no considerándolo procedente los facultativos que lo asisten. Ante esta situación, y pese a que el internamiento es una decisión médica, no prevalece la opinión

491 En esta dirección, precisa SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: *op. cit.*, 2005, que la finalidad del internamiento es terapéutica, siendo por tanto lo más lógico que sean los facultativos los que pongan fin al internamiento dando de alta al enfermo, y, por otro, que no estamos ante un internamiento ordenado de oficio por el Juez, sino ante una medida solicitada por los parientes o personas cercanas al enfermo con conformidad de los facultativos, consistiendo la misión de la intervención judicial en dar su autorización a dicha medida porque supone una privación de libertad, o sea, una limitación de un derecho fundamental, no teniendo sentido, por tanto, dicha intervención cuando lo que se pretende es precisamente devolverle la libertad.

492 *Vid.* CHIMENO CANO, M.: *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 233.

de los facultativos, siendo necesaria la intervención de la autoridad judicial. Además, si las personas internadas fuesen menores de edad, la decisión injustificadamente adoptada de poner fin al internamiento se entiende que contravendría claramente el principio del interés superior del menor que debe presidir el ejercicio de la patria potestad o, en su caso, de la tutela. Será, por ello, el Juez quién, en ejercicio de los poderes de control que le son confiados por el artículo 763.4 LEC, decida sobre la continuidad del internamiento, según aprecie justificada o arbitraria la decisión de los familiares.

5. EN ESPECIAL, EL INTERNAMIENTO EDUCATIVO

El internamiento con finalidad educativa consiste en el ingreso y permanencia en un centro de formación especial de aquellas personas que se encuentren afectadas por una minusvalía psíquica cuyas consecuencias pueden ser paliadas mediante una educación dirigida a estimular al máximo sus aptitudes y capacidades, de forma que en su vida adulta alcancen el mayor grado de autonomía posible⁴⁹³. Este tipo de internamiento parece más apropiado para deficientes mentales leves o moderados que sean menores de edad, sin perjuicio de que el internamiento siga siendo necesario una vez hayan alcanzado la mayoría de edad.

La autorización judicial, necesaria para este internamiento, sólo legítima, en principio, la privación de libertad consistente en la prohibición de salir libremente del establecimiento de educación especial, siendo necesaria autorización judicial expresa para

493 Seguimos en estos comentarios a SANTOS MORON: *El supuesto de hecho en el internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, TOL63.581, www.tirantonline.com.

otras restricciones de su libertad, relacionadas con las posibles salidas organizadas por el centro, el régimen de visitas y las comunicaciones postales y telefónicas; sólo procederá tal autorización cuando la restricción cuya imposición se solicita pueda redundar en beneficio del afectado.

En todo caso, para que el Juez pueda conceder la autorización al internamiento es preciso que la estancia en un establecimiento de régimen cerrado sea indispensable para que el menor pueda recibir una adecuada formación. Esta circunstancia excluye dos posibilidades previas: que el menor, atendido su grado de desarrollo mental, pueda asistir a una escuela normal dentro de los programas de integración que actualmente están en marcha y, además, que la formación que se pretende proporcionársele no pueda ser recibida en un centro especializado de régimen abierto.

El internamiento sólo puede considerarse una medida proporcionada cuando el menor no pueda recibir la educación especial que necesita sin ser recluso en el establecimiento de que se trate. Si fuese posible darle una formación de igual calidad y con resultados igualmente efectivos sin necesidad de restringir su libertad, el internamiento no estaría justificado.

Por último, la formación que, a través del internamiento, se pretende proporcionar al interesado debe ser apta para mejorar, en el futuro, su calidad de vida así como su grado de independencia y autonomía.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M.: *La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras*, Actualidad Civil, núm. 2/6 de 12 de enero de 1997.
- ÁLVAREZ, H.: *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, 2005.
- AZNAR LÓPEZ, M.: *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*, Comares, Granada, 2000.
- CALVO SAN JOSÉ, M. J.: *La incapacitación de las personas físicas*, Aranzadi, Pamplona, 2006, BIB 2006\2092.
- CHIMENO CANO, M.: *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1998.
- EGEA FERNÁNDEZ: “El mecanismo de la representación legal en la Ley de 24 de octubre de 1983, de reforma del Código civil en materia de tutela”, *RJC*, 1986-1.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.: *Derecho procesal civil*, IV, Madrid, 1994.
- GANZENMÜLLER ROIG, C.: *La función del Ministerio Fiscal en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, Ponencia presentada en el Centro de Estudios de Madrid, 2006.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sobre la Ley 1/1996, de Protección*

- Jurídica del Menor*, La Ley, año XVII, núm. 3970, 8 de febrero de 1996.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, Tomo 1º, 7ª ed., Ed. Trivium, Madrid, 2000.
- LETE DEL RÍO, J. M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (arts. 211, 267, 271 y 272 CC), T. IV, Edersa, Madrid, 1985.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Protección jurídica del menor*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001.
- LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, Madrid, 2001.
- LÓPEZ YAGÜES, V.: *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, LA LEY, 2005.
- LUCINI NICAS, J. A.: “La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa tributaria con esta finalidad”, en *Actualidad Civil*, nº 14, julio, 2004.
- MARTÍN GRANIZO: *La incapacitación y figuras afines*, Madrid, 1987.
- NAVARRO COSTA, R. en *Los menores en protección*, coord. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., Madrid, 2007.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “La incapacitación”, *Actualidad Civil*, 1986.
- PARRA LUCÁN, M. A.: *Comentarios al Código civil*, II, vol. 2º, Barcelona, 2000.
- PAZ RUBIO: *Ley de Enjuiciamiento Civil*, LA LEY, 2000.

- RIVERA ÁLVAREZ, J. M.: *La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes*, en Cuadernos de Trabajo Social, núm. 10, 1997.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- ROCA GUILLAMÓN: *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I.
- ROGEL VIDE, C.: *Derecho de la persona*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- RUIZ JIMÉNEZ, J.: "Delimitación de los conceptos de discapacidad e incapacidad", en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, IDADFE, UNED y EL DERECHO EDITORES, Madrid, 2006.
- SANCHO GALLARDO, I.: *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2000.
- SANCHO REBULLIDA, F. en LACRUZ y otros: *Elementos de Derecho civil*, IV, vol. 2º y 3º, Barcelona, 1989.
- SANTOS MORON: *El supuesto de hecho en el internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, TOL63.581, www.tirantonline.com.
- SERRANO MOLINA, A.: *Los menores en el Derecho español*, (Coord.) LÁZARO GONZÁLEZ, I., Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: *Abandono y desamparo de menores en el Derecho civil español*, Ed. Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004.

JURISPRUDENCIA

STC 104/1990, de 4 de junio

STS 10 de febrero de 1986

STS 20 de marzo de 1991

STS 31 de diciembre de 1991

STS 1 de julio de 1992 (Rep. Jur. Ar. 6500)

STS 31 de octubre de 1994

STS 31 de diciembre de 1994

STS 19 de febrero de 1996

STS 19 de mayo de 1998

SAP Alicante 11 de noviembre de 1992

SAP Cuenca 28 de marzo de 1996 (La Ley 1996, 6290).

SAP Navarra 19 de abril de 2004

ASPECTOS FISCALES DE LA DISCAPACIDAD Y LA DEPENDENCIA

Ana María Delgado García

Profesora de Derecho Financiero y Tributario

Rafael Oliver Cuello

Profesor de Derecho Financiero y Tributario

1. INTRODUCCIÓN

Los colectivos de personas en situación de vejez, discapacidad y dependencia que, en su mayor parte, son atendidos en el ámbito familiar, requieren de una especial protección por parte de los poderes públicos en el marco del Estado del bienestar, tal como consagran los artículos 49 y 50 de la Constitución Española, ubicados en el Capítulo III del Título I, dedicado a los principios rectores de la política social y económica.

Por este motivo, los poderes públicos deben dar impulso a políticas que garanticen una protección efectiva de estos colectivos desde muy diversos ámbitos. Ahora bien, la protección de los poderes públicos hacia los mismos no sólo se limita a la adopción de políticas activas de seguridad social, sino que se ve complementada y/o afectada, de forma relevante en algunos casos, por políticas fiscales.

La trascendencia del fenómeno es innegable atendiendo al creciente número de ciudadanos que potencialmente pueden verse afectados, pues, por alguna/s de estas situaciones.

2. POLÍTICAS FISCALES DE PROTECCIÓN A LA DEPENDENCIA, A LA DISCAPACIDAD Y A LA VEJEZ

Una forma especial de proteger a los colectivos de personas mayores, discapacitadas y dependientes (y a sus familias) es, sin duda alguna, el uso de instrumentos fiscales que establezcan, básicamente, beneficios tributarios (que pueden consistir en exenciones, reducciones, deducciones, bonificaciones...) o que contemplen de forma particularizada estas situaciones y que permitan, por otro lado, una mejor conciliación de la vida familiar y laboral. Aspecto con el que está relacionado el gasto público, especialmente, el régimen de ayudas directas a estos colectivos y a sus familias.

Sin embargo, el régimen fiscal de las situaciones de envejecimiento, la discapacidad y, en menor medida, la dependencia, ha sido abordado por nuestro el legislador de forma fraccionada y enfocado especialmente desde la perspectiva de la tributación sobre la renta de las personas físicas (IRPF), pues es el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la riqueza y solidaridad propios de un Estado social. Además, la normativa que afecta a esta cuestión está dispersa y ha sido objeto de numerosas reformas. Por ello, de *lege ferenda*, sería deseable una regulación sistemática de la materia, que permita una mayor comprensión global de la misma.

En efecto, estos aspectos han sido objeto, desde 1978, de las regulaciones más diversas en el IRPF, producidas de forma no siempre coherente con las políticas de gasto público en el mar-

co del Estado del Bienestar, con no pocas contradicciones internas. Tales políticas han dado como resultado un panorama fiscal complejo y, en ocasiones, insatisfactorio, tanto desde la perspectiva del principio de capacidad económica, como desde la perspectiva de la coordinación entre los distintos poderes tributarios (estatal, autonómico y local) y de su coherencia con las políticas de gasto público, principalmente, por la concurrencia de tres factores.

En primer lugar, las nuevas capacidades normativas en materia de los tributos cedidos atribuidas a las Comunidades Autónomas, que van ejerciendo su corresponsabilidad fiscal estableciendo distintas medidas tributarias en este ámbito (en el marco de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas y de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las Medidas Fiscales y Administrativas del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía), así como la tendencia a la creación de tributos autonómicos con finalidad extrafiscal.

En efecto, del examen de las medidas aprobadas por las distintas Comunidades Autónomas que afectan a la vejez, la discapacidad y la dependencia en relación con los tributos cedidos (IRPF, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) se observan importantes diferencias entre unas y otras, pues existen Comunidades muy activas en este sentido, en tanto que otras Comunidades han adoptado muy pocas medidas de este tipo.

El segundo de los factores consiste en la importancia creciente de la fiscalidad sobre determinados sectores de la pobla-

ción, dentro de un proceso de recesión de la imposición directa; y, en último lugar, el progresivo aumento y la gran incidencia de las personas mayores, discapacitadas y dependientes (y de su entorno familiar más cercano) en nuestra sociedad, así como la proliferación de subvenciones y ayudas públicas de diverso tipo y nivel que afectan a estos colectivos. Y, por último, porque cualquier problema social que atañe a la población provoca modificaciones de la normativa reguladora del IRPF para que tengan su reflejo en dicho impuesto, que, en ocasiones, alteran su propia estructura.

En este contexto, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del IRPF (en adelante, LIRPF), desarrollada mediante el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF, recoge diferentes medidas que inciden en la previsión social, tanto desde la perspectiva de las aportaciones como de las prestaciones. Además, hay que poner de relieve que, por primera vez, en este impuesto se tiene en cuenta el nuevo concepto de dependencia⁴⁹⁴.

Así, en el Preámbulo de dicha Ley el legislador señala que “con el objeto de mejorar la cohesión social y de atender los problemas derivados del envejecimiento y la dependencia se incentivan aquellos instrumentos destinados a proporcionar unos ingresos complementarios de las pensiones públicas o a la cobertura de determinados riesgos”. Por lo tanto, para evitar el riesgo de exclusión social se incentivan instrumentos de inversión que cubran o complementen las prestaciones públicas relativas a las situaciones de vejez y dependencia. Con lo cual, de nuevo, en el

⁴⁹⁴ Asimismo, conviene destacar que la tramitación parlamentaria del proyecto de LIRPF y del de la Ley de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia se realizó de forma paralela.

Impuesto queda reflejado el interés social y político no sólo en el tema de los beneficios fiscales de la discapacidad, sino también de la dependencia.

3. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA EN EL ÁMBITO FISCAL Y EFECTOS DE LA INCAPACITACIÓN JUDICIAL

La vejez, la discapacidad y la dependencia son situaciones conceptualmente diferenciadas, aunque relacionadas, que reciben un tratamiento jurídico particularizado en diversas disciplinas del ordenamiento jurídico español. No obstante, no se trata de categorías estancas, sino que pueden identificarse importantes espacios de intersección entre ellas, especialmente entre la discapacidad y la dependencia, pues, pueden concurrir en una misma persona.

En el ámbito tributario, el envejecimiento, la discapacidad y la dependencia gozan de beneficios fiscales. Esto es, las personas que tienen una determinada edad avanzada, discapacitadas o que son dependientes, son merecedoras de una discriminación positiva por parte del legislador fiscal en forma de exenciones, reducciones, deducciones...

Sin embargo, a efectos fiscales, las consecuencias jurídicas de que una persona se encuentre en una u otra circunstancia, no son las mismas. Además, tampoco son iguales los baremos (que corresponde aplicar por las comunidades autónomas) para valorar si concurren o no la discapacidad y la dependencia, pues un grado determinado de discapacidad no equivale automáticamente al mismo grado de dependencia.

De ahí la importancia de definir los conceptos de persona discapacitada y de persona dependiente a efectos fiscales, así

como la edad avanzada con relevancia en el ámbito tributario, pues ello determinará que una persona pueda o no aplicarse los beneficios tributarios reconocidos en el ordenamiento jurídico correspondientes a una u otra circunstancia.

3.1. DISCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN JUDICIAL

En el ámbito fiscal, no existe un único concepto de discapacidad, sino que son las leyes reguladoras de los diferentes tributos las que pueden establecer la definición de discapacidad en el ámbito de los mismos y pueden fijar el grado de minusvalía necesario para poder gozar de los correspondientes beneficios fiscales (aunque no siempre lo detallan). Por otro lado, en ocasiones, también se debe acreditar, a efectos fiscales, la necesidad de ayuda por parte de terceras personas o bien la movilidad reducida en aras a aplicarse el oportuno beneficio fiscal.

En este sentido, el IRPF es de los pocos impuestos en el que podemos encontrar una definición del concepto de discapacitado y se explicita la manera de acreditar dicha situación. Tal regulación se ha ido extendiendo, aunque de forma lenta, a otros impuestos. Además del IRPF, también en el caso del IVA, su Ley reguladora ofrece una definición a efectos de dicho impuesto.⁴⁹⁵

A estos efectos, la normativa del IRPF distingue dos tipos de discapacidad: una discapacidad simple (con un grado de minusvalía entre un 33 por 100 y un 64 por 100) y una discapacidad

⁴⁹⁵ A efectos del IVA, la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, LIVA) establece que “se considerarán personas con minusvalías aquellas con un grado de minusvalía igual o superior al 33%. El grado de minusvalía deberá acreditarse mediante certificación o resolución expedida por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de la Comunidad Autónoma” (art. 91.Dos.1.4, *in fine* LIVA).

cualificada (con un grado igual o superior al 65 por 100). Dicha distinción es importante porque en el IRPF las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100 (o personas con declaración judicial de incapacidad), gozan de mayores ventajas fiscales que las que no alcanzan dicho grado.

Asimismo, conviene destacar que en el IRPF se tiene en cuenta la necesidad de ayuda por parte de terceras personas o la movilidad reducida para la aplicación de algún beneficio fiscal, como sucede con la mayor reducción de los rendimientos del trabajo para los trabajadores activos que acrediten tal necesidad, regulada en el art. 20.3 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF).

A este respecto, el art. 60.3 LIRPF exige, para poder ser considerado como discapacitado a efectos fiscales, un grado de "minusvalía" igual o superior al 33%. Por lo tanto, no cualquier persona en situación de discapacidad puede disfrutar de los beneficios fiscales reconocidos en la LIRPF (o en otros impuestos, por extensión del concepto de discapacitado contenido en la LIRPF), sino solamente los que se vean afectados, como mínimo, por un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100.

Además, dicho grado de discapacidad debe acreditarse en los términos fijados en el art. 72 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF (en adelante, RIRPF). Según el apdo. 1 de este precepto reglamentario, "el grado de minusvalía deberá acreditarse mediante certificado o resolución expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las Comunidades Autónomas". Así pues, tal acreditación debe realizarse de conformidad con las previsiones contenidas en el RD 1971/1999, de 23 de di-

ciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

En este sentido, según prevén los arts. 60.3 LIRPF y 72.1 RIRPF, se considerarán afectos a una minusvalía igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. En el caso de pensionistas de clases pasivas, es suficiente con que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Por consiguiente, se trata de supuestos en los que el legislador equipara tales colectivos a los discapacitados con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100.

Igualmente, debe mencionarse que, conforme a tales preceptos, a los minusválidos incapacitados judicialmente se les considera acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65%, aunque no alcancen dicho grado. Según la Resolución de la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) 1159-01, de 12 de julio de 2001, la incapacidad judicialmente declarada es únicamente la regulada en los artículos 199 y siguientes del Código Civil, referidos a las personas que no pueden gobernarse por sí mismas. Por consiguiente, estos preceptos extienden el régimen fiscal más favorable de que disfrutaban las personas con discapacidad más severamente afectadas a todos los incapacitados judiciales que, en muchas ocasiones, no alcanzan un grado de minusvalía del 65 por 100, pese a que por su minusvalía no puedan regirse por sí mismos. Como consecuencia de esta previsión normativa, podría ocurrir que el contribuyente opte por la incapacitación judicial como la mejor vía para demostrar una discapacidad del 65 por 100, pues no es necesario que se alcance realmente dicho grado de minusvalía.

De entrada, el tipo de discapacidad (física, sensorial o psíquica) que sufra una persona es indiferente para aplicarse los distintos beneficios fiscales reconocidos en el IRPF, esto es, tienen las mismas consecuencias fiscales. En cambio, como hemos visto, sí que tiene trascendencia el grado de minusvalía. Sin embargo, el tipo de discapacidad sí que se tiene en cuenta en relación con la creación de los patrimonios separados a favor de los discapacitados y en alguna deducción de la cuota autonómica en la que se exige un grado menor de minusvalía para los discapacitados psíquicos.

Por último, debe remarcarse que la DGT ha tenido ocasión de precisar que el grado de minusvalía se entiende producido desde la fecha de la solicitud de la correspondiente valoración y no desde la fecha de emisión del certificado administrativo acreditativo de la discapacidad (Contestación a la Consulta de 18 de febrero de 2005).

3.2. PERSONA EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

El concepto de persona en situación de dependencia es autónomo respecto del concepto de persona con discapacidad, aunque, como ya hemos señalado, son conceptos muy relacionados, pues la discapacidad, junto con la vejez, son las principales causas generadoras de la dependencia.

Respecto al concepto, grados y niveles de las personas dependientes, la LIRPF se remite a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, en cuanto a la definición legal de las situaciones concretas de dependencia, en tanto que esta última se remite, a su vez, a la LIRPF en relación con los beneficios fiscales aplicables en este ámbito. Por lo tanto, hay que

acudir a las disposiciones de la Ley 39/2006 para conocer el concepto, grados y niveles de la dependencia. En esta línea, la DGT, en la Resolución 1888-08, de 23 de octubre de 2008, señala que el reconocimiento de la dependencia “corresponde a los órganos de las Comunidades Autónomas del lugar de residencia competentes al respecto, siendo el reconocimiento efectuado por dichos órganos el que acredita en todo el territorio del Estado y a todos los efectos, incluidos los efectos fiscales, la situación de dependencia y su grado”.

A efectos fiscales, solamente pueden aplicarse los beneficios reconocidos en la LIRPF aquellos dependientes calificados, de acuerdo con la normativa correspondiente, como severos o grandes dependientes. De forma que se excluye al colectivo de las personas que acreditan un grado de dependencia moderada. De *lege ferenda*, sería deseable, por un lado, que la normativa no identificara dependencia sólo con vejez y, por otro, que se previera algún beneficio fiscal para los dependientes moderados.

3.3. RELACIONES ENTRE DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA EN EL ÁMBITO FISCAL

Hay que tener en cuenta que ciertos beneficios fiscales aplicables a las personas discapacitadas no lo son para las dependientes; y, a la inversa, los beneficios de que gozan las personas dependientes no pueden extenderse a las discapacitadas. Si bien, es cierto que la discapacidad y la dependencia aumentan su interrelación con la edad.

Por lo tanto, la persona discapacitada que desee beneficiarse de las medidas fiscales previstas para las personas en situación de dependencia, deberá ser reconocidas como tal, de acuerdo con las previsiones de la Ley 39/2006; y, al contrario, las personas de-

pendientes que quieran aplicarse los beneficios tributarios reconocidos a las discapacitadas, deberán acreditar dicha condición, de conformidad con lo dispuesto en el citado RD 1971/1999.

Ahora bien, como excepción a esta falta de comunicación de efectos entre una situación de dependencia y de discapacidad, la Disposición Adicional Novena de la Ley 39/2006 relativa a la efectividad del reconocimiento de las situaciones vigentes de gran invalidez y de necesidad de ayuda de tercera persona, señala que “quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona según el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, en el grado y nivel que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta Ley”.

Precisamente, el desarrollo reglamentario se encuentra en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de la dependencia. Según su apartado primero, a tales personas, en todo caso, se les garantizará el grado I de dependencia moderada, nivel I; y, en virtud de su apartado tercero, “las personas que tengan reconocida la necesidad de asistencia de tercera persona, de acuerdo con el anexo 2 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, continuarán disfrutando de todos los efectos jurídicos de dicho reconocimiento, cuando deban acreditarlo ante cualquier Administración o entidad pública o privada, en tanto no les sea reconocido el grado y nivel de dependencia que le corresponda conforme al presente baremo”.

Por otro lado, la LIRPF identifica dependencia con envejecimiento y parece no tener en cuenta que las causas que originan

la dependencia son variadas y exceden de la vejez, pues también puede producirse por la enfermedad y la discapacidad. De forma que, tal como se deduce el Preámbulo de la LIRPF, el legislador considera que la dependencia se genera de forma casi exclusiva por el envejecimiento de la persona.

En este sentido, la exención de determinadas ganancias patrimoniales contemplada en el art. 33.4.b) LIRPF solamente es aplicable a personas mayores de 65 años y a determinadas personas dependientes, pero no a personas discapacitadas; de forma que, de nuevo, el legislador identifica dependencia con envejecimiento. Asimismo, en la Disposición adicional decimoquinta LIRPF se prevé que no tienen la consideración de renta las cantidades percibidas por la disposición de bienes que conforman el patrimonio personal para asistir las necesidades económicas de la vejez y de la dependencia.

Y también pueden traerse a colación los arts. 51 a 54 LIRPF que regulan las “reducciones por atención a situaciones de dependencia y envejecimiento”, tal como señala la rúbrica del capítulo en el que se insertan; no mencionándose, pues, los instrumentos de previsión social propios de las personas discapacitadas y los patrimonios protegidos (arts. 53, 54 y Disposiciones Adicionales Décima y Decimoctava LIRPF).

4. TRATAMIENTO FISCAL DE LA DISCAPACIDAD Y LA DEPENDENCIA EN EL IRPF

4.1. FISCALIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En relación con la discapacidad, como ya se ha puesto de relieve, el IRPF tiene en cuenta esta circunstancia a la hora de modular la capacidad económica gravada a través del mis-

mo⁴⁹⁶. De un análisis de la LIRPF, se observa que las personas con discapacidad reciben un tratamiento específico en la mayoría de los elementos esenciales del impuesto, que a continuación se examinarán (en relación con el propio contribuyente o las personas de quienes dependen económicamente o con las que conviven). Por lo tanto, nos vamos a centrar en la normativa que contiene alguna referencia expresa a la condición de discapacitado del contribuyente o de las personas de quienes dependen económicamente o con las que convivan, dejando de lado, pues, otras normas que podrían tener alguna incidencia en la fiscalidad de la discapacidad (como los sistemas de previsión general).

En particular, se contempla un supuesto de no sujeción de las ganancias patrimoniales derivadas de aportaciones a patrimonios protegidos (art. 33.3.e LIRPF), al tiempo que diversas exenciones: prestaciones por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (art. 7.f LIRPF); pensiones por inutilidad o incapacidad permanente del régimen de clases pasivas (art. 7.g LIRPF); prestaciones familiares por hijo a cargo discapacitado y los haberes pasivos por orfandad (art. 7.h LIRPF); prestaciones públicas por el acogimiento de personas con discapacidad y ayudas para financiar estancias en residencias o centros de día (art. 7.i LIRPF); prestaciones por desempleo percibidas en forma de pago único (art. 7.n LIRPF); y rendimientos del trabajo derivados de presta-

496 En este punto, hay que mencionar que, tras la aprobación de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, se produjo una mejora sustancial en el tratamiento fiscal ventajoso con relación a las situaciones de discapacidad para el propio contribuyente y sus familiares, que ya se había iniciado con la publicación de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre. Las novedades de la LIRPF vigente en este punto no tienen demasiada entidad, tal como ya se deduce del hecho de que su Preámbulo no contenga ninguna referencia a la discapacidad, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la dependencia.

ciones en forma de renta correspondientes a sistemas de previsión social para discapacitados y de patrimonios protegidos (art. 7.w LIRPF).

Asimismo, respecto a la determinación de los rendimientos del trabajo y los rendimientos de actividades económicas existe alguna particularidad relacionada con la discapacidad. Por un lado, se consideran rendimientos del trabajo no exentos las prestaciones obtenidas de sistemas de previsión social públicos por incapacidad (regímenes públicos de Seguridad Social y mutualidades generales obligatorias de funcionarios, arts. 17.2.a.1 y 17.2.a.2 LIRPF, respectivamente) y las aportaciones realizadas al patrimonio protegido del discapacitado (art. 17.2.k) LIRPF). Por otro lado, se aplica una reducción del 40 por 100 sobre los rendimientos íntegros del trabajo que se han citado anteriormente cuando se perciben en forma de capital (art. 18.3 LIRPF). Y, por último, se prevé una reducción general sobre los rendimientos del trabajo y de actividades económicas para determinar el rendimiento neto de personas con discapacidad (arts. 20.3 y 32.2 LIRPF, respectivamente).

También se prevén un par de reducciones de la base imponible específicas para la discapacidad: reducciones por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad (art. 53 LIRPF) y reducciones por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas con discapacidad (art. 54 LIRPF, en conexión con lo regulado en la Disposición Adicional Decimoctava LIRPF).

A la hora de determinar el mínimo familiar (por ascendientes y descendientes) se tiene en cuenta la situación de discapacidad del ascendiente o descendiente para aplicarlo, con independencia de la edad de los mismos (arts. 58 y 59 LIRPF, respectivamen-

te). Además, existe un mínimo personal y familiar por discapacidad, que procede aplicar tanto por la discapacidad del propio contribuyente como por la de sus ascendientes y descendientes (art. 60 LIRPF).

Por último, existe una deducción de la cuota íntegra por adecuación de la vivienda (incluidos los elementos comunes del edificio y los que sirven de paso necesario entre la finca y la vía pública), siempre que las obras e instalaciones sean certificadas por la Administración competente como necesarias para la accesibilidad y comunicación sensorial que facilite el desenvolvimiento digno y adecuado de las personas discapacitadas (tanto si se trata del propio contribuyente como su cónyuge o pariente en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, hasta el tercer grado inclusive, que convivan con él, según el art. 68.1.4º LIRPF). Ahora bien, esta deducción sólo se aplica para la vivienda habitual, no para otros inmuebles de la persona discapacitada, por lo que de *lege ferenda* sería conveniente que se ampliara la deducción a la adecuación de otros inmuebles diferentes de la vivienda habitual.

4.2. FISCALIDAD DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

La LIRPF establece, por primera vez, un tratamiento diferenciado de las personas dependientes,⁴⁹⁷ regulando tanto los in-

⁴⁹⁷ Pues, como se pone de relieve en su Preámbulo, “razones de equidad y de cohesión social aconsejan otorgar una especial atención al problema de la dependencia en España, incentivando, por primera vez desde el punto de vista fiscal, la cobertura privada de esta contingencia. De esta forma se reconoce la realidad social española, en la que se da un incremento de la esperanza de vida que lleva asociado un problema de envejecimiento y dependencia de una buena parte de los ciudadanos, existiendo además otros factores que agudizan su dimensión en el sector de población que precisa de una atención especial”.

centivos fiscales para quienes desean protegerse de una eventual situación de dependencia como el tratamiento tributario de las prestaciones económicas públicas recibidas al amparo del sistema nacional de dependencia⁴⁹⁸.

Ahora bien, debe señalarse que tampoco son demasiados los beneficios fiscales que se han reconocido en la LIRPF en este ámbito, pues la protección de las personas en situación de dependencia se realiza a través de otros instrumentos públicos que conforman el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (servicios sociales, cuidadores familiares o profesionales, prestaciones económicas...).

En relación al tratamiento fiscal de la dependencia en el IRPF, se observa cómo se regulan tanto los incentivos fiscales para quienes desean protegerse de una eventual situación de dependencia como el tratamiento tributario de las prestaciones económicas públicas recibidas al amparo del sistema nacional de dependencia. Ahora bien, sería deseable que el legislador en futuras reformas normativas ampliara el número de beneficios fiscales aplicables a los dependientes (al margen de que extendiera los beneficios existentes a los dependientes moderados).

498 En efecto, en palabras textuales del Preámbulo de la LIRPF, “se configuran dos tipos de beneficios: los dirigidos a aquellas personas que sean ya dependientes, para las que se prevé la posibilidad de movilizar su patrimonio inmobiliario con vistas a obtener unos flujos de renta que les permita disponer de recursos para paliar las necesidades económicas, y, por otra parte, los dirigidos a aquellas personas que quieran cubrir un eventual riesgo de incurrir en una situación de dependencia severa o de gran dependencia”. Y, continúa señalando el mencionado Preámbulo que, “adicionalmente, dado que la vivienda habitual constituye una importante manifestación del ahorro familiar, se introducen en la Ley mecanismos que permitan, en situaciones de dependencia severa o de gran dependencia, hacer líquida esta fuente de ahorro sin coste fiscal, lo que sin duda constituye un medio adicional de cobertura de esta contingencia”.

En este sentido, la Disposición Adicional Decimoquinta LIRPF recoge un supuesto de no sujeción al impuesto de las ganancias patrimoniales generadas en los casos de disposición de la vivienda habitual por parte de las personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia, siempre que se lleven a cabo de conformidad con la regulación financiera relativa a los actos de disposición de bienes que conforman el patrimonio personal (como la hipoteca inversa) para asistir las necesidades económicas de la vejez y de la dependencia. Igualmente, se reconocen un par de exenciones: la de las ganancias patrimoniales por transmisión de vivienda habitual por personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia (art. 33.4.b LIRPF) y la de las prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personalizada reguladas en los arts. 17 a 19 de la Ley 39/2006 (art. 7.x LIRPF).

Nuevamente en este caso hay que realizar la propuesta de reforma normativa que amplíe la no sujeción o la exención a las disposiciones y transmisiones, respectivamente, de otras viviendas diferentes de la habitual, siempre que las rentas que generan vayan destinadas a sufragar los gastos derivados de las necesidades de la persona dependiente. Y, por otro lado, sería deseable que la exención de las prestaciones económicas satisfechas con motivo del cuidado de los dependientes se ampliara a todo tipo de prestaciones, como las ayudas técnicas y ayudas para facilitar la accesibilidad y adaptaciones en el hogar que contribuyan a la mejora de la capacidad del beneficiario para desplazarse en su propia vivienda, las prestaciones que no son económicas o las prestaciones que no son públicas.

Por su parte, el art. 33.4.b) LIRPF califica como rendimientos del trabajo sujetos a gravamen las prestaciones percibidas como

consecuencia de los seguros de dependencia, al tiempo que el art. 51.4 LIRPF contempla una reducción de la base imponible para las aportaciones realizadas a tales seguros de dependencia.

5. LA DISCAPACIDAD Y LA DEPENDENCIA EN OTROS IMPUESTOS

Además del IRPF, existen otros impuestos del sistema tributario español en los que, en menor medida, también se tienen en cuenta las situaciones de discapacidad y vejez en su configuración, especialmente la primera de ellas. En cambio, a diferencia del IRPF, se observa cómo en ninguno de tales impuestos se contempla ninguna medida específica para los casos de dependencia; si bien es cierto que algunas de estas medidas previstas para los discapacitados pueden ser aplicables a las personas dependientes. Por lo tanto, sería conveniente que se introdujeran medidas de este tipo.

Tales figuras impositivas son: de un lado, el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre el Valor Añadido; de otro, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ambos cedidos a las Comunidades Autónomas y en los que éstas han ejercido sus competencias normativas teniendo en cuenta las situaciones de vejez y discapacidad; Impuesto especial sobre Determinados Medios de Transporte; y, por último, tres tributos locales, el Impuesto sobre Actividades Económicas, el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica y el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.

No obstante, en tales impuestos sería deseable que se introdujera alguna medida adicional de protección de las personas discapacitadas y en situación de dependencia. Pero, además, se-

ría conveniente que en otros impuestos también se contemplaran medidas de este tipo.

Por ejemplo, podría preverse la exención en cualquier tributo que grave la movilización del patrimonio destinado a cubrir las necesidades de la dependencia (como el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y el Impuesto sobre el Valor Añadido). También podría establecerse una exención de los bienes inmuebles en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles que constituyan la vivienda habitual del dependiente o discapacitado o la persona mayor de cierta edad (65 ó 75 años) o la exención de los centros de atención a los dependientes. O, incluso, en el IVA podrían establecerse exenciones o gravarse al tipo superreducido del 4 por 100 a todos los servicios prestados y entregas de bienes realizadas a personas dependientes y discapacitados.

6. LAS MEDIDAS TRIBUTARIAS AUTONÓMICAS EN RELACIÓN CON LA DISCAPACIDAD Y LA DEPENDENCIA

Por último, hay que hacer referencia a la capacidad normativa que poseen las Comunidades Autónomas en relación con los tributos cedidos (IRPF, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados).

Del examen de las medidas aprobadas por las distintas Comunidades Autónomas que afectan a la vejez, la discapacidad y la dependencia se observan importantes diferencias entre unas y otras, pues existen Comunidades muy activas en este sentido, en tanto que otras Comunidades han adoptado muy pocas medidas de este tipo. Es más, en relación con la dependencia solamente

una Comunidad Autónoma, Aragón, ha aprobado una deducción del IRPF que la tiene en cuenta.

En consecuencia, consideramos que las Comunidades Autónomas todavía tienen mucho margen de actuación en este ámbito y podrían establecer más beneficios fiscales de este tipo, especialmente, los referidos expresamente a la dependencia.

LA SUPERACIÓN DE LA SUBASTA PÚBLICA JUDICIAL COMO PROCEDIMIENTO PARA LA ENAJENACIÓN DE CIERTOS BIENES DE INCAPACITADOS Y MENORES SOMETIDOS A TUTELA

Ignacio Gallego Domínguez

Catedrático de Derecho civil

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Para que los tutores puedan enajenar bienes de los menores e incapacitados que se encuentren bajo su guarda, tradicionalmente se han venido exigiendo una serie de requisitos⁴⁹⁹: a) autorización del juez o del consejo de familia, según los momentos históricos (art. 2011 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, art. 269.5 del Código Civil de 1889); b) necesidad o al menos utilidad, conveniencia o beneficio para el pupilo (art. 2012 de la LEC de 1881; art. 270 del CC de 1889)⁵⁰⁰ y c) que la venta se hiciera en pública su-

499 El presente estudio se enmarca en los trabajos del Proyecto de Investigación de Excelencia, "Protección jurídica de la tercera edad" SEJ 1789, convocatoria de 2006 (Orden de 5 de julio de 2005, Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, nº 138 de 18 de julio de 2005) financiado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía, cuyo investigador principal es el Dr. Ignacio Gallego Domínguez.

500 Como casos en los que los tribunales no admitieron o no entendieron acedi-

basta y previo avalúo de los bienes (art. 2015.1 de la LEC de 1881; art. 272 del CC de 1889).

Nos proponemos tratar en este estudio el problema de la exigencia de la necesidad de la subasta pública y su posible superación hoy día. La exigencia de pública subasta si bien pretendía la defensa del menor o incapacitado, considerándose un medio objetivo y favorable para la venta de bienes, que permitía teóricamente obtener un precio adecuado —al adjudicarse al mejor postor— a la vez que permitía constatar la entrega del precio a través de la oficina judicial, en la práctica se ha vuelto contra los protegidos, por los gastos de la operación —avalúo y publicaciones en el BOE (arts. 2016 y 2017 de la LEC)— y dilaciones que conlleva, no funcionando en la práctica como un procedimiento en el que el propietario pueda obtener un beneficio económico superior al de una venta directa, pues muchas de ellas se realizan a la baja⁵⁰¹.

Desde hace tiempo se viene planteando en la doctrina y la jurisprudencia la necesidad de superación de dicha regla, considerando además que la venta en pública subasta no supone una mayor garantía que las que pudieran imponerse de acep-

tada la existencia de necesidad o beneficio para el pupilo y por tanto denegaron la solicitud para enajenación de bienes vid. por ej., las siguientes resoluciones: Auto de la AP de Navarra, Sección 2ª, de 29 de julio de 1999; Auto de la AP de Barcelona, secc. 18ª, de 26 de junio de 2003; Auto de la AP de Cáceres, secc. 2ª, de 24 de diciembre de 2003; Auto de la AP de Jaén, secc. 3ª, de 28 de marzo de 2005...

501 DE LARA PÉREZ, M., "El patrimonio de las personas incapacitadas. Administración y control judicial", en *Deficiencia, Enfermedad Mental y Senilidad: Mecanismos legales de protección*, Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental, Córdoba, 1996, pág. 344, llamaba la atención sobre los subasteros presentes en las subastas públicas "con la creación de un casi monopolio en las adjudicaciones, que siempre implican un perjuicio económico para el propietario o titular del derecho que ve valorado a la baja su bien".

tarse otros procedimiento de enajenación imponiendo controles judiciales con la supervisión del ministerio fiscal. Si la exigencia históricamente estaba fundada en una mejor defensa y protección del menor o incapacitado esa finalidad no se cumple hoy día con el procedimiento de subasta.

Era un requisito exigido por la LEC de 1881 y por el CC —en su primitiva redacción— para la ventas de los tutores (art. 2015.1 de la LEC, art. 272 del CC de 1889), no imponiéndose para las ventas que los padres, en ejercicio de la patria potestad, realicen de bienes de sus hijos (art. 2015.2 de la LEC y art. 164 del CC). Con posterioridad, tras la modificación del CC operada por la Ley 13/1984, de 24 de octubre, hubo un consenso en torno a la superación de este requisito en la ventas realizadas por los tutores, si bien el mismo duró poco, pues a raíz de otra modificación legislativa, esta vez de la LEC —Ley 15/1989, de 29 de mayo— nuevamente se planteó la vigencia del mismo. Hoy día tras la LEC 1/2000, de 7 de enero y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, hay argumentos para entender superado este requisito de nuestro ordenamiento, a pesar de la dicción literal de la propia LEC 1881, aún vigente en este punto.

2. LA EXIGENCIA DE PÚBLICA SUBASTA EN LA LEC DE 1881 Y EN EL CC DE 1889

Tradicionalmente, además de otros requisitos antes señalados, particularmente la autorización —inicialmente judicial, más tarde del Consejo de Familia—, se ha exigido subasta pública como mecanismo para la enajenación de bienes inmuebles —y algunos otros— de los menores e incapacitados sometidos a tutela. Esta exigencia estaba presente tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 como en el Código Civil de 1889.

¿Cómo se trataba la cuestión en la redacción originaria de la LEC de 1881? En Libro III, sobre Jurisdicción voluntaria⁵⁰², dedicaba el Título XI de la Parte Primera, a regular "*la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos*", comprendiendo los arts. 2011 al 2030, entre los cuales nos interesa destacar los arts. 2011 y 2015, que exigen la necesidad de subasta pública para la enajenación de ciertos bienes de los pupilos por parte de los tutores⁵⁰³:

— Art. 2011: "*Será necesaria licencia judicial para enajenar ó gravar los bienes de menores ó incapacitados que correspondan á las clases siguientes:*

1º. *Inmuebles.*

2º. *Efectos públicos y valores de toda especie, sean al portador ó nominativos.*

3º. *Derechos de todas clases.*

4º. *Alhajas, muebles y objetos preciosos que puedan conservarse sin menoscabo*".

— Artículo 2015: "*La autorización se concederá en todo caso bajo la condición de haberse de ejecutar la venta en pública subasta, y previo avalúo si se tratare de bienes comprendidos en alguno de los números 1º, 3º ó 4º del art. 2011.*

Exceptúanse de esta regla las ventas hechas por el padre o por la madre con patria potestad. Estos podrán realizarla sin otro requisito que el de haber obtenido previamente la autorización judicial, con audiencia del Promotor fiscal y de las personas designadas en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria".

502 Tal y como señalaba y señala actualmente el art. 1811 de la LEC de 1881 que "*Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas*".

503 El art. 2030 de la LEC de 1881, señalaba —y señala pues la primitiva redacción está aún vigente— "*Para hipotecar o gravar bienes inmuebles, o para la extinción de derechos reales que pertenezcan a menores o incapacitados, se observarán las mismas formalidades establecidas para la venta, con exclusión de la subasta*".

El procedimiento de subasta y avalúo se regula en los arts. 2016 y ss de la LEC. Se contemplan hasta tres posibles subastas —la primera, en la que no podrá admitirse postura que no cubra el avalúo de los bienes—, la segunda, con rebaja del 20% del precio base señalado para la primera subasta, la tercera con rebaja del 20% del precio de la segunda subasta. Fracasada cualquiera de las subastas señaladas el tutor podía pedir la venta extrajudicial de los bienes por el precio y condiciones de la subasta fallida (arts. 2019, 2020 y 2021 de la LEC de 1881).

El Código Civil de 1889 —en su redacción originaria—, recogió la exigencia de autorización —del Consejo de Familia, pues el CC adoptó un sistema de tutela de familia— para las enajenaciones de bienes hechas por los tutores (art. 269), exigiendo que las mismas se realicen mediante el procedimiento de pública subasta cuando se refieran a los bienes señalados en el art. 272:

- Art. 269: *"El tutor necesita autorización del consejo de familia:... 5º. Para enajenar ó gravar bienes que constituya el capital de los menores o incapaces..."*.

- Art. 272: *"Cuando se trate de bienes inmuebles, de derechos inscribibles, ó de alhajas ó muebles cuyo valor exceda de 4.000 pesetas la enajenación se hará en pública subasta con intervención del tutor o protutor"*

Los valores bursátiles, así los públicos como los mercantiles o industriales, serán vendidos por agente de cambio o bolsa o por corredor de comercio".

De este modo admitido por el CC de 1889 un sistema de tutela familiar —tomado del Proyecto de 1851 que a su vez bebía de antecedentes franceses—, la autorización de enajenación para que el tutor pudiera enajenar bienes de los pupilo o menores correspondía al Consejo de familia, debiendo celebrarse dichas enajenaciones, en los casos marcados por la Ley, mediante pública subasta.

La STS de 26 de mayo de 1997, con relación a la redacción del art. 272.1 del CC antes transcrito señala que, cuando el mismo habla de "enajenación" para exigir subasta, se refiere al caso de enajenación mediante "venta", y no a otras vías como puedan ser la permuta o la aportación de bienes en el contrato atípico de vitalicio⁵⁰⁴.

3. LA SUPERACIÓN DE LA NECESIDAD DE SUBASTA CON LA LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMA DEL CC EN MATERIA DE TUTELA

En el año 1983 se reforma nuestro Derecho de tutelas, merced a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela—. Esta Ley instaaura un sistema de tutela judicial, abandonando de este modo el fracasado sistema de tutela de familia. Por lo que se refiere al tema que nos ocupa, si bien mantiene la necesidad de autorización para que el tutor

504 Señala el TS que "conviene explicar que el párrafo primero del artículo 272 del Código Civil utilizaba en su derogada redacción el término «enajenación» en el sentido específico de «venta», concepto mantenido en el segundo párrafo al referirse a los valores bursátiles propios del menor o incapacitado, y este significado provocó que la Resolución de la Dirección General de los Registros de 19 noviembre 1917 indicara que el requisito de la subasta pública repugna al contrato de permuta, ante lo cual relevantes juristas de aquella época señalaron que, por ser este pacto una forma de transmisión, al exigir el artículo 272 que la enajenación de bienes inmuebles se haga en pública subasta o lo prohíbe, pues en tal acto es imposible la subasta, lo cual es un absurdo, o no lo ha tenido presente, y, al entender que los inmuebles de los menores o incapacitados sujetos a tutela pueden permutarse, buscaron medios sustitutivos de la pública subasta y estimaron como tales la previa tasación judicial de las fincas que por una y otra parte han de ser cambiadas y la justificación de la utilidad a reportar por el acto, cuya solución esta Sala estima adecuada y vale para el atípico pacto de vitalicio, cuyas peculiaridades asimismo rehúsan la subasta, pero sin que en el caso del debate se haya reemplazado por los mecanismos referidos ni tampoco por otros, lo que conduce a la nulidad de la enajenación".

pueda enajenar ciertos bienes de sus pupilos —se pasa de autorización para cualquier tipo de bienes a exigirlo sólo para algunos de ellos—, sin embargo, suprime —silencia— la necesidad de pública subasta⁵⁰⁵. Efectivamente el art. 271 del CC, tras la reforma de la Ley 13/1983, señala lo siguiente:

Art. 271 del CC: "*El tutor necesita autorización judicial: ...2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones*".

Tras la reforma de 1983 se rompe pues la equivalencia entre la regulación del CC y la de la LEC, lo que obliga a optar por una solución. Parece lógico atender a la nueva redacción del CC y entender —como hizo la doctrina mayoritaria— que ya no será necesaria la subasta pública judicial para la enajenación de los bienes de los pupilos por los tutores, sin perjuicio de las medidas de vigilancia o control que pueda adoptar el juez (ex. 233 del CC), superándose de este modo el sistema de la LEC de 1881 —que no había sido modificado ni derogado de una manera expresa—. Los argumentos son claros, "*lex posterior derogat anterior*" (art. 2.2 del CC), y el beneficio del interés del tutelado, regla que preside todo la articulación y funcionamiento de los organismos tutelares (art. 216 del CC, en su redacción tras la Ley 13/1984), y que exige la superación de la regla de la subasta, sobre la base de que en la práctica la misma no resulta ser el medio más adecuado para obtener un precio más elevado resultando, en general, más ventajosas las ventas directas.

505 Vid. por lo que se refiere al Derecho Catalán el art. 212 del Código de Familia de Cataluña, aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio.

Los tribunales de justicia al resolver expedientes de jurisdicción voluntaria, en general, venían a entender, superado el requisito de la pública subasta merced a la nueva redacción dada al Código civil, aun cuando la Ley Rituaria lo mantuviese.

4. LEY 15/1989, DE 29 DE MAYO, SOBRE MODIFICACIÓN DE DETERMINADOS ARTÍCULOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: LA CRITICABLE VUELTA AL REQUISITO DE LA SUBASTA

No obstante los problemas no terminaron aquí, pues en 1989 fueron reformados diversos artículos de la LEC —por la Ley 15/1989, de 29 de mayo, sobre modificación de determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, entre ellos el art. 2015⁵⁰⁶, que es modificado en ciertos aspectos, manteniéndose la exigencia de subasta pública judicial para la enajenación de bienes de los pupilos.

— Artículo 2011: "*Será necesaria autorización judicial para enajenar o gravar los bienes de menores o incapacitados en los supuestos en que así establezca el Código Civil*".

— Artículo 2015: "*La autorización se concederá en todo caso bajo la condición de haberse de ejecutar la venta en pública subasta, y previo avalúo si se tratare de derechos de todas clases, excepto el de suscripción preferente de acciones, bienes inmuebles, establecimientos mercantiles e industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios que no coticen en Bolsa*".

Exceptúanse de esta regla las ventas hechas por el padre o por la madre con patria potestad. Estos podrán realizarla sin otro requisito que el de haber obtenido previamente la autorización judicial, con audiencia del Ministerio

506 Se modifican, en cuanto ahora nos interesa, los siguiente preceptos del Libro III, Parte Primera, Título XI, que tiene por rúbrica "*De la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos*": arts. 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2019, 2021, 2024 y 2025 de la LEC

Fiscal y de las personas designadas en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria".

Si la reforma del CC de 1983 al no contemplar la necesidad de pública subasta pudo permitir entender que este tradicional requisito para la enajenación de ciertos bienes de menores e incapacitados sujetos a tutela había desaparecido, en cuanto que una ley posterior, adjetiva, pero norma con rango de Ley, vuelve a mencionar esta formalidad, se plantean de nuevo problemas en torno a su pervivencia.

Mucho se ha criticado que la LEC de 1881 exija subasta pública para la enajenación de los bienes de los incapacitados y menores por sus tutores, pues en la práctica viene a dificultar la enajenación perjudicando al menor o incapacitado, de modo que en la generalidad de las ocasiones sería más favorable económicamente que se procediera a la venta directa del bien, con las garantías adecuadas. Por otra parte hoy realmente se trata de un requisito no presente en el Código Civil, que sólo exige autorización judicial ex art. 271.2 para la enajenación de ciertos bienes, texto que contempla que el juez pueda establecer controles y garantías en la administración de los bienes del menor o incapacitado sujetos a tutela (CC 233).

La necesidad de la exigencia de pública subasta no rige con relación a la enajenación por los padres titulares de la patria potestad de los bienes de sus hijos —sean menores de edad o mayores en caso de patria potestad prorrogada— (art. 2015 de la LEC). El legislador considera que el afecto, la precaución, la imparcialidad de los padres no es igual a la de los tutores, por lo que sujeta a las enajenaciones realizadas por estos últimos a unos requisitos especiales.

Pese a que la subasta pública pretende ser un mecanismo de garantía para los menores o incapaces sujetos a tutela en la

práctica se ha tornado un mecanismo que puede jugar más en su perjuicio que en su beneficio, pues es más fácil encontrar comprador y a mejor precio en el mercado libre —ventas directas—, que en públicas subastas judiciales⁵⁰⁷.

Los problemas constatados en la práctica por la exigencia de pública subasta en la enajenación de los tutores, llevaron a la doctrina, en este momento histórico que ahora tratamos, tras la Ley 15/1989, a postular su supresión normativa e incluso a ofrecer vías para su superación. El Notario DE LARA PÉREZ⁵⁰⁸ apunta dos ideas para empezar a caminar en la eliminación del requisito de la subasta pública o modificarla en un sentido favorable al pupilo: 1) la primera sería la eliminación de tal requisito cuando el objeto de la venta sea una participación indivisa de un bien o derecho, cuyas restantes participaciones pertenezcan a familiares del incapaz; 2) La segunda idea sería la de exigir que en las públicas subastas se realizasen siempre las pujas mediante pliego cerrado, para evitar de este modo manipulaciones de los precios, obligando de este modo al subastero a ajustar su oferta al alza, con el correspondiente beneficio económico para el propietario de bien que se enajena. El Fiscal SANTOS URBANEJA⁵⁰⁹ critica

507 DE LARA PÉREZ, M., "El patrimonio de las personas incapacitadas. Administración y control judicial", cit., pág. 344, llamaba la atención sobre los subasteros presentes en las subastas públicas "con la creación de un casi monopolio en las adjudicaciones, que siempre implican un perjuicio económico para el propietario o titular del derecho que ve valorado a la baja su bien".

508 DE LARA PÉREZ, M., "El patrimonio de las personas incapacitadas. Administración y control judicial", cit., pág. 344.

509 SANTOS URBANEJA, F., "La patria potestad prorrogada o rehabilitada: La tutela: modelos de ejercicio y actos necesitados de autorización o aprobación judicial", en *Deficiencia, Enfermedad Mental y Senilidad: Mecanismos legales de protección*, Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental, Córdoba, 1996, págs. 82 y 83.

la situación de la normativa actual, señalando que las sucesivas reformas de la tutela no han tenido su traducción en la normativa procesal, apuntando que incluso puede entenderse derogada la exigencia de la LEC por el art. 273 del CC.

Lo cierto es que en general los tribunales que conocen de expedientes de jurisdicción voluntaria tras la Ley 15/1989 para la autorización de enajenación de bienes de los pupilos, exigieron que si se trataba de bienes de los recogidos en el art. 2015 de la LEC (precepto que recibió nueva redacción por la Ley 15/1989), la venta debía realizarse en pública subasta, pues dicho precepto, vigente e imperativo, así lo exige, que viene de este modo, a poner fin, al reiterarla *ex novo*, la polémica sobre la exigencia de la pública subasta tras la reforma del CC por la Ley de 24 de octubre de 1983. Podemos citar los siguientes autos que mantienen la postura señalada: Auto del Juzgado de Primera Instancia de 14 de octubre de 1994, contra el cual se interpuso recurso de apelación que fue resuelto —en sentido contrario— por el Auto de la SAP de León de 24 de febrero de 1995; Auto del JPI n.º 1 de Barbastro de 2 de febrero de 1998, confirmado por el Auto de la AP de Huesca, secc. 1, de 8 de julio de 1998; Auto del JPI n.º 1 de Barakaldo de 10 de noviembre de 1998, confirmado por el Auto de la AP de Vizcaya, secc. 3.ª, de 19 de octubre de 1999; Auto del JPI n.º 1 de Huesca de 19 de mayo de 1999, confirmado por el Auto de la AP de Huesca de 12 de abril de 2000; Auto del JPI n.º 5 de Logroño, de 25 de junio de 2000, confirmado por el Auto de la AP de la Rioja, de 31 de julio de 2001.

Alguno de los autos citados, siendo consciente de los beneficios que podría alcanzarse con una venta directa apunta alguna solución intermedia: así el Auto de la AP de la Rioja, de 31 de julio de 2001, señala que atendidas las razones del recurrente,

que defendía la no necesidad de la pública subasta en la venta de un bien inmueble, "puede apuntarse una solución distinta para evitar los perjuicios que pudiera irrogar una venta en pública subasta. Esta solución vendría por solicitar la suspensión de la subasta al haberse encontrado un adquirente fuera de los cauces legalmente marcados y solicitar autorización para esa concreta enajenación, pero siempre ya iniciado, el trámite de enajenación legalmente determinado".

5. EL SILENCIO DE LA LEC 1/2000, DE 7 DE ENERO: LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA CON EL ART. 636 DE LA LEC

Pese a que la subasta pública pretende ser un mecanismo de garantía para los menores o incapaces sujetos a tutela en la práctica se ha tornado un mecanismo que puede jugar más en su perjuicio que en su beneficio, pues es más fácil encontrar comprador y a mejor precio en el mercado libre —ventas directas—, que en públicas subastas judiciales.

La LEC 1/2000 no ha tocado el punto que nos afecta, de hecho deja vigente el art. 2015 de la LEC de 1881. La LEC de 2000 dejó vigente ciertas partes de la LEC de 1881, entre ellas el Libro III, regulador de la Jurisdicción voluntaria —con la excepción de los arts. 1827 y de los arts. 1880 a 1900—, en espera de una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria. La LEC 1/2000 impuso el encargo al Gobierno de remitir a las Cortes en el plazo de 1 año un proyecto de ley en la materia (Disposición final 18 de la LEC), nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria que aún, en 2009, seguimos esperando, tras un frustrado proyecto que comenzó su iter parlamentario en 2006, y que fue retirado por el Gobierno.

Ante ello, tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, un amplio sector jurisprudencial ha entendido en general vigente el requisito de pública subasta ex art. 2015 de la LEC de 1881, cuya vigencia se mantiene por la LEC 1/2000. Así se han manifestado, por ejemplo, el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Logroño, de 4 de julio de 2001, confirmado por el Auto de la A.P. de La Rioja de 24 de octubre de 2001; el Auto del JPI nº 3 de Toledo de 7 de julio de 2003, confirmado —en este punto— por el Auto de la AP de Toledo, secc. 1ª, de 24 de marzo de 2004; el Auto del JPI e Instrucción de la Seo de Urgel de 2 de febrero de 2005, confirmado por el Auto de la AP de Lleida, secc. 1, de 18 de marzo de 2005.

No obstante lo dicho la LEC 1/2000, ha mirado con desfavor el procedimiento de ejecución forzosa de bienes —hipotecados, pignorados o embargados— en pública subasta llegando a permitir que no necesariamente se enajenen de esta forma, admitiendo formas de enajenación extrajudicial. Tal y como señala su Exp. de Mot. (XVII): *"Con independencia de las mejoras introducidas en la regulación de la subasta, la Ley abre camino a vías de enajenación forzosa alternativas que, en determinadas circunstancias, permitirán agilizar la realización y mejorar su rendimiento. Así, se regulan los convenios de realización entre ejecutante y ejecutado y la posibilidad de que, a instancia del ejecutante o con su conformidad, el Juez acuerde que el bien se enajene por persona o entidad especializada, al margen, por tanto, de la subasta judicial"*.

El mejorar la realización de bienes y mejorar su rendimiento son las razones que han movido a la LEC de 2000, si bien en otros campos distintos al que tratamos, a permitir que las enajenaciones forzosas de bienes —bienes hipotecados, pignorados o embargados— no deban realizarse necesariamente mediante

pública subasta, permitiendo su enajenación mediante "*convenio de realización*" o mediante la enajenación por medio de persona o entidad especializada, tal y como permiten los arts. 636 y 691.5 de la LEC de 2000⁵¹⁰.

Resumiendo, si bien la LEC 1/2000 no excepciona la necesidad de pública subasta en la venta de bienes de los pupilos por los tutores, pues no se ocupa de regular los procedimientos de jurisdicción voluntaria, sí lo hace, por contra, en otros ámbitos, donde igualmente tradicionalmente la subasta era el modo único de realización, consciente el legislador de los problemas que plantea, permitiendo otras vías de enajenación. Partiendo de esta constatación, mediante una aplicación sistemática del Derecho y partiendo del principio del beneficio del tutelado (art. 216.1 del CC) entendemos que hay base suficiente, para

510 El art. 636 de la LEC señala lo siguiente: "*Realización de bienes o derechos no comprendidos en los artículos anteriores.*

1. *Los bienes o derechos no comprendidos en los artículos anteriores se realizarán en la forma convenida entre las partes e interesados y aprobada por el tribunal, con arreglo a lo previsto en esta Ley.*

2. *A falta de convenio de realización, la enajenación de los bienes embargados se llevará a cabo mediante alguno de los siguientes procedimientos:*

1.º *Enajenación por medio de persona o entidad especializada, en los casos y en la forma previstos en esta Ley.*

2.º *Subasta judicial.*

3.º *Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, una vez embargados los bienes, se practicarán las actuaciones precisas para la subasta judicial de los mismos, que se producirá en el día señalado si antes no se solicita y se ordena, con arreglo a lo previsto en esta Ley, que la realización forzosa se lleve a cabo de manera diferente".*

Por su parte el art. 691 reza como sigue: "*Convocatoria de la subasta de bienes hipotecados. Publicidad de la convocatoria:...* 5: *En los procesos de ejecución a que se refiere este capítulo podrán utilizarse también la realización mediante convenio y la realización por medio de persona o entidad especializada reguladas en las secciones 3.ª y 4.ª del capítulo IV del presente título*".

poder obviar la exigencia de subasta pública del art. 2015 de la LEC de 1881.

En esta misma línea encontramos un gran número de resoluciones judiciales, que han hecho una interpretación flexible de la LEC de 1881, y que han optado por defender la no necesidad de la pública subasta, utilizando diversos argumentos, pero fundamental y primariamente el interés del tutelado (art. 216 del CC), admitiendo la enajenación de los bienes del incapaz por cualquiera de los medios establecidos en el art. 636 de la LEC 1/2000. Como resoluciones judiciales que mantienen lo señalado podemos citar, en primer lugar, el importante Auto de la AP de Córdoba, secc. 1, de 18 de febrero de 2002, que citando otros antecedentes de la misma AP, revoca el auto del JPI nº 1 de Córdoba, de 24 de septiembre de 2001; el Auto de la AP de Ciudad Real, secc. 1ª, de 10 de abril de 2003, que revoca el auto del JPI nº 1 de Ciudad Real, de 4 de abril de 2002; el Auto de la AP de Barcelona, Secc. 18ª, de 1 de octubre de 2004, revocando el auto del JPI nº 2 de San Feliu de 4 de abril de 2003; Auto de la AP de Albacete, secc. 2ª, de 23 de diciembre de 2004, que revoca el auto del Juzgado de 1ª Instancia de Almansa, de 16 de junio de 2004; Auto de la SAP de Barcelona, secc. 18ª, de 7 de abril de 2005, que revoca en este punto el Auto del JPI nº 3 de Manresa de 29 de diciembre de 2003.

6. LA SITUACIÓN TRAS LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Un nuevo argumento en pro de las posturas superadoras de la subasta podemos encontrarlo en la Ley 41/2003, al señalar que la enajenación de bienes integrantes del patrimonio prote-

gido del discapacitado no queda sujeta en ningún caso a las exigencias de subasta pública.

En aquellos casos en los que el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución (art. 5.1 de la Ley 41/2003). En los demás casos —añade el art. 5.2— las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos en que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado (artículos 271 y 272 del CC y concordantes de las normas de Derecho civil, foral o especial, en su caso aplicables), sin que sea necesaria tal autorización cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente. Continúa el art. 5.2 estableciendo que "*En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881*" (realmente Título XI, Parte Primera, Libro III)⁵¹¹.

511 La Ley 41/2003, ha sido recientemente modificada por 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, que ha añadido al artículo 5.2 un último párrafo, con la siguiente redacción: "*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*".

La no exigencia de pública subasta para la venta de los bienes integrantes del patrimonio protegido del discapacitado que recibir una valoración totalmente positiva, por todas las razones que venimos apuntando en el presente trabajo, y supone una actuación más en la línea de adopción de medidas favorables a los discapacitados.

Diversas enmiendas al Proyecto de Ley de protección patrimonial del discapacitado, tanto en el Congreso —enmienda n° 8 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, enmienda n° 20 del Grupo Parlamentario Socialista—, como en el Senado —enmienda n° 10 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista— pidieron que la enajenación de bienes del patrimonio protegido no quedase sujeta a la normativa de los actos de jurisdicción voluntaria sino a la normativa del Libro III de la LEC.

Volviendo a la Ley 41/2003, el ámbito de la no exigencia legal de la subasta pública se centra exclusivamente en los bienes que forman parte de un patrimonio protegido de un discapacitado cuando sean administrados por el representante legal al que se refiere el art. 5.7 de la Ley, por lo queda en pie la exigencia del art. 2015 de la LEC en la enajenación de bienes —que no formen parte un patrimonio protegido— por los tutores. No obstante por los perjuicios que el sistema de la LEC de 1881 ha venido ocasionando en la práctica a los incapacitados y menores, los tribunales en ocasiones han prescindido como hemos visto con anterioridad, de este requisito, habiendo encontrado hoy día un argumento más para mantener su inaplicación en el art. 5.2 de la Ley 41/2003. Así utilizan este nuevo argumento el Auto de la A.P. de Cáceres, secc. 1ª, de 12 de marzo de 2004, revocando el auto del JPI de Logrosán de 14 de noviembre de 2003; el Auto de la A.P. de Cádiz, secc. 2ª, de 21 de marzo de 2005, en un expediente sobre venta de bienes en el que se discu-

tía sobre la aplicación del art. 2015 de la LEC a un caso de enajenación por una tutora de una cuota de un inmueble titularidad de su pupilo menor de edad, que revoca el auto del JPI n° 5 de Cádiz de 11 de agosto de 2004, que autorizó la enajenación de la cuota a condición de ejecutarse en pública subasta y previo avalúo.

Diversos autos dictados que conocen de peticiones de autorización de enajenación instadas ya durante la vigencia de la Ley 41/2003, optan por la negativa en la exigencia de la pública subasta si bien sin mencionar entre sus argumentos a la Ley 41/2003: Auto de la SAP de Barcelona, secc. 18ª, de 25 de mayo de 2005, revoca en este punto el Auto del JPI n° 3 de Manresa de 10 de junio de 2004, en un caso de enajenación por un tutor de una cuota de un bien inmueble propiedad de un incapacitado, admitiendo la venta por cualquiera de los medios que establece el art. 636 de la LEC. A pesar de estar ya en vigor la Ley 41/2003, de 18 de noviembre la AP no hace expresa referencia a la misma; El Auto de la AP de Cádiz, Secc. 5ª, de 5 de mayo de 2006, rechaza la aplicación del procedimiento de subasta en la venta de una cuota de un incapacitado por su tutor, si bien no menciona en nada la Ley 41/2003; Auto de la AP de Barcelona, secc. 18, de 14 de marzo de 2006.

7. EL RETIRADO PROYECTO DE LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE 2006

Tal y como señalamos si bien la LEC 1/2000 dejó vigente —con alguna excepción— el Libro III de la LEC de 1881, relativo a la Jurisdicción Voluntaria, lo hizo en espera de una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, imponiendo la LEC el encargo al Gobierno de remitir a las Cortes en el plazo de 1 año, a contar desde

la entrada en vigor de la LEC 1/2000, un Proyecto de Ley en la materia (Disposición final 18 de la LEC).

Con excesiva tardanza el Gobierno cumplió su tarea aprobando en Consejo de Ministros el 20 de octubre de 2006 el Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil, remitido inmediatamente al parlamento⁵¹² y que, tras un año de debates parlamentario, fue finalmente retirado por el Gobierno.

El Proyecto dedicaba el Título IV a regular la Jurisdicción voluntaria en materia de personas, dedicando, en particular, el Cap. VIII a los actos de disposición o gravamen de bienes o derechos de menores e incapaces y a la transacción acerca de sus derechos (arts. 78 a 83).

El Proyecto de Ley parte de la idea de que el procedimiento ordinario para la enajenación por los tutores de los bienes de sus pupilos para los que las leyes exigen autorización judicial es la pública subasta —la cual no es exigida para el caso de ventas que realicen los padres en el ejercicio de la patria potestad—. No obstante, se contempla expresamente la posibilidad de que en la solicitud de autorización se pida que la enajenación se haga mediante venta extrajudicial directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada, si bien exigiéndose una serie de cautelas (arts. 79 y 80), y en congruencia con dicha posibilidad contemplada para la solicitud, se prevé que la autorización para la enajenación de los bienes, si bien normalmente impondrá que la misma se realice bajo la forma de subasta

512 Publicado en el *BOCG, Congreso de los Diputados*, de 27 de octubre de 2006, nº A-109-1.

pública judicial, puede permitir se haga mediante venta extrajudicial directa (art. 82).

En la presente Legislatura (la VIII) el Gobierno no ha aprobado aún un nuevo Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria para su remisión a las Cortes, por lo que queda pendiente el desideratum de la LEC 1/2000 de que la jurisdicción voluntaria en España se objeto de nueva regulación, que supere a la vigente de 1881.

8. CONCLUSIONES

Parece claro que la necesidad de superación del requisito de que la enajenación por los tutores de ciertos bienes de los menores e incapacitados sujetos a su guarda, se impone, habida cuenta de que en la práctica resulta un procedimiento que no resulta favorable al interés de los mismos.

Tras los vaivenes y oscuridades legislativas en la materia, y a pesar de que el requisito aparece formalmente en el art. 2015 de la LEC de 1881 (cuya actual redacción procede de la Ley 15/1989), una interpretación de conjunto de nuestro sistema jurídico, partiendo de la LEC 1/2000 así como de la Ley 41/2003, debe llevarnos a admitir la posibilidad de que con las normas actualmente vigentes, los jueces, al resolver expedientes de jurisdicción voluntaria de solicitud de autorización de enajenación de bienes de menores e incapacitados por sus tutores, puedan autorizar que la enajenación se lleve a cabo sin necesidad de emplear necesariamente el procedimiento de subasta pública, sino empleando cualquiera de los procedimientos del art. 636 de la LEC, imponiendo el juez las cautelas que tenga por convenientes.

SINONIMIA, POLISEMIA... ¿LOCURA?

Gabriel García Cantero

Catedrático Emérito de Derecho Civil

1. Parece lógico que el considerable avance de las Ciencias Médicas, Biológicas y Psicológicas, experimentado durante el último medio siglo en el mundo, llegara a alcanzar su adecuado reflejo en el ordenamiento jurídico en general, sobre todo cuando el derecho en su integridad, y, especialmente, el civil, deben estar al servicio de la persona. Ya en las fuentes romanas se puede leer que *hominum causa, omne jus constitutum est* (afirmación que si por su excesiva generalidad no llegó a convertirse en regla general en el Derecho Romano, sigue siendo una vehemente aspiración en el siglo XXI); con mayor razón cuando hay que precisar conceptos tan delicados como los de capacidad jurídica y de obrar, incapacidad, incapacitación etc que ponen en juego —a veces dramáticamente (caso italiano de Eluana)— la dignidad de la persona humana (art. 10 CE). Parece conveniente que el Derecho (lo mismo en su aspectos formales como sustanciales) esté, al menos, a la misma altura de aquellas ciencias, porque los conceptos jurídicos con que actúan los operadores de esta clase, por definición son autónomos son autónomos, aunque presuponen y, en cierto modo, resultan condicionados por los dictados de aquéllas. Entre nosotros resulta esclarecedor echar un vistazo a la historia reciente, y parece obligado conocer sus conclusiones.

2. En 1889, el Cc, tributario de una historia, más bien, *poco edificante* que arranca del Derecho romano (recuérdese la *dementia furiosum* y la *imbecillitas*, inspiradas principalmente en la necesidad de aislar a los sujetos afectados para proteger los intereses económicos de sus herederos) declaraba *sic et simpliciter* la incapacidad de obrar de los locos y dementes y de los sordomudos carentes de instrucción (art. 200), mientras en el art. 32,2 parecía identificarse la demencia con la imbecilidad, separando ambas claramente respecto de la sordomudez; expresiones reiteradas en el art. 213, en tanto que el art. 215-1º hablaba de dementes *furiosos*. Sin embargo, en materia de matrimonio civil se trasladaba el tema al campo relativo a la capacidad para casarse (art. 83-2º), declarándose la incapacidad de los que no estuviesen en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio, lo que abría el debate sobre la validez del matrimonio en un intervalo de lucidez mental, y, al mismo tiempo, prescindía de la declaración judicial de incapacitación (no impedía al judicialmente incapacitado casarse en un momento lúcido y, aun no existiendo aquélla, tampoco podía hacerlo el contrayente que carecía del pleno ejercicio de su razón). Bastante similar era la situación del demente a la hora de otorgar testamento conforme al art. 665.

3. En general nuestro sistema jurídico, a la hora de su aplicación, era bastante simple: el incapacitado judicialmente carecía de toda capacidad de obrar (a excepción del matrimonio civil, y del testamento, cuya normativa admitía, como acabo de indicar, con determinados requisitos, la validez del acto realizado en un intervalo lúcido), mientras que el no incapacitado, aunque de hecho fuera un enfermo mental, gozaba de plena capacidad de obrar, a menos que el juez declarase en cada caso no haber realizado el acto en pleno uso de sus facultades mentales. A partir

de la famosa STS de 1947 se admitió que las sentencias —hasta entonces, inflexibles en su automaticidad—, graduasen los efectos de la declaración de incapacidad según la modalidad de enfermedad mental, mientras que, por otro lado, un gran número de incapacitados de hecho quedaban sujetos a un vergonzante Decreto de 1931 sobre el internamiento no voluntario de los enfermos mentales, que ninguno de los sucesivos gobiernos de distinto signo quiso derogar, por lo que se mantuvo en vigor nada menos que hasta el año 1993, quince años después de la Constitución de 1978.

4. La reforma del matrimonio en 1981 aporta, en este punto, una nueva visión parcial del tema; en relación con la unión conyugal desaparece la causa de incapacidad consistente en no estar el sujeto en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio, y, en su lugar, el art. 56.2 contempla el supuesto de que alguno de los contrayentes, al tiempo de casarse, presente *deficiencias o anomalías psíquicas*, lo que obliga al funcionario autorizante a suspender la celebración de las nupcias y a exigir un dictamen médico para acreditar la aptitud del sujeto para prestar el consentimiento matrimonial. Si el celebrante del matrimonio civil (Juez Municipal, Alcalde o Delegado) no llegan a advertir la deficiencia o anomalía en alguno de los contrayentes, y el matrimonio se celebra, queda abierta la posibilidad de impugnación con base en el art. 73.1º y la amplia legitimidad para ejercer la acción con base en el art. 74 C.c.

5. Resulta fundamental, también a efectos terminológicos, la Ley de 1983, dictada a consecuencia de la Constitución de 1978. El art. 49 de ésta había dispuesto 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. Muchas son las consecuencias que, a simple vista, cabe deducir en orden a la regulación de la situación jurídica en que se encuentran tales personas, a partir de la entrada en vigor de aquélla en nuestro ordenamiento: por un lado, es nueva la *previsión* de tales enfermedades, y, por otro, se enfocan con nuevas perspectivas el *tratamiento, rehabilitación e integración* de tales personas; desaparecen legalmente las denominaciones de locos, dementes y sordomudos, y, en su lugar, se alude ahora a los *disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*; se habla, finalmente, a la aspiración de lograr una *par conditio* en relación con los ciudadanos no aquejados de tales disminuciones. Es cierto que el precepto figura en el cap. 3, Tít. I, del texto fundamental, dedicado a establecer los principios rectores de la política social y económica que, respecto a tales personas, han de desarrollar todos los poderes estatales, a saber, centrales, autonómicos, provinciales y locales. Pero no parece posible deducir de esta última circunstancia que quedara inmune el sistema de la incapacidad vigente hasta entonces en el Código civil. A partir de esta época van a intensificarse, además, las actuaciones de la ONU, CE y otros organismos internacionales, a los que pertenece España, en relación con la situación de tales personas. Todo ello, sin perjuicio del salto cualitativo que ello implicará, va a originar no poca confusión terminológica y, derivativamente, sustantiva a la hora de su puesta en aplicación.

6. La reforma del Cc de 1983 y la LPPD de 2003 con sus normas complementarias requieren un análisis particular. Promulgada la Ley de 1983, en el curso de las reformas acometidas para acomodar nuestro Derecho a la Constitución, el art. 200 Cc cambia radicalmente de enfoque y de orientación en el tratamiento

civil de los incapacitados. Sin perjuicio de reiterar el principio de legalidad del art. 199: *Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*, exigencia que se deduce de ser España un Estado de Derecho (art. 1.1 CE), y de la fundamentalidad de los derechos inviolables de la persona (art. 10.1 CE), el nuevo art. 200 dice ahora que *son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*. No hay —a diferencia del sistema de 1889— un *numerus clausus* de enfermedades mentales típicas, sino una genérica referencia a *enfermedades o deficiencias*, que, para ser tomadas en cuenta por el Derecho civil, deben cumplir los requisitos de ser persistentes, tener carácter físico o psíquico e impedir a la persona su auto-gobierno. Las Ciencias médicas y la Psiquiatría nos proporcionarán la denominación y tipificación de tales enfermedades o deficiencias, así como su cualidad de persistentes, mientras que es de apreciación judicial y, en general, de los diversos operadores jurídicos, el requisito de que impidan el auto-gobierno de la persona, aunque ante la sociedad se muestre como tal enfermo, y en mayor o menor medida, dependiente. Nadie osará proponer incapacitar al sabio inglés Hawkins, por más que su dependencia sea patente al 100%, pues, en contraste, su mente, increíblemente activa, le permitirá adoctrinar a otros sabios y ser invitado a participar, por ej., en la Academia de Ciencias de la Santa Sede. La incapacitación jurídica, en derecho español, sigue siendo un estado civil de la persona que presupone ciertas enfermedades o deficiencias cuya identificación y calificación compete a los médicos y psiquiatras, y cuya definitiva configuración jurídica es obra del juez. Se acepta que, actualmente, hay gran número de enfermedades y deficiencias de las personas, y que en el futuro pueden descubrirse otras; todas pueden, inicialmente,

ser alegadas ahora en el proceso que versa sobre la capacidad de la persona (art. 748-1º Lec) a reserva de cumplir los demás requisitos legales del art. 200 Cc; proceso no regido por las reglas del contencioso civil, ya que en él siempre es parte el Ministerio Fiscal (art. 749 Lec), pudiendo incluso promoverlo en algunos casos (art. 757.2 Lec); en tales procesos se decidirá con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos en el procedimiento; en general se tramitará conforme a los arts. 756-763 Lec, siguiendo el principio inquisitivo y de averiguación de oficio, siendo de señalar las singulares medidas cautelares que autoriza al Juez el art. 762 Lec, entre ellas el procedimiento para acordar, el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, inspirado en un severo garantismo de los derechos de la persona enferma.

Por otro lado, y como el matrimonio *gaudet favorem iuris*, desde la nueva normativa civil y procesal se entiende ahora plenamente el régimen que en 1981 se instauró respecto al matrimonio civil, del que desapareció, como dije, la vieja causa de incapacidad de quienes no estaban en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio, sustituyéndolo por una técnica más flexible que traslada al momento mismo de la celebración el examen de la capacidad mental del sujeto para casarse (a menos que por ser evidente el estado mental el Juez deniegue la autorización *a limine*), y algo similar puede decirse del otorgamiento de testamento abierto, relacionándose los arts. 665 y 666 (otorgamiento del incapacitado en intervalo lúcido, y del incapaz de hecho pero no incapacitado).

7. Surge la pregunta: ¿qué clases de enfermedades o deficiencias pueden sustentar en adelante una declaración judicial

de incapacidad. La Asamblea Mundial de la Salud (1976), adoptó la Resolución 29.35, mediante la cual se acuerda la publicación, con carácter experimental, de la clasificación proyectada de enfermedades. La edición se publicó en 1980 con el título *International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps. A manual of classification relating to the consequences of disease* (Hay una ed. española de 1983 con el título *Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías. Manual de clasificación de las consecuencias de la enfermedad: CIDDM*). Pero la OMS en su 54ª Asamblea Mundial (2001), mediante la resolución WHA 54.21, ha aprobado una nueva versión de dicha clasificación conocida como *Clasificación internacional del funcionamiento de la Discapacidad y de la salud* (CIF), que viene a ser la heredera de la CIDDM, y que tiene por objetivo fundamental brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados con ella relacionados. En la nueva Clasificación del 2001 el término *discapacidad* engloba al de *deficiencia*, al de *limitaciones en la actividad*, y al de *restricciones en la participación*. La ONU, el 6 diciembre 2006, aprueba la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como el Protocolo facultativo que figura en su Anexo. Las personas con discapacidad incluyen a aquéllas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Dado que la Convención presta especial atención a toda clase de barreras que obstaculizan la actuación de los deficientes, parece aceptable la conclusión de que su objetivo fundamental es la discapacidad física dejando al margen a otras discapacidades psíquicas que no requieren de eliminación de barreras ni empleo del lenguaje de señas o de Braille.

8. Resulta de lo anterior que es muy variada la terminología internacional, pudiendo hablarse de una sinonimia y polisemia en esta materia Cuando los textos internacionales seierten otros idiomas. Parece, —superadas las denominaciones tradicionales—, que la expresión inglesa preferida es la de *handicap* y *handicapped*, aunque recientemente se sustituye por *Disability*. En Francia han optado por una adaptación de la terminología inglesa: *handicap*, *handicapé*. Pero en Italia se ha preferido *Disabile*, o bien *persona con abilità speciale*. En España el art 2º de la Ley de 2003 dice literalmente: "A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme". El Reglamento al que se refiere es el aprobado por RD 1971/1999, de 23 de diciembre, que ha sido modificado en cuanto al reconocimiento del tipo de minusvalía por el RD 290/2004; la resolución firme referida es la dictada, en su caso, por la jurisdicción laboral. Esas minusvalías psíquicas, físicas o sensoriales ¿equivalen a las enfermedades o deficiencias a que se refiere el art. 200 Cc? o, más bien, ¿pueden referirse a situaciones diversas por no impedir a la persona gobernarse por sí misma? El Reglamento va seguido de un elenco de enfermedades inspirado en la Clasificación internacional de 1980. Parece clara que la voluntad del legislador ha sido la de elaborar un concepto de *discapacidad*, —situación final a la que conduce la minusvalía— independiente o autónoma respecto del concepto de incapacidad civil (art. 200 Cc), pues no parece que, a nivel jurídico, se produzcan absolutas identidades entre ambas.

Los interrogantes resultan obvios y por vía meramente ejemplificativa pueden enunciarse los siguientes:

— ¿Qué relación guarda la discapacidad (llamémosle laboral o administrativa), con la incapacidad (civil) ¿cabe que un discapacitado sea, sin más, considerado civilmente incapaz? ¿o más bien, de producirse, se trataría de un incapaz de hecho, aunque por ello se violente la presunción civil de capacidad de la persona? ¿habrá que revalorizar, en consecuencia, las situaciones de *tutela civil de hecho*?

— ¿Tiene asegurado cualquier incapacitado (tutelado o curatelado), y por el mero hecho de serlo, la consideración administrativa o laboral de discapacitado, y, por consiguiente, el percibo de las prestaciones unidas a aquélla?; o más bien ¿será preciso acudir a ambas jurisdicciones, con lógico riesgo de incurrir en contradicción?; y, aunque ambas jurisdicciones coincidan en su fallo, como se sabe, la jurisdicción civil no está obligada a utilizar los baremos administrativos, entonces ¿con que criterios se traduciría por los tribunales de esta última categoría, una incapacitación judicial graduada? ¿qué valor atribuyen la jurisdicción laboral o administrativa, por ejemplo, al supuesto de curatela de enfermos mentales?

¿Debieran tener algún sentido, —de darse, efectivamente en la vida real de los enfermos— tales divergencias? ¿A qué se refiere el art. 49 CE al hablar de *disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos*? ¿sólo a los discapacitados declarados tales, laboral o administrativamente, o únicamente a los judicialmente incapacitados ex art. 200 Cc, o más bien se requiere que la persona sea declarada como tal conjuntamente? ¿en qué categoría jurídica se incluye el mero retraso mental, es decir a la persona *with mental retardation*? ¿qué significa que una persona es jurídicamente *dependiente*? ¿basta-

ría con una mera dependencia fáctica, o se requiere que lo sea funcionalmente? ¿arguye necesariamente que está asistido por tutor o curador, o bien es imprescindible y suficiente que lo haya declarado así la Administración sanitaria?

9. A mayor abundamiento la Ley 15/2005, de 15 julio ha introducido en el clásico texto del art. 68 Cc, la figura de las *personas dependientes a cargo eventualmente de alguno de los cónyuges*, la cual, aparte del riesgo de desfigurar los clásicos *tria iuris praecepta* derivados del matrimonio, —que hasta entonces ningún legislador había osado alterar—, no sabemos con arreglo a qué criterio ha de interpretarse la *dependencia* de ese familiar del cónyuge (¿en sentido material, civil, administrativo o laboral?). Más grave me parece todavía la introducción de una nueva causa de indignidad para suceder en el art. 756, 7º por la Ley de 2003, cuando se trata de la sucesión de una persona con discapacidad respecto de quienes no le hubieran prestado las atenciones debidas en materia de alimentos legales (arts. 142 y 146); y la nueva redacción del art. 822 por la misma norma en favor del legitimario con discapacidad. Parece que esos *discapacitados* no son las personas *judicialmente incapacitadas* ex art. 200 Cc.; lo que puede obligar a acudir a interpretar preceptos de ordenamientos distintos del civil, es susceptible de causar confusión entre los operadores del derecho, que estará generada por la propia ley, sin motivo suficiente ni razón que lo justifique.

10. Colofón: Los operadores del derecho estamos asistiendo, harto preocupados, a este espectáculo legal poco edificante, de ruptura de la claridad legal impuesta por la reforma de 1983, con riesgo de transponer esas inquietantes fronteras que lindan entre lo angustioso y el escepticismo. Y para no caer en ninguna modalidad de *paranoia* o de *trastorno mental transitorio* pedimos

insistentemente que médicos y legisladores utilicen, en el ámbito de su competencia, un lenguaje unificado que permita acometer razonablemente y resolver los graves problemas jurídicos que plantea el ser humano que se debate entre la cordura o la normalidad y cualquier modalidad de trastorno mental que influya en su autogobierno.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

No se cita la bibliografía general sobre tutela por resultar fácilmente accesible a todos. La relativa a los incapacitados ha crecido exponencialmente en el último decenio, por lo cual se hace una selección, sin duda, subjetiva, a los únicos efectos del problema terminológico aquí estudiado.

Josefina ALVENTOSA DEL RÍO, *La declaración de voluntades anticipadas o instrucciones previas*, "Hom. Albaladejo", I, 2004.

Eulalia AMAT LLARI, *La protección del discapitado en el ámbito laboral y en relación con la vivienda*, en VVAA, "Protección jurídica y patrimonial de los discapitados" (Santiago de Compostela, 2005).

Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ: *¿Crisis de la incapacidad? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores*, RDP, 2006.

Esther ARROYO y AMAYUELAS, *Del mandato "ordinario" al "mandato de protección"*, RJNot. núm 49, 2004.

BADENAS CARPIO, *Apoderamiento y representación voluntaria*, (Pamplona 1998).

R. BERCOVITZ, *La marginación de los locos y el derecho* (Madrid 1976).

- CARRETERO PÉREZ, *La problemática jurídica de los subnormales*, (Madrid 1977).
- Marta CHIMENO CANO, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, 2ª ed. (Cizur Menor, 2004).
- FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad* (Madrid 2006).
- Rosa GARCÍA PÉREZ y F.J. SÁNCHEZ CALERO (Coords.), *Protección del patrimonio familiar* (Valencia 2006).
- Cristina GUILARTE, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable* (Madrid 1996).
- Mª Lourdes MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *De la "cura furiori" en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual (A propósito de la STS del 20 noviembre 2002)*, ADC, 2004.
- ROCA GUILLAMÓN, *La protección de los mayores, Disc. de ingreso en la RAJL de Murcia* (Murcia 2004).
- I. SERRANO GARCÍA, *Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 noviembre*, RJNot.núm. 52, 2004.
- I. SERRANO GARCÍA, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003* (Madrid 2008).
- VVAA: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (dir. por J.A. Seoane RODRÍGUEZ) (La Coruña 1999).
- VVAA: *Empleo y minusvalía. Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos* (Valladolid 1998).
- VVAA: *Los discapacitados y su protección jurídica. "Cuadernos de Derecho Judicial"* (Madrid 1999).

VVAA: *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Consejo General del Notariado (Madrid 2000).

VVAA: *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, (dir. Silvia Díaz Alabart), 2004.

VVAA, *La protección jurídica del discapacitado*, I Congreso Regional, Junta de Castilla y León (Valencia 2003). II Congreso (Valencia 2007).

EL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL COMO INSTRUMENTO LEGAL FAVORECEDOR DE LOS DISCAPACITADOS EN EL ÁMBITO SUCESORIO*

Inmaculada García Presas**

Doctora en Derecho

1. DISCAPACITADO E INCAPACITADO

El artículo 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad hace referencia a que "...únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento, b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento".

Actualmente, en la Unión Europea hay aproximadamente 37 millones de personas que sufren alguna discapacidad. Si ana-

* Una versión más amplia de este trabajo se plantea en GARCÍA PRESAS, I.: "Disposiciones generales sobre discapacidad y dependencia. La delegación de la mejora en el Código Civil". En "Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña" (En prensa).

** Trabajo realizado en el grupo de investigación "Proyectos y Estudios de Derecho Civil (Europa, España, Galicia)" (G000603), de la UDC. En el marco de "Políticas Jurídicas sobre el menor" (Proyecto I+D SEJ 2007-67096)

lizamos lo que ocurre en España resulta igualmente sorprendente el elevado número de discapacitados que existen en nuestro país: Más de tres millones y medio, es decir, el nueve por ciento de la población. Por lo tanto uno de cada cuatro españoles⁵¹³.

Prácticamente hasta el momento, ante las situaciones de discapacidad psíquica se acudía, como único tratamiento jurídico, a la declaración de incapacidad.

Hoy en día, la realidad ha variado considerablemente. Así, en los últimos años, se han generado instituciones jurídicas que pueden prestar protección. Es posible citar, entre otras, a la Guarda de hecho y a las Medidas judiciales de protección en caso de urgencia. De este modo, gracias a estas instituciones jurídicas prestadoras de amparo, se evita el tener que acudir a remedios mucho más extremos como la declaración judicial de incapacidad, la cual se reserva tan solo para aquellos supuestos en que sea totalmente necesaria. En este sentido, es ilustrativo el artículo 762.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵¹⁴.

2. LEY 41/ 2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA CON ESTA FINALIDAD

Hoy en día, dentro de la población española, existe un elevado número de personas que sufren discapacidades severas. A partir de la Ley 41/2003 se establecen varias medidas civiles y

513 LÓPEZ FRÍAS. M. J.: "La delegación de la facultad...", p. 40.

514 SANTOS URBANEJA, F. (Dir.): *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 41.

fiscales que benefician, directamente y de forma sustancial, a este tipo de personas. Además con dicha norma sus padres y tutores pueden estar más satisfechos ya que ven considerablemente mejorada la subsistencia futura de sus hijos o tutelados⁵¹⁵.

La Ley objeto de estudio además de regular lo que constituye su objeto inmediato, es decir, el denominado “patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad”⁵¹⁶, no agota de este modo su contenido, sino que modifica distinta legislación vigente con la finalidad de contribuir a la necesaria tarea protectora de las personas discapacitadas, fundamentalmente mediante su mejora patrimonial⁵¹⁷.

La exposición de motivos de la citada Ley señala que “se reforma el artículo 831 del Código Civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán

515 LÓPEZ FRIAS, M. J.: “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”.. En SÁNCHEZ CALERO, F. J., GARCÍA PÉREZ, R. (Coords.): *Protección del patrimonio familiar*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2006. p. 39.

516 El artículo 1 de la Ley así lo denomina, aunque el Capítulo I excluya de su rótulo el adverbio “especialmente”.

517 FLORENSA I TOMÁS, C. E.: “La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831”. En BELLO JANEIRO, D. (Coord.): *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*. Santiago de Compostela. EGAP. 2005. p. 117; SERRANO GARCÍA, I.: *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Madrid, Iustel, 2008, p. 311.

tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad”.

Por lo tanto el sobreviviente podrá distribuir la herencia del premuerto y la suya propia de modo que queden cubiertas las necesidades del hijo más desfavorecido. De esta manera la situación patrimonial de los hijos, entre los que puede haber un discapacitado, está más aclarada⁵¹⁸.

La citada Ley tiene por objeto conceder una mayor protección a los discapacitados y, también, otorgar una deseable tranquilidad a sus padres y tutores.

3. EL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL

Ahora bien, conociendo el altísimo número de discapacitados existente actualmente en España no nos cabe la menor duda de que es totalmente necesario adaptar el Derecho a esta nueva realidad social.

Los instrumentos jurídicos con los que contamos son insuficientes, viéndose superados por las circunstancias sociales.

En este contexto de mejorar nuestro Derecho, tratando de adecuarlo a los nuevos tiempos, debemos incluir la última redacción del artículo 831 del Código Civil.

A pesar de que la última redacción del citado precepto de manera expresa no hace referencia al discapacitado, la finalidad

518 RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones. común y foral*, Madrid, Editorial Dykinson, 2005, p. 483. Indica que “puede dar juego en muy distintas circunstancias. De hecho ya he aconsejado profesionalmente su introducción en un testamento en que los hijos tienen muy mala relación personal, el padre tiene una grave enfermedad, hay un negocio familiar y se ha pretendido dejar a la madre en una posición de fortaleza frente a los hijos”.

de encomendar tan amplias facultades a la persona delegada para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes es conceder al cónyuge sobreviviente o a la persona con quien se tiene descendencia común la posibilidad de atribuir los bienes hereditarios atendiendo a las necesidades, a las circunstancias y a la situación actual de la persona que sufre una discapacidad⁵¹⁹.

3.1. SUCESIVAS MODIFICACIONES

En este orden de cosas la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, ha ordenado una nueva reforma del artículo 831 del Código Civil. De esta manera son ya tres las redacciones que ha tenido dicho precepto: La original del Código Civil, de 1889, una segunda procedente de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y la vigente introducida a raíz de la citada Ley 41/2003.

En 1981 la modificación es mínima, siendo en el 2003 cuando sufre un cambio sustancial. Llama la atención la extensión del artículo, que pasa de tener dos párrafos a contar con once distribuidos en seis números.

3.2. FINALIDADES

De este modo el progenitor que sobrevive tendrá una posición muy sólida y podrá asegurar patrimonialmente la subsistencia de aquel hijo o descendiente común que más lo pueda necesitar.

519 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*. Madrid, Editorial La Ley, 2008, p. 844 y ss.

Esta posibilidad exige la existencia de más de un descendiente común, porque si solamente hay uno no hay lugar a la institución de la mejora⁵²⁰.

Ya se ha señalado que una de las finalidades del 831 era “corregir las diferencias de fortuna u otras circunstancias entre los diversos hijos, con la medida humanitaria y equitativa que supone la mejora a los que resulten más necesitados”⁵²¹.

Por lo tanto al tratarse de proteger al más indefenso, si hubiere varios hijos o descendientes comunes y uno de ellos fuera discapacitado, sería este último el que resultaría mayormente amparado.

A pesar de que la protección del hijo o descendiente común más necesitado es la principal misión del artículo que estamos analizando, desde mi punto de vista puede ocurrir que quien tiene la facultad de mejorar realice una distribución de los bienes sin beneficiar en absoluto al que más lo precise, por ejemplo, por sufrir alguna discapacidad. Así no se estaría respetando la intención del premuerto, pero una vez que éste fallece ya nada ni nadie controlará cual es el destino que el que sobrevive le otorga a los bienes.

Además a través de esta delegación de facultades también se puede “facilitar la sucesión en una empresa familiar designando al hijo o descendiente más capaz (que supone una ventaja para nuestra economía nacional, donde las empresas familiares tienen un gran peso específico), teniendo en cuenta que esa aptitud sólo se podrá apreciar cuando los hijos alcancen una cierta edad, por ello, si muerto el titular de la empresa, los hijos no han

520 SERRANO GARCÍA, I.: *Protección patrimonial...*, p. 332.

521 SERRANO GARCÍA, I.: *Protección patrimonial...*, p. 313.

alcanzado aún esa edad, se encomienda al supérstite la facultad de escoger"⁵²².

3.3. FALTA DE USO

Existe una considerable falta de uso de esta figura por la cual los padres dejan, uno en manos del otro (del que sobreviva), la concreción de las atribuciones testamentarias. A pesar de lo indicado considero que es muy útil la delegación de facultades recogida en el artículo 831 del Código Civil. Aún así, en ocasiones, incluso se ha llegado a decir que es "letra muerta".

4. EXCEPCIÓN A LOS ARTÍCULOS 1057, 830 Y 670.1 DEL CÓDIGO CIVIL

En el artículo 830 del Código Civil se establece que "la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro". Sin embargo la delegación de la facultad de mejorar y distribuir es una excepción a la regla general contenida en dicho precepto por la cual se prohíbe inicialmente dicha atribución.

En efecto también se produce una excepción a lo contenido en el artículo 670.1 del mencionado Código que indica que no puede dejarse la formación del testamento, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario puesto que el testamento es un acto personalísimo.

522 LÓPEZ FRÍAS, M. J: "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil". En SÁNCHEZ CALERO, F. J. GARCÍA PÉREZ, R.: *Protección del patrimonio...*, p. 47. Esta utilidad del 831 CC se debe conectar con la aplicación del 1056, ya que la aplicación de la delegación de la facultad de mejorar, por sí sola, no sirve para conservar inalterada la empresa familiar; SERRANO GARCÍA, I.: *Protección patrimonial...*, p. 313.

El precepto objeto de estudio igualmente constituye una excepción al artículo 1.057 de nuestro Código por el cual tan solo se faculta al testador para delegar en favor de un tercero la partición de la herencia.

5. RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 831 Y 1.051 DEL CÓDIGO CIVIL

Tal como hemos señalado anteriormente el preámbulo de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad aborda la conveniencia de un aplazamiento en la distribución de la herencia para que no sea precipitada la partición de la misma. Pues bien, en el artículo 1.051 del Código Civil se recoge esta misma finalidad al señalar que “ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división”.

No obstante la gran diferencia entre los preceptos 831 y 1.051 del Código Civil proviene de la posición mucho más fuerte que ostenta el progenitor sobreviviente.

Así pues, su facultad de mejorar es también con cargo al tercio de libre disposición, además tiene poderes particionales cuyo objeto son bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar. Por lo tanto sus posibilidades van mucho más allá del aplazamiento de la división que recoge el artículo 1.051⁵²³.

Existe igualmente una destacable vinculación entre el precepto 831 y la fiducia sucesoria del Derecho aragonés, contemplada esta última en los artículos 124 a 148 del Título IV de

523 SERRANO GARCÍA, I.: *Protección patrimonial...*, p. 321.

la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte.

6. FORMA TESTAMENTARIA DE LA DELEGACIÓN

El instrumento en el que se deja patente la concesión de la facultad de mejorar ha de ser, necesaria y exclusivamente, el testamento.

Así pues, solo la muerte da eficacia definitiva a la delegación en favor del que ha de velar por la salvaguarda de los hijos o descendientes comunes más desfavorecidos. Debemos tener presente que el hecho de que haya un testamento en el cual se brinda la facultad de mejorar no impide que posteriormente se otorgue un testamento ulterior que revoca al precedente.

Dicha atribución de la facultad de mejorar puede ser recíproca. Para ello cada uno de los progenitores ha de hacer en su testamento la delegación en favor del otro.

Si bien actualmente se requiere la forma testamentaria, tiempo atrás no sucedía lo mismo. En este sentido la redacción originaria de 1889 únicamente contemplaba que dicha delegación tuviera lugar en capitulaciones matrimoniales. No obstante hasta que tiene lugar la reforma de 2 de mayo de 1975 únicamente fue posible encomendar un cónyuge al otro las facultades de mejorar y distribuir bienes concretos a los descendientes comunes con anterioridad a contraer matrimonio debido a la imposibilidad que hasta entonces existía para otorgar capitulaciones con posterioridad a la celebración del mismo. Casi un siglo después, como consecuencia de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la misma se puede producir en testamento o bien en capitulaciones matrimoniales. Suspendiéndose esta última opción en el 2003.

Así pues en la primera redacción del artículo la concesión que uno de los cónyuges hacía al otro de las facultades de mejorar o atribuir bienes concretos a los descendientes comunes, tenía su origen en un pacto que no admitía modificación y tampoco revocación: hechas las capitulaciones en las que se contenía la delegación de la facultad de mejorar, no cabía revocación, ni siquiera por acuerdo de los cónyuges. Tras la reforma de 2 de mayo de 1975, admitida la opción de otorgar capitulaciones con posterioridad a la celebración del matrimonio, fue posible dejar sin efecto la facultad de mejorar concedida al otro cónyuge en capitulaciones previas, siguiendo la forma prevista en el artículo 1.331 del Código Civil, que exige el concurso y asistencia de los otorgantes, sin que pueda tener lugar la revocación unilateral.

En este sentido la posibilidad recogida en el precepto 831 de nuestro Código tras su redacción por la Ley de 13 de mayo de 1981 de conceder la delegación en testamento, vino a suponer que la delegación, aún conferida en capitulaciones, podía sin embargo dejarse sin efecto si el delegante disponía efectivamente de la mejora en un testamento ulterior. De este modo la revocación se producía por la voluntad unilateral del disponente.

Y, obviamente, si la delegación fue conferida desde el primer momento en testamento, no hay impedimento para su posterior revocación a través de la redacción de uno nuevo en el que, o bien se la deje sin efecto expresamente, o bien implícitamente si el testador hace uso de manera efectiva de su facultad de mejorar⁵²⁴.

524 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil...* p. 844 y ss.

7. PERSONAS IMPLICADAS

7.1. DELEGANTE DE LA FACULTAD

El último apartado del artículo que estamos analizando señala que “las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí”. La doctrina ha interpretado de diversas maneras este inciso final del precepto. Así pues algunos consideran que la delegación se puede aplicar a matrimonios y a convivientes *more uxorio* (parejas de hecho), debidamente registrados; otros autores defienden que no hace falta registración de la convivencia⁵²⁵, y una tercera posición considera que ni siquiera es necesaria la convivencia, requiriéndose únicamente la existencia de descendencia común⁵²⁶. Sin duda alguna me adhiero a este último criterio.

Tal como se ha indicado líneas atrás el inciso final del precepto establece que dicha norma se puede aplicar a personas con descendencia común aunque no se encuentren casadas entre sí, por lo que es congruente con el hecho de que el testador pueda dispensar —para mantener la facultad delegada— las situaciones de conservarse viudo o no tener relación análoga y carecer de descendencia no común. Esta dispensa se deduce de las últimas palabras del apartado quinto del artículo que señala que “salvo que el testador hubiere dispuesto otra cosa”.

525 RUEDA ESTEBAN, L.: “El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos”. En GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVIL, J. M. (Coords.): *Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar*. Barcelona, Editorial Bosch, 2005, t. IV, pp. 167 y s.

526 FLORENSA I TOMÁS, C. E.: “La facultad de mejorar...”, p. 127.

Puede acontecer que uno de los cónyuges otorgue testamento y en el mismo conceda la delegación de la facultad de mejorar a favor de la persona con la que se ha casado. Si en un momento ulterior deciden separarse la delegación subsiste. Se entiende que continúa porque el testador, ahora separado, puede revocar el testamento que incluye la delegación y, si no lo hace, se puede concluir que mantiene su disposición (en contra de esta postura está el argumento fuerte de los artículos 102 y 106 del Código Civil). Además puede tener lugar la reconciliación recogida en el precepto 84 del citado código⁵²⁷.

Si en vez de separarse optan por divorciarse, se puede mantener lo dicho anteriormente, aunque es evidente que el divorcio es una situación mucho más crítica que la separación⁵²⁸. No parece sin embargo que el espíritu de la norma sea el de mantener dicha facultad al consorte divorciado, puesto que aunque la delegación se haga en vida, la eficacia mortis causa de la disposición delegatoria exige examinar la aptitud para su ejercicio en el momento del fallecimiento del delegante. Incluso se podría pensar que la intervención del ex cónyuge se puede extender a liquidar la sociedad conyugal disuelta y sin liquidar (ya que puede estar

527 SERRANO GARCÍA, I.: *Protección patrimonial...*, p. 331.

Por otro lado suscita igualmente dudas el caso del separado de hecho. La actual regulación del art 834 de nuestro Código Civil releva al viudo de derechos hereditarios patrimoniales en caso de separación de hecho. La situación de cierta inseguridad y opacidad que suscita la figura del separado de hecho, parece que en la práctica otorgaría plena eficacia y subsistencia a la facultad de mejorar, ante la imposibilidad de conocer dicha separación. Pero ello no nos debe hacer obviar las funestas consecuencias que pudiera suponer la concesión al separado de hecho, así como al propio separado judicialmente o divorciado de unas amplias facultades dispositivas en la herencia de aquél que ya no es su cónyuge o en cuya herencia ya no ostenta derecho alguno por disposición de la ley.

528 SERRANO GARCÍA, I.: *Protección patrimonial...*, p. 331.

sin liquidar desde el momento del divorcio o separación y mantenerse en este estado hasta el fallecimiento de uno de los consortes) y proceder a realizar adjudicaciones con cargo a la misma con carácter unilateral⁵²⁹.

7.1.1. Consideración especial al discapacitado y al incapacitado

El delegante será cualquier persona que tenga capacidad para testar ya que la delegación tiene que producirse obligatoriamente en testamento. De este modo puede tratarse de un discapacitado, contemplado en el artículo 2.2 de la Ley 41/2003 e incluso, también, de un incapacitado, quien en momentos de lucidez puede testar siguiendo las condiciones previstas en los preceptos 665 y 666 del Código Civil.

Así pues el incapacitado puede hacer testamento siempre y cuando la sentencia que indica la capacidad que mantiene no se pronuncie sobre la testamentifacción activa⁵³⁰. De esta manera, atendiendo al estado en el que se encuentre en el momento de testar puede otorgarlo después de que dos facultativos respondan de su capacidad testatoria, y sin perjuicio del examen que

529 Todo ello teniendo en cuenta que habría que atender al tenor literal del testamento, puesto que la delegación de estas facultades puede quedar condicionada a que el destinatario siga ostentando el carácter de cónyuge al tiempo del fallecimiento del delegante, o que se le impidiese para seguir ostentando tal cargo contraer nuevo matrimonio.

530 En otro caso, se habría de acudir a la institución de la sustitución ejemplar. La doctrina más moderna y la línea impuesta por la Dirección General de Los Registros y del Notariado consideran que esta figura sólo puede referirse a los bienes transmitidos por el sustituyente al sustituido, por lo que no parece que cupiese ordenar esta delegación a través de dicha sustitución. Algunos autores y antiguamente la jurisprudencia civil entendía que la sustitución era asimilable a un testamento del incapacitado, por lo que esta facultad de delegación estaría incluida en la sustitución.

el notario ha de realizar en base al debido juicio de capacidad legal.

Debemos tener en cuenta que el incapacitado ha de estar sometido a tutela y además que, en el supuesto de que esté casado, será su cónyuge quien ocupe generalmente el cargo de tutor. El precepto 753 del Código Civil contempla que serán válidas las disposiciones testamentarias realizadas a favor del tutor o curador que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador.

Cabe señalar que el incapacitado que está en condiciones de otorgar testamento y efectivamente lo otorga tiene la posibilidad de conferir la facultad de mejorar a su cónyuge tutor. Parece que por tanto, la incapacidad relativa prevista en el artículo 753 del Código Civil no resultaría aplicable al tutor que sea el cónyuge del testador, pero sí lo sería al caso en que fuera el otro progenitor en común con el premuerto, sin que hubiera contraído matrimonio, y recayese en él la condición de tutor. El rigor de la norma nos invita a concluir que quedaría excluida la facultad de ejercicio de la delegación de la mejora. Pero no es razonable que todas las disposiciones testamentarias reciban la misma consideración, ya que la delegación de esta facultad no es una cláusula testamentaria clásica, sino más bien atípica y cuyo contenido patrimonial no es imprescindible.

7.2. FAVORECIDO CON LA FACULTAD

Por lo que respecta al favorecido con la facultad de mejorar debemos tener presente que es preciso que cuente con capacidad de disponer ya que está ejercitando una facultad de disposición de bienes de otro. No obstante el artículo objeto de estudio no recoge expresamente la necesidad de que el benefi-

ciario tenga dicha capacidad. En este caso, también puede tratarse de un discapacitado en el sentido del artículo 2.2 de la Ley 41/2003⁵³¹.

Es preciso que el cónyuge o persona en quien se delegó la facultad de mejorar no premuera al causante, ni haya sido declarado indigno. Tratándose del cónyuge supérstite es necesario que no haya sido justamente desheredado por el cónyuge delegante.

Debemos citar dos supuestos en los que cesarán las facultades conferidas al cónyuge o persona con quien el causante tiene descendencia común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa:

— Que el cónyuge o persona a quien se confirió la delegación no haya contraído ulteriores nupcias, ni pase a mantener con un tercero análoga relación a la matrimonial. Es conveniente advertir que antes de la reforma el artículo 831 del Código Civil, al referirse al viudo o a la viuda que hubiese contraído nuevas nupcias, consideraba extinguida la delegación prevista en el mismo, sin posibilidad de que el testador estableciese lo contrario.

— Que el cónyuge o persona destinataria de la delegación no haya tenido algún hijo no común.

7.2.1. Aceptación

Se requiere, además, una declaración de voluntad de aceptación por parte del facultado, la misma puede ser expresa o tácita. Por lo tanto puede ocurrir que no revista forma solemne alguna. Así pues es posible deducir la aceptación tácita del encargo

531 GARCÍA RUBIO, M. P.: “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”. *Anuario de Derecho Civil*, LXI, 2008, p. 77.

como consecuencia del cumplimiento del mismo. Sin embargo si concurre una declaración solemne de rechazo nos encontramos ante una extinción de la delegación realizada⁵³². No podemos por tanto considerar aplicable en este punto las consecuencias de la renuncia a otros cargos *mortis causa*, como el albaceazgo.

7.2.2. ¿Cómo se lleva a cabo esta facultad?

Tal como se ha indicado anteriormente la facultad de mejorar se le delega al supérstite. Es evidente que dicha facultad se ha de materializar, para lo cual el párrafo primero del artículo objeto de estudio señala que “por cualquier título o concepto sucesorio”.

De este modo podemos observar dos posibilidades de actuación: por actos *inter vivos* o bien por actos *mortis causa*.

Ahora bien es posible que el causante-testador autorice al delegado a ejercitar las facultades a través de su propio testamento. Si se produce este supuesto hay que tener muy claro que las adquisiciones del beneficiado provienen de la herencia del causante-testador y que, por lo tanto, no proceden del progenitor supérstite que ahora es igualmente testador⁵³³, con las consecuencias que ello ha de tener en el índole fiscal (por el número de hechos imponibles existentes) y civil (capacidad para suceder a uno u otro...).

En efecto el precepto que estamos analizando recoge expresamente el hecho de que las facultades puedan ejercerse “en uno

532 SECO CARO, E.: *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo. Estudio sobre el artículo 831 del C.C. español*. Barcelona, Editorial Bosch, 1960, pp. 144 y 208; GARCÍA RUBIO, M. P.: “La reformulación...”, p. 77.

533 FLORENSA I TOMÁS, C.E.: “La facultad de mejorar...”, p. 133.

o varios actos, simultáneos o sucesivos". Si se llevan a cabo uno o varios actos se supone que el legislador piensa en el cumplimiento de la delegación a través de actos *inter vivos*⁵³⁴.

7.3 DESCENDIENTES COMUNES

Debemos tener presente que es preciso que los hijos o descendientes comunes que han de ser favorecidos por el facultado no sean indignos para suceder al causante. Además también se requiere que en ningún caso hubieran sido desheredados por éste con justa causa.

Conviene hacer hincapié en que la facultad conferida únicamente lo es para mejorar a los hijos o a los descendientes comunes. Sin embargo con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 41/2003, el artículo que estamos analizando aludía exclusivamente a los "hijos comunes", aunque era opinión mayoritaria que el mismo se refería a cualquier descendiente con tal de que fuese común. Además no se exige que se trate de legitimarios, por lo que no hay obstáculo para que la facultad de mejorar sea empleada en beneficio de un nieto o descendiente ulterior, a pesar de que existan hijos comunes⁵³⁵.

En este sentido el precepto 831 habla de personas con "descendencia común". Conviene matizar que no tienen porqué ser hijos ya que el término empleado es mucho más amplio. A modo de ejemplo se puede apuntar que es posible la delegación hecha por el abuelo paterno a favor de la madre de sus nietos. En este supuesto, como es obvio, el abuelo no está casado con la progenitora de sus nietos y tan solo comparte con ella descendencia.

534 FLORENSA I TOMÁS, C.E.: "La facultad de mejorar...", p. 134.

535 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil...* p. 844 y ss.

Puede suceder que coexistan hijos comunes y no comunes. Lógicamente si estamos ante este supuesto se puede ejercitar igualmente la delegación de la facultad de mejorar aunque los beneficiarios serán los descendientes comunes y no los que no lo sean⁵³⁶.

8. CONTENIDO DE LA FACULTAD DELEGADA

De la literalidad del precepto 831 del Código Civil se deduce que pueden delegarse las facultades de “mejorar” y de “distribuir”. Así pues cabe que la delegación alcance a las dos, o solo a la de mejorar sin posibilidad de distribuir, o al contrario, que únicamente se conceda la facultad de distribuir los bienes hereditarios, sin mejorar a los destinatarios.

El artículo objeto de estudio habla de “adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio”, de “particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar” y de “mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición”.

Por lo tanto conviene matizar la diferencia que existe entre “adjudicar” y “partir”. De este modo “adjudicar”, que es un acto particional, se refiere a bienes concretos de la herencia, sin que se lleve a cabo una partición completa del haber relictivo. Sin embargo “partir” se relaciona con el reparto completo de la herencia, con la consiguiente adjudicación de todos los bienes, y completando el pago de las correspondientes cuotas⁵³⁷.

Además de la redacción de este artículo se deduce que la fa-

536 GARCÍA RUBIO, M. P.: “La reformulación...”, p. 76.

537 LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: “El artículo 831 del Código Civil”. *Anuario de Derecho Civil*, LVIII, 2005, p. 1126.

cultad de “mejorar” se concede en sentido amplio ya que incluye tanto el tercio destinado a mejora como el de libre disposición.

La misma interpretación mantenía la mayor parte de la doctrina antes de la reforma, aunque el artículo 831 del Código Civil no hacía referencia a la posibilidad de extender la mejora al tercio de libre disposición.

Por lo que respecta a “las mejoras con cargo al tercio de libre disposición” conviene matizar que no son propiamente mejoras, puesto que una cosa es “mejorar” en sentido estricto, y otra bien distinta es proporcionar una ventaja patrimonial con cargo al tercio de libre disposición.

Aun así es obvio que cualquier disposición a favor de uno o alguno de los hijos o descendientes, con cargo al tercio de libre disposición, supone un incremento de su porción hereditaria, que le mejora con respecto a los hijos o descendientes que no reciben nada o que reciben menos⁵³⁸.

Por todo ello nos encontramos con unas facultades que exceden de una manera considerable de las que tiene el contador-partidor y, también, son más amplias que las de mejorar (disponer del tercio de mejora)⁵³⁹.

Ahora bien, la comisión del cónyuge premuerto habilita al sobreviviente para, por un lado, fijar el quantum de la cuota sucesoria de cada uno de los legitimarios, y por otro, señalar los bienes que deben integrar cada cuota⁵⁴⁰.

538 LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: “El artículo 831...”, p. 1132.

539 SERRANO GARCÍA, I.: *Protección patrimonial...*, pp. 343 y s.

540 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de Sucesiones. Elementos de Derecho Civil*. Madrid, Dykinson, S. L., 2001, p. 354; BELTRÁN DE HEREDIA, C.: “El artículo 831...”, p. 1126.

Hasta que se señalen las cuotas de participación de cada descendiente, tiene lugar una situación de yacencia hereditaria ya que se sabe quienes serán los sucesores pero no se conoce en que proporción le corresponderá a cada uno de ellos. Además hasta ese momento tampoco se revela el título por el que sucederán⁵⁴¹.

Tras la reforma introducida por la Ley 41/2003 la administración de la herencia corresponde al cónyuge o persona designada para ejercitar las facultades de mejora o adjudicación.

Conviene señalar que en su redacción anterior a la reforma el artículo 831 del Código Civil no se pronunciaba sobre la persona a quien debía quedar encomendada la gestión o administración del patrimonio relicto.

Sin embargo era opinión mayoritaria que la misma quedaba asignada a los herederos aunque, dada la indeterminación de su cuota, parece que las mayorías debían formarse teniendo en cuenta la participación abintestato de cada uno de ellos.

De forma minoritaria algunos se inclinaban por atribuir la administración normal u ordinaria al cónyuge destinatario de la delegación, si bien lo cierto es que antes de la reforma esta solución no tenía más fundamento que la autorización tácita de los descendientes comunes.

A pesar de que repartir los bienes con equidad en ocasiones puede consistir en procurar la igualdad, evitando favorecer mucho a unos y perjudicar a otros, lo cierto es que la persona que tenga el encargo de llevar a cabo la distribución de los bienes hereditarios entre los descendientes comunes deberá atender a

541 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil...*, p. 844 y ss.

las circunstancias de éstos, procurando más que una distribución igualitaria, una distribución que responda a la situación actual de los destinatarios⁵⁴².

9. LÍMITES

El Código Civil en el apartado tercero del artículo objeto de estudio dispone que “el cónyuge... deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos”. Por todo ello, se puede concluir que es una facultad limitada puesto que el delegado ha de respetar las legítimas estrictas y las mejoras que haya ordenado el ascendiente común premuerto que ha concedido las facultades⁵⁴³.

Además el precepto también indica que, si no se respeta lo anterior y con la finalidad de reparar el interés lesionado, el descendiente común perjudicado está en su pleno derecho de exigir que se rescindan los actos de la persona delegada en cuanto sea necesario para reparar el interés lesionado.

No cabe reclamación cuando las legítimas y demás disposiciones del causante a favor de hijos o descendientes comunes se satisfagan en todo o en parte con bienes que exclusivamente pertenezcan al cónyuge o persona delegada.

En el supuesto de que el causante hubiese preterido de forma errónea o no intencional a un descendiente que no lo sea de la persona en quien recae la delegación, ésta al ejercitar sus funciones deberá respetar la parte del descendiente preterido. Evidentemente basta que se deje a salvo su parte de legítima estricta.

542 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil...* p. 844 y ss.

543 SERRANO GARCÍA, I.: *Protección patrimonial...*, p. 323.

10. PLAZO

Hay un plazo para que el beneficiario de la facultad haga uso de la misma. Éste será el indicado por el causante, y a falta del mismo, será el de dos años computados a partir de la apertura de la sucesión, o bien, desde la emancipación del último de los hijos comunes. Dicho plazo se recoge en el número primero del artículo 831 del Código Civil. De esta manera se aplaza la distribución a un momento ulterior en el que se pueden tener en cuenta la modificación de las circunstancias. Así se consigue no precipitar la partición y se podrán conocer las necesidades de los descendientes comunes.

11. NATURALEZA

La naturaleza que mejor se adapta a la delegación de la facultad de mejorar es la de fiducia sucesoria.

Esta opinión se apoya en el hecho de que únicamente cuando ha fallecido el cónyuge delegante puede hacer uso de la facultad el delegado.

Igualmente favorece este criterio la consideración del testamento como único vehículo por medio del cual se puede canalizar la delegación. Puesto que, como ha quedado patente líneas atrás, ya no es posible a través de capitulaciones matrimoniales.

Sin embargo desde la promulgación del Código Civil el artículo objeto de estudio ha venido representando para muchos una excepción a la prohibición general de los pactos sucesorios que, para el Derecho común, se establece por el párrafo segundo del artículo 1.271 del Código Civil⁵⁴⁴.

544 ROCA GUILLAMÓN, J.: "Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir

De este modo lo entendieron los comentaristas⁵⁴⁵ y alguna de las escasas sentencias en las que tangencialmente se menciona la disposición del artículo 831⁵⁴⁶.

Ahora bien, más modernamente, otros autores habían señalado, de diferentes maneras, que realmente no existía tal excepción, ya que la delegación que permite el precepto 831 del Código Civil, ni siquiera cuando se hiciera en capitulaciones matrimoniales implicaba en si misma un contrato sino una fiducia, limitada a la distribución dentro de un círculo restringido de personas de los bienes de los que no dispuso el causante⁵⁴⁷.

Sin embargo, y haciendo una escueta valoración global y crítica del precepto, no sólo se le pueden dedicar halagos. Su contenido, moderno y progresivo, es quizás en ciertos aspectos arriesgado y rompedor con la tradición jurídica consolidada en el derecho común, lo que puede justificar su escasa o casi nula

y mejorar (notas al artículo 831 del Código Civil)". *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Murcia. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 2004. p. 4284.

545 SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*. Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1910, pp, 1231 y ss. En ROCA GUILLAMÓN, J.: "Delegación fiduciaria...", p. 4284.

546 Así, la STS 1.4 1914, *obiter dictum*, el artículo 1271 es un precepto prohibitivo, pero no tan absoluto como para impedir que estén permitidos ciertos contratos sobre la herencia, como los contenidos en los artículos 827, 831 y 1331. Lo cita ROCA GUILLAMÓN, J.: "Delegación fiduciaria...", p. 4284.

547 Que el artículo 831 no contenía un pacto sucesorio, ni aún realizada la delegación en capitulaciones, lo argumenta ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La sucesión contractual en el Código Civil*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1999, p. 75, recordando que la previsión capitular es revocable unilateralmente, aunque no lo sean las capitulaciones. Carácter revocable que deriva del hecho de que el precepto respeta las disposiciones del testador, es decir, no permite el ejercicio de las facultades otorgadas al cónyuge supérstite en contra de la voluntad testamentaria. En ROCA GUILLAMÓN, J.: "Delegación fiduciaria...", p. 4281.

utilización. De esta manera, por un lado la voluntad del causante, ley suprema en nuestro derecho sucesorio, facilita al cónyuge supérstite a ciertas actuaciones que vulneran o alteran sus principios, puesto que se le habilita para la atribución de bienes de la sociedad conyugal disuelta y sin liquidar, por lo que la imputación de bienes y su previa valoración pueden implicar precisamente un perjuicio para el adjudicatario y un beneficio para el adjudicatario ejerciente de la facultad de delegar la mejora, que podrá reservarse los bienes valiosos y adjudicar los restantes sin intervención de los otros cotitulares de esta masa postconyugal en fase de liquidación.

Por otro lado, el último párrafo del número 3 del artículo permite el ejercicio de las facultades encomendadas para satisfacer en todo o en parte las cuotas hereditarias de hijos o descendientes utilizar bienes ajenos a la herencia. Así se produce un vuelco inesperado en la línea impuesta por nuestra tradición jurídica —que configuraba la legítima como una *pars bonourm*—, que implicaba que dicha legítima debía satisfacerse en bienes de la herencia (con la excepción prevista eso sí en los artículos 841 a 847 de nuestro código, pero que exige autorización de los legitimarios o aprobación judicial) al tener los legitimarios la condición de cotitulares del activo líquido de la herencia, y siendo precisa siempre la intervención de todos ellos para disponer de los bienes que la formaban. En consecuencia, esta nueva regla reconoce una distinta naturaleza a la sucesión hereditaria basada en el artículo 831, acercándose a un sistema de *pars valoris*.

BREVES OBSERVACIONES ACERCA DE LA GUARDA DE HECHO, EN EL DERECHO COMÚN Y LOS DERECHOS CATALÁN Y ARAGONÉS

Francisco Javier Jiménez Muñoz

Profesor Colaborador de Derecho Civil

1. INTRODUCCIÓN

Desearía en primer lugar agradecer a los organizadores del Congreso Nacional *Derecho y discapacidad*, por hacerme el honor de aceptar la presente comunicación.

Como veremos, la guarda de hecho es una institución muy antigua y que sin embargo no ha recibido la atención que sin duda merece por parte del legislador y la doctrina. Justo al contrario que tantas instituciones del Derecho civil, profundamente tratadas por la legislación y la doctrina pero cuya existencia es prácticamente ignorada por el gran público (vecindad civil, ausencia, administración de los bienes del desaparecido...), la guarda de hecho es una institución ampliamente distribuida en la sociedad (en la que son frecuentes las situaciones de acogimiento sin un título legal habilitador), pero en cambio ha sido ignorada por el legislador hasta fechas relativamente recientes,

y por la doctrina mirada con desconfianza, llegándose a calificar como actividad *ilegal* (que no *alegal*)⁵⁴⁸ y que el legislador contemplaba prácticamente como un mal menor pero efímero y que convenía desapareciera cuanto antes para pasar a una institución tutelar “legal”.

En este trabajo, necesariamente breve, pretendemos sólo apuntar cuáles son los principales aspectos y características de la guarda de hecho, esperando que reciba pronto del legislador la atención que sin duda merece y que en la actual regulación del Código Civil es escasa, incompleta y fragmentaria. En los Derechos catalán y aragonés recibe una mayor y más detallada regulación, pero también se queda corta (tal vez por tratarse de una institución *fáctica*). La seguridad jurídica de estas situaciones precisaría, volvemos a decir, una regulación más amplia y esclarecedora de los problemas que presenta la figura, que iremos viendo en las páginas que siguen.

2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

La guarda de hecho puede definirse como la situación en que una persona se ocupa voluntariamente y sin formalidades legales de los asuntos de un menor o incapacitado⁵⁴⁹ en situa-

548 Así por ej. por LETE DEL RÍO, José Manuel, “De la guarda de hecho”, en *Comentario del Código Civil*, (T. IV), Madrid, EDERSA, 1985 (2.ª ed.), p. 493.

549 En el Código de Familia de Cataluña (CFC) la referencia al guardado es únicamente respecto del “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”, lo que parece excluir la posibilidad de aplicar la guarda de hecho cuando la persona acogida sea un mayor de edad ya incapacitado pero en situación de desamparo.

El que los arts. 303 y 304 CC hablen de “presunto incapaz” ha llevado a plantearse si los incapacitados podrían ser sujetos pasivos de una guarda de hecho, ya que apa-

ción de desamparo⁵⁵⁰ o de una persona que por sus circunstancias personales pueda⁵⁵¹ ser sometida a incapacitación⁵⁵². De este modo, lo característico de la guarda de hecho es que la guarda y custodia del incapaz no se realiza por el titular de la patria potestad o tutela, sino por un tercero: en esta situación no existe una patria potestad o tutela ejercidas efectivamente (porque no existan —caso de los mayores de edad incapaces pero no incapacitados— o porque se produzca una situación de desamparo), siendo desempeñada la protección de la persona afectada por un guardador de hecho. La necesidad de una situación previa de

rentemente quedarían excluidos, interpretación esta última que desde luego parece no ser admisible. Cfr. COCA PAYERAS, M., “Guarda de hecho”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Ed. Civitas, 1995, p. 3285; NÚÑEZ MÚÑIZ, Carmen, “La guarda de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, junio 1999, pp. 438-439; ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, Madrid, Ed. Tecnos, 1986, p. 56, y Comentario a los artículos 303 a 306, en *Comentario del Código Civil*, (T. I), Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 861; y SERRANO ALONSO, Eduardo, “De la guarda de hecho”, en *Comentario del Código Civil* (coord.: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA), (T. 2), Madrid, Ed. Bosch, 1985 (2.ª ed.), p. 692.

550 Por “desamparo” ha de entenderse el previo a la intervención del guardador de hecho, o el que existiría de no haberse producido esa intervención, sin que pueda considerarse que se refiere al existente durante la guarda de hecho, pues precisamente si la misma se ejerce correctamente lo hará desaparecer. Esta interpretación del requisito, a nuestro entender la que viene impuesta por la lógica, hace desaparecer las objeciones que al mismo hace FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Madrid, Ed. Ramón Areces, 2006, pp. 12-13.

551 No puede entenderse que la validez de la guarda de hecho vaya vinculada a la posterior efectiva incapacitación y/o sometimiento a un régimen oficial de tutela o curatela: la guarda de hecho no es una “pre-incapacitación” ni una vía alternativa a la incapacitación judicial y por tanto no puede requerirse la concurrencia de una causa con la misma rigidez y gravedad que cuando se busca la incapacitación. Cfr. FÁBREGA, *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, pp. 12-13.

552 El Código Civil no recoge una definición de la guarda de hecho, como sí vienen a hacer el CFC y la Ley aragonesa de Derecho de la persona (LADP); curiosamente, sin embargo, estas últimas normas no definen la propia guarda, sino a quien la desempeña, el guardador de hecho.

desamparo, en sentido amplio (por inexistencia o desatención de los titulares de la patria potestad o tutela), que se requiere en el Código de Familia de Cataluña y la Ley aragonesa de Derecho de la persona, no se contempla en cambio en el Código Civil, pero podemos entenderla implícita en la propia idea de la guarda de hecho, pues si los titulares de la patria potestad o tutela existen y desempeñan sus funciones adecuadamente no hay margen para la actuación de un guardador de hecho.

De esta forma, la guarda de hecho vendría definida por la concurrencia de dos características básicas⁵⁵³:

- a) Una positiva, la existencia de una persona que asume un deber de protección respecto de un menor o incapaz.
- b) Otra negativa, la inexistencia de un deber legal de asumir esa protección.

Como vemos, el guardado deberá ser una persona física en situación previa de desamparo, ya sea un mayor de edad que no ha sido incapacitado o que habiéndolo sido su tutor no ejerce sus funciones, haciendo dejación de las mismas, o bien un menor en que los titulares de la patria potestad o tutela no las desempeñan correctamente. El guardador, por su parte, puede ser tanto una o varias personas físicas (por ejemplo, la pluralidad se dará en el caso de los padres que, no habiendo instado la incapacitación de su hijo al llegar a la mayoría de edad, continúan ocupándose de él), tengan o no algún vínculo de parentesco con el guardado, como una persona jurídica (en especial, las entidades residenciales en que se hallan internadas personas mayores, o las instituciones que tengan entre sus fines el cuidado de las personas con discapacidades físicas o psíquicas).

553 Cfr. FÁBREGA, *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, pp. 7-8 y 87.

Su ámbito de aplicación sería así extraordinariamente amplio, yendo más allá de lo que tradicionalmente se ha considerado como “tutela de hecho”⁵⁵⁴, resultando existente una guarda de hecho en todos aquellos supuestos de ejercicio de funciones tuitivas por una persona sin disponer de un nombramiento tutelar válido y vigente, por lo que entrarían tanto los casos en que no exista en absoluto ese título o el mismo resulte nulo (por ejemplo, por incurrir en alguna de las incapacidades legales para ser tutor), no haya entrado en vigencia (por incumplimiento de los requisitos legales previos al inicio de su ejercicio, como la realización de inventario, o en su caso la prestación de fianza y el depósito de bienes que no deban quedar en poder del tutor⁵⁵⁵) o haya caducado (por ejemplo, cuando tras la extinción de la tutela el tutor continúe en sus funciones, pasa a ser un guardador de hecho⁵⁵⁶) como cuando, aun existiendo un título oficial de tutela, el tutor oficial haya delegado en el guardador haciendo dejación de sus funciones (recordemos que la tutela es indelegable). No obstante, no faltan autores que —desde una posición restrictiva— no admiten la posibilidad de existencia de guarda de hecho en esta segunda situación, excluyéndola desde el momento en que haya una tutela formalmente constituida, orientación que parece ser compartida por el Código de Familia de Cataluña⁵⁵⁷.

554 Cuyos supuestos la doctrina anterior a 1983 enumeraba descriptivamente.

555 *Vid.* los arts. 262, 260 y 265 CC, respectivamente.

556 No obstante, ello siempre que la extinción de la tutela o patria potestad no se haya debido a que el menor ha alcanzado la mayoría de edad, se emancipe u obtenga el beneficio de la mayor edad, pues entonces obviamente no existe fundamento para guarda alguna, pues no hay ya menor que precise asistencia (salvo que sea incapaz, caso en que la patria potestad prorrogada como guarda de hecho es relativamente frecuente, como indicamos en el texto más adelante).

557 *Vid. supra* la nota 551. En cambio, sí admite expresamente la guarda de hecho de un mayor de edad incapacitado el art. 142 LADP, mientras que el CC no se pronuncia

Si la relacionamos con la dicotomía entre incapaces (naturalmente) e incapacitados (judicialmente), la guarda de hecho se enfrentaría a la situación de las personas incapaces (pues se precisa la inexistencia de una institución de guarda legal efectivamente desempeñada): es decir, aquellas personas que o son menores o, a pesar de no poderse gobernar por si mismas por falta de capacidad natural, no han sido aún declaradas judicialmente incapacitadas, o que habiéndolo sido se encuentran en situación de desamparo, y que por ello —al menos aparentemente— podrían ser las más necesitadas de protección, al no haberse constituido en el caso un sistema de protección legal o hallarse al margen del mismo. Si tenemos en cuenta que los parientes y allegados de los incapaces son normalmente remisos a la intromisión en la esfera familiar de personas e instituciones ajenas a ella (como pone de manifiesto LETE DEL RÍO⁵⁵⁸, en este punto “el Derecho de familia empieza donde termina la familia”), y en especial a acudir a un procedimiento judicial de incapacitación, poco y mal conocido popularmente (a lo que debe añadirse la desconfianza general a las formalidades legales y los procedimientos judiciales y a sus costas), en la práctica serán cuidados informalmente por estos, determinando la existencia de la guarda de hecho a partir de la extinción de la patria potestad con la mayoría de edad.

claramente (aunque el que su art. 303 hable de “presunto incapaz” se ha apuntado como argumento contrario). Para FÁBREGA (en *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, pp. 12 y 88), autor que defiende una interpretación amplia del ámbito de aplicación de la guarda de hecho, la lógica y el que el art. 761.2 LEC legitime para iniciar el procedimiento de revisión de una incapacitación ya establecida a “las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757, a las que ejercieren cargo tutelar o *tuvieran bajo su guarda al incapacitado*” han de llevar a admitir la posibilidad de una guarda de hecho de los mayores incapacitados (las cursivas de la cita son nuestras). También defiende la aplicación de la figura a los supuestos de extralimitación en la tutela SERRANO ALONSO, “De la guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 691.

558 Cfr. LETE, “De la guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 484.

Como destaca la Exposición de Motivos de la Ley aragonesa de Derecho de la persona, la guarda de hecho se caracteriza por las notas de iniciativa propia y transitoriedad en el hecho de ocuparse de la guarda de una persona:

a) La primera viene impuesta porque no estaríamos ante una guarda de hecho en aquellos casos en que esa ocupación de los asuntos del menor o incapaz le es exigible al guardador por venir impuesta por la ley o en virtud de un nombramiento judicial o administrativo, como en la patria potestad o la tutela constituida judicialmente; en la guarda de hecho, el guardador se ocupa, sin nombramiento alguno, del cuidado del menor o incapaz. No obstante, el que la constitución de la guarda de hecho sea voluntaria y no establecida legal o judicialmente no quiere decir que sea espontánea (aunque ciertamente así será en gran número de ocasiones), pues la guarda de hecho puede ser la vía a través de la que discurra el funcionamiento de un contrato de acogimiento entre el guardado y el guardador.

b) La transitoriedad viene determinada porque, al menos en los casos en que la situación de incapacidad se manifieste como prolongada, habrá de desembocar en el plazo más breve posible en su sustitución por alguna de las instituciones de guarda legal, a cuyo efecto se impone al guardador de hecho el deber de poner la existencia de esta situación en conocimiento del juez o el Ministerio Fiscal⁵⁵⁹; en caso de no hacerlo, será responsable solidario de los daños y perjuicios que se le causen al guardado, o que

559 Arts. 229 CC (aunque, más que de informar, el deber de “la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado” es de “promover la constitución de la tutela”), 254.1 CFC y 143 LADP. El CFC establece que, si se trata de un menor, a quien deberá informarse es al organismo competente en protección de menores. La transitoriedad en el acogimiento u ocupación de la guarda es expresamente recogida en las definiciones legales que del guardador de hecho dan ambas normas (arts. 253 CFC y 142 LADP).

éste ocasionó a terceros, y que se hubieran evitado de haberse constituido la tutela.

No obstante, esta transitoriedad no implica un carácter esporádico sino una cierta generalidad y continuidad en las funciones del guardador de hecho, pues la gestión fáctica de un solo asunto del menor o incapaz no determinará la existencia de una guarda de hecho, sino de una gestión de negocios ajenos de la prevista en los artículos 1.888 a 1.894 del Código Civil.

Por otra parte, conforme al artículo 303 (en relación con el 228) del Código Civil⁵⁶⁰, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o incapaz y de su actuación en relación con los mismos (es decir, que proceda a efectuar una rendición de cuentas de su actuación)⁵⁶¹, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas (que puede incluir tanto la continuación de la situación de guarda de hecho como en especial su sustitución por una tutela o curatela o el nombramiento de un defensor judicial, según los casos)⁵⁶².

560 Igualmente, los arts. 254.2 CFC y 144 LADP.

561 No es pacífica en la doctrina la consideración sobre esta intervención del juez. Parece ser mayoritaria (y a nuestro entender mejor fundada) la posición que considera que el juez puede intervenir o no (el precepto dice “podrá requerirle”), pero si lo hace deberá requerir el informe. Cfr. en tal sentido FÁBREGA, *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, pp. 37; TEJEDOR, “La guarda y el acogimiento de menores”, *op. cit.*, p. 158, y “Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 254; y ZURITA MARTÍN, Isabel, *Protección civil de la ancianidad*. Madrid, Ed. Dykinson, 2005, p. 175. En cambio, considera que es obligatoria la intervención judicial LETE, “De la guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 490; NÚÑEZ MÚÑIZ, “La guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 431 (que entiende que lo potestativo es la solicitud del informe); y ROGEL, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, pp. 149-150, y Comentario a los artículos 303 a 306, *op. cit.*, p. 865.

562 Para LETE (en “De la guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 490) estas medidas de con-

La guarda de hecho, como regla general, ha de considerarse como gratuita, pero el guardador tendrá derecho a la indemnización, con cargo a los bienes del guardado, de los daños y perjuicios que se le hayan causado sin culpa por su parte en el ejercicio de su función (por lo que deberá probarse la relación de causalidad entre la actividad como guardador de hecho y el daño o perjuicio causado⁵⁶³), tanto por un tercero como por actos del propio guardado, si no pueden resarcirse por otros medios⁵⁶⁴, como podría ser la reclamación directa al tercero causante del daño.

Podemos plantearnos si ello supondría que el guardador de hecho tendría derecho a una retribución, al igual que el tutor, curador y defensor judicial, ante lo que la doctrina mayoritaria entiende que la falta de una norma expresa y que el guardador de hecho no sea realmente un cargo tutelar determina una respuesta negativa, aunque sí podrá reclamar el anticipo de cantidades que haya realizado el guardador a favor del guardado⁵⁶⁵.

trol se adoptarán subsiguientemente al informe y en función del mismo, pero —si bien el contenido de ese informe, de realizarse, indudablemente ha de influir en el contenido de las medidas— no creemos que éstas deban hacerse depender de la emisión del informe, pues no tendría sentido que ante un abandono de funciones por quien hasta ese momento era el guardador de hecho, o un incumplimiento por éste del requerimiento judicial de presentación del informe, el juez debiera mantener una actitud pasiva y de mantenimiento del menor o incapaz en situación de desamparo, sin poder adoptar medida protectora alguna, o que en una situación de urgencia deba esperarse a que el guardador evacue dicho informe. En modo similar, ROGEL, Comentario a los artículos 303 a 306, *op. cit.*, p. 865; mientras que Bernardo MORENO QUESADA (en “El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, abril 1985, p. 327) señala que el juez, “si no resultara atendido su requerimiento, se servirá de otros medios de información que le puedan proporcionar ese conocimiento, exigiendo al guardador la responsabilidad a que hubiere lugar”.

563 Cfr. SERRANO ALONSO, “De la guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 694.

564 *Vid.* los arts. 306 (en relación con el 220) CC, 257 CFC y 91 LADP.

565 Cfr. LETE, “De la guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 493; NÚÑEZ MÚÑIZ, “La

3. IMPORTANCIA PRÁCTICA

Esta figura es en la práctica de gran importancia y frecuencia⁵⁶⁶, en especial en los supuestos en que no haya implicados intereses económicos destacables⁵⁶⁷, y podemos considerarla como la figura protectora o de guarda más antigua que existe y, por otro lado, la más natural (es la que resulta de los propios lazos familiares o sociales, antes aún de la intervención de los poderes públicos), normalmente en el ámbito de la familia, pero también fuera de él: guardadores de hecho son las familias con las que convive una persona con discapacidad, o las instituciones, hospitales, etc. donde quedan ingresados o a las que asisten los pro-

guarda de hecho”, *op. cit.*, pp. 447-448; y SERRANO ALONSO, “De la guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 694. En cambio, considera que sí cabe que se le asigne una retribución por la función desempeñada ROGEL, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, pp. 143-145, y Comentario a los artículos 303 a 306, *op. cit.*, pp. 869-870.

Señalemos que el art. 313 del *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela* (vid. *infra* la nota 570) señalaba que “el guardador tendrá derecho al reembolso de los gastos que hubiera realizado y a una adecuada retribución por la gestión que hubiese desarrollado, en el caso de que ésta le hubiera sido útil al pupilo” (las cursivas son nuestras). Sin embargo, esa previsión de retribución no fue acogida por la Ley 13/1983.

566 Así, por ej., en los casos en los que un menor de edad presenta importantes trastornos físicos o psíquicos sin que se haya instado el correspondiente procedimiento de incapacitación; y una vez llegado a la mayoría de edad, aunque legalmente haya salido de la patria potestad, continúa conviviendo y bajo la custodia de sus padres, hasta la incoación del procedimiento de incapacitación (lo que podríamos considerar una “patria potestad prorrogada de hecho”). También resulta adecuada la guarda de hecho para los ancianos con enfermedades degenerativas que les impiden gobernarse por sí mismos y que persistirán, incluso agravándose hasta el día de su fallecimiento, y que carentes de familiares que se ocupen de ellos se ingresan en instituciones residenciales, situación ante la que no parece adecuado el inicio de un procedimiento de incapacitación, cuando carecen de patrimonio o es mínimo.

567 Como dice el Prof. Carlos LASARTE [en *Derecho de familia, Principios de Derecho Civil VI*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2008 (7.ª ed.), p. 388], “la guarda de hecho es el mecanismo protector de los más humildes económicamente que, a su vez, suelen ser los más generosos de corazón”.

pios enfermos en situación de discapacidad, todo ello cuando no haya un guardador legal con funciones efectivas, porque aún no se haya declarado la incapacitación de la persona (ya que conllevaría la constitución de una situación de guarda legal y el cese de la de hecho) o bien el guardador legal haga dejación de sus funciones. Por otra parte, cuando se presume que se va a recuperar en un corto periodo de tiempo la capacidad, parece preferible a la incapacitación el cuidado de la persona por sus guardadores de hecho.

Sin embargo, el Código Civil parece contemplarla como un paso previo hacia la incapacitación, cuando en la práctica no siempre será fácil —sobre todo en los casos de discapacidad psíquica— valorar la necesidad de proceder a una incapacitación, y —como hemos indicado— no siempre será preciso llegar a ella.

Por otra parte, pese a la indicada frecuencia práctica y antigüedad de la guarda de hecho, no ha sido hasta hace relativamente poco que ha merecido atención del legislador —aunque sí de la doctrina⁵⁶⁸, que la equiparaba a la gestión de negocios ajenos⁵⁶⁹—, contemplándose por el Código Civil sólo a raíz de la reforma introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, y muy escasamente (dedica a esta figura únicamente los artículos 303, 304 y 306, siendo este último además una *norma en blanco* que se remite al 220), lo que motiva que sea general en la doctrina la

568 En especial, destaca el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, publicado en 1977, a modo de Anteproyecto privado de reforma de la tutela, por la Fundación General Mediterránea y la Dirección General de Servicios Sociales. Recoge los trabajos de un grupo dirigido por el Prof. Díez-PICAZO e integrado por los Profs. BERCOVITZ, CABANILLAS, CAFFARENA y ROGEL.

569 Equiparación que entiende incorrecta por diversos motivos ROGEL, en *La guarda de hecho*, *op. cit.*, pp. 65-78 (en especial, 74-78), y Comentario a los artículos 303 a 306, *op. cit.*, pp. 862-863.

constatación de la necesidad de una regulación más completa⁵⁷⁰. Tal vez un motivo de esa desatención legislativa puede deberse a que, al menos inicialmente, podría parecer un contrasentido que una situación fáctica, que existe *de hecho*, merezca la atención *del Derecho*. Sin embargo, desde el momento en que consideremos la implicación en la guarda de hecho de menores de edad o discapacitados, cuya protección se establece constitucionalmente como uno de los principios rectores de la política social y económica (arts. 39.4 y 49, respectivamente), se impone la necesidad de la intervención de los poderes públicos en protección de estas personas en situación de especial dependencia.

4. TIPOS DE GUARDA DE HECHO E INSTITUCIONES PRÓXIMAS

Podríamos así distinguir una guarda de hecho y una guarda de Derecho⁵⁷¹, pudiendo identificarse en la primera dos tipos, en función del conocimiento de su existencia por la autoridad judicial. De este modo, existirían, presentándose como fases sucesivas:

a) Una *guarda de hecho de hecho*, en la que nos encontramos

570 Así, por ej., *vid.* FÁBREGA, *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, pp. 87. Lo escaso de esta regulación —tal vez explicable por la propia consideración de esta situación como fáctica— se pone más de relieve si comparamos la normativa del Código Civil con la más completa del CFC (arts. 253-258) y la LADP (arts. 142-145).

571 Aunque propiamente la guarda de hecho también es “de Derecho” porque éste la contempla y regula, pero se diferencia de la tutela ordinaria en su carácter no formal y temporal, frente a la naturaleza formal y estable de la tutela. Cfr. HEREDIA PUENTE, Mercedes y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, “La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces”, *La Ley*, (T. 1998-I), 1998, p. 2090. Como pone de manifiesto ROGEL (en *La guarda de hecho*, *op. cit.*, pp. 79-80, y Comentario a los artículos 303 a 306, *op. cit.*, p. 863), también la guarda de hecho es una relación jurídica, informal e irregular, pero no un hecho jurídicamente irrelevante.

ante una situación fáctica de protección del menor o incapaz por una persona carente de habilitación legal para ello, al margen de todo control judicial.

b) Una *guarda de hecho de Derecho*, en cuanto a que si bien su origen es de hecho pasa a establecerse cierto control de Derecho que acerca sus características a los cargos tutelares (se la “juridifica”), y que existiría desde el momento en que la situación de guarda de hecho se pone en conocimiento del juez, sometiéndosela a un control judicial, y en tanto no se pase a una guarda de Derecho⁵⁷². Es la que FÁBREGA⁵⁷³ denomina “guarda informal o provisional”⁵⁷⁴. En ocasiones, como a las que antes nos referíamos, el juez puede entender preferible para el interés del menor o incapaz que se mantenga la guarda de hecho hasta la constitución de una tutela ordinaria (en especial, si previamente ha de declararse la incapacidad de aquél, procedimiento que puede llevar un tiempo prolongado, durante el cual —en especial ante la existencia de vínculos afectivos entre guardador y guardado— puede ser preferible un mantenimiento de la situación actual de guarda de hecho), simplemente adoptando determinadas medidas de control⁵⁷⁵.

572 Sorprendentemente, es a ésta a la que Juan Antonio TORO PEÑA (en “Guarda de menores o incapacitados”, *Enciclopedia jurídica*, Madrid, Ed. La Ley, 2008, p. 5904) considera como guarda de hecho, omitiendo toda referencia a la situación anterior a la toma de conocimiento por la autoridad judicial.

573 FÁBREGA, *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, pp. 10 y 88.

574 Sin embargo, no consideramos esta denominación adecuada, pues de una naturaleza mucho más informal o provisional que este tipo es el que calificamos como *guarda de hecho de hecho* (en cuanto que su existencia es totalmente fáctica), sin que tampoco podamos llegar a entender —como este autor— que “con la constatación la guarda de hecho deviene guarda de derecho” (*loc. cit.*), pues siguen manteniéndose importantes diferencias entre una guarda de hecho sometida a control judicial y una guarda de Derecho (como una tutela oficialmente constituida).

575 En el mismo sentido, cfr. LETE, “De la guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 489.

c) Una *guarda de Derecho*, cuando se ha constituido judicialmente la tutela, así como en los casos de patria potestad, en ambos casos cuando los titulares de estas instituciones las desempeñan efectivamente. Podemos encontrarnos así con que pueden coincidir superponiéndose —al menos nominalmente, pues sólo una se ejercerá efectivamente— la guarda de hecho y la de Derecho (y ello será lo más frecuente), pues puede suceder que un menor o incapacitado sea guardado de hecho por una persona distinta de sus progenitores o tutor nombrado judicialmente, porque éstos hagan dejadez de sus funciones.

Distinta de la guardia de hecho es la denominada *guarda administrativa* del artículo 172.2 del Código Civil⁵⁷⁶, según el cual “cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario”. Ésta última sólo abarcaría los aspectos personales de la guarda, mientras que la guarda de hecho puede alcanzar tanto los aspectos personales como los patrimoniales (y frecuentemente será global, abarcando ambos); la administrativa sería una guarda formal y reconocida, frente a la naturaleza informal de la guarda de hecho; y además, mientras que la administrativa es similar a una delegación urgente y provisional de la guarda derivada de la patria potestad o la tutela, en la guarda de hecho no se trata de una delegación sino de una verdadera sustitución de esas instituciones.

576 *Vid.* asimismo los arts. 146-150 LADP. Sobre la guarda voluntaria en esta Ley, cfr. HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, “Novedades en las instituciones jurídico-civiles de protección de menores e incapacitados en la Ley de Derecho de la Persona aragonesa: clases de tutela. La guarda voluntaria a favor de los incapacitados”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez* (coords.: Josefina ALVENTOSA DEL RÍO y Rosa MOLINER NAVARRO), (Vol. I), Valencia, Universidad de Valencia, 2008, pp. 601-619.

Tampoco hemos de confundir al guardador de hecho con el *auxiliar* o persona instrumental a través del cual puede ejercerse total o parcialmente la patria potestad o la tutela, y que actúa por encargo del guardador legal. Pensemos en el paradigmático ejemplo de los denominados *abuelos canguros*, a los que los padres dejan sus hijos menores en edad no escolar —o en los períodos no lectivos— durante la jornada laboral, que son de creciente importancia ante la actual crisis económica y la necesidad de ahorro en los gastos de guardería: esos abuelos no pueden considerarse como guardadores de hecho, sino simplemente como auxiliares de los padres o personas a través de las cuales éstos ejercen su patria potestad durante los períodos en que los custodian; lo mismo podría predicarse de los centros educativos. En este punto es especialmente importante recordar que no debe existir una situación de patria potestad o tutela que venga siendo efectivamente ejercitada (porque no exista —caso de los mayores de edad incapaces pero no incapacitados— o porque se produzca una situación de desamparo).

Igualmente distinta es la situación especial contemplada en la *tutela automática* prevista en el artículo 239.3 del Código Civil (introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad): una institución pública asume, por ministerio de la ley, la tutela del incapaz que se halle en situación de desamparo, sin un previo procedimiento judicial⁵⁷⁷. Para ello será preciso que el incapaz⁵⁷⁸ esté en

577 No obstante, en el mismo precepto se contempla también la designación de la institución como tutora del incapacitado “cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor”, lo que se relacionaría con un procedimiento de tutela ordinaria, tras la correspondiente incapacitación.

578 Entendiendo por tal el menor y el incapacitado, en que la incapacidad está determinada objetiva o judicialmente. Respecto del mayor de edad incapaz naturalmen-

situación de desamparo⁵⁷⁹, por estar privado de asistencia, lo que determinará que no pueda constituirse esta tutela automática en los casos en que exista una guarda de hecho efectiva y correctamente desempeñada, pues no existirá esa privación de asistencia y por tanto el desamparo, que es requisito de aquélla⁵⁸⁰.

Por último, tampoco se identifica con la guarda de hecho el *acogimiento familiar o residencial de menores*⁵⁸¹, que no son más que las vías a través de las cuales puede desarrollarse la guarda administrativa o la tutela administrativa automática, a que antes nos hemos referido, y que se caracterizan por ser instituciones eminentemente formales, que han de constituirse por escrito y con el consentimiento —entre otros— de la entidad pública.

5. CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO

Mientras que el contenido de la guarda de Derecho es clara, al venir establecido legal o judicialmente, el de la guarda de hecho, por su misma naturaleza fáctica, es más flexible y admite mayores posibilidades, pudiendo el guardador de hecho asumir las funciones de las instituciones tutelares, ya sea tutor (*tutela de*

te, dada la presunción legal de capacidad de los mayores de edad (art. 199 CC), parece que no sería procedente esa asunción de tutela automática: para ella es necesaria la concurrencia de dos requisitos, la incapacidad y el desamparo, y el primero precisará de una previa declaración judicial de incapacitación.

579 Entendiendo por tal, conforme al inciso final del precepto, cuando “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”.

580 En tal sentido, *vid.* los AAAPP Vizcaya (Secc. 4.ª) 5/2002 de 3 de enero de 2002 y Barcelona (Secc. 18.ª) de 30 de abril de 2003, y las SSAP Cádiz (Secc. 1.ª) 181/2004 y 183/2004 de 22 de diciembre de 2004.

581 *Vid.* los arts. 172.3, 173 y 173 bis CC, y 148.2 y 151-155 LADP.

hecho)⁵⁸² o curador (*curatela de hecho*)⁵⁸³ e incluso defensor (que en este caso obviamente no sería judicial, aunque sí podría asumir la representación del menor o incapaz en caso de conflicto de intereses con sus representantes legales)⁵⁸⁴, pero teniendo siempre presente que existe una única guarda de hecho, sin que quepa crear figuras “de hecho” a partir de las correspondientes “de Derecho”.

De este modo, es posible que, según las circunstancias de cada caso, como veremos, el guardador de hecho se ocupe del patrimonio del guardado, su persona (alimentación, tratamientos médicos, formación, recuperación de su capacidad) o su ámbito familiar (como el apoyo para el ejercicio correcto de los deberes del guardado respecto de personas a su cargo, como en relación con sus hijos menores sometidos a su patria potestad, o a ancianos a su cargo), o de todos estos ámbitos conjuntamente. En cualquier caso, parece que, como en cualquier otra institución de guarda, el guardador habrá de actuar movido por el interés

582 La Fiscalía General del Estado, en cambio, distinguió en su Memoria de 1984 (pág. 335) entre guarda de hecho y tutela de hecho, entendiendo que no habría guarda sino tutela en los casos de anticipación de sus funciones por el tutor válidamente nombrado o continuación del cargo después de haber sido declarado inhábil o de la extinción de la tutela, mientras que “guardador de hecho es quien, por sí, ha asumido los quehaceres propios de un tutor, encargándose de la gestión del patrimonio o del cuidado de personas que podrían estar sometidas a tutela”.

583 Sin embargo, en contra de que la guarda de hecho pueda abarcar una curatela de hecho se manifiesta LETE, “De la guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 489.

584 Cfr. ROGEL, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, pp. 62-63, y Comentario a los artículos 303 a 306, *op. cit.*, pp. 861-862; y SERRANO ALONSO, “De la guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 691. No faltan sin embargo autores que limitan el ámbito de la guarda de hecho a las funciones correspondientes a la tutela, excluyendo las propias de la curatela y de la defensa judicial (*vid.* la crítica que realiza FÁBREGA, en *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, p. 14; y HEREDIA y FÁBREGA, “La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces”, *op. cit.*, p. 2092).

superior del guardado, y en especial en el caso de menores debiendo tenerlo en su compañía, cuidarlo, alimentarlo y procurarle una formación integral⁵⁸⁵.

El hecho de que la guarda de hecho sea una institución tutelar (aun fáctica) hace que al guardador de hecho le sea aplicable analógicamente el régimen de derechos y deberes del tutor, en la medida en que éste no sea incompatible con las características propias de la guarda de hecho (así, no parece que le sea aplicable la excusa del artículo 217, la inscripción de las resoluciones judiciales al respecto de los artículos 218 y 219 o las prohibiciones del artículo 221, todos ellos del Código Civil).

6. ACREDITACIÓN

Una de las principales dificultades que presenta la guarda de hecho es la propia prueba de su existencia, cuando el guardador ha de actuar ante terceros en interés del guardado, lo que dificulta enormemente su efectividad y crea una gran inseguridad jurídica. Por supuesto, como institución fáctica, la guarda de hecho existirá al margen de documentos que la acrediten, pero estos vendrán exigidos en la práctica por la actuación del guardador de hecho en la esfera del guardado en relación con terceros, especialmente en el ámbito patrimonial, siendo precisos como título de acreditación de las facultades del primero para actuar en los asuntos del segundo, ante la ausencia de un

585 Cfr. COCA, "Guarda de hecho", *op. cit.*, p. 3286; TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, "La guarda y el acogimiento de menores", en *Curso sobre la protección jurídica del menor* (coords.: M.^a Paz POUS DE LA FLOR y Lourdes TEJEDOR MUÑOZ), Madrid, Ed. Colex, 2001, p. 159, y "Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho", en *La protección de las personas mayores* (dir.: Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Madrid, Ed. Tecnos, 2007, p. 255.

nombramiento legal o judicial como representante. Ante esto, se han apuntado⁵⁸⁶ varias formas de realizar ese reconocimiento, meramente declarativo, de la existencia de una guarda de hecho:

a) Una resolución judicial, consecuencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en que se declare la existencia de esa situación de guarda de hecho. Es lo que Sofía de SALAS⁵⁸⁷ denomina “certificados acreditativos”. Plantea el problema de ser un medio excesivamente lento, pues el tiempo que supondrá el procedimiento de jurisdicción voluntaria será aproximadamente el mismo que el del nombramiento de un tutor ordinario, que sería más conveniente, al igual que el nombramiento de un administrador o defensor judicial como medidas cautelares en un procedimiento de incapacitación, de modo que este sistema únicamente sería adecuado en los casos de personas no incapacitadas, pues el procedimiento de incapacitación sí tendría una mayor duración que el de jurisdicción voluntaria; por otra parte, ni notarios (salvo algunos a título particular) ni registradores admiten la realización de estos actos⁵⁸⁸.

b) Un decreto del Ministerio Fiscal dictado en expediente informativo, pues no necesariamente su conocimiento de la existencia de una situación de guarda de hecho le llevará a entender procedente la interposición de una demanda de incapacitación ni le obliga automáticamente a ello, sino que deberá analizar las

586 Cfr. FÁBREGA, *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, pp. 16-27 y 89-90; y HEREDIA y FÁBREGA, “La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces”, *op. cit.*, p. 2091.

587 SALAS MURILLO, Sofía de, *Responsabilidad civil e incapacitación. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003, nota 417 en p 243.

588 Cfr. FÁBREGA, en *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, pp. 16-18.

circunstancias del caso y en función de ello determinar si procede o no la interposición de la demanda⁵⁸⁹.

c) Un acta notarial de notoriedad, instada por el guardador de hecho o persona con interés legítimo.

d) Por la vía indirecta de la acreditación de una relación entre el incapaz y el guardador que determine la guarda de hecho, como en el caso de los titulares y directores de centros residenciales o sanitarios en que el incapaz se halle internado y que no se hallen designados como tutores o guardadores legales⁵⁹⁰.

e) En Aragón se contempla como medio específico para justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes de la persona protegida⁵⁹¹.

7. VALIDEZ DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL GUARDADOR DE HECHO

En el ámbito territorial de aplicación del Derecho común, la guarda de hecho no puede considerarse propiamente como un supuesto de representación legal, dado que no aparece expresa-

589 *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, aptdo. VII.2.

590 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).

591 *Vid.* el art. 145.2 LADP.

mente contemplada como tal en el Código Civil⁵⁹². En cambio, en Aragón los actos del guardador realizados en el cuidado de la persona protegida y la realización de los actos de administración de sus bienes que sean necesarios sí aparecen expresamente reconocidos como determinantes de una representación legal⁵⁹³.

No obstante, aun no siendo el guardador de hecho un representante legal, los actos que realice en interés del menor o incapaz serán válidos siempre que redunden en utilidad del mismo (sean personales⁵⁹⁴ o patrimoniales⁵⁹⁵, y respecto de estos

592 En cambio, FÁBREGA (en *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, p. 23) entiende que tal naturaleza podría derivarse del art. 304 CC, puesto en relación con el mayor interés del incapaz.

Por otra parte, sí existirá una representación legal cuando se trate de un guardador de hecho que haya constituido un patrimonio protegido (art. 5.3 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), pues el administrador de tal patrimonio, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes de ese patrimonio.

593 *Vid.* el art. 145 LADP.

594 Incluyendo la prestación del consentimiento a actuaciones en el ámbito de la salud del guardado, cuando éste no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, conforme al art. 9.3.a) de 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: si el paciente carece de representante legal, se admite el consentimiento por representación prestado por las “personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”, supuesto en que claramente se ubicarían los guardadores de hecho. En especial, podrá instar la recuperación de la capacidad del guardado, pero no su incapacitación si no es uno de los parientes legalmente legitimados (el ATS de 29 de abril de 2004 y la STS de 7 de julio de 2004 entienden que la legitimación es una norma de orden público y sólo los parientes indicados expresamente podrán demandar, de modo que sólo le quedará la posibilidad de poner la situación en conocimiento del Ministerio Fiscal para que sea éste quien en su caso la inste), aunque si el art. 229 CC impone al guardador de hecho la constitución de la tutela parecería que también estará obligado a promover su incapacitación previa si ésta no existiera.

595 La inclusión de los actos personales en este precepto es defendida —fren-

sean conservativos o dispositivos⁵⁹⁶), conforme al artículo 304 del Código Civil⁵⁹⁷, norma que recuerda su homóloga del artículo 1.893 en relación con la gestión de negocios ajenos⁵⁹⁸. Aun cuando aparentemente existirían aquí dos requisitos para que concurra la validez de los actos realizados por el guardador —que el acto se haya realizado en interés del incapaz y que redunde en su beneficio—, realmente es sólo el segundo el relevante, siendo irrelevantes los motivos (el interés del menor o incapaz u otros) que moviesen el guardador⁵⁹⁹, siempre que aporten una utilidad

te a la opinión contraria de ESPÍN, que lo restringe a una utilidad del patrimonio de la persona protegida— por MORENO QUESADA, “El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho”, *op. cit.*, p. 330. Igualmente, cfr. NÚÑEZ MÚÑIZ, “La guarda de hecho”, *op. cit.*, pp. 440 y 441-443; ROGEL, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, pp. 103-104 y 110-115, y Comentario a los artículos 303 a 306, *op. cit.*, pp. 866-867; y SERRANO ALONSO, “De la guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 693.

596 No obstante, sobre la posibilidad del ejercicio de acciones judiciales por parte del guardador de hecho hay resoluciones judiciales contrapuestas, y así se pronuncian a favor la SSAAPP Álava (Secc. 1.ª) de 30 de septiembre de 1998 y Asturias (Secc. 4.ª) 561/1999, de 29 de septiembre de 1999, y en contra la SAP Cádiz de 28 de mayo de 1999.

597 Es común en la doctrina destacar lo defectuoso de la redacción del art. 304, dado que no se trataría de afirmar la prohibición de impugnación de estos actos, sino la validez de los actos realizados en esas condiciones: la tutela judicial efectiva exige permitir su impugnación, pero si ésta se produce y a lo largo del procedimiento se acredita la utilidad de la actuación para el guardado, no podrá anularse el acto. Cfr. al respecto DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, (Vol. IV), Madrid, Ed. Tecnos, 1995 (6.ª ed., 2.ª r.), p. 320; LETE, “De la guarda de hecho”, *op. cit.*, pp. 491-492; MORENO QUESADA, “El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho”, *op. cit.*, pp. 328-329; NÚÑEZ MÚÑIZ, “La guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 440; ROGEL, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, pp. 107-108, y Comentario a los artículos 303 a 306, *op. cit.*, p. 868, así como FÁBREGA, *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, p. 55; y HEREDIA y FÁBREGA, “La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces”, *op. cit.*, p. 2092.

598 Cfr. SERRANO ALONSO, “De la guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 693.

599 Por ello, un acto que se haya realizado buscando el beneficio del incapaz pero que al final le haya resultado perjudicial podrá ser impugnado. En ese sentido, señalan que posiblemente sería atinado prescindir de la intención que guiara al guardador MORENO QUESADA, “El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho”, *op. cit.*, p.

al incapaz (utilidad que no necesariamente deberá ser económica, sino que habrá de estarse a su repercusión sobre el bienestar personal del guardado⁶⁰⁰). Respecto de los actos en que no le sean útiles, deberán entenderse como anulables⁶⁰¹.

En Aragón, el que se limite la actuación del guardador de hecho al cuidado de la persona del guardado y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios⁶⁰² hace que se haga hincapié en esa necesidad de los actos. Los actos necesarios serán válidos (en especial si esa necesidad se declaró por la Junta de Parientes de la persona protegida), al margen de

329; NÚÑEZ MÚÑIZ, “La guarda de hecho”, *op. cit.*, pp. 439-440; y ROGEL, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, pp. 104-105, y Comentario a los artículos 303 a 306, *op. cit.*, p. 867.

600 En cualquier caso, esa utilidad deberá ser objetiva, global (no pueden impugnarse los actos fraccionadamente, y por otra parte habrá que esperar a que se complete, pues hasta entonces no puede determinarse el resultado) e inmediata (aunque si sobrevenidamente se transformara en útil lo inicialmente perjudicial, podría mantenerse la validez del acto). En tal sentido, cfr. como señala FÁBREGA, *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, pp. 60 y 91; HEREDIA y FÁBREGA, “La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces”, *op. cit.*, p. 2092; LETE, “De la guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 491; NÚÑEZ MÚÑIZ, “La guarda de hecho”, *op. cit.*, pp. 440-441; y ROGEL, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, pp. 108-109, y Comentario a los artículos 303 a 306, *op. cit.*, pp. 867-868. Por otra parte, la utilidad o no siempre se determinará a posteriori, pues habrá de probarse por quien sostenga la validez del acto impugnado en el procedimiento en que se reclame su anulación.

601 Aun cuando no han faltado autores que consideran que serían radicalmente nulos o rescindibles. No obstante, la anulabilidad parece la solución más adecuada, sobre todo si tenemos en cuenta la posibilidad de que el tutor o el menor o incapaz, cuando alcancen la plena capacidad, convaliden el acto realizado por el guardador de hecho, y que de otro modo se equipararía la actuación del guardador de hecho a la de un tercero extraño. Cfr. FÁBREGA, *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, pp. 54-55 y 90; ROGEL, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 108, y Comentario a los artículos 303 a 306, *op. cit.*, p. 868; TEJEDOR, “Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho”, *op. cit.*, p. 255; y ZURITA, *Protección civil de la ancianidad*, *op. cit.*, pp. 175-176.

La acción de impugnación corresponderá igualmente a quienes pueden convalidar el acto, es decir, al tutor o bien al menor o incapaz cuando alcance la plena capacidad.

602 *Vid.* art. 145.1 LADP.

sus efectos beneficiosos o no sobre el guardado; respecto de los no necesarios, si no redundan en utilidad del guardado serán anulables⁶⁰³, modalidad de ineficacia por la que expresamente se pronuncia el legislador.

En Cataluña, el Código de Familia⁶⁰⁴ se limita a establecer que la actuación del guardador de hecho debe ser siempre en beneficio del guardado, y a restringirla al cuidado de su persona y la administración ordinaria de sus bienes. Ante la falta de mayores precisiones, podemos entender aplicable las soluciones antes indicadas respecto del Código Civil.

8. RESPONSABILIDAD DEL GUARDADOR DE HECHO

Finalmente, señalemos que el guardador de hecho puede incurrir en responsabilidad:

a) Por los daños y perjuicios causados por la no promoción de la constitución de la tutela, en los términos que vimos anteriormente al hablar de la transitoriedad de la figura que estudiamos.

b) Por los daños que el guardador cause con su actuación en la persona o bienes del guardado, que se resolverían a través de la acción de responsabilidad extracontractual *ordinaria* del artículo 1.902 del Código Civil.

c) Por los daños que el guardado cause a terceros, en base al artículo 1.903 del Código Civil. Si tenemos en cuenta que el guardado sería para el guardador una de las “personas de quienes se debe responder”, debido a la guarda y a la jerarquía y subordi-

603 *Vid.* art. 145.3 LADP.

604 *Vid.* art. 256 CFC.

nación existentes entre ambos que subyacen igualmente en los supuestos que sí contempla el precepto⁶⁰⁵, y que aquí la responsabilidad podría fundamentarse de modo similar en la existencia de una posible culpa *in vigilando*, ha de entenderse que también sería de aplicación a la guarda de hecho la responsabilidad que recoge este artículo (al margen de una posible aplicación analógica de la situación del tutor, que el precepto sí contempla expresamente en su párrafo tercero, a la que la doctrina mayoritaria se muestra contraria⁶⁰⁶)⁶⁰⁷.

d) Si se tratara de daños provocados por un guardado menor de edad como consecuencia de delito o falta, la responsabilidad del guardador será solidaria con éste (cuando la responsabilidad no pueda atribuirse a los padres, tutores o acogedores o guardadores legales), conforme al artículo 61.3 de la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores.

605 Cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, (Vol. II), Madrid, Ed. Tecnos, 1988 (5.ª ed.), p. 593; y LASARTE, *Derecho de obligaciones, Principios de Derecho Civil II*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2008 (12.ª ed.), p. 305.

606 No obstante, no hay motivos para entender que la enumeración del art. 1.903 CC sea taxativa y que no admita la analogía. Cfr. LASARTE, *Derecho de obligaciones, loc. cit.*, que destaca que la jurisprudencia más reciente también ha declarado supuestos de responsabilidad basada en relaciones de especial subordinación (*vid.* las sentencias que cita este autor). También se manifiestan a favor de la aplicación del art. 1.903 FÁBREGA, *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, pp. 76-77 y 92; HEREDIA y FÁBREGA, "La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces", *op. cit.*, pp. 2093-2094; y NÚÑEZ MÚÑIZ, "La guarda de hecho", *op. cit.*, p. 445 (sobre la base de que por "tutor" habría que entender tanto al tutor de Derecho como al guardador de hecho). En cambio, para José Luis LACRUZ BERDEJO y otros [en *Derecho de obligaciones, Elementos de Derecho Civil II*, (Vol. II), Barcelona, Ed. J. M. Bosch, 1995 (3.ª ed.), p. 521], no cabría analogía, pero sí cabría entender que aquí habría culpa propia del guardador por falta de diligencia en la custodia, y por tanto responsabilidad *ex arts.* 1.101 o 1.902 CC.

607 Sin embargo, la STS de 30 de abril de 1969 excluyó de responsabilidad al abuelo guardador de hecho de un menor, sobre el fundamento de referirse el art. 1.903 CC exclusivamente a los padres y tutores.

BIBLIOGRAFÍA

- AFONSO RODRÍGUEZ, Elvira, “La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores”, *Actualidad Civil*, (T. 1995-II), 1995, pp. 317-331.
- ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y MARTÍN GRANIZO Y FERNÁNDEZ, Mariano, Comentario a los artículos 303 a 306, en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, (T. I), Madrid, Ed. Trivium, 1991, pp. 1330-1332.
- COCA PAYERAS, M., “Guarda de hecho”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Ed. Civitas, 1995, pp. 3285-3286.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a Dolores y HERNÁNDEZ GIL, Francisco, *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid, Ed. Ramón Areces, 1999.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*. (Vol. II). Madrid, Ed. Tecnos, 1988 (5.^a ed.).
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*. (Vol. IV). Madrid, Ed. Tecnos, 1995 (6.^a ed., 2.^a r.).
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*. Madrid, Ed. Ramón Areces, 2006.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Derecho de obligaciones, Elementos de Derecho Civil II*, (Vol. II). Barcelona, Ed. J. M. Bosch, 1995 (3.^a ed.).
- LASARTE, Carlos, *Derecho de obligaciones, Principios de Derecho Civil II*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 2008 (12.^a ed.).
- LASARTE, Carlos, *Derecho de familia, Principios de Derecho Civil VI*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 2008 (7.^a ed.).

- HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, “Novedades en las instituciones jurídico-civiles de protección de menores e incapacitados en la Ley de Derecho de la Persona aragonesa: clases de tutela. La guarda voluntaria a favor de los incapacitados”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez* (coords.: Josefina ALVENTOSA DEL RÍO y Rosa MOLINER NAVARRO), (Vol. I), Valencia, Universidad de Valencia, 2008, pp. 601-619.
- HEREDIAPUENTE, Mercedes y FÁBREGARUIZ, Cristóbal Francisco, “La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces”, *La Ley*, (T. 1998-I), 1998, pp. 2090-2095.
- MORENO QUESADA, Bernardo, “El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, abril 1985, pp. 307-330.
- NÚÑEZ MÚÑIZ, Carmen, “La guarda de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, junio 1999, pp. 428-448.
- LETE DEL RÍO, José Manuel, “De la guarda de hecho”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dirs. por Manuel ALBALADEJO), (T. IV), Madrid, EDERSA, 1985 (2.^a ed.), pp. 484-494.
- ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*. Madrid, Ed. Tecnos, 1986.
- Comentario a los artículos 303 a 306, en *Comentario del Código Civil*, (T. I), Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 860-871.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, “La tutela «ex lege», la guarda y el acogimiento de menores”, *Actualidad Civil*, (T. 1988-I), 1988, pp. 57-83 y 137-160.
- SALAS MURILLO, Sofía de, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que*

concorre causa de incapacitación, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003.

SERRANO ALONSO, Eduardo, “De la guarda de hecho”, en *Comentario del Código Civil* (coord.: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA), (T. 2), Madrid, Ed. Bosch, 1985 (2.^a ed.), pp. 690-694.

TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, “La guarda y el acogimiento de menores”, en *Curso sobre la protección jurídica del menor* (coords.: M.^a Paz POUS DE LA FLOR y Lourdes TEJEDOR MUÑOZ), Madrid, Ed. Colex, 2001, pp. 135-171.

— “Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho”, en *La protección de las personas mayores* (dir.: Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Madrid, Ed. Tecnos, 2007, pp. 234-257.

TORO PEÑA, Juan Antonio, “Guarda de menores o incapacitados”, *Enciclopedia jurídica*, Madrid, Ed. La Ley, 2008, pp. 5904-5913.

ZURITA MARTÍN, Isabel, *Protección civil de la ancianidad*. Madrid, Ed. Dykinson, 2005.

VIVIENDA CON APOYO: VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD, DERECHOS Y NECESIDADES

Marta Lisa Orús
Elías Vived Conte

Profesores Titulares de Educación

1. INTRODUCCIÓN

Es ya una realidad en varias ciudades españolas la existencia de experiencias que constituyen oportunidades para muchas personas con discapacidad intelectual para desarrollar habilidades y potenciar deseos en llevar una vida más autónoma, conviviendo en pisos con otros amigos y/o amigas, con los apoyos adecuados a sus necesidades, que van variando en el tiempo. Para que esta realidad sea ya un hecho en varios lugares y se presente como una opción muy interesante para algunos jóvenes y adultos con discapacidad intelectual, ha sido necesario que un grupo de profesionales y familiares se hayan comprometido en indagar nuevas líneas de actuación que permitan desarrollos más autónomos. Pero sobre todo ha sido necesario que las personas con discapacidad intelectual hayan decidido apostar por esta forma de organizar su vida, afrontando retos y dificultades.

En Huesca, desde el año 2005, se está llevando a cabo una experiencia de estas características, promovida por la Facultad de Ciencias Humanas y de la Educación de Huesca (Universidad de Zaragoza) y desarrollada en colaboración con otras entidades vinculadas a la discapacidad. Se trata de una experiencia pionera en nuestra ciudad que la hemos denominado "Hacia una vida independiente". Este proyecto consiste en que dos jóvenes universitarios convivan con dos jóvenes con discapacidad a lo largo de un curso escolar en un piso de estudiantes. Con este proyecto se ofrece un escenario innovador que permite que los jóvenes con discapacidad intelectual adquieran una mayor autonomía personal y mayor independencia en determinadas actividades de la vida diaria, especialmente las relacionadas con el funcionamiento dentro de la vivienda.

Las personas con discapacidad intelectual constituyen un sector de población heterogéneo, pero todas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías y apoyos suplementarios para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país. Por ello creemos que resulta fundamental diseñar nuevos escenarios de aprendizaje como pisos de convivencia, encaminados al desarrollo de habilidades para una vida más independiente y se precisan nuevos perfiles de apoyo como los mediadores estudiantes universitarios que contribuyan a que nuestros jóvenes con discapacidad puedan vivir de la manera más autónoma posible y disfruten de la mayor calidad de vida.

Las dificultades de una persona con discapacidad tienen un origen en sus limitaciones personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que aparecen en la propia sociedad. Dentro de las dificultades, la posibilidad de de-

sarrollar una vida independiente es quizás una de las que mantiene todavía mayores lagunas.

Con este proyecto ofrecemos una posibilidad de intervención en este aspecto del desarrollo personal. Queremos contextualizarlo dentro de los cambios que se producen en la concepción de la discapacidad en general y de la discapacidad intelectual en particular. No podemos olvidarnos que las expectativas que proyectamos sobre las personas, así como la conceptualización que tenemos sobre la discapacidad, sobre sus posibilidades y proyectos, etc., influyen de un modo importante en nuestras prácticas profesionales, entre ellas las pedagógicas. Por este motivo, antes de describir nuestro proyecto, exponemos los fundamentos teóricos más importantes que nutren nuestra experiencia.

2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

A lo largo de estas líneas vamos a plantear el contexto teórico de nuestro proyecto, que tratamos de ubicar entre las principales y más recientes aportaciones en relación a la evolución que ha tenido el concepto de discapacidad intelectual, calidad de vida, autodeterminación, autonomía personal y habilidades para la vida independiente.

2.1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD INTELECTUAL

La concepción y las prácticas sociales en relación a las personas con discapacidad intelectual han variado a lo largo de la historia. El concepto de retraso mental y su tratamiento ha sufrido un cambio sustancial en los últimos años del siglo XX. Actualmente nos encontramos ante un cambio muy importante en la forma de entender la discapacidad intelectual, que ha pasa-

do de visiones deficitarias e individuales a modelos ecológicos, que entienden las necesidades de las personas desde la oferta de servicios y apoyos que se proporcionan.

El concepto de discapacidad intelectual es un concepto social que se entiende cuando se ubica en el contexto social. El concepto surge de la relación entre el modo en que una sociedad se organiza y articula y su forma de comprender las diferencias, las actitudes que manifiesta y las respuestas sociales que genera ante ello. En consecuencia, este concepto se caracteriza por ser dinámico y cambiante en la medida en que la sociedad va evolucionando (Scherenberger, 1984; Aguado, 1995).

En 1992 la Asociación Americana para el Retraso Mental (AAMR) propone una nueva definición sobre retraso mental que trata de poner fin a la discusión sobre la validez del criterio de inteligencia, de conectar la definición con algunos modelos más en desarrollo de la psicología y con otras perspectivas como la sociológica (Luckasson y cols., 1992). La nueva propuesta no sólo trata de avanzar en una nueva conceptualización sino que además desarrolla un sistema de evaluación para planificar los apoyos y servicios de acuerdo a las necesidades detectadas. Este nuevo enfoque de la AAMR se ha profundizado en años posteriores, dando lugar a un nuevo paradigma sobre discapacidad intelectual, que se concreta en la reformulación que establecen en el 2002 Luckasson y colaboradores.

2.2. CALIDAD DE VIDA

Durante los últimos años, la preocupación por el bienestar social y el interés por mejorarlo ha dado lugar al desarrollo de este concepto, objeto de estudio en la planificación de los servicios sociales. En los últimos años se han incrementado las in-

investigaciones sobre la calidad de vida de niños, adolescentes y adultos con discapacidad.

Existen una gran cantidad de definiciones acerca de lo que es la calidad de vida; hay un resumen muy interesante en Cummins (1996) y en Goode (1994). Este concepto nace como una prolongación del de normalización (Brown, 1988). La nueva concepción del retraso mental nos va llevando hacia un modelo de servicios para todos, que garanticen la calidad de vida de todo el mundo, incluidas las personas que presentan algún tipo de discapacidad.

El objetivo de todo proceso educativo y formativo debe estar enfocado a mejorar la calidad de vida de las personas a quienes se dirige. Schalock (1996) plantea que el concepto "calidad de vida" es un concepto multidimensional, formado por varias dimensiones: bienestar emocional, bienestar físico, bienestar material, relaciones interpersonales, desarrollo personal, autodeterminación, inclusión social, derechos. Entre los predictores para la calidad de vida señala factores personales (específicamente la conducta adaptativa y la autodeterminación) y otras variables del entorno, entre ellos el apoyo recibido.

Schalock (2006), al referirse a la relevancia actual del concepto, plantea que dicho concepto ofrece un marco que proporciona: a) un principio globalizador que contribuye a operacionalizar nuestra visión modificada sobre las personas con discapacidad (nociones de potencial, equidad, inclusión en la comunidad, autodeterminación y defensa de los propios derechos); b) una visión sensibilizadora que ofrece referencia y orientación desde el punto de vista del individuo, concentrándose en los factores que contribuyen a una vida de calidad; c) un marco para determinar las dimensiones de la calidad de vida y las medidas de sus

respectivos indicadores; d) un catalizador para la mejora de los sistemas y organizaciones; y e) un instrumento para el cambio organizativo y sistémico caracterizado por la provisión de apoyos individualizados, el énfasis en las conductas funcionales, el objetivo de utilizar estrategias que mejoren la calidad y la evaluación de los resultados personales.

2.3. AUTODETERMINACIÓN Y AUTONOMÍA PERSONAL

La autodeterminación es uno de los elementos centrales del concepto de calidad de vida, como ya hemos visto. Se refiere a la capacidad para actuar como el principal agente causal de la propia vida y realizar elecciones y tomar decisiones relativas a uno mismo, libre de influencias o interferencias externas indebidas (Wehmeyer, 1996).

A la hora de plantear qué componentes están relacionados con la autodeterminación, se considera que la autodeterminación es una combinación de habilidades, conocimientos y creencias que capacitan a una persona para comprometerse en una conducta autónoma, autorregulada y dirigida a meta. Para la autodeterminación es esencial la comprensión de las fuerzas y limitaciones de uno, junto con la creencia de que es capaz y efectivo. Cuando actuamos sobre las bases de estas habilidades y actitudes, las personas tienen más capacidad para tomar el control de sus vidas y asumir el papel de adultos.

La autonomía personal es uno de los componentes básicos de la autodeterminación. Podemos considerar la autonomía personal como la capacidad que tiene la persona para desarrollar una vida lo más satisfactoria e independiente posible en los entornos habituales de la comunidad. Muchas personas con discapacidad manifiestan deficiencias en habilidades de la vida diaria

que posibilitan la autonomía necesaria para obtener una mínima autosuficiencia, pero es necesario constatar si se debe a su situación personal o es consecuencia de no haberles dado la oportunidad de desplegar todas sus posibilidades en este ámbito.

Para que una persona con discapacidad logre esa autonomía es necesario que, desde el principio de su proceso educativo, los educadores tengamos muy claro el objetivo que queremos lograr: cada actividad propuesta debe tener como fin último la autonomía personal adquirida de manera responsable y proporcionando la mayor calidad de vida posible. El Proyecto Vida Independiente pone especial énfasis en este ámbito y ofrece oportunidades constantes que permiten desarrollar y generalizar la autonomía personal de las personas con discapacidad, preparándolas para llevar una vida más autónoma e independiente.

2.4. ACCESIBILIDAD Y ADAPTABILIDAD DE LOS CONTEXTOS

La accesibilidad y adaptabilidad de los contextos debe ser una condición necesaria para brindar oportunidades de participación a las personas con discapacidad, oportunidades que hay que considerarlas como derechos irrenunciables. Es necesario trabajar no sólo con las personas con discapacidad, sino también en el contexto, lo que supone redefinir y revisar actitudes y percepciones de familiares, profesionales y sociedad en general. En relación a la intervención en los contextos hay que ofrecer apoyos en los mismos, proporcionando oportunidades a las personas con discapacidad y diseñando ámbitos de participación.

La planificación de los servicios y la respuesta que la comunidad debe proporcionar a las personas con discapacidad debe tener como eje al individuo, a partir del cual se organizan las acciones. El objetivo no es crear programas y planes pensados

específicamente para personas con discapacidad sino que de lo que se trata es de planificar servicios para el conjunto de los ciudadanos, que cuenten con los soportes necesarios para, desde el marco de la comunidad, responder a las necesidades más específicas. Esta nueva perspectiva en la ordenación y planificación de los servicios está más cerca de posibilitar unas condiciones de vida normales, también para personas con discapacidad, que es la meta fundamental de nuestro proyecto “Hacia una vida independiente”.

2.5. HABILIDADES PARA LA VIDA INDEPENDIENTE

La consideración de las personas con discapacidad intelectual, como ya hemos comentado, ha evolucionado a lo largo de la historia. Uno de los aspectos más importantes del cambio al que nos referimos ha sido el proceso de normalización. Actualmente se pretende que las personas con discapacidad desempeñen el papel más normalizado posible en la sociedad. Para conseguir su total integración social es necesario que la formación en comportamiento adaptativo y la adquisición de habilidades para la vida diaria se impulsen de manera sistemática en la familia y en la escuela. Esta orientación educativa permitirá, sin duda, favorecer su integración social, sus relaciones interpersonales, su autonomía personal y su autorregulación.

Vemos imprescindible, por tanto, que desde la escuela se proporcionen los medios adecuados para que los alumnos con discapacidad adquieran las capacidades sociales necesarias para interactuar con sus compañeros de manera adecuada, para aumentar las probabilidades de éxito de su integración, para aceptar y ser aceptado por sus compañeros. También consideramos que es importante crear espacios que les permitan seguir adqui-

riendo, una vez terminada la escuela, estas habilidades y estos espacios deben ser lo más normalizados posible. Un espacio o entorno que cumple estos requisitos es el piso de vida independiente, dónde jóvenes con discapacidad comparten su vida con estudiantes universitarios de edades similares. Este piso de estudiantes tiene un objetivo prioritario: que los usuarios adquieran y generalicen habilidades para la vida diaria, habilidades sociales y habilidades para el hogar.

3. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE VIDA INDEPENDIENTE

El inicio del proyecto hay que situarlo en las Jornadas de Psicología del 2004, organizadas por la Facultad de Ciencias Humanas y de la Educación de Huesca. Dichas jornadas se centraron en la inclusión escolar y la inclusión social de las personas con discapacidad y en ellas se presentó el Proyecto Aura Hábitat (Barcelona). Fueron las declaraciones de las usuarias de dicho proyecto las que nos animaron a poner en marcha una experiencia similar en nuestra ciudad.

Analizamos las necesidades de iniciar este proyecto en Huesca, pensamos que hacerse mayor en casa de los padres es un reto difícil para todos, también para las personas con discapacidad y optamos por preguntar en primer lugar a los posibles usuarios del proyecto, los jóvenes con discapacidad. Todas sus respuestas se podrían resumir en dos razonamientos: unos decían *que tenían muchos deseos de tener su propia casa como la tienen muchos chicos de su edad*, otros se encontraban muy bien viviendo con sus padres *pero tenían ganas de demostrar al mundo que eran capaces de vivir solos y de cuidarse de sí mismos*. También preguntamos a sus familias que en muchos casos *mostraban una gran preocupación por la gran*

dependencia que veían en sus hijos y el miedo de pensar en el día en que ellos falten.

Las alternativas de vivienda, además del hogar familiar, que existían hasta el momento en nuestra ciudad para las personas con discapacidad, como eran los pisos tutelados y las residencias, si bien cumplen una misión muy importante, creemos que tienen un carácter más paliativo que formativo. Además, pensamos que la población con discapacidad es muy heterogénea y que el Proyecto Vida Independiente posee unas cualidades y características que nos parecen innovadoras y que pueden dar respuesta a un sector importante de la población con discapacidad.

El proyecto lo entendemos como una oportunidad para que jóvenes con discapacidad puedan aprender a vivir, si lo desean, de manera independiente. Partimos siempre de su voluntad, de sus intereses y de las ganas de querer aprender a ser autónomos. El proyecto, expresado de modo sintético, consiste en un piso de estudiantes, dónde viven cuatro jóvenes, dos estudiantes universitarios y dos jóvenes con discapacidad. Conviven en una vivienda de alquiler amplia y bien equipada que se encuentra situada en un barrio céntrico de la ciudad de Huesca.

3.1. OBJETIVOS

Los objetivos que se pretenden alcanzar con el proyecto “Hacia una Vida Independiente” van dirigidos no solo a los jóvenes con discapacidad, sino también a los estudiantes universitarios y a la sociedad en general. En relación a las personas que presentan algún tipo de discapacidad y que participan en el proyecto “Vida Independiente” los objetivos que pretendemos que alcancen son los siguientes:

- Adquirir y generalizar hábitos de autonomía en el hogar.
- Responsabilizarse de sus decisiones.
- Adquirir y generalizar habilidades sociales para convivir con otros compañeros/as de edades similares.
- Compartir con otros/as compañeros/as que viven en su misma ciudad actividades de ocio y tiempo libre.
- Adquirir autonomía e independencia en los desplazamientos.
- Mejorar su autoestima.

En relación a los estudiantes de Magisterio que participan en el proyecto los objetivos que nos proponemos son:

- Comprender, aceptar y respetar la diversidad humana en toda su amplitud.
- Valorar la normalización de las personas con discapacidad en todas las facetas de la vida.
- Enriquecerse de la convivencia con otras personas con capacidades diversas.

En relación con la comunidad:

- Integrar a la persona con discapacidad en la sociedad.
- Fomentar un mayor respeto, conocimiento y aceptación de las personas con discapacidad.

3.2. PARTICIPANTES EN EL PROYECTO

En el proyecto participan, como se ha indicado, dos personas con discapacidad y dos estudiantes universitarios. El papel de estos jóvenes es fundamentalmente el de mediador en la actuación del compañero/a con discapacidad. Su papel, asesorado y orientado por los coordinadores, va a ser conocer qué es capaz de hacer la persona con discapacidad por su cuenta y qué puede llegar a hacer con su ayuda, de tal forma que tendrá un papel de guía y tutor en el día a día de su compañero, respondiendo fundamentalmente a las demandas de la persona con discapacidad sin anticiparse a ellas.

3.3. COORDINACIÓN DEL PROYECTO

La coordinación de este proyecto se lleva a cabo por un equipo de profesores pertenecientes a los Departamentos de Psicología y Sociología y de Ciencias de la Educación de la Universidad de Zaragoza. Los coordinadores mantienen reuniones periódicas con las personas con discapacidad y con los estudiantes de Magisterio, con una frecuencia semanal, aunque siempre flexible, en función del desarrollo de la experiencia, del nivel de autonomía de los participantes, de las dificultades que surgen (en aprendizajes, en convivencia, en organización,...), de las habilidades que tienen los participantes para la resolución de problemas, etc.

Habitualmente se tiene una reunión semanal con todos los participantes y otra con los estudiantes universitarios. También se organizan encuentros con las personas con discapacidad, pero no tienen una frecuencia semanal; en estas reuniones indagamos si existe alguna dificultad o problemas tanto de índole relacional como de aprendizaje de algunas tareas, la valoración que tienen de la experiencia, cómo perciben que está influyendo en su desarrollo, las expectativas que tienen, etc.

Los coordinadores mantienen una relación de colaboración y una conexión muy estrecha con la Coordinadora de Asociaciones de Personas con Discapacidad de Huesca (CADIS-Huesca), que da a conocer la experiencia entre todas las asociaciones que la integran y se encargan de recoger las demandas para participar en el piso. También organiza algunas reuniones para que los coordinadores del proyecto expliquen a las personas con discapacidad y sus familiares el proyecto.

3.4. DURACIÓN DE LA CONVIVENCIA

La convivencia se ha planteado con una duración de 9 meses, es decir, todo el curso escolar. Aunque tuvimos algunas dudas al principio, sobre todo por que las escasas experiencias que había entonces solían mantener periodos más pequeños, tras una fase inicial, se ha valorado como un periodo óptimo para producir cambios importantes en los jóvenes con discapacidad.

3.5. CONTENIDOS DEL PROGRAMA

A continuación se exponen brevemente los principales contenidos que se trabajan con las personas con discapacidad:

- Adquisición y generalización de habilidades de relación interpersonal.
- Adquisición y generalización de habilidades de la vida diaria relacionadas con el vestido, el aseo personal y la alimentación.
- Desarrollo de la responsabilidad y autonomía en el desempeño de las tareas domésticas.
- Desarrollo de la capacidad de emplear el tiempo libre en compañía de personas de su misma edad.

Todas estas adquisiciones, que se han iniciado ya en el marco familiar, tienen en el nuevo contexto del piso la característica esencial de que responderán a la iniciativa personal de las personas con discapacidad. Con ello se quiere incidir en su auto-determinación. La valoración del progreso de las personas con discapacidad se lleva a cabo a través de la observación no participante, reuniones de grupo, anecdóticos, etc.

3.6. ASPECTOS ORGANIZATIVOS Y DE FUNCIONAMIENTO

Cada semana los jóvenes se distribuyen las tareas. Existen en el piso dos tipos de tareas: las que todos hacen de manera independiente (tareas personales) y las que hacen por parejas (formadas por una persona con discapacidad y un estudiante). Por ejemplo, la limpieza de la habitación es personal de cada uno, una vez que ya domina las tareas que están implícitas en esta acción.

Las tareas comunes realizadas en pareja se van turnando; para ello existe un cartel en el pasillo de la casa en el que se recogen las tareas que deben realizarse a lo largo de la semana. En dicho cartel se puede observar que cada tarea tiene asignada o a una persona del piso o a una pareja por día de la semana. Los nombres de los usuarios y las tareas se han realizado para el mural plastificadas y con fieltro de tal manera que se van cambiando de posición según semanas. Cada tarea tiene al lado la fotografía de lo que representa ya que algún usuario ha tenido dificultades de lectura.

Diariamente los jóvenes tienen que completar unas fichas personales de rutinas, en las que figura cada una de las tareas a realizar y cuándo deben realizarse. Otro instrumento que se utiliza es el registro de cumplimiento de actividades, en el que se

indica si ha realizado bien las tareas o no y si las ha hecho en el momento oportuno.

3.7. PROGRAMACIÓN DE NUEVAS HABILIDADES

La programación de los objetivos de aprendizaje individualizados y la planificación del seguimiento de los mismos se plantea a partir del nivel de desarrollo de la persona, valorado a través del CALS, que comentaremos más adelante. El CALS se complementa con el Currículo de Destrezas Adaptativas (ALCS-Gilman, G.J., Morreau, L.E., Bruininks, R.H., Anderson, J.L., Montero, D. y Unamunzaga, E. 2002). Se trata de un currículum comprensivo diseñado para facilitar la enseñanza de destrezas específicas. Es decir el CALS nos sirve para conseguir la evaluación del joven en un momento determinado y lo aplican los estudiantes universitarios con la colaboración de los coordinadores. A partir de sus resultados preparamos, con ayuda del ALCS, los objetivos específicos de enseñanza. El currículum de destrezas adaptativas ALCS nos proporciona guías para ir adquiriendo nuevas habilidades.

3.8. REUNIONES CON LOS PADRES

Se mantiene una relación estrecha con los padres a lo largo de la duración del programa. Organizamos una o dos reuniones al inicio y una reunión al final, en la que se valora el desarrollo del programa llevado a cabo. Las reuniones intermedias depende de cada caso y se han dado, en el tiempo que lleva funcionando el proyecto, varias casuísticas, desde reuniones trimestrales a otros casos en los se dan reuniones esporádicas en función de la disponibilidad de los padres (viven en otros municipios). Mantenemos, en cualquier caso, frecuentes con-

versaciones telefónicas en las que se informa del desarrollo del proyecto.

4. VALORACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARTICIPANTES EN EL PROYECTO

4.1. VALORACIÓN DE LAS HABILIDADES PARA UNA VIDA INDEPENDIENTE

Para valorar la mejora que a lo largo de un curso tienen los usuarios en el piso se pasa el Inventario de Destrezas Adaptativas (Morreau, Bruininks y Montero, 2002) al principio y al fin de la experiencia. Es un instrumento criterial que se aplica de forma individualizada y que consta de 800 destrezas adaptativas relativas a cuatro áreas de conocimiento: destrezas de vida personal, destrezas adaptativas de vida en el hogar, destrezas de vida en la comunidad y destrezas laborales (estas últimas no las analizamos). Se utiliza una versión adaptada de dicho inventario, utilizando únicamente aquellos ítems útiles y operativos para la experiencia.

El Inventario de Destrezas Adaptativas (CALs – adaptado) nos sirve para evaluar la situación inicial de cada joven y para diseñar objetivos de aprendizaje individualizados y hacer el seguimiento de la adquisición de los mismos. No es necesaria formación previa para poderlo cumplimentar, pero si es imprescindible que la persona que lo complete haya convivido con los jóvenes varias semanas. Los evaluadores han sido los estudiantes universitarios (con éste y con otros instrumentos de evaluación), tras un breve periodo de entrenamiento con los distintos contenidos de evaluación y contando siempre con el apoyo de los coordinadores. Pensamos que lo más adecuado es que la aplicación fuera responsabilidad de los estudiantes por la confianza que tienen con los jóvenes evaluados y por el buen conocimiento que tienen de los mismos.

Las tres áreas que se han contemplado están subdivididas en 20 módulos de destrezas específicas: socialización, comida, higiene y presencia, uso de retrete, vestido, cuidado de la salud, sexualidad, cuidado de la ropa, planificación y preparación de comidas, limpieza y organización del hogar, mantenimiento del hogar, seguridad en el hogar, ocio en el hogar, interacción social, movilidad y viajes, organización del tiempo, manejo y administración del dinero, compras, seguridad en la comunidad, ocio comunitario, participación en la comunidad. Cada uno de estos módulos incorpora un amplio abanico de conductas; los ítems de cada módulo están organizados en orden progresivo de dificultad.

El CALS es un sistema de evaluación de destrezas adaptativas y una herramienta para la planificación de programas de actuación. Como sistema de evaluación de destrezas adaptativas, el CALS puede utilizarse para determinar las destrezas específicas que un individuo ha logrado dominar o necesita dominar en entornos de relevancia. Como herramienta para la planificación de programas, el CALS puede utilizarse para determinar las necesidades de enseñanza, desarrollar objetivos de aprendizaje individualizados y hacer seguimiento del progreso de los individuos hacia la consecución de los mismos.

4.2. VALORACIÓN DE LA CALIDAD DE VIDA Y LA AUTODETERMINACIÓN

Para completar la información obtenida a través del inventario CALS, se han pasado también otras dos escalas: una sobre calidad de vida y otra sobre autodeterminación. La escala utilizada para evaluar la calidad de vida ha sido la de Schalock y Keith (1993) ya que puede administrarse a personas con discapacidad intelectual que tengan adecuadas habilidades de lenguaje receptivo y expresivo como es el caso de nuestros usuarios.

Esta escala evalúa la calidad de vida percibida por adultos con y sin discapacidad intelectual, que han de responder indicando cómo se sienten en relación a determinados lugares y personas, con el objetivo de mejorar su independencia, productividad, integración en la comunidad y satisfacción. Consta de 40 ítems divididos en 4 escalas de 10 ítems cada una:

- Competencia/productividad: satisfacción de la persona con aspectos educativos y laborales; ingresos derivados del trabajo o trabajo que contribuye a mantener a la familia; etc.
- Autodeterminación/independencia: percepción de la independencia, autonomía y posibilidad de toma de decisiones; oportunidad de ejercer el control sobre el medio social y capacidad de elección en la vida; etc.
- Satisfacción: satisfacción global de la persona con respecto a la vida en general cuando se compara con otras personas; cumplimiento de una necesidad o deseo; disfrute y diversión; etc.
- Pertenencia social/integración en la comunidad: aspectos relacionados con la participación en las mismas actividades y asociaciones de la comunidad que las personas sin discapacidad; uso de los mismos recursos; desarrollo y experiencia de contactos sociales y relaciones sociales normalizadas.

Otra evaluación complementaria del CALS es la Escala de Autodeterminación ARC de Wehmeyer (1995). Es una medida de autodeterminación diseñada como autoinforme para ser usada por adultos con discapacidad. La escala tiene dos objetivos principales: a) proporcionar a la persona con discapacidad y a las

personas que trabajan con ellos un instrumento que les ayude a identificar sus puntos fuertes y débiles en autodeterminación y b) proporcionar un instrumento para examinar las relaciones entre autodeterminación y los factores que promueven o dificultan su desarrollo.

Esta escala proporciona una medida de la autodeterminación a través del autoinforme del alumno. La escala, que define operacionalmente el marco teórico del constructo de autodeterminación según Wehmeyer, consta de 72 ítems y está dividida en cuatro secciones. Cada sección examina una dimensión de la autodeterminación: Autonomía, Autorregulación, Capacitación Psicológica y Autoconciencia. Las áreas que valora cada una de estas subescalas son las siguientes:

Autonomía:

- Grado de independencia de la persona, en relación con aspectos del cuidado personal, tareas domésticas e interacción con el ambiente.
- Capacidad de elección o de actuar en función de las preferencias, creencias, intereses y capacidades (incluye el empleo del tiempo libre, el grado de participación e interacción en la comunidad, los planes y actuaciones en relación con la etapa posterior y la expresión personal de sus preferencias).

Autorregulación:

- Resolución de problemas cognitivos interpersonales.
- Establecimiento de metas y realización de tareas.

Creencias de control y eficacia (Capacitación Psicológica):

- Indicador global del control percibido: locus de control, autoeficacia y expectativas de éxito.

Autoconciencia:

- Autoconciencia, autoaceptación, autoconfianza o autoestima: comprensión que un individuo tiene acerca de sus propias emociones, capacidades y limitaciones y el grado en que puede estar influido por otros o por sus propias motivaciones y principios.

4.3. VALORACIÓN DEL DESARROLLO DE LA EXPERIENCIA Y DE LOS RESULTADOS

El proyecto “Hacia una vida independiente” lleva ya cuatro cursos académicos de andadura, desde el curso 2005-06, y los resultados obtenidos han resultado muy positivos. Por el proyecto han pasado ya ocho usuarios y ocho estudiantes. El primer año participaron en él dos chicas con discapacidad intelectual (pertenecientes a la Asociación Down Huesca). Durante el curso 2006-07 participaron dos chicos, uno con Parálisis Cerebral (vinculado a ASPACE) y un joven con pluridiscapacidad (hipoacusia, discapacidad visual, discapacidad intelectual) perteneciente a la Asociación de Hipoacúsicos San Francisco de Sales de Huesca. En el curso 2007-08 convivieron en el piso dos jóvenes con síndrome de Down (pertenecientes a la Asociación Down Huesca). Finalmente, durante el curso 2008-09 participan una joven con discapacidad intelectual (perteneciente a la organización ATADES Huesca) y un joven con discapacidad auditiva (perteneciente a la Asociación de Hipoacúsicos San Francisco de Sales). Todas estas

organizaciones citadas pertenecen a la CADIS (Coordinadora de Asociaciones de Personas con Discapacidad de Huesca).

A lo largo de la experiencia se mantienen numerosos encuentros con los usuarios del piso, en los que se plantean conversaciones y entrevistas diversas sobre determinados aspectos de la convivencia y del desarrollo personal. Además, al final de cada periodo, se realizan una serie de entrevistas semiestructuradas de valoración, llevadas a cabo tanto con las personas con discapacidad como con los padres y con los estudiantes universitarios. En estas entrevistas se recoge información sobre el autoconcepto/autoestima, las relaciones interpersonales (frecuencia y amplitud o diversidad de relaciones), las habilidades sociales, el estado de ánimo y la autonomía personal de las personas con discapacidad.

Tanto las personas con discapacidad participantes, como así mismo los padres y los estudiantes universitarios han valorado muy positivamente la experiencia y han manifestado que se ha producido, en las personas con discapacidad, un desarrollo positivo en las variables que se les planteó en la entrevista. Destaca la consideración que tienen sobre la autonomía personal (la mayoría valoran que han mejorado mucho) y las habilidades sociales (también la mayoría ha valorado que han mejorado mucho en sus habilidades sociales). También perciben cambios importantes en el resto de las variables (autoestima, estado de ánimo y relaciones interpersonales), aunque, según sus valoraciones, la mejoría ha sido menor.

Dos de los usuarios que han pasado por el proyecto han decidido seguir con un planteamiento de vivienda similar y conviven con otras dos persona en un piso de alquiler. Ellos hacen realidad las expectativas que se mantenían sobre las oportunidades

de vida independiente. Esta experiencia abre una línea de desarrollo sobre las opciones de vivienda con apoyo para muchas personas con discapacidad. El resto de los usuarios han vuelto al domicilio familiar. Dos de ellos están pendientes de encontrar un trabajo para poder tener una autonomía económica que les permita hacer realidad sus deseos de poder vivir juntas y con otro amigo.

5. ÁMBITOS NORMATIVOS

A continuación vamos a hacer referencia a algunas normativas que están muy relacionadas con el proyecto que presentamos. En ausencia de un contenido legal de estos servicios de vivienda con apoyo, que constituye un servicio de promoción de la autonomía personal, vamos a centrarnos en algunos fundamentos normativos de estos servicios que traen su causa de las disposiciones internacionales, comunitarias y nacionales y que concretan jurídicamente el nuevo enfoque que sobre la discapacidad se ha operado en los últimos años. Esta nueva visión forma parte del modelo social de la discapacidad imperante actualmente y de la proclamación de la centralidad de la persona con discapacidad y de los derechos que le son inherentes.

5.1. CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

España ha sido una de las primeras naciones del mundo que ha ratificado la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad elaborada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Dos años más tarde, el tres de diciembre de 2008, en el día Internacional de las Personas con Discapacidad, España asume el deber de suscribirse a este nuevo instru-

mento jurídico y a promover, proteger y supervisar la aplicación de dicha Convención.

Actualmente España se ha comprometido a promover reformas normativas necesarias a fin de que el ordenamiento jurídico español se ajuste a este nuevo marco jurídico internacional y a desplegar acciones y ejecutar todas las políticas públicas relacionadas con las personas con discapacidad.

Esta Convención fue consciente de que las personas con discapacidad representan el diez por ciento de la población mundial y que constituyen uno de los grupos más vulnerables de la sociedad mundial, por lo que Naciones Unidas y todos los países que se están sumando a esta Convención han decidido asumir un tratado internacional en materia de derechos humanos para el siglo XXI.

En esta ley se reconoce que todas las personas tienen los mismos derechos y libertades y que las personas con discapacidad deben disfrutar de los mismos derechos y libertades sin discriminación ninguna, se reconoce que la discapacidad es el resultado de la relación entre la persona y las barreras que le impiden que participe en la sociedad con los demás, recordando lo que decía la Carta de Naciones Unidas.

En el artículo 3 de esta Convención se habla de respetar la independencia de las personas con discapacidad y su libertad para decidir lo que les afecta. En el artículo 18 se reconoce el derecho de estas personas a elegir su residencia y en el artículo 19 se reconoce también el derecho de las personas con discapacidad a vivir de la manera más independiente y a formar parte de la comunidad. Por eso nuestro proyecto “Vida Independiente” parte de la voluntad de sus usuarios, es a ellos a quienes preguntamos si les gustaría vivir de manera independiente y son

ellos los que toman la decisión de participar en el proyecto con el objetivo de aprender a vivir de manera independiente y de compartir esta experiencia con otros chicos de su misma edad sin discapacidad.

El artículo 3 y también el artículo 19 reconoce el derecho de todas las personas a participar plenamente en la sociedad. Gracias a este proyecto que estamos exponiendo los usuarios tienen más posibilidades de llevar una vida más normalizada, de participar en la sociedad, en una comunidad de vecinos, en las actividades que organiza anualmente el barrio, en el comercio del mismo barrio, es decir, son unos vecinos más de la comunidad y pueden participar de manera plena en todo lo que la sociedad, su barrio, su comunidad de vecinos, etc. les ofrecen.

Los artículos 3 y 9 hablan de accesibilidad, de facilitar los escenarios y diseñar los escenarios sin barreras para que estas personas puedan llegar a vivir de manera independiente. En ocasiones las barreras que hay que eliminar no solamente son físicas, sino fundamentalmente sociales. El proyecto de Vida Independiente, en línea con estos artículos, está modificando actitudes de padres y profesionales hacia esta opción de vivienda para las personas con discapacidad y está permitiendo desarrollar expectativas positivas por parte de los profesionales y sobre todo por parte de los padres hacia las personas con discapacidad, sobre sus posibilidades de llegar a vivir de manera independiente.

Las expectativas que un profesional o padre tenga hacia las personas con discapacidad son muy importantes y en ocasiones son una barrera fundamental para su desarrollo. El efecto Pigmalión se acentúa mucho más si cabe cuando trabajamos con personas con discapacidad.

Lógicamente la accesibilidad también requiere la eliminación de las barreras físicas, algo que en nuestro piso, edificio y barrio están eliminadas para permitir la máxima normalización e independencia de estas personas.

El artículo 19 también reconoce el derecho a vivir con independencia y a formar parte de la comunidad, y el artículo 28 reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho a tener una vivienda digna y el acceso a la vivienda pública. Este proyecto demuestra que los jóvenes con discapacidad pueden llegar a vivir de manera independiente, por lo que debe ser considerada esta opción de vivienda como una posibilidad más que los poderes públicos deben ofrecer a un sector de la población con discapacidad, igual que ofrecen alojamiento en residencias, en pisos tutelados, etc. Deben dar y ofrecer ayudas a las personas con discapacidad para que puedan acceder a una vivienda subvencionada o sostenida con fondos públicos.

5.2. LEY DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL

En la exposición de motivos de la ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, se especifica que el concepto de accesibilidad está en su origen muy unido al movimiento promovido por algunas organizaciones de personas con discapacidad, organismos internacionales y expertos en favor del modelo de «vida independiente», que defiende una participación más activa de estas personas en la comunidad sobre unas bases nuevas: como ciudadanos titulares de derechos; sujetos activos que ejercen el derecho a tomar decisiones sobre su propia existencia y no meros pacientes o beneficiarios de decisio-

nes ajenas; como personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales, más que personas especiales con necesidades diferentes al resto de sus conciudadanos y como ciudadanos que para atender esas necesidades demandan apoyos personales, pero también modificaciones en los entornos que erradiquen aquellos obstáculos que les impiden su plena participación. El concepto de accesibilidad universal se plantea como una condición que deben cumplir los entornos, productos y servicios para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas.

En el artículo 1 se especifica que esta ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución. Se entiende por igualdad de oportunidades, en esta normativa, la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social.

Esta ley se inspira en los principios de vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad. Así queda reflejado en el artículo 2 de la norma que hace referencia a los principios en los que se basa. Y se concretan estos principios en los siguientes términos:

- a) Vida independiente: la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su co-

munidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

- b) Normalización: el principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona.
- c) Accesibilidad universal: la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño para todos».
- d) Diseño para todos: la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible.
- e) Diálogo civil: el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad.
- f) Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, el principio en virtud del cual las actuaciones que

desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad.

De acuerdo con este principio de transversalidad, esta ley se aplicará en los siguientes ámbitos (Artículo 3): a) telecomunicaciones y sociedad de la información; b) espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) transportes; d) bienes y servicios a disposición del público, y e) relaciones con las administraciones públicas.

En esta norma también se especifican las acciones a desarrollar para potenciar la accesibilidad y evitar la discriminación. Así, en el artículo 7 se indica que las medidas contra la discriminación podrán consistir en la prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables. Por conducta de acoso se entiende toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Las exigencias de accesibilidad constituyen los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo a los principios de accesibilidad universal de diseño para todos. Finalmente, por ajuste razonable se entienden las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y

práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.

Para garantizar la igualdad de oportunidades se proponen las medidas de acción positiva (artículo 8). Se consideran medidas de acción positiva aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad. El contenido de estas medidas de acción positiva (artículo 9) podrá consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Los apoyos complementarios podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación.

En el artículo 10 se explican las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, que establecerán, para cada ámbito o área, medidas concretas para prevenir o suprimir discriminaciones, y para compensar desventajas o dificultades. Se incluirán disposiciones sobre, al menos, los siguientes aspectos:

- a) Exigencias de accesibilidad de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos y tecnologías, y de los bienes y productos utilizados en el sector o área. En particular, la supresión de barreras a las instalaciones y la adaptación de equipos e instrumentos.
- b) Condiciones más favorables en el acceso, participación y utilización de los recursos de cada ámbito o área y condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas.

- c) Apoyos complementarios, tales como ayudas económicas, tecnológicas de apoyo, servicios o tratamientos especializados y otros servicios personales. En particular, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas aumentativos y alternativos, sistemas de apoyos a la comunicación oral y lengua de signos u otros dispositivos que permitan la comunicación.
- d) La adopción de normas internas en las empresas o centros que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad.
- e) Planes y calendario para la implantación de las exigencias de accesibilidad y para el establecimiento de las condiciones más favorables y de no discriminación.
- f) Medios y recursos humanos y materiales para la promoción de la accesibilidad y la no discriminación en el ámbito de que se trate.

Estas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación se establecerán teniendo en cuenta a los diferentes tipos y grados de discapacidad que deberán orientar tanto el diseño inicial como los ajustes razonables de los entornos, productos y servicios de cada ámbito de aplicación de la ley.

5.3. LEY DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

Según la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal constituye uno de los principales retos de la política social de los países desarrollados. Nuestro proyecto es

una herramienta para desarrollar la autonomía personal de las personas con discapacidad, es un escenario que potencia enormemente esta autonomía, aportando los apoyos que cada alumno necesita. En el artículo 2 de esta ley, se exponen un conjunto de definiciones directamente relacionadas con nuestro proyecto, entre ellas habla de la Autonomía personal, de los apoyos que requiere la persona para adquirir esa autonomía personal y de las actividades de la vida diaria que son 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.

La mayoría de estas habilidades se trabajan en el proyecto Vida Independiente y otras constituyen prerrequisitos que exigimos que haya desarrollado la persona para poder acceder al proyecto. Consideramos que son conceptos que están descritos en la ley pero que sin embargo no se han desarrollado todavía lo suficiente. Nuestro proyecto demuestra que hay un sector de personas con discapacidad que pueden llegar a aprender a vivir de manera autónoma y los poderes públicos deben dar los apoyos que requieren estas personas para poder llevar este tipo de vida.

6. ALGUNAS CONCLUSIONES

Consideramos que este paso a una vida autónoma con respecto a las familias puede permitir el que posteriormente, cuando los padres y las propias personas con discapacidad lo vean conveniente, puedan iniciar el viaje hacia una vida independiente, compartiendo piso con otros amigos o viviendo solo, con los

apoyos que en cada caso sean necesarios. Este proyecto representa una oportunidad para el aprendizaje de habilidades que inciden en la autodeterminación y en las posibilidades de vida independiente y por ello supone un paso más en el desarrollo de la inclusión social de las personas con discapacidad intelectual.

La evolución en las diferentes áreas evaluadas nos permite concluir que las personas con discapacidad que han pasado por el piso están preparados para vivir de manera autónoma en un piso compartido después de haber estado un curso escolar en el piso de entrenamiento. Tan solo necesitarían el apoyo intermitente de una persona que actuaría como “mediador en el hogar”. Al principio el apoyo del mediador tendría que ser mayor, pero poco a poco se reduciría conforme van adquiriendo habilidades para desarrollar un funcionamiento cotidiano adecuado en el nuevo hogar. En cualquier caso, la frecuencia, la cualidad y la intensidad de apoyo habrá que ajustarlo a cada usuario y reducirlo en la medida en que se vayan desarrollando las habilidades y la autonomía de las personas.

Con respecto a la labor de mediación que hay que realizar en el piso para que haya un desarrollo óptimo de las habilidades instrumentales para la vida diaria, pero también para que haya una evolución positiva del autoconcepto, de la autonomía, de la competencia social, de la autodeterminación, etc., hay que señalar que es preciso definir con mayor claridad el perfil y las funciones de esa nueva figura de “mediador en el hogar”. Dicha figura podría concebirse como un nuevo perfil profesional que contribuye a desarrollar armónicamente las diferentes áreas de desarrollo que se han mencionado.

De manera similar a como ocurriera con el acceso al empleo ordinario, en el que fue preciso articular estrategias de enseñan-

za en la propia empresa e incorporar nuevos apoyos personales (preparador laboral) y se definió una nueva situación laboral denominada “empleo con apoyo”, el acceso a una vivienda (independiente del seno familiar) debe promocionarse a través de la definición de métodos de enseñanza-aprendizaje en la propia vivienda así como con la colaboración del “mediador en el hogar” (o preparador en el hogar y/o social, siguiendo la denominación establecida en el entorno laboral). Estos aspectos definen una nueva situación de vivienda para las personas con discapacidad que podemos denominar “vivienda con apoyo”.

La normativa que está vigente en nuestro país y que hemos revisado en este artículo defiende la necesidad de apoyo. Un apoyo que es necesario para que las personas con discapacidad puedan vivir de manera independiente. Habrá que esperar al desarrollo de esta legislación para ver cómo articula este apoyo para facilitar la autonomía personal y la opción a decidir en dónde quieren vivir estas personas, teniendo los servicios y las mediaciones necesarias para poder vivir, si así lo desean, de manera independiente.

Finalmente, queremos concluir señalando la necesidad de vincular esta experiencia a otras similares que se están desarrollando en el territorio nacional y también en otros países y que están permitiendo abrir una línea de actuación necesaria para que muchas personas con discapacidad puedan encontrar los apoyos y las estrategias necesarias para permitir un desarrollo más autónomo e independiente. Es necesario impulsar investigaciones conjuntas (con un número mayor de casos) y el contraste de estas experiencias innovadoras. Son temas pendientes que requieren respuestas urgentes para contribuir a que el desarrollo de esta línea de trabajo sea óptimo y eficaz. Aunque en los últimos años se ha avanzado significativamente respecto a la

inclusión de las personas con discapacidad en sus comunidades, todavía nos queda mucho por hacer hasta que experimenten una inclusión, equidad y autodeterminación completas. Experiencias como la que hemos señalado y otras nuevas que habrá que indagar son necesarias para conseguir que las personas con síndrome de Down o con otras discapacidades intelectuales alcancen una mayor calidad de vida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUADO, A. L. (1995). *Historia de las deficiencias*. Madrid: Escuela Libre Editorial.
- BROWN, R. I. (1988). *Quality of Life for handicapped people*. Londres: Croom Helm.
- CUMMIS, R. A. (1996). The domains of life satisfaction: an attempt to order chaos. *Social Indicators Research*. 38, 303-28.
- GILMAN, G.J., MORREAU, L.E., BRUININKS, R.H., ANDERSON, J.L., MONTERO, D. y UNAMUNZAGA, E (2002). *Curriculum de destrezas adaptativas (ALSC)*. Bilbao. Ediciones Mensajero, S.A.U.
- GOODE, D. A. (Ed.) (1994). *Quality of life for persons with disabilities. Internacional perspectives and issues*. Cambridge M.A: Brokline.
- LUCKASSON, R. y cols. (1992). *Mental Retardation: Definition, Clasification and Systems of Support*. Washington. AAMR (Traducción al castellano: Retraso mental: Definición, clasificación y sistemas de apoyo, 1997).
- MORREAU, L. E.; BRUININKS, R. H. y MONTERO, D. (2002). *Inventario de destrezas adaptativas (CALC)*. Bilbao: Ediciones Mensajero.

- SCHALOCK, R. I. (1996). *Quality of Life. Vol I.* Washington: AAMR.
- SCHALOCK, R. I. y KEITH, K. D. (1993). *Quality of Life Questionnaire Manual.* Worthington, Ohio: IDS Publishing Corporation.
- SCHALOCK, R. L. y VERDUGO, M. A. (2002). *Handbook on Quality of life for Human Service.* Washington. D.C: American Association on Mental Retardation.
- SCHALOCK, R. L. (2006): La calidad de vida como agente de cambio: oportunidades y retos. En M. A. Verdugo y F. B. Jordán de Urriés (Coords.): *Rompiendo inercias. Claves para avanzar. VI Jornadas Científicas de Investigación sobre Personas con Discapacidad.* Salamanca: Amarú.
- SCHERENBERGER, R. C. (1984). *Historia del retraso mental.* San Sebastián: SIIS.
- WEHMEYER, M. L. (1996). Self-determination as an educational outcome. En D. J. Sands y M. L. Wehmeyer: *Self-determination across the life span.* Baltimore: Paul H. Brookes.
- WEHMEYER, M. L. (1995). *The Arc's Self-determination Scale. Procedural guidelines.* Arlington: The Arc of the United States.

LA TUTELA JUDICIAL EN LA LEY 51/2003 DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Javier López Sánchez

Profesor Titular de Derecho Procesal

El artículo 14 CE reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna. Se recogen en este precepto diversas causas de posible discriminación de las personas, pero, entre ellas, no aparece citada la discapacidad. La circunstancia de que una persona sea discapacitada no reclama en un primer momento, la necesidad de protegerla frente a actuaciones discriminatorias, sino que apela a una actuación de promoción de la igualdad efectiva.

Así el art. 9.2 CE establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Esta actividad de promoción de la igualdad se concreta en el artículo 49 CE que ordena a los poderes públicos prestar a las personas con discapacidad la atención especializada que requieran y un amparo especial para el disfrute de sus derechos.

El desarrollo de esta política de promoción encontró inicialmente cobertura en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, que con el tiempo se fue mostrando, sin embargo, como una norma insuficiente. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, ha intentado suplir esas insuficiencias y dar cumplimiento a las exigencias de igualdad ante la ley del art. 14 CE en relación con las personas con discapacidad, garantizando la efectiva remoción de los obstáculos que impidan o dificultan la plenitud de la libertad e igualdad de los individuos —art. 9 CE— y el respecto a la dignidad de la persona, —art 10 CE—.

A tal fin, la Ley introduce unos mecanismos tutela judicial que se contemplan en esta Ley 51/2003, bajo la denominación de "medidas de defensa".

Efectivamente, la proclamación del derecho a la igualdad de oportunidades, la no discriminación y el acceso universal (en lo sucesivo utilizaremos la abreviatura IOnDAU) quedaría en una simple declaración programática si no se estableciesen mecanismos de tutela jurisdiccional que garantizaran la efectividad de tales derechos. En este punto, se hace preciso que la accesibilidad universal esté presente también en los propios mecanismos de tutela jurisdiccional.

La Ley 51/2003 contiene dos grupos de previsiones que han de ser objeto de un tratamiento separado: la creación de un sistema arbitral en materia de IOnDAU y la introducción de un bloque de medidas procesales con normas características de la lucha contra la discriminación como son la legitimación colectiva y la inversión de la carga de la prueba. Centraremos nuestra atención en estas normas de tutela judicial contenidas en sus artículos 18, 19 y 20.

Resulta llamativo que la Ley 51/2003 no precisa los órdenes jurisdiccionales en que dichas normas serán de aplicación.

La tutela civil resultará procedente respecto de las actuaciones discriminatorias que proviniesen de otros particulares o empresas, siempre que se produzca en el ámbitos de actividades enumerados en el art. 3 Ley 51/2003.

En relación con la tutela judicial en el ámbito laboral, expresamente señala el último párrafo del art. 3 Ley 51/2003 que "la garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación se regirá por lo establecido en esta ley que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación". Por lo tanto, al exigencia de no discriminación por razón de la discapacidad se integra con las normas de proscripción de todo trato discriminatorio que resulten de aplicación en el ámbito de las relaciones laborales.

En el ámbito administrativo, sus previsiones son igualmente de aplicación, al extenderse el ámbito de aplicación de la Ley 51/2003 a las "relaciones con las Administraciones públicas", según resulta de la previsión de la letra e) del art. 3 de la Ley. Las previsiones normativas de tutela judicial sólo resultarán aplicables a los procesos jurisdiccionales para la revisión de las decisiones de la Administración una vez agotada la vía del recurso administrativo.

a) El contenido de la tutela judicial. Las medidas de protección contra las represalias.

En relación con las concretas medidas que cabe adoptar, el art. 18 L 51/2003 señala que serán todas las necesarias para po-

ner fin a la violación del derecho y prevenir futuras violaciones, lo que supone que la sentencia puede concretar medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, según señala la letra c) del art.7 Ley 51/2003.

En segundo lugar, se establece en el art 18.2 L 51/2003 la posibilidad de solicitar una indemnización en concepto de los daños padecidos, excluyéndose expresamente que la misma pueda quedar limitada por un cantidad máxima que hubiese podido fijarse reglamentariamente. Al tiempo, admite también expresamente la posibilidad de instar una condena económica por daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y la gravedad del daño causado directamente.

Pero, en tercer lugar, se señala que podrán adoptarse las medidas necesarias para proteger a las personas físicas o jurídicas contra cualquier trato adverso que pudiera causársele como reacción ante la reclamación que presentase por la discriminación padecida o para exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades. Tales medidas que no son sino de protección de la persona y esfera de intereses del reclamante no pueden ser consideradas como medidas cautelares, en sentido propio. Las medidas cautelares tienen a "asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare" (art. 721 LEC). Como tales medidas cautelares, la persona con discapacidad podría solicitar el embargo preventivo de bienes de quien considera ha lesionado su derecho a la IOnDAU, para asegurar la efectividad de la condena a una cantidad dineraria, el depósito de un bien escaso que pretendiese adquirir y que no se le hubiese proporcionado por un móvil discriminatorio o por negarse a hacer en el mismo ajustes que se consideran razonables por la persona con discapacidad. Ahora bien, la po-

sibilidad de un trato adverso como represalia, fuera de actuaciones violentas que encajarían dentro de un tipo penal como coacciones o lesiones, sólo es concebible en el caso de existir una relación jurídica de prestación de servicios entre la persona con discapacidad que ha presentado la reclamación y el prestador del servicio o el suministrador de los bienes frente al que se ha presentado tal reclamación.

Las medidas de represalia podrían consistir en una modificación unilateral de las condiciones de prestación del servicio o del precio en otros contratos o relaciones existentes entre la persona con discapacidad y el demandado distintos del contrato o relación jurídica objeto del proceso por vulneración del derecho a la IOnDAU. En el ámbito laboral, la represalia podría producirse mediante una variación de las condiciones de trabajo o de lugar de prestación del mismo o de horario. En el ámbito de las relaciones administrativas, también podrían producirse mediante una variación de las condiciones de trabajo, si la persona con discapacidad fuese funcionario o estuviese contratada por la Administración en virtud de una relación laboral de índole administrativo. Podría producirse mediante la denegación de subvenciones u otras prestaciones por la Administración. Como se advierte, la adopción de medidas encaminadas a proteger la persona con discapacidad frente al trato adverso no encaja en la noción de medida cautelar.

El trato adverso o la consecuencia negativa que se adoptase como reacción ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades constituiría en sí mismo una actuación discriminatoria y procedería por tanto el ejercicio de una nueva acción encaminada a instar el cese de tal actuación y la reintegración del derecho a la igualdad de la persona discapacitada. En estos casos, sí que podría adoptarse

una medida cautelar en tanto que encaminada a garantizar la efectividad de la nueva acción que, por razón de la discriminación pudiera producirse.

Sucede que en determinadas ocasiones existe un alto índice de probabilidad de que se produzcan represalias ante la interposición de una determinada demanda a la vista del comportamiento o actitud que anteriormente hubiera desarrollado el demandado en relación con la misma u otras personas con discapacidad. Este tipo de medidas es característico del ámbito penal para la protección de la víctima de un delito frente al presunto autor del hecho delictivo cuando dadas sus características y antecedentes y las relaciones existentes con la víctima, resulte probable la comisión de un nuevo hecho delictivo.

Las medidas del artículo 18.3 L 51/2003, si bien no pueden ser consideradas medidas cautelares en relación con la tutela pretendida, constituyen una nueva categoría de medidas de protección de la persona o de la esfera patrimonial y de intereses de la persona con discapacidad. Entendemos que la inexistencia de un cauce procesal general para la adopción de las medidas de protección contra represalias no puede conducir a dejar inaplicada la previsión del art. 18.3 L 51/2003. De conformidad con lo señalado en el art. 5.1 LEC se podrá pretender de los tribunales no solo una tutela declarativa, de condena, constitutiva, ejecutiva o cautelar, sino "cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley". La denegación de una forma de tutela legalmente prevista constituiría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Admitida la procedencia de esta forma especial de tutela jurisdiccional es necesario determinar su cauce. A falta de una norma específica, deberá aplicarse la de aquellas que presenten

una cierta proximidad según una razón de analogía (art. 4 CC). Tal analogía se puede encontrar en la regulación de las medidas cautelares. Por otra parte, las represalias que pudiesen adoptarse contra el actor irían encaminadas a disuadirle de continuar el procedimiento iniciado y, por lo tanto, constituirían actuaciones orientadas de forma indirecta a frustrar la efectividad de la tutela jurisdiccional. Desde este punto de vista, si bien no constituyen propiamente medidas cautelares, mantienen con las mismas una conexión muy próxima. Ciertamente, la aplicación de las normas contenidas en los artículos 721 y ss. LEC exige una cierta adaptación a las características de las medidas que pueden instarse de los tribunales al amparo del art. 18.3 L 51/2003.

En primer lugar, la medida solicitada no tiene que ser conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse, sino a garantizar la integridad de la situación personal y jurídica de quien ha interpuesto una demanda frente a otro sujeto (Art. 726.1.1º LEC). En este punto, el carácter indeterminado de las medidas cautelares que pueden adoptarse permite que pueda solicitarse —el art. 727 LEC contiene un catálogo de medidas cautelares que pueden adoptarse "entre otras" no enumeradas e igualmente posibles— y otorgarse la medida que se considere más eficaz siempre que no pueda sustituirse por otra igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial (art. 726.1.2º LEC). Tal medida podría consistir en la prohibición al demandado de interrumpir, cesar o modificar la realización de una prestación que viniera realizando respecto de la persona con discapacidad o sus familiares (art. 727.7ª LEC). En definitiva, se trataría de ordenar o prohibir con carácter provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento, la conducta que cabría ordenar (art. 726.2 LEC) en el caso de verificarse la amenaza que se teme como represalia y

que en tal caso podría actuarse no como medida de protección, sino como condena.

En relación con estas medidas de protección, deben tener un vigencia necesariamente temporal y circunscrita a la duración del proceso principal en el que se ha ejercitado una acción para que se declare la existencia de discriminación en materia ION-DAU y para que se condena a adoptar las oportunas medidas de reparación o adecuación. Pero el riesgo que se conjura con las mismas no viene determinado por la duración del proceso, tampoco en el caso de las medidas cautelares. En el caso de las medidas cautelares, el peligro no está en la duración del proceso, sino en las actuaciones que da tiempo a realizar para frustrar la efectividad del derecho, dada la duración del proceso. Así lo señala el artículo 728 LEC en su apartado 1 al exigir a quien solicita las medidas cautelares que justifique que "podrían producirse...de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse". La acreditación del *periculum in mora* exige mostrar que es razonablemente presumible que pueden producirse actuaciones que la concreta medida solicitada puede conjurar. En el caso de las medidas de protección, deberá acreditarse la existencia de una posibilidad de influencia jurídica del demandado en el proceso principal sobre la esfera de intereses patrimoniales, personales o familiares del solicitante de la medida bien en razón de la existencia de una relación jurídica preexistente, bien de una situación de control fáctico sobre aquella esfera de intereses. No resultará superflua la acreditación de la actitud personal del demandado en el proceso principal respecto de las personas con discapacidad, para fundar la acreditación del riesgo de una represalia. También será precisa la acreditación de la apariencia de buen derecho del solicitante de la medida (art. 728.2 LEC) que, en

este caso, se concretará en la acreditación provisional e indiciaria de una situación de discriminación en materia de IOnDAC. De igual modo, la prestación de caución también parece necesaria, pues de desestimarse la acción principal, será necesario responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida pudiera causar al demandado (art. 728.3 LEC). En este punto, sería deseable *de lege ferenda* la posibilidad de que el tribunal dispensase del deber de prestar caución atendidas las circunstancias del caso, de modo semejante a como se establece en el último párrafo del art. 728.3 LEC en relación con el ejercicio de la acción de cesación para la tutela de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios.

b) La legitimación colectiva.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto la introducción en nuestro Derecho de la posibilidad de ejercicio colectivizado de las acciones que corresponde a una pluralidad de sujetos a través de la actuación de una asociación o entidad legalmente habilitada que actúa con una representatividad de los intereses de los sujetos afectados que el ordenamiento jurídico considera suficiente. Esta forma de legitimación se introdujo en primer lugar para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, en el art. 11 LEC y, más recientemente, para la defensa de los intereses difusos de los afectados por actuaciones que vulneren el derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, mediante la introducción de un nuevo artículo 11 bis LEC por obra de la Disposición Adicional 5ª.1 de la LO 3/2007, de 20 de marzo.

La posibilidad de que las conductas discriminatorias en materia de IOnDAU afecten a una pluralidad de personas discapacitadas, determinadas o no, resulta perfectamente posible, en

cuanto que el ámbito de aplicación de la Ley 51/2003 contempla sectores del tráfico comercial como las comunicaciones, el transporte y la distribución de bienes y servicios a los consumidores que se desarrollan en masa. La posibilidad de reiteración de reclamaciones de contenido muy semejante y el riesgo de pronunciamientos contradictorios aconsejan la posibilidad de introducir fórmulas de ejercicio colectivizado de las acciones de las personas con discapacidad así como los mecanismos de coordinación de la legitimación individual de las personas afectadas —que es tanto como decir de la disponibilidad sobre sus derechos y su tutela jurisdiccional— con la legitimación colectiva que cabría atribuir a personas jurídicas a las que se habilitase para la defensa de los derechos e intereses de las personas discapacitadas.

La redacción del artículo 19 Ley 51/2003 sin embargo se aleja de las fórmulas de legitimación representativa recogidas en los artículos 11 y 11 bis LEC. Tal legitimación se ostenta por las asociaciones, órganos públicos y grupos a los que se reconoce con independencia de la voluntad de los sujetos que pueden resultar beneficiados por la actuación de aquellas asociaciones, órganos públicos o grupos. Por tal motivo, en la doctrina se suele hablar de legitimación representativa (DE LA OLIVA) y no propiamente de representación, en cuanto que no requiere para su ejercicio fórmula alguna de autorización por los sujetos en cuyo interés actúa en nombre propio la asociación, órgano público o grupo.

El artículo 19 Ley 51/2003 sin embargo sólo permite actuar a las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos cuando hayan sido autorizadas por aquellas personas con discapacidad para actuar en su nombre e interés en un proceso con la finalidad de hacer efectivo su derecho a la igualdad de oportunidades. Se entiende así que la sentencia ganada en tal proceso sólo extienda sus efec-

tos a las personas que autorizaron tal actuación, no así a terceros, que quedarían al margen del proceso. Tal eficacia es muy distinta a la señalada en el art. 222.3 LEC para la sentencia dictada en procesos iniciados al amparo de las fórmulas de legitimación colectiva contenidas en el art. 11 LEC.

Así las cosas, la previsión del art. 19 L 51/2003 resulta superflua y reclama *de lege ferenda* una regulación semejante a la contenida en el artículo 11 LEC así como la previsión de la posibilidad de intervención de las personas con discapacidad en los procesos iniciados para la defensa de sus derechos e intereses de forma colectivizada, de forma semejante a la regulada en el artículo 15 LEC.

c) Criterios especiales sobre prueba.

Normalmente en los ámbitos en que se introducen normas encaminadas a evitar toda forma de discriminación, suelen establecerse normas que dispensan al actor de probar el carácter discriminatorio de una determinada conducta⁶⁰⁸. La razón se encuentra en que la prueba de la discriminación exige la acreditación de la diversidad de trato ante supuestos iguales y el sujeto

608 Así por ejemplo el art. 40 Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, mediante el que se llevó a cabo la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de las Directivas 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial y étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación con independencia de la religión, convicciones políticas o ideológicas, discapacidades que padeciese, edad u orientación sexual. Mediante esta norma se modificó el art. 96 LPL. También se han introducido normas sobre inversión de la carga de la prueba en el art. 13 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres y, en virtud de sus Disposiciones Adicionales Quinta y Sexta, los nuevos art. 217.5 LEC y 60.7 LRJCA.

que ha padecido la discriminación puede encontrar dificultades para probar cuál ha sido el trato dispensado en otros casos. Por tal motivo, las normas que atienden a la garantía del principio de igualdad suelen establecer, en los procesos por discriminación, que corresponderá al demandado probar que, en tales casos, la diversidad de trato ha obedecido a una justificación objetiva y razonable. No obstante, aunque al demandado corresponda probar el carácter proporcionado de la diversidad de trato, para que pese sobre él tal justificación es necesario que se acredite, al menos indiciariamente, la existencia de un trato discriminatorio. Así, el TC ha venido entendiendo, en materia de discriminación en las relaciones laborales, que "el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, por el demandante el anterior resultado probatorio, sobre el demandado recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios" (STC 171/2005, de 20 de junio; en sentido parecido STC 21/1992, de 14 de febrero y 180/1994, de 20 de junio).

La Ley 51/2003 contiene una norma parecida al exigir, en su artículo 20, del demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable de la proporcionalidad de las medidas que hubiese adoptado y que el actor considera discriminatorias. Ahora bien, tal justificación deberá ofrecerse para desbaratar la apariencia de discriminación que el actor hubiera creado mediante la aportación de graves indicios de discriminación directa o indirecta por razón de la discapacidad.

La exigencia de los indicios obedece a que la realización de una actuación discriminatoria suele revestirse de una apariencia de legalidad. Por tal motivo, se permite la prueba de la discriminación por medio de indicios, de modo que la certeza del juez sobre un hecho podrá fundarse a partir de hechos interrelacionados entre sí de los que quepa extraer, según las reglas de la experiencia, la fijación de la realidad de aquel primer hecho, pues estos indicios no son sino consecuencia o vestigio de aquel. Esta prueba de un hecho por indicios es característica del proceso penal y radicalmente distinta de la presunción, pues mientras la prueba por indicios permite al juez formar su certeza sobre un hecho, la presunción eleva la probabilidad de un hecho a certeza (CARRERAS). Lo que viene a establecerse en el art. 20 L 51/2003 es que cuando se formule una pretensión por discriminación por razón de la discapacidad del actor, podrá probarse la discriminación por indicios, es decir, mediante un conjunto de hechos concomitantes con el hecho principal —la motivación discriminatoria— de tal carácter, número o virtualidad que funden la convicción del juez de que la actuación del demandado fue discriminatoria.

El demandado, frente a tales alegaciones y prueba, podrá negar la realidad de los hechos aducidos como indicios y respaldar su negación con una contraprueba de la presentada por el actor. Pero también podrá atacar el resultado probatorio que ha generado la pluralidad e interrelación de los indicios, alegando y probando otros hechos que muestren que la diferencia de trato obedeció a circunstancias razonables y que desbaraten la consecuencia lógica que se deducía de los indicios.

Así las cosas, cabe dudar de que efectivamente se establezca una alteración de la carga de la prueba, sino que más bien, vendría a establecerse la validez en los procesos civiles, laborales y

contencioso-administrativos de la prueba indiciaria para probar casos de discriminación de difícil prueba directa.

Por otra parte, la norma tampoco era estrictamente necesaria pues ya el art. 217.7 LEC señala que la aplicación de sus normas de carga de la prueba se hará siempre atendiendo a la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en el litigio.

EL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Alberto Macías Díaz
Abogado

1. INTRODUCCIÓN

No hace mucho que rige la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Dicha norma, plena de buenas intenciones, ha venido a introducir una nueva figura en el Ordenamiento jurídico español, cual es el patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

Se hace necesario en primer lugar, delimitar el ámbito objetivo y subjetivo de la Ley para, en segundo lugar, analizar la finalidad a la que está encomendada. Ante todo, resulta imprescindible distinguir entre los términos discapacidad e incapacidad, ya que ambos no hacen referencia a una misma realidad, y alguno de los supuestos recogidos en el texto legal sólo les será de aplicación a personas judicialmente incapacitadas⁶⁰⁹.

⁶⁰⁹ Es el supuesto recogido en el artículo 10 del texto de la Ley, en virtud del cual se modifican los artículos 782 y 808 del Código Civil, y que sólo resulta de aplicación a favor de personas incapacitadas judicialmente, permitiendo al testador gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor de los demás legitimarios.

La incapacitación es una institución jurídica regulada en los arts. 199 y siguientes del código Civil, que afecta al estado civil de las personas, privando al sujeto, ya sea temporal o permanentemente, total o parcialmente, de su capacidad de obrar, es decir, de su aptitud para ejercitar derechos, ya que éste debido a una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico es incapaz de gobernar su propia persona, precisando para su reconocimiento, naturalmente, de sentencia judicial.

Respecto al término discapacidad, y entrando al análisis del ámbito subjetivo de la Ley 41/2003, advierte el artículo 2.2 de la misma que, a los efectos de aplicación de ésta, únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33% o las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%.

Sobre la base de estas breves notas, podemos decir que toda persona incapacitada necesariamente tiene una discapacidad, pero no toda persona con discapacidad ha de estar incapacitada.

Respecto al ámbito objetivo de la norma, regula ésta, singularmente, la figura del patrimonio protegido en cuyo ámbito de protección centraremos el presente estudio. Porque, ¿cuál es realmente la protección ofrecida a dicho patrimonio por la Ley?; ¿por qué es un patrimonio protegido?

Grosso modo, podemos describir al patrimonio protegido como una masa patrimonial sin personalidad jurídica; formada exclusivamente por aportaciones a título gratuito; creada en virtud de un acto formal constitutivo, *inter vivos* o *mortis causa* y destinada a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario o al mantenimiento de la productividad del propio pa-

rimonio protegido (*ex art. 4 de la Ley*). Esto último, es lo que la Ley en su Exposición de Motivos denomina “**patrimonio de destino**”, que no es otra cosa que un patrimonio adscrito al desempeño de una determinada finalidad, en este caso la de atender a las necesidades de la persona con discapacidad.

También en su Exposición de Motivos, encontramos un dato interesante al objeto de averiguar qué tipo de protección ofrece la Ley al patrimonio protegido, cuando aquélla dispone que “**Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico**”.

Efectivamente, la Ley, cuando habla de protección del patrimonio protegido, lo hace desde el punto de vista de la administración del mismo y de la supervisión de esa administración, pero no lo hace, como cabría esperar, refiriendo tal protección a la responsabilidad patrimonial, es decir, aislando efectivamente dicho patrimonio a efectos del art. 1.911 del CC del resto del patrimonio del beneficiario, de forma que el mismo no respondiera de las deudas contraídas por otros menesteres que no sean, propiamente, atender a las necesidades de la persona con discapacidad.

A la luz de lo expuesto con anterioridad, podemos afirmar que nos encontramos con una iniciativa legislativa muy loable, por cuanto supone la creación de nuevas figuras protectoras para personas con discapacidad y, en otros casos, muy revolucionaria, introduciendo cambios muy significativos en instituciones de rancio abolengo⁶¹⁰; por el contrario, también resulta llamativo,

610 Tal es el caso por ejemplo de la modificación operada por el artículo 10 de la

y criticable al mismo tiempo, cómo la Ley no ha dotado de una efectiva protección y una verdadera separación a efectos patrimoniales al patrimonio protegido, resultando en este punto conservadora y profundamente desconocedora de las tendencias internacionales actuales y de la propia experiencia de otros países en temas similares, al objeto de dotar verdaderamente de un instrumento útil y protector a aquéllas personas con discapacidad.

La experiencia internacional de la que hablamos, se centra principalmente en la conocida figura del *trust*, que, aunque oriunda de Inglaterra, ha trascendido progresivamente dicho espacio para convertirse en una institución muy solicitada a nivel mundial y presente en países no sólo de corte anglosajón sino también en países de corte romanista, aunque a veces con mutaciones en su denominación, como el caso de los denominados fideicomisos presentes en los ordenamientos jurídicos de varios países latinoamericanos.

El presente trabajo pretende ofrecer alternativas para la consecución de una efectiva separación a efectos de responsabilidad patrimonial del patrimonio protegido: en primer lugar, analizando la institución del *trust* en el Derecho anglosajón y su aplicación práctica para la protección de personas con discapacidad; y, en segundo lugar, acercándonos al Ordenamiento jurídico espa-

Ley en el ámbito del Derecho de sucesiones sobre los artículos 782 y 808 del Código Civil, permitiendo al testador gravar con una sustitución fideicomisaria el tercio de legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, y atenuando, por tanto, el principio de intangibilidad de la legítima. También ha resultado de gran novedad la regulación de la denominada autotutela, permitiendo adoptar a personas capaces las disposiciones que consideren oportunas en previsión de su futura incapacitación, así como el reconocimiento del llamado mandato preventivo, al objeto de evitar que la incapacitación judicial del mandante suponga la extinción del mandato cuando éste haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación.

ñol para ver qué opciones ofrece y qué posibilidades existen para mejorar la presente situación.

2. UN ACERCAMIENTO A LA INSTITUCIÓN DEL *TRUST* EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

El *trust*⁶¹¹ es una institución que, si bien tuvo su origen en el Derecho anglosajón, actualmente se encuentra extendida no sólo a países conocidos tradicionalmente como pertenecientes al sistema del *Common Law* (de cultura jurídica anglosajona), sino también a países cuyo sistema jurídico encuentra origen en el Derecho romano y en el canónico, es decir, a países conocidos tradicionalmente como pertenecientes al sistema de *Civil Law*.

Esta figura, reconocida por su ductilidad o flexibilidad a la hora de adaptarse a diversas modalidades negociales, es utilizada para un sinnúmero de operaciones encuadrables prácticamente en cualquier rama del Ordenamiento jurídico. En este sentido, afirma VIRGOS SORIANO que “el *trust* es como un traje de sastrería que puede ajustarse a las necesidades de cualquier cliente”⁶¹².

Con fundamento en dicha flexibilidad, el *trust* ha sido utilizado para muy diversas funciones que han ido dando origen a diversas tipologías del mismo según las finalidades perseguidas y que, a su vez, han generado distintas estructuras o esquemas de funcionamiento del mismo. Por ello, existen muchos tipos de

611 Podemos traducir la palabra *trust* al castellano como confianza. En su origen, la institución hacía honor a su nombre, ya que el cumplimiento o no de lo encomendado al *trustee* quedaba a su libre discreción. Más tarde, se dotó al beneficiario de medios jurídicos para obtener del *trustee* un comportamiento adecuado al fin encomendado atenuándose, por tanto, la nota de confianza que caracterizaba a esta figura.

612 Virgós Soriano, M., *El Trust y el Derecho Español*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 25-26.

clasificaciones del *trust*: unas, que se elaboran según la finalidad del mismo (fines comerciales, de beneficencia, fines privados, etc.) y otras, que distinguen según su constitución se lleve a cabo de forma voluntaria o por imposición de la ley⁶¹³.

En una de esas ramas del Derecho donde opera esta singular figura, y más concretamente la dedicada a los denominados *trust*

613 Distingue tradicionalmente la doctrina una clasificación de los *trusts* que hace referencia a los *Express trusts*, los *Implied trusts* y los *Charitable trusts*. Los *express trusts* surgen voluntariamente, a través de una declaración expresa y unilateral del constituyente en virtud de un negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa*. En cambio, los *Implied trusts*, son establecidos por la ley con independencia de la voluntad de las partes y pueden dividirse en *resulting trusts*, basados en la existencia de una voluntad presunta del constituyente, y en *constructive trusts*, que suponen un remedio de la *Equity* dirigido a rectificar actos lícitos o perjudiciales para los legítimos titulares de un derecho. Por último, los *charitable trusts* quedan reservados para aquellos casos en los que el beneficiario del *trust* no es una persona identificable o determinada, sino un objetivo relativo al bien público. En el mismo sentido, Virgós Soriano, *El Trust*, pp.32-33, sin ánimo exhaustivo y a efectos meramente expositivos, señala las siguientes tipologías de *trusts*: *irrevocable Trust*, el tipo normal conforme al *Common Law*, donde se produce una transferencia definitiva al *Trust* en vida del constituyente; *revocable Trust*, el constituyente se reserva el poder de revocar el *Trust* durante su vida, lo que garantiza su influencia; *grantor Trust*, el constituyente aparece como beneficiario del *Trust* (atribuyéndose los intereses o una renta vitalicia, por ejemplo) y se reserva influencia sobre el mismo. Cuando es, además, un *Trust* revocable, en términos económicos puede decirse que el constituyente continúa con la propiedad material de los bienes aunque la propiedad formal pase al *trustee*; *discretionary Trust*, el beneficiario no tiene un derecho a recibir un beneficio concreto del *Trust* (una renta o un capital), sino una expectativa cuya concreción depende de una decisión que el *trustee* debe tomar de acuerdo con lo que según su criterio sea más adecuado a la luz de las finalidades del *Trust*. Responden a la imposibilidad de predecir a largo plazo cuáles serán las necesidades de los familiares u otros beneficiarios. Son, desde este punto de vista, análogos los *Spendthrift Trust* y los *Support Trust*, que sirven para proteger los intereses del beneficiario de la agresión por sus acreedores pues el beneficiario no puede transferir sus derechos en relación con el *Trust*, ni los acreedores embargarlos; *testamentary Trust*, tiene como finalidad normal el reparto del patrimonio entre los familiares del causante. Está destinado a operar sólo tras la muerte del fundador; *private purpose Trust*, se adscriben fondos patrimoniales a la consecución de fines de interés privado. Se refuerza la autonomía de los fondos y se asemejan a las fundaciones.

de familia, podemos encuadrar al denominado “*trust for the disabled*”, como modalidad que se aplica para beneficiar a las personas con discapacidad, a ancianos, a menores y a enfermos en general.

El funcionamiento básico de cualquier tipo o modalidad de *trust*, responde al siguiente esquema: su constitución tendría lugar a través de un acto, *inter vivos* o *mortis causa*, mediante el cual un sujeto, denominado “*settlor*” o fundador, transmite la propiedad sobre determinados bienes o derechos a otro, denominado “*trustee*”, con el fin de que éste los administre o gestione en favor de un tercero denominado beneficiario, o *cestui que trust*, y de un determinado fin u objetivo, que naturalmente habrá de ser siempre lícito.

En el funcionamiento del *trust* podemos distinguir unos elementos subjetivos y otros objetivos. Desde el punto de vista objetivo, el negocio constitutivo del *trust* precisa unos requisitos, a saber:

- Uno primero referente a la forma del mismo, y que por imposición de la Sección 53.1. (b) *Law of Property Act. 1925*, se refiere al caso en que la transmisión tenga por objeto un bien inmueble o un derecho sobre el mismo, en cuyo supuesto el acto constitutivo habrá de recogerse por escrito.
- Junto al negocio constitutivo se distingue el negocio dispositivo, consistente en la transmisión de un bien o derecho al *trustee*. Es necesario realizar un primer negocio dispositivo junto al negocio constitutivo para que el *trust* comience a desplegar sus efectos. Posteriormente se podrán ir haciendo sucesivas aportaciones, tanto por el propio constituyente como por terceras personas, siempre que ello se haya previsto en el negocio constitutivo.

- Un tercer requisito, es la necesidad de recoger en el negocio constitutivo la designación de una o más personas, ya sean físicas o jurídicas, como beneficiarias del *trust*.
- Es preciso que el *trust* tenga una finalidad o afectación determinada o determinable y que ésta, además, sea posible y razonablemente alcanzable.
- Por último, es preciso que el *trust* y sus estipulaciones sean siempre lícitos.

Desde un punto de vista subjetivo, las partes que intervienen en el *trust*, como ya sabemos, son el *settlor* o fundador, el *trustee* o administrador y el beneficiario. Asimismo, en aquellos *trusts* constituidos en beneficio de un fin específico, puede tener lugar la figura del guardián o protector, cuya misión es controlar la gestión y la buena administración del patrimonio por el *trustee*, pudiendo las partes acodar atribuirle la facultad para nombrarlo o destituirlo.

La característica que poníamos antes de relieve, relativa a la laxitud con la que opera la figura del *trust* en el tráfico jurídico, también se pone de manifiesto desde un punto de vista interno, es decir, en el propio funcionamiento del mismo, ya que la posibilidad de combinar las tres posiciones entre sí resultan muy amplias⁶¹⁴.

Una vez descrita la institución, se hace preciso determinar su naturaleza o, en definitiva, descifrar en términos jurídicos qué derechos se constituyen en favor del *trustee* y cuáles en favor del

614 El constituyente puede designarse a sí mismo *trustee* o beneficiario de los fondos del *trust*. Asimismo, el *trustee* puede ser uno de los beneficiarios de los fondos del *trust*.

beneficiario. Es importante dejar claro en este sentido que, una vez constituido el *trust*, y salvo algunas excepciones, el constituyente o *settlor* desaparece de la escena, desarrollándose el mismo en torno a las figuras del *trustee* y del beneficiario. Entre otros, tradicionalmente, el *trust* supone el desdoblamiento del derecho de propiedad de los bienes o derechos aportados.

Así, el *trustee* tendría una propiedad denominada legal o “legal ownership”, mientras que el beneficiario, o *cestui que trust*, mantendría una propiedad denominada equitativa o “equitable ownership”. Esta distinción, entre propiedad legal o “legal ownership” y propiedad equitativa o “equitable ownership”, se halla profundamente vinculada a la tradicional existencia de una doble jurisdicción en el Derecho inglés⁶¹⁵, de forma que la propiedad legal sería aquella reconocida por la ley estricta o *Common Law*, mientras que la propiedad equitativa tendría su origen en la rama del Derecho de equidad o *Equity*, que no era más que una rama supletoria y correctiva de la primera.

Podemos decir que el desdoblamiento del dominio responde a una distribución de las facultades del derecho de propiedad, de forma que la titularidad de los derechos sobre los bienes y su

615 En el Derecho inglés, hasta finales del siglo XIX, se distinguió la existencia de una doble jurisdicción formada, de un lado, por las decisiones de los Tribunales Reales, que fueron los unificadores de las diversas costumbres locales existentes y que daba lugar al Derecho común o *Common Law*, y cuyas resoluciones se caracterizaron por la aplicación estricta o rígida de la ley, y de otro, por los Tribunales de Cancillería, que surgen más tarde para descargar el exceso de trabajo de los primeros, y cuyas resoluciones se caracterizaban por ser equitativas y ajustarse a la justicia del caso, dando lugar a una segunda rama del Derecho, supletoria y correctora del *Common Law*, denominada *Equity*. Ambas jurisdicciones se complementaron hasta que en el siglo XIX se fusionaron con la creación de la Suprema Corte de la Judicatura. Al respecto debe consultarse la obra de Morineau, Marta, “Una Introducción al *Common law*”, 2ªA. Reimpresión, Serie Estudios Jurídicos núm. 4, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, págs.10-23.

gestión o administración, quedarían a cargo del *trustee*, mientras que el disfrute de dicho patrimonio pertenecería también a título de propiedad al beneficiario.

¿Ambos tienen un derecho real de propiedad sobre la misma cosa? Se aduce en este sentido, que el derecho de propiedad del *trustee* no sería pleno, pues, aunque la titularidad recae sobre él, su ejercicio está afecto a un determinado fin. Pero la calificación que mayores problemas presenta es la del derecho de propiedad del beneficiario. Para descifrar la naturaleza jurídica de este derecho importa conocer las acciones que el Ordenamiento jurídico en cuestión concede al beneficiario para el caso de que el *trustee* disponga indebidamente de bienes pertenecientes al *trust*.

En estos supuestos, y salvo que estemos ante terceros de buena fe, al beneficiario se le confiere una acción para el reintegro del bien o el derecho de nuevo en el patrimonio del *trust*, pero nunca en su patrimonio personal. Esto a nuestro juicio denota la existencia de un verdadero señorío por parte del beneficiario respecto a los bienes integrantes del *trust*, si bien limitado en su ejercicio a los casos en los que se produjera el supuesto descrito con anterioridad. Lo anterior, unido a la facultad de reivindicar que se atribuye al beneficiario y al carácter *erga omnes* de la misma, parecen argumentos suficientes para defender el carácter real del derecho atribuido al beneficiario del *trust*. No obstante, sería un derecho real muy limitado que englobaría únicamente dentro de la facultad de disposición, su vertiente para reivindicar la cosa o el derecho en cuestión en los términos antes expuestos, y dentro de la facultad del goce, sólo lo referido al derecho a hacer suyo los frutos de la cosa. En el polo opuesto, el *trustee* mantendría en cuanto a la facultad de disposición, el derecho a transmitir los bienes o derechos objeto del *trust* así como el derecho de gravarlos, mientras que en el ámbito del goce, mantendría el uso o

posesión de los mismos y su gestión o administración. Vemos, pues, que se trata de un esquema que no encaja bien con ninguna figura existente en nuestro Ordenamiento jurídico⁶¹⁶.

Uno de los mecanismos de protección a favor de la masa patrimonial que constituye el *trust*, es el principio de subrogación real al que quedan sometidos los bienes y derechos que lo integran. Según este principio, lo que se adquiriera con bienes o derechos pertenecientes al *trust*, pasará a formar parte del mismo y estarán investidos de los caracteres propios de éste.

Este aspecto de la subrogación real es consecuencia de una característica de la institución sometida a análisis y que aún no se ha puesto de manifiesto.

Podemos decir que es la característica más importante de la misma y la que realmente, a nuestro juicio, marca la diferencia con otro tipo de instituciones que se pretenden similares a aquélla; hablamos de la separación a efectos de responsabilidad patrimonial de la masa patrimonial constitutiva del *trust*, respecto de los acreedores del fundador, del *trustee* y del beneficiario. De esta forma, el patrimonio del *trust* sólo respondería frente a las deudas originadas con objeto de la gestión del mismo realizada por el *trustee*, en estricto cumplimiento de las finalidades impuestas en el negocio constitutivo.

616 A nuestro juicio, dicho desdoblamiento de la propiedad no sería muy diferente de lo que ocurre cuando pensamos en la situación del usufructuario frente al nudo propietario en el Ordenamiento jurídico español. No obstante, la comparación no resulta muy acertada ya que ni la figura del usufructuario ni la del nudo propietario encajan bien con la del *trustee* y la del beneficiario. No obstante, cabría otra posible configuración del usufructo *ex* artículo 467 del Código Civil, que difuminara las diferencias entre ambas instituciones. En cualquier caso, el *trust* resultaría un derecho de propiedad atípico respecto a la concepción del derecho de propiedad que impera en nuestro Ordenamiento jurídico.

Podemos observar cómo, partiendo de unas premisas simples y comunes a la gran mayoría de *trusts* existentes, la institución puede comprenderse con meridiana claridad. No obstante, y a medida que profundizamos en su contenido, vemos también que se trata de una institución compleja, no sólo desde el punto de vista de su naturaleza, sino también desde la casuística a la que se encuentra sometida en función del tipo de *trust* que estemos analizando.

En palabras de VIRGOS SORIANO, “no hay que calificar el *trust* como una figura abstracto-general unitaria, sino que hay que partir del *trust* concreto de que se trate y de su contenido; es necesario, podemos decir, “levantar el velo” de la institución para buscar en su interior”⁶¹⁷.

3. EL DENOMINADO “TRUST FOR THE DISABLED”

El *trust for the disabled* es una de las modalidades del *trust* que se crea para la protección no sólo de personas con discapacidad, sino también para las personas ancianas, menores o enfermas en general. El esquema de funcionamiento es igual al explicado con anterioridad, de forma que responde a la siguiente descripción: un sujeto, el constituyente, transmite la propiedad de un determinado bien o derecho, vía *inter vivos* o *mortis causa*, al *trustee* (que podrá ser persona física o jurídica), al objeto de que éste, con los rendimientos obtenidos de la gestión y administración del mismo, satisfaga las necesidades personales y patrimoniales de la persona con discapacidad. El *trustee* pasaría a ser el propietario legal de los bienes objeto de transmisión, pero tendría una obligación legal de destinarlos a la satisfacción de las necesida-

617 Virgós Soriano, *El Trust*, págs. 30-31.

des del beneficiario. No obstante, dichos bienes y derechos, como ya sabemos, **estarían blindados en cuanto a régimen de responsabilidad se refiere, ya que éstos no responderían en ningún caso de las deudas personales del *trustee*, así como tampoco lo harían respecto de las deudas del constituyente ni de las del propio beneficiario.**

Tan sólo responderían frente a aquéllos acreedores del *trustee* que hubiesen contratado directamente con la masa patrimonial protegida, es decir, frente a las deudas contraídas para satisfacer las necesidades del beneficiario.

El menor o discapacitado sería el beneficiario, en este caso, de los rendimientos generados con la gestión o administración del *trustee*, pero no los percibiría directamente, sino que serían utilizados por éste con el fin de satisfacer sus necesidades personales y patrimoniales.

Se dota al *trustee* de amplias potestades a la hora de gestionar o administrar el patrimonio del *trust*, pudiendo llegar éste, caso de que los mismos resulten insuficientes, a enajenarlos o gravarlos, para con el producto líquido obtenido poder satisfacer las necesidades del beneficiario.

El constituyente normalmente será un familiar (aunque, al igual que ocurre con el patrimonio protegido, puede serlo un tercero con interés legítimo) y en el negocio constitutivo nombrará asimismo a un guardián o protector (salvo que dicha función sea desempeñada por el tutor del incapaz, caso de concurrir dicha institución), cuyo cometido será velar por la buena administración del *trustee*, supervisando su tarea e informándole de cuáles son las necesidades del beneficiario en cada momento.

Normalmente el *trust* terminará con la muerte de la persona con discapacidad o cuando desaparezca la causa de discapaci-

dad, pudiendo en tales casos los bienes y derechos del *trust* formar parte de la herencia del beneficiario o, siguiendo las instrucciones de sus aportantes, ser destinados a otros fines.

4. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL *TRUST* Y EL PATRIMONIO PROTEGIDO

Si realizamos un análisis comparativo del “trust” anglosajón con la figura del patrimonio protegido que regula la ley española, podemos hallar entre otras algunas semejanzas en cuestiones nimias, desde el punto de vista de la eficacia práctica que suponen, resultando, en cambio, mayores, cualitativa y cuantitativamente, las diferencias; entre otras, las que siguen:

En primer lugar, cabe destacar que el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 41/2003, se presenta mucho más restringido que el del *trust for the disabled*. Así, como sabemos, la Ley ha graduado la afectación de la discapacidad, distinguiendo en primer lugar entre psíquica y física, y asignándoles en segundo lugar a cada una de ellas un porcentaje mínimo para poder ser de aplicación. En el caso del *trust for the disabled*, en cambio, el beneficiario puede ser una persona con discapacidad, un menor, un anciano o un enfermo, sin graduaciones de ningún tipo.

El patrimonio protegido de la ley española se nos presenta desde el punto de vista de su constitución, más rígido, ya que para ésta se precisa de documento público o resolución judicial como requisito *ad solemnitatem*. Y también las sucesivas aportaciones que se hagan en favor del beneficiario, con independencia de la cuantía, precisarían de las mismas formalidades (*ex* artículo 4 de la Ley). Hemos visto en este sentido, que la constitución del *trust*, en cambio, no está sometida a formalismo alguno, salvo la forma escrita en los casos de que se transmita un bien inmueble.

El hecho de que nuestro legislador haya optado por una forma tan rígida, dificulta enormemente, suponiendo un gran obstáculo, las aportaciones al patrimonio protegido⁶¹⁸.

También hay grandes diferencias en la administración de los bienes, ya que, si bien en el patrimonio protegido, como también en el *trust*, ésta se encomienda a un tercero (salvo los casos en que la persona con discapacidad tiene capacidad de obrar y es, asimismo, el administrador del patrimonio protegido), la amplitud de las facultades del *trustee* favorece una administración más fluida (que no por ello menos controlada), permitiendo a nuestro juicio una mejor satisfacción de los intereses de la persona con discapacidad. En cambio, en el caso del patrimonio protegido y, con carácter general (salvo cuando la persona con discapacidad tenga capacidad de obrar), el administrador precisará de autorización judicial en los mismos casos que la precisa el tutor conforme al artículo 271 del Código Civil⁶¹⁹.

En lo que a titularidad de los bienes se refiere, es importante apuntar, aunque a nuestro propósito no es tan relevante⁶²⁰, que la

618 En este sentido, el legislador podría haber optado por exigir escritura pública sólo en aquéllos casos (mínimos) en los que se realizaran aportaciones superiores a una cantidad significativa, como sucede por ejemplo con las fundaciones, al objeto de controlar la atribución de grandes cantidades de dinero, pero no en cualquier tipo de aportación, ya que la Ley dispone de otros mecanismos de fiscalización del patrimonio protegido como la función supervisora atribuida al Ministerio Fiscal.

619 Salvo que de conformidad con lo establecido en el artículo 5.3 de la Ley 41/2003, el Juez, previa solicitud del Ministerio Fiscal, que a su vez es instado por el constituyente o por el administrador, excepcione dicha autorización, en atención a la composición del patrimonio, a circunstancias personales de su beneficiario, a las necesidades derivadas de su minusvalía, a la solvencia del administrador o a cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

620 Decimos que no es tan relevante a nuestro fin en el sentido de que el hecho de que la titularidad la tenga uno u otro no es igual a que el régimen de responsabilidad

titularidad de los bienes que componen el *trust*, como sabemos, pertenece al *trustee*, o administrador, mientras que los bienes que componen el patrimonio protegido pertenecen al beneficiario.

Pero, sin duda, la diferencia más importante entre el patrimonio protegido y el *trust for the disable*, estriba en el ámbito de protección patrimonial de la masa constituida a favor de la persona con discapacidad. Es decir, en el aislamiento de esos bienes formando una masa autónoma y autosuficiente cuyo único cometido es satisfacer las necesidades de su beneficiario, que se da en el *trust*, pero no en el patrimonio protegido por la ley española.

Por eso mismo, a nuestro juicio, la figura del patrimonio protegido no ofrece una total protección a los intereses de las personas con discapacidad. Pensemos por un momento qué motiva a una persona crear un patrimonio protegido en beneficio de otra. La respuesta es clara: procurarle un sustento o asegurarle (asegurarse muchas veces uno mismo) que, “pase lo que pase”, no le faltarán los cuidados de los que precisa para sobrevivir dignamente y que podrá ser menos dependiente gracias a la autosuficiencia económica que se le ofrece.

Para lograr estos objetivos, ¿realmente hace falta trasladar la figura del *trust* a nuestro Ordenamiento jurídico?

La respuesta es que no. A la vista de lo expuesto hasta el momento, puede comprobarse que no es fácil encontrar figuras en el Ordenamiento jurídico español que cumplan la multifuncionalidad de la que está dotado el *trust*, por no decir que

de la masa de bienes y derechos que componen el patrimonio sea propio e independiente al de su titular. Esto, a nuestro propósito, es lo realmente importante y lo que verdaderamente se puede decir que es protección de un patrimonio.

no existe ninguna, que, por sí misma, supla todas las funciones de éste. Cuando se analiza la figura del *trust* y se intenta “transponerla” al Ordenamiento jurídico español, es recurrente por parte de la doctrina la alusión al negocio fiduciario como institución análoga o alternativa al *trust*, dadas las similitudes existentes entre ambos⁶²¹. En el negocio fiduciario, el fiduciante transmite la propiedad al fiduciario para la realización de un determinado fin, alcanzado el cual, el fiduciario retransmite la propiedad de nuevo al fiduciante o a un tercero, según lo convenido. Se distinguen, de un lado, un acto jurídico real, consistente en la transmisión del derecho de propiedad y, de otro, el *pactum fiduciae*, que es propiamente la finalidad que ha de cumplir el fiduciario y que, de alguna manera, limita su acción. Según la finalidad perseguida, el negocio fiduciario puede ser *cum amico* o *cum creditore*. El primero se utiliza con fines de gestión o administración, mientras que la fiducia *cum creditore* se utiliza con fines de garantía. Se reconoce siempre en esta ecuación una desproporción entre los medios empleados (transmisión de la propiedad), y la finalidad perseguida (administrar o garantizar), máxime cuando nuestro Ordenamiento cuenta con figuras afines que cumplen dichas finalidades sin que se precise transmitir para ello la propiedad (mandato, depósito, prenda, anticresis etc.).

La desproporción puesta de manifiesto entre el medio empleado y el fin perseguido, deniega en última instancia por los tribunales la apreciación de una causa válida de transmisión de la propiedad en el negocio fiduciario.

621 Dispensamos la cita de los autores que tratan la cuestión dado el abundante número de los mismos que analizan la figura del negocio fiduciario al estudiar la institución del *trust*.

El esquema funcional del negocio fiduciario, si bien muestra parecido con el del *trust*, dista mucho de suplirlo ya que, como vemos, la figura del fiduciante no es similar a la del constituyente del *trust*, así como tampoco lo son la del beneficiario y el tercero. En el *trust*, como sabemos, el beneficiario cuenta con una acción real, mientras que el tercero en el negocio fiduciario cuenta con una acción personal nacida del *pactum fiduciae*. También son diferentes desde el punto de vista del régimen de responsabilidad a que quedan sometidos en un caso los bienes y derechos del *trust*, y en otro, los bienes objetos de transmisión al fiduciario. Mientras que estos últimos se mezclarían o confundirían con el resto del patrimonio del fiduciario, los bienes y derechos del *trust* no se confundirían con los del *trustee*⁶²².

A nuestro juicio, no hace falta trasladar el esquema funcional del *trust* a nuestro Ordenamiento para mejorar la situación existente. Se trataría, más sencillamente, de buscar una fórmula en nuestro Derecho que permitiera preservar el patrimonio protegido de la agresión de los acreedores comunes del beneficiario o, cuando menos, dotarle de un estatuto especial de responsabilidad justificado por el fin al que está destinado⁶²³.

Actualmente, la introducción en nuestro Ordenamiento de un estatuto de responsabilidad autónomo chocaría con princi-

622 Más aún, pues la Ley anglosajona en estos casos dispone de una presunción a favor del patrimonio del *trust*, considerando que si hay confusión de patrimonios entre el del *trustee* y el del *trust fund*, se presume que es a favor del *trust fund*.

623 Resulta interesante en este sentido la fórmula elaborada en Cataluña en torno a los llamados "patrimonios fiduciarios", y la calificación de su naturaleza como patrimonios vinculados sin titular, si bien resulta divergente a nuestro propósito, ya que su implantación requeriría una iniciativa legislativa que creemos innecesaria. Para profundizar en dicha figura consultar, Arroyo i Amayuelas, E., "¿Y si universalizamos el *trust*, también en Cataluña?", *El Trust en el Derecho Civil*, Bosch, Barcelona 2007, págs. 475-476.

pios de Orden público como el principio de responsabilidad patrimonial universal.

En nuestro Derecho cada persona puede ser titular de un único patrimonio a efectos del art. 1.911 CC, no pudiendo ser titular de dos patrimonios con regímenes de responsabilidad distintos, pues ello supondría una quiebra del principio de la responsabilidad patrimonial universal.

No obstante lo anterior, existen supuestos en los que se excepciona la aplicación de dicho principio. En este sentido, disponen los artículos 605 a 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, entre otros supuestos, se declaran inembargables los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión arte u oficio al que se dedique el ejecutado, los bienes sacros y los dedicados al culto de religiones legalmente registradas, el salario, sueldo pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional. etc.

Más concretamente nos llama la atención el supuesto recogido en el artículo 606.1º, a tenor del cual son también bienes inembargables del ejecutado “el mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado [...]. **En general, aquellos bienes como alimentos, combustibles y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia**”.

En última instancia, la interpretación que de este extracto del artículo 606 LEC podemos hacer, puede llevarnos a pensar que el juicio del tribunal que conociera de un caso en el que pudiesen ser ejecutados los bienes constitutivos del patrimonio protegido de una persona con discapacidad o, en su caso, de una persona incapacitada, sería suficiente para otorgar de merecida

protección legal a los bienes integrantes del mismo, ya que éstos están adscritos al desempeño de una finalidad, cual es atender a la subsistencia o a las necesidades vitales para el desarrollo de una vida “normal” de su beneficiario.

No obstante lo expuesto con anterioridad, y si bien es cierto que el margen de discrecionalidad concedido al Juez en este caso es amplio, no debemos olvidar que estos supuestos de inembargabilidad suponen una excepción al derecho de ejecución de la sentencia y, por ende, al derecho a obtener la tutela judicial efectiva de aquel que ve estimada su pretensión, y como tal excepción, su aplicación ha de resultar restringida a aquellos casos que presenten identidad de razón.

Pese a la disparidad de los supuestos que se recogen en los artículos 605 a 607 LEC, existe un nexo común a todos ellos que justifica su carácter de bienes inembargables, cual es su cualidad de resultar vitales para una subsistencia digna y decorosa⁶²⁴. Desde este punto de vista, el patrimonio protegido, *per se*, no sería posible declararlo inembargable, y sólo aquellos bienes del mismo que resultaran imprescindibles para subsistir dignamente podrían escapar a la acción ejecutiva.

Sí resultaría más atractiva la idea de dotar de un privilegio como es el beneficio de excusión al patrimonio protegido, de forma que los acreedores, en primera instancia, sólo pudieran acudir a satisfacer sus deudas con el patrimonio “no protegido” de la persona con discapacidad, pese a que su realización o venta pueda resultar más dificultosa o gravosa y, en segunda ins-

624 Ver, Fernández-Ballesteros, M.A., “Bienes inembargables del ejecutado”, en Fernández-Ballesteros, M.A., Rifá Soler, J.M., Valls Gombau, J.F., (coords), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III Artículo 556 al 827, Iurgium editores, Barcelona, 2001, págs 2916-2920.

tancia, una vez agotada la primera vía, proceder contra bienes y derechos del patrimonio protegido. Esta solución salvaría las dificultades planteadas como separar la titularidad y gestión de los bienes del disfrute de los mismos, o las suscitadas por declarar inembargable el patrimonio protegido, etc.

Este planteamiento, relativo a la concesión del privilegio del beneficio de excusión al patrimonio protegido, puede resultar una vía posible para alcanzar nuestra pretensión (*ex art. 3.2 CC*), y encontraría su justificación en el propio fundamento jurídico del beneficio de excusión, la equidad⁶²⁵.

Podemos concluir que la regulación existente en España es suficiente para lograr una efectiva separación o autonomía del patrimonio protegido y que, otorgarle un estatuto de responsabilidad propio, no precisaría, por tanto, de una intervención legislativa. Es posible, a la luz de las conclusiones resultantes del presente trabajo, elaborar un modelo protector con los instrumentos de los que actualmente disponemos, y que resulte perfectamente compatible con los principios o las normas de *ius cogens* presentes en nuestro Ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO I AMAYUELAS, E., “¿Y si universalizamos el *trust*, también en Cataluña?”, *El Trust en el Derecho Civil*, Bosch, Barcelona 2007, págs. 457-492.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “El hipotecante no deudor: ¿Un fiador real cobijado por la analogía en el régimen de

625 En este sentido, Cerdeira Bravo de Mansilla, G., “El hipotecante no deudor: ¿Un fiador real cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LIX, Fascículo IV, Octubre-diciembre 2006, págs. 1729-1740.

la fianza?", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LIX, Fascículo IV, Octubre-diciembre 2006, págs. 1659-1766.

CLARET Y MARTÍ, P. , *De la Fiducia y del Trust*, Bosch, Barcelona 1946.

DE ARESPACOHAGA, J., *El Trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., "Bienes inembargables del ejecutado", en Fernández-Ballesteros, M.A., Rifá Soler, J.M., Valls Gombau, J.F., (coords), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III Artículo 556 al 827, Iurgium editores, Barcelona, 2001, págs 2916-2920.

JORDANO BAREA, J., "El negocio jurídico"; "Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario", *Escritos Jurídicos*, Vol. I y Vol. IV, Fundación El Monte, Sevilla, 2006, págs. 119-236 Vol. I y págs. 395-405 Vol. IV.

MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del Trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de Civil Law*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005.

MARTÍNEZ DÍE, R., "Algunos puntos críticos en la regulación del patrimonio especialmente protegido del discapacitado", en Nasarre Aznar, S., y Garrido Melero, M. (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs 297-306.

MORINEAU, M., *Una Introducción al Common Law*, 2ªA. Reimpresión, Serie Estudios Jurídicos núm. 4, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.

MÚÑIZ ESPADA, E., "Trust y patrimonio protegido de las personas con discapacidad", en Nasarre Aznar, S., y Garrido Me-

- lero, M. (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 283-295.
- PASTOR ÁLVAREZ, M^a., “Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas”, *Aranzadi Civil* núm. 20/2004, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 2423-2444.
- SÁNCHEZ GERVILLA, A., “El Negocio Fiduciario: la eterna disputa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 746/2008, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 12-16.
- VIRGÓS SORIANO, M., *El Trust y el Derecho Español*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

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 DISCAPACIDAD⁶²⁶

María del Mar Manzano Fernández
Profesora Titular de Derecho Civil

1. PLANTEAMIENTO

La Senadora del Grupo Parlamentario Popular Ana Padilla Camejo exigía en el debate y votación en la Comisión de Justicia del Senado, “una mejora para este sector tan sensible y al que tanto le debemos” con las enmiendas presentadas en su día en el Congreso de los Diputados por su Grupo al Proyecto de Ley de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y admi-

⁶²⁶ La presente comunicación se enmarca en el Proyecto de Investigación SEJ2007-67099/JURI, convocatoria de ayudas a proyectos de investigación de I+D 2007 (Resolución de 29 de septiembre de 2006, de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, BOE 243 de 11/10/2006), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, cuyo investigador principal es el Dr. José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

nistradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.

De las diez enmiendas presentadas al texto aprobado por el Congreso (siete del Grupo Popular, una del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unió y dos del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés) ocho han sido finalmente rechazadas y, por tanto, solamente dos incorporadas al texto inicial del Proyecto. Dicho texto —ya ley— consta de dos artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria y seis disposiciones finales, precedidos de un Preámbulo. Las enmiendas introducidas se concretan en un párrafo incorporado al Preámbulo y la Disposición final primera bis.⁶²⁷

2. OBJETIVOS Y RESULTADOS DE LA REFORMA

La sistemática de la reforma es muy sencilla, puesto que comprende dos aspectos muy concretos:

- Por un lado, la reforma de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957.
- Por otro, la de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

⁶²⁷ Tras su inicial tramitación en el Congreso de los Diputados, se aprueba el texto el 26 de noviembre de 2008. Una vez remitido al Senado y tras el debate y votación de enmiendas, la Comisión de Justicia emite dictamen y dos votos particulares. El 23 de febrero de 2009 el Senado aprueba el texto final. En la sesión plenaria del Congreso de 12 de marzo de 2009 todos los grupos parlamentarios manifiestan su intención de votar a favor de las dos enmiendas aprobadas en el Senado. La Ley se publica finalmente en el Boletín Oficial del Estado del día 26 de marzo de 2009.

2.1. RESPECTO A LA LEGISLACIÓN DEL REGISTRO CIVIL

2.1.1. Los obstáculos de la Legislación del Registro Civil en esta materia

Podemos decir que la reforma de la Ley del Registro Civil ha sido la causa fundamental de esta Ley.

Dice ALBALADEJO que la norma jurídica positiva tiene como fin ordenar la convivencia de la Comunidad. Reglamentar esta convivencia y, en la materia que nos ocupa, regular en definitiva la realidad social del incapacitado y del discapacitado requiere un conocimiento real de sus problemas y sus necesidades. Sólo este conocimiento va a permitir conocer en profundidad el qué y el cómo ha de contemplar la norma jurídica positiva las necesidades de este sector de la población.

Como señala el Preámbulo de la Ley, la propia organización del Registro Civil dificulta la obtención de datos generales sobre el número y alcance de las incapacitaciones que tienen lugar en nuestro país, ya que es muy difícil obtener información sobre las personas en las que recae una sentencia de modificación de la capacidad de obrar, con el consiguiente sometimiento a tutela o curatela, si no se conoce previamente la identidad de las mismas. En la misma línea, la Diputada Sánchez Rubio, del Grupo Parlamentario Socialista, manifiesta en la Comisión de Justicia del Congreso (DS 149/2008) el problema de la dispersión que en este momento existe entre los asientos de los datos correspondientes a una misma persona y que pueden constar en distintos registros civiles municipales y la importancia de crear un instrumento que recoja toda la información de las modificaciones judiciales en la capacidad de obrar y la constitución o modificación de los organismos tutelares.

Han sido los organismos implicados en la promoción y protección de las personas con discapacidad los demandantes de las reformas necesarias para que el Registro Civil pueda actuar en este ámbito como un mecanismo fiable de publicidad que permita supervisar la efectiva aplicación de la normativa relativa a la incapacitación judicial de las personas que no pueden gobernarse por sí mismas.

En definitiva, estos han sido los objetivos de la nueva norma, norma que ha sido aprobada como no siempre ocurre con una voluntad constructiva de todos los grupos políticos que se ha traducido, entre otras cosas, en la aprobación de enmiendas transaccionales. Como señala la Diputada Socialista antes citada, *“en asuntos referidos a las personas con discapacidad todos los grupos políticos somos tendentes al pacto, al acuerdo, porque creemos que las carencias que todavía tiene este sector son tan evidentes que la sociedad en cierto modo está en deuda con ellos y debemos ponernos de acuerdo para mejorar esas situaciones y solucionarlas”*.

2.1.2. Contenido de la reforma en materia de Registro Civil

La Ley 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 y de la normativa tributaria comprende:

Artículo Primero: Modificación de la Ley 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.

Se modifican los artículos 18, 38 y 39 de la Ley del Registro Civil.

El **artículo 18** queda redactado como sigue:

“En el Registro Central se inscribirán los hechos para cuya inscripción no resulte competente ningún otro Registro y aquellos que no puedan inscribirse por concurrir circunstancias excepcionales de guerra u otras cualesquiera que impidan el funcionamiento del Registro correspondiente.

Igualmente se llevarán en el Registro Civil Central los libros formados con los duplicados de las inscripciones consulares y de las inscripciones de nacimiento practicadas en los Registros Municipales del domicilio conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 16.

También se inscribirá en el Registro Civil Central el fallecimiento de las personas de nacionalidad extranjera al servicio de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad españolas, siempre que dicho fallecimiento hubiera ocurrido durante una misión u operación fuera de España y que el sistema registral del Estado donde hubiera ocurrido el hecho no practicare la pertinente inscripción, sin perjuicio de trasladar la inscripción realizada al Registro del Estado del cual fuere nacional la persona fallecida.

Asimismo se llevarán en el Registro Central los libros formados con los duplicados de las inscripciones sobre modificaciones judiciales de la capacidad de obrar, constitución y modificación de cargos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración de presuntos incapaces o menores no sujetos a patria potestad, vigilancia o control de tales cargos y constitución de patrimonios protegidos y designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos practicadas en los distintos Registros Municipales, bajo la denominación de “Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos”.

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 circunstancias:

1. 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. El hecho cuya inscripción no pueda extenderse por no resultar en alguno de sus extremos legalmente acreditado.
3. El hecho relativo a españoles o acaecido en España que afecte al estado civil según la Ley extranjera.
4. La sentencia o resolución extranjera que afecte también al estado civil, en tanto no se obtenga el *exequátur*.
5. La sentencia o resolución canónica cuya ejecución en cuanto a efectos civiles no haya sido decretada aún por el tribunal correspondiente.
6. *La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz.*
7. Y aquellos otros hechos cuya anotación permita la Ley o el Reglamento.

En ningún caso las anotaciones constituirán la prueba que proporciona la inscripción.

El **artículo 39** queda así:

Al margen de la inscripción de nacimiento, se pondrá nota de referencia a las de matrimonio, tutela, representación y defunción del nacido. En estas inscripciones se hará constar, a su vez,

referencia a la de nacimiento. *Iguales notas de referencia se harán constar respecto de las inscripciones de la Sección IV a que se refiere el artículo 46 bis de esta Ley.*

Se añade un **nuevo artículo 46 bis** con la siguiente redacción:

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 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”.

Las inscripciones a que se refiere el párrafo precedente se practicarán en virtud de comunicación remitida de oficio, junto con testimonio bastante de la resolución recaída, por el Juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien mediante testimonio bastante de la escritura de constitución del patrimonio protegido o de designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos que el juez o el notario autorizante deberá remitir en el plazo máximo de tres días al Encargado del Registro Civil competente que lo será, respecto de las inscripciones que se hayan de practicar en la Sección IV, el del domicilio del incapacitado o beneficiario del patrimonio protegido.

La reforma del articulado de la Ley del Registro Civil se resume en los siguientes puntos:

a. Registro Civil Central: Se llevará en el Registro Civil central un libro denominado “Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos” que recoja los duplicados de las inscripciones de cualquier modificación de la capacidad de obrar de las personas, constitución de organismos tutelares, prórroga o rehabilitación de patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración de presuntos incapaces o menores, y constitución de patrimonios protegidos, así como designación y modificación de administradores de éstos (Art. 18).

Así se solucionará el problema de la dispersión de los asientos, puesto que los datos referentes a una misma persona pueden constar en distintos registros civiles municipales.

b. Inscripción por duplicado: Se incluirán en los Registros civiles municipales, por duplicado, las demandas relativas a procedimientos de modificación de capacidad y la existencia de guardador de hecho y de medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o incapaz como menciones que se anotarán en el Registro Civil con valor informativo (artículo 38). Asimismo se incluirán la constitución y modificación de organismos tutelares, prórroga y rehabilitación de patria potestad y medidas judiciales respecto de incapaces o menores no sujetos a patria potestad, documentos de autotutela y constitución de patrimonios protegidos y designación y modificación de sus administradores (artículo 46 bis 1er. Párrafo).

De este modo será posible conocer la identidad de las personas afectadas por una modificación de la capacidad de obrar y su consiguiente sometimiento a tutela, lo que propiciará conocer la realidad de las incapacidades y discapacidades en España para poner en marcha políticas de promoción y protección de este colectivo.

c. Comunicación notarial y judicial: Los jueces y los notarios tendrán la obligación de comunicar al Encargado del Registro Civil bien por comunicación remitida de oficio, bien por testimonio bastante, la constitución de un patrimonio protegido y la designación o modificación de sus administradores. Se toma como referencia el domicilio del incapacitado o beneficiario del patrimonio protegido (Art. 46 bis. 2º párrafo).

El notario, además, deberá notificar al Registro Civil del nacimiento del poderdante las escrituras de las que se deriven la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona (Art. 46 ter.).

Sin duda, de gran utilidad para el caso de incapacidad del poderdante.

2.2. EN CUANTO A LA LEY DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.2.1. Las necesidades planteadas por la Ley 41/2003

Como es conocido, la aprobación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad supuso un gran avance en nuestro Ordenamiento Jurídico. Esta mejora se fraguó, sobre todo, mediante la creación de una figura absolutamente novedosa en nuestro derecho cual es la del Patrimonio Protegido que pretendía resolver el gravísimo problema planteado por los padres, tutores u otros familiares con hijos discapacitados: ¿Qué va a ser de nuestros hijos cuando nosotros fallezcamos? La figura del patrimonio protegido venía a dar respuesta a esta cuestión por cuanto su razón de ser era precisamente la de paliar los problemas económicos que se derivan de las situaciones en las que, debido al incremento de la

esperanza de vida, los hijos con discapacidad sobreviven a sus progenitores⁶²⁸.

Sin embargo el patrimonio protegido no ha sido utilizado de la forma que se esperaba. En la sesión plenaria de 12 de marzo de 2009, en la que se aprueba el texto de esta Ley con las enmiendas del Senado de forma unánime, varios grupos parlamentarios aportan datos estadísticos: en el año 2006, 103 patrimonios; en el año 2007, 169. Muy pocos, teniendo en cuenta que existen en España aproximadamente 3.800.000 personas discapacitadas que no tienen resueltas sus carencias y necesidades.

Está claro por tanto que el espíritu de la Ley 41/2003 era loable, pero sus normas carecían de la eficacia precisa para llevarlas a cabo, al menos en este punto. Las razones de la no creación de más patrimonios protegidos hay que buscarlas en su régimen fiscal, no demasiado atractivo como para incentivar su constitución. A decir de los grupos, en la tramitación parlamentaria de esta Ley de reforma, era precisa una normativa fiscal más sencilla que contemplara todas las fases por las que un patrimonio protegido debe pasar, desde su constitución hasta su extinción. El Preámbulo de la nueva Ley así lo expresa: "...facilitar la efectiva puesta en práctica de la figura del patrimonio protegido como mecanismo de protección patrimonial de las personas con discapacidad"⁶²⁹. El objetivo es, en definitiva, que se hagan atractivos

628 Artículo 1. Objeto y régimen jurídico.:1. El objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afectión de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad.

629 A pesar de que la Ley 41 fue aprobada durante el Gobierno del Partido Popular, el diputado de este grupo Vaño Ferré como ponente del proyecto de ley, reconoce

estos patrimonios y cumplan la función para la que se han creado.

Del mismo modo, y con esta misma finalidad, destaca la mejora de la comunicación del patrimonio protegido al Ministerio Fiscal. Con la Ley 41, el domicilio de referencia para la competencia del Ministerio Fiscal —con vistas a los fines de control que se persiguen— era el del otorgamiento de la escritura pública. A pesar de que la ley no lo recogía expresamente, entendemos que así se habrá hecho. Son tan pocos los patrimonios constituidos que es complicado obtener un dato cierto. En cualquier caso, parece poco lógico tomar como referencia este domicilio cuando, como es sabido, el lugar de otorgamiento de la escritura no tiene necesariamente que ser el de residencia del interesado.

Otro punto controvertido de la Ley 41/2003 era el concepto de acto de disposición de los bienes integrados en el patrimonio protegido porque había una disparidad de criterios que en la práctica dificultaba la gestión de dichos patrimonios protegidos⁶³⁰. En este punto el Gobierno ha sido sensible a la demanda

los fallos de la ley en este aspecto en el debate de la Comisión de Justicia del Congreso celebrada el 19 de noviembre de 2008 (DS 149-2008 pág.5): “En la constitución, por ejemplo, se pretende la exención del impuesto de sucesiones y donaciones o mejorar la deducción prevista en el Art. 43.2 de la Ley de Impuesto de Sociedades, incrementando el porcentaje de la misma del 10 al 35 por ciento. En cuanto al funcionamiento, se pretende rebajar la fiscalidad en las disposiciones dentro del período de los primeros cuatro años —que hasta ahora no estaba contemplado— siempre y cuando esta disposición sea para satisfacer necesidades vitales del titular. Incluso está previsto en los referente a la extinción del patrimonio protegido que, al perder los beneficiarios la condición de persona con discapacidad, se propone que las variaciones en el patrimonio del beneficiario tengan la consideración de ganancia patrimonial, incluyéndose en la base imponible del ahorro y ser, por tanto, gravadas a un tipo impositivo del 18 por ciento”.

630 El artículo 5 de la Ley 41/2003 en su apartado segundo señala: “En los demás casos, las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el

del colectivo de personas con discapacidad intelectual manifiesta por el Cerami (Comité Español de Representantes de Minusválidos), la Federación española del sector de la discapacidad intelectual y, particularmente, la Federación española de síndrome de Down.

La Ley recoge mejoras respecto a la publicidad registral de los bienes y derechos reales sobre estos bienes integrados en patrimonios protegidos que expondremos en el contenido de la reforma. En este sentido y, enlazando con el siguiente punto, el Proyecto permitirá igualmente coordinar el conocimiento de la información entre las distintas secciones del Registro Civil y, a su vez, entre los distintos registros civiles, de la propiedad y mercantiles y también con el notariado que es el que autoriza los documentos públicos en que se recogen las disposiciones referentes a estas cuestiones.

2.2.2. Las soluciones de la Ley 1/2009, de 25 de marzo

Modificación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los [artículos 271 y 272 del Código Civil](#) o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior la autorización no es necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente.

En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881”.

Se modifican los artículos 3.3, 5.2, 7.3 y 8 de esta Ley.

Se añade al **artículo 3.3** un último párrafo con la siguiente redacción:

“Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución.

El fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente par su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado, de acuerdo con su Estatuto Orgánico”

Se añade al **artículo 5.2** un último párrafo con la siguiente redacción:

“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”

Se modifica el **artículo 7.3**, que pasa a tener la siguiente redacción:

3. *“Como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones previstas en este artículo, se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, y en la que participarán, en todo caso, el Ministerio Fiscal y*

representantes de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad.

La composición, funcionamiento y funciones de esta Comisión se determinarán reglamentariamente”

El artículo 8 queda redactado con el siguiente tenor

Constancia registral:

1. La representación legal a la que se refiere el artículo 5.7 de esta ley se hará constar en el Registro Civil, en la forma determinada por su Ley reguladora.

2. Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente, conforme a lo previsto en la legislación hipotecaria. Si el bien o derecho ya figurase inscrito con anterioridad a favor de la persona con discapacidad se hará constar su adscripción o incorporación al patrimonio protegido por medio de nota marginal.

La misma constancia registral se practicará en los respectivos Registros respecto de los restantes bienes que tengan el carácter de registrables. Si se trata de participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles que se integren en un patrimonio protegido, se notificará por el notario autorizante o por el Juez, a la gestora de los mismos o a la sociedad, su nueva cualidad.

3. Cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido se podrá exigir por quien resulte ser su titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones o notas marginales a la que se refiere el apartado anterior.

4.-La publicidad registral de los asientos a que se refiere este precepto se deberá realizar, en los términos que reglamentariamente se determinen, con pleno respeto a los derechos de la intimidad personal y familiar y a la normativa sobre protección de datos de carácter personal”.

En definitiva, se intenta resolver las dudas generadas por la aplicación de la Ley 41/2003 en cuanto a los siguientes puntos:

- a. El domicilio en función del cual se fija la competencia del Ministerio Fiscal será el del domicilio del discapacitado.
- b. Los notarios comunicarán al Ministerio Fiscal la constitución del Patrimonio Protegido y de las aportaciones posteriores.
- c. En los patrimonios protegidos no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles cuando se hagan para atender las necesidades vitales del beneficiario.
- d. La adscripción o incorporación de un inmueble al patrimonio protegido se hará constar por nota marginal.
- e. Se limita la publicidad registral de los asientos.

3. DISPOSICIONES ADICIONALES, FINALES Y TRANSITORIAS: LOS COMPROMISOS DEL GOBIERNO

En cuanto a disposiciones adicionales, finales y transitorias, la reforma consiste en lo siguiente:

- a. 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.

- b. Disposición transitoria única. Remisión al Registro Civil Central de las inscripciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley.
- c. Disposición final primera. Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar.
- d. Disposición final primera bis. Mejora del régimen fiscal de los patrimonios protegidos.
- e. Disposición final segunda. Modificaciones y desarrollos reglamentarios.
- f. Disposición final tercera. Estadísticas del Registro Civil.
- g. Disposición final cuarta. Coordinación de información sobre incapacitaciones y patrimonios protegidos.
- h. Disposición final quinta. Título competencial.
- i. Disposición final sexta. Entrada en vigor.

De este grupo de disposiciones destaca la instancia al Gobierno para que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley remita a las Cortes Generales las siguientes normas:

- Dos Proyectos de Ley: uno, de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarían a llamarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar; otro, de mejora del tratamiento fiscal de los patrimonios protegidos.
- Un Real Decreto relativo a las estadísticas del Registro Civil.

Asimismo, compromete al Ministerio de Justicia para que en el plazo de *seis* meses desde la entrada en vigor de la Ley

determine el procedimiento y fases en que se llevará a cabo el intercambio y coordinación de la información relativa a resoluciones judiciales de modificación de la capacidad y constitución de patrimonios protegidos y designación de sus representantes legales entre el Registro Civil Central y el Colegio de Registradores de la Propiedad y mercantiles, así como la forma y plazos de intercambio de información entre los citados organismos y el Consejo General del Notariado.

LA VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD EN EL DERECHO DE INFORMACIÓN ASISTENCIAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN DE CASTILLA Y LEÓN*

Jacobo B. Mateo Sanz
Profesor Titular de Derecho Civil

1. INTRODUCCIÓN

Reconoce la Constitución en su artículo 43 “el derecho a la protección de la salud”, a su vez establece que es competencia de “los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”; para todo ello, “la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.

Entre esos derechos y deberes en materia de salud, hay que hacer mención al derecho a la información y, en particu-

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Derecho Sanitario: derechos de los pacientes en relación con la salud en Castilla y León”, Ref. VA048A07. Orden EDU 1188/2007. 29 de junio, (Bocyl de 5 de julio).

lar, al de información asistencial, que es el que aquí se va a tratar⁶³¹.

Podría entenderse que ese derecho a la información asistencial, además de en el mencionado artículo 43 de la Constitución, encuentra su fundamento “en los principios de autodeterminación de la persona y de respeto a su libertad personal y de conciencia, de forma tal que su base constitucional enlazaría con el propio reconocimiento de la dignidad de la persona contemplado en el artículo 10.1 de la CE, de manera tal que la información proporcionada a través del conocimiento de los riesgos y alternativas terapéuticas permita al enfermo optar entre las diversas posibilidades que se presenten de acuerdo con sus propios intereses”⁶³².

Una correcta información asistencial permite que el individuo —el paciente en este caso— pueda actuar con autonomía a la hora de decidir en lo relativo a su salud⁶³³. La promoción de esa

631 Tal y como se deduce del objeto principal de esta comunicación —la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León—, el derecho a la información comprende: la información asistencial, la información sanitaria y la información epidemiológica. En opinión de ABEL LLUCH, la información puede ser: clínica, asistencial, sanitaria, epidemiológica y terapéutica (“El derecho de información del paciente como presupuesto del consentimiento informado. Su régimen jurídico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”; en Abel Lluch, Xavier [dir.], *El Juez ante la investigación biomédica. Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 10, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 35 a 39).

632 STSJ de Cataluña de 24 de julio de 2003. Sala de lo Contencioso-Administrativo. P.: Berberoff Ayuda (FD. 6º, pfo. 2º). Responsabilidad de la administración sanitaria: ausencia de consentimiento informado en extracción endoscópica de cálculo renal. *Diario La Ley*, n. 5927, 2004.

633 Esa necesidad de que la persona deba estar correctamente informada como paciente, o a la hora de participar de cualquier actividad médica —de experimentación o investigación— ya se reflejó, entre otros, en el Código de Nüremberg de 1946; en la De-

autonomía ha sido objeto de una regulación básica en el ámbito del Estado, a través de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁶³⁴; si bien será 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 clínica⁶³⁵, la que regule la cuestión con más detalle, derogando, por ello, la parte de la Ley 14/1986 que regulaba esta cuestión⁶³⁶.

A su vez, en las legislaciones de las distintas Comunidades Autónomas del territorio del Estado quedará constancia, con más o menos desarrollo, del referido derecho de información asistencial⁶³⁷.

claración de Helsinki de 1964 (<<http://www.uchile.cl/bioetica/doc/nurem.htm>>); en la Declaración para la promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa de marzo de 1994; y en los artículos 5, 6.4º y 10 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España el 23 julio 1999 (BOE de 20 octubre 1999).

634 BOE de 29 de abril de 1986.

635 BOE de 15 de noviembre de 2002.

636 La derogación, por lo que aquí interesa, lo será del artículo 10, apartados 5, 6, 8, 9 y 11; y del artículo 11, apartado 4.

637 Ley Foral 10/1990, de 23 noviembre, de salud, art. 5.5 (BON de 3 de diciembre de 1990). Ley 1/1992, de 2 de julio, de creación del Servicio de Salud del Principado, art. 49.5 (BOPA de 13 de julio de 1992). Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, art. 6.1, n) (BOCA de 5 de agosto de 1994). Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia, art. 3 (BORM de 4 de agosto de 1994). Ley 2/1998, de 15 de julio, de Salud de Andalucía, art. 6.1, h) (BOJA de 4 de julio de 1998). Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, art. 4.1, d) y e) (DOCM de 19 de diciembre de 2000). Ley 21/2000, de 29 diciembre, de derechos de información concerniente a la salud y a la autonomía del paciente, y a la documentación clínica en Cataluña, arts. 2 y 3 (DOGC de 11 de enero de 2001). Ley 3/2001, de 28 mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia, arts. 7 a 9 (DOG de 8 de junio de 2001). Ley 12/2001, de 21 diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, art. 27 (BOCM de 26 de diciembre de 2001). Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, arts. 4.1, l), 8 y 9 (BOA de 19 de abril de 2002). Ley 2/2002, de 17 abril, de Salud de La Rioja, art. 11 (BOR de 23 de abril de 2002). Ley Foral 11/2002,

2. LOS DESTINATARIOS DEL DERECHO DE INFORMACIÓN ASISTENCIAL EN SUPUESTOS ESPECIALES

En el ámbito de la información asistencial, tanto la legislación estatal⁶³⁸ como la autonómica⁶³⁹, han previsto una serie de supuestos en los que terceras personas pueden ser destinatarias de la información:

- a) Si el paciente es menor de edad.

de 6 mayo, de derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, arts. 2 y 3 (*BOE* de 30 de mayo de 2002). Ley 7/2002, de 10 diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria, art. 40 (*BOC* 18 diciembre 2002). Ley 1/2003, de 28 enero, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, arts. 3, 6, 7, 11 y 12 (*DOGV* de 31 de enero de 2003). Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears, arts. 5.1,f) y 11 (*BOIB* de 22 de abril de 2003). Orden de 28 de febrero 2005, por la que se aprueba la Carta de los Derechos y de los Deberes de los Pacientes y Usuarios Sanitarios y se regula su difusión en Canarias, anexo, derechos, 2º (*BOCA* de 17 de marzo de 2005). Ley 3/2005, de 8 julio, de Información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura, arts. 4 a 7 (*DOE* de 16 de julio de 2005). Ley 8/2008, de 10 de julio, de Sanidad de Galicia, art. 9.2 (*DOG* de 24 de julio de 2008).

638 Cfr. arts. 5.2 y 3, y 9.3.a, b y c de 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 (*BOE* de 15 de noviembre de 2002).

639 Cfr.: Art. 4.1.d de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha (*DOCM* de 19 de diciembre de 2000). Art. 3.2 y 3 de la Ley 21/2000, de 29 diciembre, de derechos de información concerniente a la salud y a la autonomía del paciente, y a la documentación clínica en Cataluña (*DOGC* de 11 de enero de 2001). Art. 9.2 y 3 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón (*BOA* de 19 de abril de 2002). Art. 11.1.c de la Ley 2/2002, de 17 abril, de Salud de La Rioja (*BOR* de 23 de abril de 2002). Art.3.2 y 3 de la Ley Foral 11/2002, de 6 mayo, de derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica (*BOE* de 30 de mayo de 2002). Art. 40.8 Ley 7/2002, de 10 diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (*BOC* 18 diciembre 2002). Art. 7.2 y 3 Ley 1/2003, de 28 enero, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana (*DOGV* de 31 de enero de 2003). Art. 5.2 y 3 Ley 3/2005, de 8 julio, de Información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura (*DOE* de 16 de julio de 2005).

- b) Si está incapacitado legalmente.
- c) Si el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carece de capacidad para entender la información a causa de su estado psíquico o físico.

2.1. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL CUANDO EL PACIENTE ES MENOR DE EDAD

El artículo 18, apartado 2º, de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León, reconoce el derecho de los menores “a recibir información sobre su salud y sobre el tratamiento médico al que sean sometidos en un lenguaje adecuado a su edad, madurez y estado psicológico, y en las condiciones que reglamentariamente se determinen”.

Gana en claridad la Ley autonómica respecto de 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, pues esta última no hace referencia expresa a los menores como titulares del derecho a la información. El artículo 5.2 de la Ley 41/2002 se limita a decir que “el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”, lo que exige hacer una interpretación amplia del término “incapacidad” para incluir en este artículo a los menores de edad⁶⁴⁰.

640 Cfr.: DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre el paciente, información y documentación clínica)*. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2007 (2ª ed.), p. 244. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de los menores e incapacitados*. Tirant lo blanch. Valencia. 2005, p. 220. DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La*

Para determinar el régimen jurídico del derecho a la información de los menores de edad hemos de referirnos, necesariamente, a la capacidad para otorgar el consentimiento informado.

Como sabemos, para que el consentimiento del paciente sea válido es preciso que éste haya recibido previamente una información adecuada; por tanto, capacidad de decisión y destinatario de la información son dos cuestiones íntimamente ligadas⁶⁴¹.

La Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León manifiesta, con carácter general, un criterio favorable a la información y a la decisión de los menores en su artículo 5.1, en cuya virtud “los centros, servicios y establecimientos sometidos a la presente Ley tendrán en cuenta, en la aplicación de ésta, que: 1. Toda persona mayor de 16 años o menor emancipada ha de considerarse capacitada, en principio, para recibir información y tomar decisiones acerca de su propia salud. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, habrán de considerarse capacitados todos los menores que, a criterio del médico responsable de la asistencia, tengan las condiciones de madurez suficiente”.

En aplicación de este criterio, el artículo 28.3 de la citada Ley regula la capacidad de los pacientes menores de edad para tomar decisiones en el ámbito de la salud en función de su capacidad

protección de los derechos de la personalidad del menor de edad. Valencia. Tirant lo blanch. 2006, p. 306. BELTRÁN DE AGUIRRE, Juan Luís, “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”. *Derecho y Salud* (vol. 15, n. 1), 2007, p. 13.

641 Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz: “Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica”, en Llamas Pombo, E. (coord.), *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*. La Ley, Madrid, 2006, p. 803.

natural, dando por hecho que ésta se tiene una vez cumplidos dieciséis años u obtenida la emancipación o el beneficio de la mayor edad:

“Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, se otorgará el consentimiento por representación. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión tenida en cuenta para la toma de decisión correspondiente”.

2.1.1. Supuestos de minoría de edad

Contrastando el contenido de los dos artículos anteriores (5.1 y 28.3), de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León podríamos concluir que se plantean las siguientes situaciones:

1ª. Menores de edad emancipados o con dieciséis años cumplidos, no incapaces ni incapacitados. Prestarán el consentimiento ellos mismos, puesto que no cabe el consentimiento por representación. Se les equipara, de este modo, a los mayores de edad, siendo ellos los que recibirán la información.

2ª. Menores no emancipados, con menos de dieciséis años que son capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. Serán ellos quienes decidan y, en consecuencia, quienes reciban la información.

En consecuencia, tratándose de un menor no emancipado con menos de dieciséis años, pero capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, o de un menor de edad emancipado o con dieciséis años cumplidos, no incapaz ni incapacitado, el médico informará a los padres, tutor o curador si el menor lo autoriza, debiendo respetar la confidencialidad de su situación médica si así lo solicita, pues de otra forma vulneraría su derecho a la confidencialidad e incurriría en violación del deber de secreto profesional.

3ª. Menores no emancipados, con menos de dieciséis años que no son capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. El consentimiento habrán de prestarlo sus representantes legales, siendo ellos los destinatarios de la información; ahora bien, el precepto exige haber escuchado la opinión si tiene doce años cumplidos, para lo cual es preciso haberle informado previamente.

4ª. En cuanto al menor de edad que no ha cumplido aún doce años, entiendo que debe ser informado sobre el tratamiento médico que vaya a suministrársele en función de su edad y de las circunstancias del caso. Como dice BELTRÁN DE AGUIRRE, “la información ha de darse a los menores de 12 años, si bien obviamente se dará en términos que sean capaces de comprender (por ejemplo, en temas como el calendario vacunal o tratamientos específicos como el de leucemia a un niño de 10 años...)”⁶⁴².

Hay que tener presente que, cuando el artículo 18.2 de la Ley 8/2003 reconoce a los menores el derecho a recibir información sobre su salud y sobre el tratamiento médico a seguir, no distingue si dichos menores tienen o no doce años cumplidos, sólo dice

642 BELTRÁN DE AGUIRRE, “La capacidad del menor...”, cit, p. 13.

que la información ha de prestarse en un lenguaje adecuado a su edad, madurez y estado psicológico.

Con carácter general, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁶⁴³, titulado “Derecho a la información”, afirma que “los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo”; y, si acudimos al ámbito europeo, la Carta Europea de los derechos de los niños hospitalizados⁶⁴⁴ reconoce en el artículo 4 d) el “derecho del niño a recibir una información adaptada a su edad, su desarrollo mental, su estado afectivo y psicológico, con respecto al conjunto del tratamiento médico al que se le somete y a las perspectivas positivas que dicho tratamiento ofrece”.

Si nos detenemos en la legislación autonómica, encontramos claros ejemplos del derecho de cualquier menor a recibir información en función de su edad y de sus circunstancias personales y familiares. Así se constata en el artículo 25.2 b) de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes de Cataluña, cuando afirma que “*todos los niños y los adolescentes* tienen derecho a recibir información adecuada con relación al conjunto del tratamiento médico a que son sometidos, de acuerdo con la edad, la madurez y el estado psicológico afectivo”⁶⁴⁵; y, también, en el artículo 30.5 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares, al regular que “*todas las personas menores de edad* tienen derecho a: a) Recibir información sobre la salud en general y la propia en particular. b)

643 BOE de 17 de enero de 1996.

644 Resolución C 148/37, de 16 de junio de 1986, del Parlamento Europeo.

645 DOGC de 2 de agosto de 1995. La cursiva es mía.

Recibir información sobre el tratamiento médico al que hayan de ser sometidas, en un lenguaje adecuado a su edad, madurez y estado psicológico y afectivo”⁶⁴⁶.

Para suministrar la información en los términos que expresa la legislación, el facultativo debe tener presente que la transmisión de la información clínica dentro del consentimiento informado es un proceso global que contiene tanto elementos técnicos como aspectos relacionados con la dinámica familiar, las características particulares de los padres, el nivel educativo, los rasgos de personalidad y las diferencias étnicas y religiosas⁶⁴⁷. Y estos elementos han de valorarse para la información que se va a dar tanto a los niños como a los padres. Respecto de éstos, se ha puesto de manifiesto la necesidad de que el facultativo tenga en cuenta la limitación de la comprensión de la información por parte de los padres, sobre todo en las primeras fases de la enfermedad de su hijo, debido a una serie de factores como son el bloqueo emocional, el rechazo o defensa ante la situación, el estrés familiar, el desconocimiento de términos o conceptos y la incapacidad mental para afrontar la situación⁶⁴⁸.

646 *BOIB* de 18 de noviembre de 2006. La cursiva es mía. En el mismo sentido cfr. también: art. 10.3 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor de Andalucía (*BOJA* de 12 de mayo de 1998); art. 5 del Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, por el que se regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y se crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad de Andalucía (*BOJA* de 16 de diciembre de 2005), y art. 13 de la Ley 8/2008, de 20 de junio, de Derechos de salud de niños y adolescentes de Valencia (*DOCV* de 26 de junio de 2008).

647 Cfr. MAULEÓN GARCÍA, María Ángeles, y RAMIL FRAGA, María JOSÉfa, “Consentimiento informado en pediatría. Un estudio descriptivo”. *Cuadernos de Bioética* (vol. 9, n. 33), 1998, p. 30.

648 Cfr. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Antonio, y MARTINÓN, José María, “El consentimiento informado en pediatría. Aspectos prácticos”. *Cuadernos de Bioética* (vol. 5, n. 22), 1995, p. 190.

En algunos hospitales se utilizan elementos de apoyo a la información, destacando la utilización de información bibliográfica y la realización de dibujos/esquemas y/o fotografías⁶⁴⁹.

La persona responsable de proporcionar la información es el médico. No obstante, con frecuencia, se solicita la colaboración del personal de enfermería en el acto de informar a la familia y al niño, y de forma ocasional se recurre a otros profesionales como el trabajador social y el psicólogo⁶⁵⁰.

En definitiva, siendo el paciente un menor no maduro, la información se desenvuelve en un proceso del que forman parte el facultativo, los padres y el menor, en el que concurren elementos de índole muy diversa. La evolución del proceso informativo en estos casos puede verse claramente en el ámbito de enfermedades condicionadas genéticamente con manifestaciones más o menos precoces y que necesitan un tratamiento mantenido, como pueden ser la diabetes y la hemofilia. Durante los primeros años los padres son los que tienen que asumir la responsabilidad de la información y el tratamiento del menor. Cuando empieza a tener capacidad de comprensión, el médico ya puede explicarle con palabras adecuadas la naturaleza de la enfermedad, para que pueda reconocer los síntomas de la misma. Más tarde podrá ser instruido en la autoadministración del tratamiento. La información del médico debe, en la medida de lo posible, transmitir una sensación de normalidad con una información clara y adaptada al problema específico⁶⁵¹.

649 Cfr. MAULEÓN GARCÍA, y RAMIL FRAGA; "Consentimiento informado en pediatría...", cit., p. 27.

650 Cfr. *Ibidem*, p. 28.

651 Cfr. GARCÍA LOZANO, T., y GARCÍA BLASCO, O., "Consentimiento informado en menores: Aspectos de la pediatría y enfermería pediátrica". *Enfermería integral: Revista Científica del Colegio Oficial de A.T.S. de Valencia* (n. 65), 2003, p. 15.

2.1.2. El caso de actuación de grave riesgo

El artículo 28.3 de la Ley 8/2003, ya mencionado, introduce en su último inciso una matización: “en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión tenida en cuenta para la toma de decisión correspondiente”.

Ha de advertirse la falta de rigor jurídico del precepto al hacer alusión a “los padres”, pues el menor no emancipado puede estar sometido a tutela (art. 222.1º del C.c.) y el emancipado a curatela (art. 286.1º del C.c.)⁶⁵².

Debemos distinguir, por tanto, entre una situación médica que no entraña peligro grave para el menor y aquéllas que sí lo comportan pues, mientras que en el primer caso sólo podrá informarse a los representantes si el menor manifiesta su consentimiento expreso o tácito, en el segundo existirá un deber de informar a los representantes legales incluso en contra de la voluntad del menor, debiendo en este caso sacrificarse la intimidad del menor en aras a la protección de su salud⁶⁵³.

No cabe duda de que nos encontramos ante un supuesto de colisión entre el derecho a la intimidad y al principio de autonomía de la decisión sobre la propia salud del menor maduro, por un lado, y el derecho de los padres o del tutor de conocer la situación del menor como presupuesto necesario para ejercitar el deber de velar por su hijo o pupilo, por otro. Esta colisión de derechos la ha resuelto la Ley, en el caso de actuación de grave riesgo, a favor de los representantes legales.

652 Cfr. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *La actuación de los representantes...*, cit., p. 193.

653 Cfr. DE LAMA AYMÁ, *La protección de los derechos...*, cit., p. 307.

A este respecto, cabe citar la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona de 17 de septiembre de 2007⁶⁵⁴, que anuló el artículo 33 del Código Deontológico del Colegio de Médicos de Cataluña, cuyo texto era el siguiente: “El médico, en el caso de tratar a un paciente menor de edad y cuando lo considere con las suficientes condiciones de madurez, deberá respetar la confidencialidad hacia los padres o tutores y hacer prevaler la voluntad del menor”.

La Sentencia parte del reconocimiento del derecho a la intimidad del menor y del principio de autonomía del mismo, recogidos tanto en la legislación sobre menores —especialmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor— como en la relativa a los derechos de los pacientes; y se pregunta si estos derechos son absolutos, es decir, si operan también frente a los padres y tutores, a lo que responde negativamente: “no sería razonable un derecho absoluto a la intimidad frente a los padres sin valorar circunstancias como la edad o la madurez del menor, las situaciones concretas que han de ser objeto de información, o el riesgo que asume el menor. Por tanto, este derecho cabe entenderlo formulado esencialmente frente a terceros, y de forma relativa frente a los padres” (Fundamento de Derecho 5º).

Considera, además, que el ejercicio de la patria potestad y de la tutela, concretamente el derecho/deber de velar por los hijos o pupilos, exige, como condición necesaria, el conocimiento de la situación del menor: “La decisión del médico en el sentido de negar la información a los padres deja a éstos en una indefensión absoluta, pues les es imposible reaccionar, pedir una segunda opinión, exponer sus razones al menor o sobre todo pedir la

654 JUR 2008\70314.

intervención dirimente de quien asume esta función en caso de conflicto, que es el Juez civil de acuerdo con los artículos 154 y 158 del Código Civil. La falta de información justamente elimina ya de entrada la posibilidad de que los padres puedan garantizar que la información que recibe el menor sea veraz, o que éste ejercite su libertad de conciencia de forma que contribuya a su desarrollo integral, que son funciones que les atribuyen los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica 1/96. Pero es que, además, en los términos en que está redactado el artículo 33, el mismo juicio de madurez impide al médico informar a los padres, cuando la legislación impone su intervención necesaria incluso en el caso de que el menor sea mayor de 16 años y maduro [artículo 9.3 c de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente]” (Fundamento de Derecho 5°).

Mayores problemas plantea el supuesto del menor emancipado, pues la emancipación y el beneficio de la mayor edad extinguen la patria potestad y la tutela, respectivamente, facultándole el artículo 323 del Código civil para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor de edad, salvo en los casos que el precepto cita —todos ellos de carácter patrimonial—, para los que precisa el complemento de capacidad de sus padres o curador. No obstante, la letra del artículo 28.3 de la Ley 8/2003 es clara; el inciso para situaciones de grave riesgo se aplica tanto a los menores emancipados como a los que han cumplido dieciséis años, no incapaces ni incapacitados.

2.2. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN CUANDO EL PACIENTE ESTÁ INCAPACITADO

Según el apartado 3° del artículo 18 de la Ley 8/2003, “en los supuestos en que la capacidad se encuentre limitada, se propor-

cionará la información al representante, familiares, personas vinculadas de hecho u otras personas o instituciones determinadas por la Ley, sin perjuicio de ofrecer al paciente toda la información que permitan sus circunstancias y grado de comprensión”.

Obviamente, en este precepto se recoge el derecho a la información del incapacitado legalmente, pues habla de paciente con capacidad de obrar limitada y de representante.

En caso de que el paciente esté incapacitado legalmente, es decir, por sentencia judicial firme, la información debe prestarse al representante legal, sin perjuicio de que a aquél también se le informe en función de sus circunstancias y grado de comprensión.

Se advierte, en la letra del precepto, cómo la prevalencia del derecho a la información hace que la Ley trate de garantizar que se facilite información siempre suficiente y acomodada a las circunstancias de cada caso y de cada paciente y, aun en el supuesto de que no esté en condiciones de recibir la información por sí mismo, se tenga el derecho a que se le facilite cuanta información sea capaz de asumir⁶⁵⁵. Pero, ¿hasta dónde llega la posibilidad del incapacitado de recibir información?

Para resolver esta cuestión hemos de plantearnos previamente si es posible que el incapacitado pueda, en algún supuesto, prestar él mismo el consentimiento informado para la actividad médica.

La Ley 8/2003 no se refiere al supuesto de prestación del consentimiento informado por parte del incapacitado, con lo que

655 Cfr. GUERRERO ZAPLANA, José, “El consentimiento informado en la Ley de Castilla y León 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, (n. 1), 2003 (Septiembre), p. 111.

parece asumir la solución adoptada en el artículo 9.3.b de la Ley 41/2002, que dispone: “se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: (...) b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente”.

En virtud de lo anterior parece que, en el supuesto de los incapacitados, el consentimiento deberán prestarlo, en todo caso, los representantes legales. Sin embargo, como acertadamente sostiene SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, dada la complejidad del régimen jurídico relativo a los incapacitados no es posible mantener una afirmación tan generalizada como la recogida en el artículo 9.3.b. De ahí que sea oportuno matizarla atendiendo a distintos supuestos⁶⁵⁶.

Con esa intención de perfilar, la mencionada autora establece para el caso de la curatela lo siguiente: “El artículo 760.1 de la LEC ordena que la sentencia que declare la incapacitación determine la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Siendo este régimen el de curatela, al incapacitado se le nombra un curador, cuya función será *asistirle* para aquellos actos expresamente recogidos en la sentencia de incapacitación (art. 289 del C.c.); función de asistencia, no de representación, circunscrita fundamentalmente a la esfera patrimonial del incapacitado. Si el curador carece de toda facultad representativa con respecto al incapacitado, resulta incoherente otorgarle esta facultad con carácter general en el ámbito de las actuaciones médicas, pues no es posible entender de otro modo el hecho de que el curador

656 Cfr. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *La actuación de los representantes...*, cit., p. 188. También en “Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado en el acto médico”, en Gómez Tomillo, Manuel (dir.), *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*, Madrid, Fundación Lilly, 2008, p. 387.

hubiera de prestar el consentimiento informado en las actuaciones en el ámbito de la salud del incapacitado. Por ello, no siendo el curador un representante legal del incapacitado, hemos de entender que el apartado b) (del artículo 9.3 de la Ley 41/2002) se refiere únicamente a los incapacitados sometidos a tutela, o a patria potestad prorrogada o rehabilitada; no obstante, si el incapacitado sometido a curatela no pudiese otorgar consentimiento por su estado físico o psíquico, entraría dentro del supuesto del apartado a)''⁶⁵⁷. Apartado a) del referido artículo 9.3 de la Ley 41/2003 en el que se establece que "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 físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho".

Como puede observarse, aquí se hace alguna precisión respecto del destinatario del derecho a la información cuando se encuentra sometido a curatela. El tutor, como representante legal del incapacitado, actúa tanto en su esfera personal como en su esfera patrimonial (art. 267 del C.c.); sin embargo, el curador, como vimos, no es representante del incapacitado, limitándose su actuación a determinados actos concernientes a su esfera patrimonial (arts. 288 a 290 del C.c.). Por ello, DOMÍNGUEZ LUELMO se plantea si la información se debe proporcionar sólo al curador —que generalmente será un familiar del incapacitado—, o a las personas referidas en el artículo 5.3 de la Ley 41/2002, llegando a la conclusión de que la información en estos casos excepciona-

657 SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *La actuación de los representantes...*, cit., p. 188 y 189.

les se realizará a las personas vinculadas al paciente curatelado, por razones familiares o de hecho, sin que debamos ceñirnos a la figura del curador, en base al contenido patrimonial de los actos para los que se requiere la asistencia de éste⁶⁵⁸.

De lo anterior podrá concluirse que el curatelado puede prestar por sí mismo el consentimiento informado, y recibir por ende la información: salvo que “según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico” (*ex art. 5.3 de la Ley 41/2002*). Por el contrario, en el caso del sometido a tutela, patria potestad prorrogada o rehabilitada, prestará el consentimiento y recibirá la información —con los matices que a continuación se verán— el representante legal.

Ahora bien, negar al incapacitado, en todo caso, la prestación del consentimiento para las actuaciones en el ámbito de su salud —y la recepción de la correspondiente información— no parece tener fundamento legal que lo justifique. Y ello —entiende SÁNCHEZ-CALERO— por los siguientes motivos⁶⁵⁹:

1º. No estaría en consonancia con lo establecido en las distintas disposiciones legales que afectan al ámbito de los derechos de la personalidad: “el artículo 763.1, párrafo 1º, de la LEC («El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial»), que permite consentir a los incapacitados si están en condiciones de decidir por sí mismos, y el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho

658 Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y...*, cit., p. 253.

659 Cfr. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *La actuación de los representantes...*, cit., p. 190 y 191.

al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen («el consentimiento de menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez se lo permiten...»), que no hace distinción porque estén, o no, incapacitados legalmente”.

2°. Tampoco sería acorde con lo regulado en alguna norma que afecta al ámbito de la sanidad: “el artículo 9.1.d) del RD 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos («no podrá realizarse la extracción de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento en la forma indicada...»); que tampoco hace distinción porque estén, o no, incapacitados legalmente”⁶⁶⁰.

3°. No concordaría con lo dispuesto en el artículo 162.2.1° del Código civil —precepto que la doctrina considera aplicable a los menores sometidos a tutela y a los incapacitados— ni con el sistema de graduación de la incapacitación recogido en nuestro ordenamiento. Ya que la interpretación que lleva a negar al incapacitado la posibilidad de consentir “carece de todo fundamento,

660 Refiere SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, (*La actuación de los representantes...*, cit., p. 191), como justificación de su postura, otras normas legales: el artículo 7.1, párrafo 2°, del RD 411/1996, de 1 de marzo, regulador de las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos («no podrán extraerse tejidos humanos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento en la forma indicada»), y el artículo 7.3 del RD 1854/1993, de 22 de octubre, por el que se determinan con carácter general los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los bancos de sangre («El donante deberá firmar un documento en el que deje constancia clara de que ha comprendido los motivos que excluyen de donar y de que éstos no le afectan, así como su conformidad para efectuar la donación»). Ambas han sido derogadas.

siendo necesaria una interpretación a la luz del artículo 162 CC, de tal forma que se respeten los derechos de la personalidad de las personas incapacitadas. Además, deberá tenerse en cuenta, en todo caso, el alcance de la sentencia de incapacitación, esto es, no cabe entender que la incapacitación con sometimiento a tutela implica la pérdida de la posibilidad del ejercicio de los derechos de la personalidad del incapacitado salvo que la sentencia de incapacitación diga lo contrario⁶⁶¹.

Cabe pensar, con CERVILLA GARZÓN, que el régimen establecido para los menores, que se apoya en la madurez del sujeto, “aunque no está expresamente previsto (probablemente por un olvido del autor de la ley), es aplicable para el incapacitado por sentencia judicial firme, en función del grado de incapacitación o capacidad de discernimiento del sujeto”⁶⁶².

Esta es la línea seguida por el artículo 6.1, b), párrafo 2º, de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Galicia, según el cual, si el paciente es un incapacitado legalmente, la decisión corresponde al representante legal, pero matiza que “cuando a criterio del médico responsable, el incapacitado reúne suficientes condiciones de madurez, le facilitará la información adecuada a su capacidad. La opinión de éste será tomada en consideración como un factor

661 ROMEO MALANDA, Sergio, “Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes”, *La Ley*, (n. 1), 2003, p. 1528. En el mismo sentido, cfr. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “El consentimiento informado y capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, (Vol. 5), 2004, pp. 280 y 281.

662 CERVILLA GARZÓN, María Dolores, “Comentario a 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”, *Actualidad Civil*, (n. 12), 2003, (17 al 23 de marzo), p. 320.

que será tanto más determinante en función de su capacidad”, puntualización correcta en la medida en que respeta el contenido del artículo 267 del Código civil, pues dicho precepto excluye de la representación del tutor los actos que el incapacitado pueda realizar por sí solo⁶⁶³.

En definitiva, a la vista de las anteriores consideraciones, parece que lo más lógico es considerar que los representantes legales serán los destinatarios de la información en los supuestos de personas incapacitadas, que estén imposibilitadas, por la sentencia de incapacitación, para prestar consentimiento. Y, en el supuesto de que la sentencia no lo determine, podrá el incapacitado recibir información para aquellas actuaciones, del ámbito de su salud de las que, atendiendo al criterio del médico que le asiste, pueda comprender su alcance⁶⁶⁴.

2.3. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN CUANDO EL PACIENTE CARECE DE CAPACIDAD PARA ENTENDER LA INFORMACIÓN A CAUSA DE SU ESTADO PSÍQUICO O FÍSICO

El artículo 5.3 de la Ley 41/2002, relativo al titular del derecho a la información, dispone que “cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

663 Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, “La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, *Revista Española de Drogodependencias*, (n. 4), 2003, p. 397.

664 Cfr. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS; *La actuación de los representantes...*, cit., pp. 191 y 192.

Correlativamente el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, en relación al consentimiento informado, sostiene que “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”.

Aun cuando estos preceptos hablan de paciente que “carezca de capacidad” o que “no sea capaz”, hemos de entender que el legislador no está aludiendo aquí a supuestos de falta de capacidad en sentido jurídico, sino vulgar, como paciente impedido circunstancialmente para entender la información y, por tanto, para tomar decisiones. Por ello, hubiese sido más acertado utilizar la expresión de paciente que “no está en condiciones” de entender la información⁶⁶⁵.

La Ley 8/2003 introduce más confusión, pues en su artículo 18.3 dice que “en los supuestos en que la capacidad se encuentre limitada, se proporcionará la información al representante, familiares, personas vinculadas de hecho u otras personas o instituciones determinadas por la Ley (...)”.

La referencia a que “la capacidad se encuentre limitada” parece remitirnos, en línea de principio, a sujetos con capacidad de obrar limitada, es decir, menores e incapacitados, y, puesto que el apartado segundo del precepto se refiere a los menores, quedaría el supuesto de hecho de la norma sólo para los incapacitados legalmente.

Sin embargo, el artículo 18.3 llama como destinatarios de la

665 Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y...*, cit., p. 252.

información al representante, familiares, personas vinculadas de hecho u otras personas o instituciones determinadas por la Ley, lo que nos indica que, en realidad, está aludiendo también a las personas que no están en condiciones de comprender la información como consecuencia de su estado físico o psíquico.

De todas maneras, el que la información se proporcione a los sujetos previstos en la Ley no impide que al paciente se le ofrezca “toda la información que permitan sus circunstancias y grado de comprensión” (*ex art. 18.3 de la Ley 8/2003*); con ello se pretende garantizar que “la aportación de información y la participación en la toma de decisiones sean las máximas posibles en función de las facultades de la persona, sin perjuicio de que dicha capacidad deba ser completada o sustituida, dependiendo del caso, por otra persona o institución” (*ex art. 5.2º de la Ley 8/2003*).

Hubiera sido deseable, en mi opinión, no sólo la utilización de una expresión más acorde con la finalidad de la norma, sino un tratamiento separado, en apartados distintos, del paciente incapacitado legalmente y del paciente que, por su estado psíquico o físico, no se encuentra en condiciones para recibir la información.

Centrándonos en este último supuesto, que es el que ahora nos interesa, hemos de preguntarnos qué pacientes tendrían cabida en él, y, respondiendo, podríamos incluir los siguientes:

- 1º. La norma se aplicará a personas mayores de edad, con plena capacidad de obrar, que, a criterio del médico, por las circunstancias concretas en las que se encuentran, no pueden en ese momento entender la información.
- 2º. Del mismo modo, incluiremos en la norma a los menores que de ordinario serían capaces intelectual y emocional-

mente de comprender el alcance de la intervención, y a los menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, no incapaces ni incapacitados, que se encontrasen en la misma situación (cfr. art. 28.3 de la Ley 8/2003).

- 3°. Entran también en el supuesto de hecho de la norma los presuntos incapaces o incapaces de hecho, es decir, aquellas personas que están incursas en una causa de incapacitación (cfr. art. 200 del C.c.) pero que no han sido declaradas judicialmente incapacitadas, si el hecho determinante de una posible incapacitación les impide comprender adecuadamente la información.
- 4°. Finalmente, la norma sería de aplicación a los incapacitados legalmente que, en función de lo visto en el apartado anterior, de ordinario podrían recibir ellos mismos la información, pero que por las circunstancias del caso concreto se encuentran impedidos para ello.

NUEVO ORDEN DE DELACIÓN DE LA TUTELA

Carmen Mingorance Gosálvez
Profesora Contratada Doctora Derecho Civil

De las muchas e importantes modificaciones que ha sufrido el Código civil español a lo largo de su más que centenaria vigencia, considero que la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que lleva por título "*Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*", es una de las de mayor calado de entre las que han afectado el articulado de nuestro Código civil. Afecta directamente a los tres pilares fundamentales del sistema de nuestro Derecho Civil, a saber, la persona, la familia y el patrimonio. Esta Ley se refiere a la persona individualmente considerada y más en concreto a la persona discapacitada; también a la familia, círculo más próximo a aquélla, y cómo no al patrimonio, regulando la figura del patrimonio protegido, entre otras medidas.

La reforma tiene importantes antecedentes legales hasta llegar a lo que se conoce con el nombre del "Estatuto del discapacitado", como son la Ley 13/1982, de 7 de abril, sobre la integración social de los minusválidos, posiblemente el primer gran desarrollo del art. 49 de la Constitución, a la que han seguido

otras normas posteriores como el RD 1971/1999, de 23 diciembre sobre grados de minusvalía; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, no-discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad; la Ley 53/2003, de 10 de diciembre sobre empleo público de discapacitados y el RD 177/2004, de 31 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad (modificado por RD 2270/2004, de 3 de diciembre).

La Ley de 18 de noviembre de 2003 tiene algo que la diferencia de todas las precedentes: contempla la protección del discapacitado fundamentalmente desde una perspectiva jurídico-privada.

Dejando de lado muchas e importantes cuestiones que la nueva Ley de modificación del Código civil presenta, yo me voy a centrar en uno de esos mecanismos que plantea en favor y protección de las personas discapacitadas. Se trata de la introducción por vez primera en el Código civil de la institución de la AUTOTUTELA, ya presente en la Legislación foral de Cataluña, alterándose el orden de delación de la tutela al aparecer como primer llamamiento para el cargo la persona designada por el propio futuro incapacitado judicialmente cuando todavía no lo estaba.

Ello ha determinado la reforma del Código civil en materia de tutela, así los arts. 234 y 239 y también la reforma del art. 757 la Ley de Enjuiciamiento Civil reconociendo al sujeto, presunto incapaz, legitimación para incoar el procedimiento en el que se deba determinar su propia incapacidad y en esta misma línea de pensamiento con el propósito de aumentar la autonomía de la voluntad del sujeto para poder influir en la organización de la

que puede llegar a ser su autotutela, se modifica el art. 1732 del Código civil añadiendo como causa automática de extinción del mandato la incapacitación del mandatario, y un nuevo apartado (3º,2) en el que se establece que el mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevinida 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.

A nadie se le puede escapar la enorme importancia de esta nueva figura, pues la regulación de la autotutela supone el reconocimiento de un nuevo negocio unilateral en el Derecho de Familia, en cuya virtud toda persona con capacidad de obrar suficiente y en previsión de futuras incapacitaciones judiciales, puede en documento público notarial, sea escritura pública o en testamento, adoptar para el futuro las disposiciones que crea convenientes en relación con su persona o con sus bienes o para ambas situaciones. Y de igual importancia es la nueva redacción del art. 239 del Código civil que fue objeto de reforma en el año 1987 y al que se le ha añadido —lo que hace que nos encontremos ante un precepto reglamentario— un nuevo párrafo de cierta importancia al introducir en nuestro Ordenamiento jurídico la institución de la tutela *ex lege* para los incapaces, en los términos en los que ya aparecía en el art. 172 para los menores de edad, solventando —a mi juicio— los problemas sobre la aplicación o no de dicha figura a los incapaces mayores de edad, cuestión que tenía dividida a la doctrina ya que no se solucionó ni en la reforma de 1987 ni con la LOPJM de 1996.

I. CONCEPTO Y UTILIDAD DE LA FIGURA

La autotutela es el negocio jurídico en virtud del cual una persona que tiene plena capacidad de obrar adopta, para el supuesto futuro de llegar a ser declarada incapacitada, una serie de decisiones con relación a la configuración de los organismos de guarda, en particular el nombramiento de la persona que haya de ser designada tutor (o curador).

Se trata de una figura que permite a una persona que prevea caer en una situación de inhabilidad mental dejar prefigurado su futuro organismo protector. Es por tanto algo beneficioso para aquellos sujetos que por condiciones personales prevean serán declarados judicialmente incapaces, pues quien mejor que uno mismo para determinar quién quiere que sea su tutor o guardador. La utilidad de esta figura es clara, particularmente en aquellos casos en que una persona se encuentre aquejada de alguna enfermedad que provoque una pérdida progresiva del entendimiento —así, fundamentalmente, enfermedad de Alzheimer—. Permite a un sujeto establecer ahora, cuando tiene plena capacidad natural de entender y querer y plena capacidad de obrar, decisiones que hayan de afectarle si en el futuro se procede a su declaración de incapacitación, que es el gran remedio protector que el ordenamiento jurídico ofrece a los sujetos sin entendimiento o con entendimiento limitado y que abre el juego de los organismos de guarda o protección institucionales —tutela o curatela—.

II. ADMISIBILIDAD LEGAL DE LA FIGURA

1. EN EL DERECHO CIVIL COMÚN

La figura que estamos estudiando ha sido recogida expresamente en el Derecho civil común recientemente por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE 19 noviembre 2003).

La introducción expresa de la figura que nos ocupa, a la que en la Exposición de Motivos de la Ley señalada se denomina "autotutela", se hace mediante la modificación de dos preceptos del Código civil —los artículos 223 y 234.1—, preceptos que quedan con el siguiente contenido:

Art. 223: "Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

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

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

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

Art. 234.1: "Para el nombramiento de tutor se preferirá:

1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.

- 2.º *Al cónyuge que conviva con el tutelado.*
- 3.º *A los padres.*
- 4.º *A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.*
- 5.º *Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez”.*

Con anterioridad a la Ley 41/2003, el Código Civil guardaba silencio sobre la figura. Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, se intentó su introducción en este texto legal sin lograrse, pero no es menos cierto que no existía ningún tipo de prohibición legal para la misma. Es más, había importantes argumentos para su admisión pese al silencio legal, cuestión que hoy tiene un mero valor histórico: analogía con el art. 223 del CC, el art. 234.2 CC, el respeto al principio de autonomía de la voluntad.

2. DERECHO CIVIL CATALÁN

Debemos partir de la premisa de que no existe una unidad legal en materia de Derecho civil en España, sino que encontramos diversas CC.AA. con competencias en la misma. Entre ellas se encuentra la Comunidad Autónoma de Cataluña.

El Derecho civil catalán fue pionero en la regulación de la autotutela en el Derecho privado español. En concreto, la Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de Tutela e Instituciones Tutelares, vino a recoger la figura en la nueva redacción que dió al art. 5 de la Ley 39/1991. Igualmente la Ley 11/1996 creó, como medio de publicidad de las autorregulaciones que tratamos el denominado «Registro de Tutelas y Autotutelas». Estas leyes se encuentran hoy derogadas.

Actualmente la normativa vigente en la materia en el Derecho catalán está constituida por el Código de Derecho de Familia, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, que asume, con pocas modificaciones, la figura que nos ocupa en su art. 172 —«*Delaciones hechas por uno mismo*»—, cambiando la denominación del Registro preexistente por la de «*Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios*» —art. 251—.

Art. 172: "*Delaciones hechas por uno mismo.*

1. *Cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva.*

2. *Los nombramientos y las exclusiones pueden ser impugnados por las personas llamadas por la ley para ejercer la tutela o por el ministerio fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión".*

Art. 251: "*El Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios.*

1. *En el Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios se inscriben las delaciones de las tutelas que han sido otorgadas en uso de las facultades previstas en el artículo 172.*

2. *A fin de poder inscribir las delaciones y a efectos de la designación de tutor o tutora, los notarios que autoricen escrituras en las que se haga uso de las facultades previstas en el artículo 172 deben dirigir un oficio al Registro a que hace referencia el apartado 1 indicando el nombre, los apellidos, el domicilio y el documento de identidad del otorgante y el lugar y fecha de la autorización y que en tal fecha se*

ha procedido a dicha designación o anulación, pero sin indicar la identidad de las personas designadas.

3. Las normas relativas a la organización, funcionamiento y publicidad del Registro a que hace referencia el apartado 1 deben dictarse por vía reglamentaria".

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA

Se trata de un negocio jurídico de Derecho de familia. Participa de los siguientes caracteres: unilateral, personalísimo, *inter vivos*, solemne y revocable.

IV. ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURÍDICO

1. ELEMENTOS SUBJETIVOS

Si bien realmente en el negocio jurídico de autotutela sólo interviene un sujeto —quien realiza las previsiones para su futura incapacidad— en el juego, desenvolvimiento y efectividad de la figura podemos identificar igualmente a la persona que en su caso se nombra para el desempeño de la función de tutor (y/o curador), sin olvidar que para la plena efectividad de lo marcado por el autotutelando es necesario que sus previsiones sean asumidas por el Juez competente.

a) En primer lugar, entre los elementos subjetivos encontramos el sujeto que realiza las previsiones oportunas para el caso de su futura incapacitación (a quien podemos llamar "autotutelando").

¿Quién puede realizar previsiones para el caso de ser declarado judicialmente incapacitado? La respuesta la obtenemos invirtiendo la frase: quien aún no ha sido incapacitado. El art.

223.2 de CC, en su nueva redacción ofrecida por la Ley 41/2003, se refiere a "*...cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente...*".

En concreto pueden un negocio jurídico de autotutela las personas mayores que no se encuentren incapacitadas, pues como señala el art. 322 del CC, «*El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código*».

Igualmente debe entenderse con capacidad para hacerlo el menor emancipado, pues no en vano el art. 323 establece el principio de que "*La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad...*", sin que las restricciones que enumera el precepto afecten a la cuestión que tratamos. Por otra parte, es de todos sabido que existe un principio favorable a la capacidad de los sujetos.

b) ¿Quién puede ser designado tutor (o curador)?

Dentro del amplio margen de juego que la figura permite al autotutelando está la de designar tutor y/o curador para el futuro, para el caso de que sea incapacitado.

Lógicamente para que el sujeto designado llegue efectivamente a ser nombrado como tal por el juez se hace necesario que en el mismo concurren las condiciones generales para poder ser tutor —condiciones, por lo demás que en general coinciden tratándose de curadores (art. 291 CC)—.

Así pueden ser designados para el futuro desempeño de la función tutelar «*todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concorra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes*» (art. 241 CC), incluidas «*las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrati-*

va y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados» (art. 244).

Las causas de inhabilidad reguladas en el CC afectan a los sujetos llamados a ser guardadores en virtud de un negocio jurídico de autotutela. No obstante, habrá que aplicar analógicamente el art. 246 del CC al caso que nos ocupa, precepto que señala que *«Las causas de inhabilidad contempladas en los artículos 243.4.º y 244.4.º no se aplicarán a los tutores designados en las disposiciones de última voluntad de los padres cuando fueron conocidas por éstos en el momento de hacer la designación, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado»*, por lo que tampoco jugarán en el caso de autotutela.

2. ELEMENTOS OBJETIVOS

Si bien el objeto fundamental de este negocio es designar la persona que un sujeto prefiere sea designado tutor o curador para el caso de una futura incapacitación, lo cierto es que tal elección no constituye el contenido único de este negocio ni además se configura como contenido imprescindible.

El contenido es configurado por el art. 223.2 del CC con gran amplitud. Señala este precepto que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial *«adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor»*. Y así como contenido concreto posible señalemos el siguiente:

- Designar tutor o curador. Incluso puede designar una persona que sea la que en su caso desempeñe el cargo de tutor y otra distinta para el caso de que proceda el nombramiento de curador.

- Puede designar varias personas para que ejerciten la tutela —arg. *ex art. 236.4º*—, estableciendo el carácter de éstas —mancomunado o solidario— o distribuyendo funciones —tutor de la persona, tutor de los bienes—.
- Puede establecer controles o especiales garantías con relación a la actuación de los órganos protectores.
- Se puede prohibir que determinadas personas ocupen los cargos de tutor o curador. Es lo que se denomina "autotutela negativa".

En todo caso el contenido encuentra como límites las normas de derecho necesario reguladoras de la incapacitación y sus consecuencias. No en vano el principio de autonomía de la voluntad encuentra como límites «las leyes, a la moral, ni al orden público» (art. 1255 del CC).

3. ELEMENTOS FORMALES

a) Con carácter de solemnidad se exige que las previsiones sobre la futura incapacitación consten "*en documento público notarial*" (CC 223.2).

Hemos caracterizado líneas atrás este negocio como solemne, por esta razón, por la exigencia de forma "*ad solemnitatem*".

El documento público notarial hábil es la escritura pública.

La finalidad —y ventajas— de constancia en escritura pública es diversa:

- La intervención notarial, a través del juicio de capacidad del notario, es medio que ayuda a considerar que el actuante se encuentra con capacidad necesaria.

- La intervención de un perito en Derecho en la redacción del documento ayudará a la conformación jurídica del documento, de suerte que el notario cumpla sus excelsas funciones de consejo y articulación jurídica de la voluntad del otorgante.
- Facilita la prueba del contenido. La escritura matriz queda en el protocolo notarial.

b) Se prevé la indicación del otorgamiento de la escritura de autotutela en el Registro civil.

El notario autorizante comunicará de oficio, es decir, sin necesidad de que sea solicitado por el interesado, el otorgamiento de la escritura pública de autotutela al Registro civil, para que conste indicación de su otorgamiento.

El acceso al Registro civil no es constitutiva de negocio jurídico de autotutela, sino un paso posterior, tendente a facilitar su futura eficacia.

Señala el art. 223.3 del CC que *«Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado»*.

La inscripción en el Registro civil es a efectos de publicidad de modo que iniciado un procedimiento de incapacitación el juez pueda tener constancia de si el sujeto que está siendo incapacitado ha otorgado o no un documento de los referidos en el art. 223.2. Con toda claridad se expresa en este sentido el último párrafo del art. 223 del CC.

Con la finalidad de que el juez encargado de designar mecanismo tutelar pueda llegar a tener conocimiento de las manifes-

taciones del autotutelante, la Ley 41/2003 ha utilizado el Registro civil, como mecanismo hábil de publicidad de las mismas. El legislador tenía una doble posibilidad: crear un registro propio y peculiar —*ad hoc*— para estas manifestaciones, como ha ocurrido en Cataluña, o bien utilizar el registro de constatación de hechos y estados civiles de las personas el Registro Civil. Ha escogido esta última vía.

V. EFICACIA

La eficacia ha quedado constada en las hojas que nos preceden. No se trata de que el autotutelando designe tutor o curador por sí solo o configure disposiciones que entrarán automáticamente en vigor en caso de ser incapacitado. En nuestro sistema al juez corresponde el nombramiento de tutor —o curador— en todo caso (arts. 234 y ss; art. 291) y en general la constitución de la tutela (art. 231 del CC).

En el caso de que a través de un negocio de autotutela una persona haya designado quien haya de cumplir la función de tutor —y/o curador— la designación vincula al juez, si bien no de un modo absoluto.

Conforme al CC el juez *a priori* debe respetar una serie de prioridades o preferencias en el nombramiento de tutor, en las que conforme al art. 234.1 ocupa el primer lugar, «*Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223*». En cualquier caso el respeto a esas prioridades no se impone al juez inexcusablemente, pues el mismo, excepcionalmente, en atención a las circunstancias y valorando las mismas en beneficio de incapacitado puede alterar el orden de preferencias o prescindir totalmente de ellas —«*Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de*

todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere»—.

Como ya hemos señalado la indicación en el Registro Civil del otorgamiento por un sujeto de una escritura pública de autotutela es un mecanismo que posibilita al juez el conocimiento de su existencia y que por tanto favorece o posibilita la eficacia del negocio. El último párrafo del art. 223 del CC señala que "*En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil... a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo*".

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

María Isabel Mondéjar Peña

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil

I. IDEAS GENERALES

En ocasiones el ser humano, al margen de la protección que su situación requiere durante la minoría de edad, puede hallarse en una situación de dependencia que le impida valerse por sí mismo, necesitando que otros velen por él en la defensa de sus intereses personales y/o patrimoniales.

La dependencia, entendida como la situación de necesidad en que se encuentra una persona que precisa de la ayuda de otro u otros para realizar las actividades de la vida ordinaria, constituye un problema de una gran repercusión social, económica, política y familiar que, al parecer, se incrementará como consecuencia de circunstancias como el envejecimiento demográfico,

las bajas tasas de fertilidad, el aumento de la esperanza de vida, los avances de la medicina, etc.

La dependencia ha sido definida en el art. 2 de 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 LD), 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 personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.*

La distinta incidencia de la enfermedad o discapacidad en la capacidad de obrar obliga, como hace la propia Ley 39/2006, a distinguir entre dependientes con capacidad natural y dependientes que carecen de ella, pues no todas las enfermedades y patologías son invalidantes y causa de incapacitación, sino que algunas de ellas, desde un punto de vista jurídico, tan sólo conducen a concretas limitaciones⁶⁶⁶.

666 * Profesora Contratada Doctora de la Universidad Autónoma de Madrid.

Por ello al examinar las ayudas necesitadas por el dependiente, la Ley 39/2006 en el art. 2 diferencia:

— Las Actividades Básicas de la Vida Diaria (ABVD): 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.

— Necesidades de apoyo para la autonomía personal: las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad.

La dependencia se caracteriza por la diversidad, tanto en sus grados⁶⁶⁷ como en las ayudas que necesita el dependiente. La propia LD, en su art. 26, seguida por el RD 504/2007, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia hacen la siguiente clasificación de los distintos grados de dependencia:

Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

Además, según el apartado 2 del citado precepto legal, cada uno de los grados de dependencia establecidos en el apartado anterior se clasificará en dos niveles, en función de la au-

⁶⁶⁷ En la valoración de la dependencia se consideran una serie de actividades de autocuidado, movilidad y tareas domésticas que se conceptualizan, de acuerdo con la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (OMS 2001), así como la actividad de tomar decisiones en el caso de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental u otras situaciones en que las personas puedan tener afectada su capacidad perceptivo-cognitiva.

tonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requiere.

Estas ayudas tradicionalmente se han prestado por personas de la familia o de su entorno⁶⁶⁸, que se han constituido en cuidadores no profesionales, no vinculados a un servicio de atención profesionalizada⁶⁶⁹ al considerarse que, por la propia naturaleza de las cosas, correspondía a éstas dar solución a los problemas que dicha situación originaba. Los cuidados básicos prestados por el cuidador familiar se reflejan generalmente en tres ámbitos de actuación:

a) Cuidados de atención personal (higiene y cuidado de la persona, ayuda físico-motriz, movilizaciones, preparación de comidas, control de la medicación, acompañamiento...).

b) Cuidados de atención al hogar (mantenimiento del entorno de la persona, compras, cuidado de la ropa, detección de situaciones de riesgo en la vivienda...).

c) Actividades de integración en el entorno (desplazamientos fuera del domicilio, actividades para el mantenimiento de las facultades cognitivas, facilitar la relación con el resto de la familia y amigos...)

Todos estos cuidados no profesionales, eran dispensados en su mayoría por las mujeres dedicadas al cuidado de la familia,

668 Aunque es posible que extraños al círculo familiar se encarguen del cuidado de los dependientes, tradicionalmente son los padres en el ejercicio de la patria potestad, las personas que ostentan algún cargo tutelar, el cónyuge, hermanos y demás parientes los que cuidan de la persona y del patrimonio del dependiente.

669 Cuidados profesionales: los prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro.

quienes desde antiguo han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el *apoyo informal*⁶⁷⁰.

Frente a la idea de que la atención de la dependencia siga siendo asumida por las mujeres de la familia, se ha manifestado que esta situación es insostenible en la actualidad por la fuerte discriminación de género que implica y porque la responsabilidad de los cuidados descansa sobre un grupo de población cuya

670 Según el Libro Blanco, p. 185, el perfil típico de quienes cuidan a las personas mayores en España puede sintetizarse en la fórmula de «genero femenino, número singular»: el 83% del total de cuidadoras/es eran mujeres, y de ellas informaron no recibir ayuda de nadie para la realización de este trabajo el 61,5%. Este desigual reparto de tareas de cuidados dentro del seno familiar, por más que resulte sorprendente, se ha agudizado con el paso del tiempo, pues en 2004 ha subido un punto el porcentaje de mujeres (84%) que son cuidadoras principales.

En torno al nivel de estudios y a la situación laboral de las/os cuidadores según los datos proporcionados por el Libro Blanco, p. 187 el 65,6% del conjunto de cuidadores y cuidadoras principales mostraba en 1994 un nivel de enseñanza muy bajo (sin estudios o primarios), y aunque ese porcentaje es algo menor en 2004 (el 60%), continuaba siendo predominante el bajo nivel de estudios.

En 1994, el 76% del total de personas cuidadoras no tenían actividad laboral retribuida (eran amas de casa el 50%, jubiladas/os el 15% y parados/as el 9,7%).

En 2004, baja ligeramente al 73%, quienes no tienen actividad laboral retribuida, se produce un decremento de las amas de casa y un incremento de las personas jubiladas con respecto a 1994.

Del 22% de la muestra que desarrollaba un trabajo remunerado en 1994, compatibilizando esta actividad con los cuidados, se ha producido un discreto incremento, pasando al 26% en 2004.

La ayuda que requieren las personas mayores se la prestan sobre todo sus hijas; según el Libro Blanco en 1994 era el 52% de los cuidadores y en el 2004 este porcentaje se ha incrementado hasta el 57,2%. Centrándonos en los datos proporcionados en el 2004 el esposo/a o compañero/a 16,8%, la nuera o el yerno el 10,1%, nieta/o 5,5%, sobrino/a 3%, hermana/o 3%.

En torno a los datos sobre la relación de convivencia según datos del Libro Blanco p. 192 el 48,4% viven permanentemente en casa del cuidador

disponibilidad es finita dado el cambio cultural y laboral hacia la igualdad de género en nuestro país⁶⁷¹. La incorporación de las mujeres al mundo laboral ha provocado una cierta situación de crisis en los sistemas de apoyo informal⁶⁷² que, de manera exclusiva, estas mujeres prestaban a los miembros de la familia en situación de dependencia.

La necesidad de cambio en los roles familiares ya aparecía recogida en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, cuando declaraba que la incorporación de la mujer al trabajo había motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo. Este hecho hacía necesario configurar un sistema que contemplara las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permitiera un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada. Para promover estos cambios, el legislador no ha dudado en imponer a los *cónyuges la obligación de «compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo»*, en la nueva redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, al art. 68 del Código civil.

También desde el Libro Blanco de la dependencia⁶⁷³ se ha reivindicado que el Sistema Nacional de la Dependencia debe de-

671 CARRETERO GÓMEZ, Stephanie, *La sobrecarga de las cuidadoras de personas dependientes análisis y propuestas de intervención psicosocial*. Tirant lo Blanch, 2006, p. 13.

672 Personalmente considero que la denominación «apoyo informal» no es una expresión demasiado afortunada, pues poco apoyo es más formal que el prestado en la familia a las situaciones de falta de autonomía.

673 Libro Blanco de la Dependencia (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales —MTAS—, 2005.

sarrollar las medidas oportunas para favorecer que los varones asuman también la responsabilidad de los cuidados.

Al margen de la necesaria colaboración de todos los miembros de una familia, cualquiera que sea su género, en el cuidado de los dependientes, circunstancias como la situación demográfica actual⁶⁷⁴, y las profundas transformaciones de la familia⁶⁷⁵,

674 Junto al descenso de la natalidad y el envejecimiento de la población, otro factor demográfico importante que está originando un cambio preocupante en la estructura de la sociedad del futuro resulta de lo que se ha denominado el «envejecimiento del envejecimiento», pues la longevidad de los mayores hace que haya cada vez más mayores de 65 años y que este grupo de población alcance edades más altas, lo que necesariamente implicará que cada vez haya más mayores cuidando de otros mayores.

Según el Libro Blanco sobre la atención a las personas en situación de dependencia en España, p. 27, en las últimas décadas la población mayor española ha experimentado un crecimiento muy considerable. El número de personas mayores de 65 años se ha duplicado en los últimos treinta años del siglo XX, pasando de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 por ciento de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6 por ciento de la población total), previéndose que en el año 2026 las personas mayores de 65 años representen el 21,6 por ciento del total de la población. Vemos, pues, como el fenómeno del envejecimiento va a continuar en los próximos años en los que la población mayor seguirá incrementándose de manera notable, a la vez que disminuirá la proporción de personas en edades jóvenes.

La mayor longevidad de nuestra sociedad sin duda demanda un marco jurídico que contribuya a mejorar el bienestar y calidad de vida de las personas mayores dependientes y a la dignificación del envejecimiento. El análisis de la situación demográfica actual y futura, no sólo de los beneficiarios de las ayudas sino también de los obligados a prestarlas, debe condicionar el conjunto de respuestas que se den a la cuestión planteada, al objeto de evitar que la satisfacción de las necesidades que genera la dependencia pueda llegar a constituir una carga insoportable.

Al respecto *vid.* SPIELAUER, M., “Familia y dependencia. Un análisis de los cambios demográficos en España y en otros países de la Unión Europea”, en *Familia y dependencia. Nuevas necesidades, nuevas propuestas*. Ediciones Cinca, 2005, pp. 13 y ss.

675 Son destacables los siguientes cambios:

- La desaparición de la familia extensa, que proporcionaba asistencia y proveía de recursos a todos sus miembros por núcleos familiares más reducidos;
- La quiebra del perfil de institución permanente de la familia, que se traduce en un incremento del número de separaciones, divorcios y nuevos matrimonios;

obligan a la sociedad a plantearse si es oportuno seguir dando una satisfacción casi exclusivamente privada a muchas de estas necesidades o, por el contrario, debe entenderse que la situación de dependencia personal y/o económica constituye un nuevo riesgo social que debería ser cubierto en una gran parte por medio de recursos públicos de tal forma que las prestaciones oficiales alcancen a todos los ciudadanos dependientes y cubran todas sus necesidades de manera inmediata⁶⁷⁶.

Los asistentes familiares de las personas en situación de dependencia sufren un cúmulo de consecuencias negativas puestas de manifiesto por el Libro Blanco⁶⁷⁷, al declarar que el hecho de cuidar comporta tres tipos de consecuencias:

— Laborales: No puede plantearse trabajar el 26% de la muestra; ha tenido que abandonar el trabajo el 11,5%, mientras que se han visto obligados/as a reducir su jornada el 12,4%.

— Sobre su propia salud: las personas cuidadoras se encuentran a menudo cansadas en un 51,2% de los casos, el 32,1% se sienten deprimidas y el 28,7% piensa que las tareas que realizan están deteriorando su salud.

— La creciente movilidad geográfica de los distintos miembros de la familia, que debilita las posibilidades de hacer efectiva la solidaridad familiar;

— La permanencia de los hijos en la casa familiar hasta edades que llegan a superar los 30 años, puesto que su etapa de formación se extiende cada vez más en el tiempo, lo que puede generar la convivencia en un mismo domicilio de tres o más generaciones.

— Y, sobre todo, los cambios profundos en la posición social de las mujeres, su incorporación al mundo laboral y, por derivación, en su rol dentro de la familia.

676 En este sentido *vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*. Sección de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense. Madrid, 1989, p. 627.

677 Libro Blanco, ob. cit., pp. 197 y ss.

— Sobre la vida afectiva y relacional: el 64,1% declara que se han visto obligadas/os a reducir su tiempo de ocio, y dice no poder ir de vacaciones el 48,4% de la muestra.

Vistas estas nefastas consecuencias, debe concluirse que aunque resulta incuestionable que el apoyo familiar a la dependencia no debe desaparecer, sí resulta preciso establecer un conjunto de prestaciones de muy diversa índole que progresivamente descarguen este apoyo informal de tan ardua tarea⁶⁷⁸. Constituyendo uno los principales retos de la política social de los países desarrollados dar una respuesta firme, sostenida y adaptada al actual modelo de nuestra sociedad, para lo cual sería deseable que estos cuidados familiares y las prestaciones económicas de ellos derivados, puedan coexistir con otras prestaciones del sistema que reduzcan los problemas de los cuidadores.

La dependencia es su aspecto económico es un fenómeno complejo, que necesariamente debe ser examinado desde diversas perspectivas, al resultar imposible dar una respuesta correcta desde una sola disciplina⁶⁷⁹. Están implicadas distintas ramas del derecho como las normas de Seguridad social⁶⁸⁰; normas de de-

678 BARCELÓN COBEDO S. y QUINTERO LIMA, M^a G., «Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Asuntos Sociales*, núm. 60, 2006, p. 28, consideran que existe un colectivo de personas digno de tutela, como es el de los cuidadores informales.

679 Al respecto puede verse BAVIERA PUIG, Inmaculada, *La protección de la dependencia: un estudio global. Claves para su aplicación y desarrollo legislativo*. Thomson Aranzadi, 2007.

680 En el ámbito de la Seguridad Social, señala LÓPEZ LÓPEZ, M^a. T., “Familia y dependencia. Propuestas para nuevas políticas públicas”, en *Familia y dependencia. Nuevas necesidades, nuevas propuestas*. Ediciones Cinca, 2005, p. 178, que la protección a la dependencia es un híbrido que surge de la puesta en marcha de prestaciones de diferente naturaleza: protección contributiva, no contributiva, sanitaria, servicios sociales, etc., que

recho privado⁶⁸¹, en particular las reguladoras de la prestación de alimentos y de las instituciones de guarda previstas en el Código civil y demás normas autonómicas; y las reglas de derecho financiero y tributario⁶⁸². Sólo un examen integral de todas estas normas permitirá al legislador hacer un análisis completo de la respuesta que la sociedad actual está dando a estas situaciones de dependencia.

cubren fundamentalmente a la persona dependiente y aunque en todas ellas la familia está presente con un cierto peso específico, son pocas y de escasa cuantía, las ayudas o prestaciones exclusivamente dirigidas a éstas.

681 Al respecto resultan muy interesantes las normas contenidas en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria ha introducido importantes novedades en sus disposiciones adicionales. Ley que trata de dar respuesta a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuya disposición adicional séptima «Instrumentos privados para la cobertura de dependencia» dispone que el Gobierno en el plazo de seis meses promoverá las modificaciones legislativas que procedan para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia, y que, con el fin de facilitar la cofinanciación por los beneficiarios de los servicios que se establecen en la Ley, se promoverá la regulación del tratamiento fiscal de los instrumentos privados de cobertura de la dependencia.

682 Sobre esta cuestión puede verse CALVO VÉRGEZ, J., “La trascendencia de la discapacidad en el ámbito del derecho tributario”, en *Situaciones de dependencia regulación actual y nuevas perspectivas*. Thomson Civitas, 2007, pp.154 y ss.

II. LA OPERATIVIDAD DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL DEPENDIENTE Y DEL CUIDADOR FAMILIAR EN ESTAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA: SIGNIFICADO DEL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADOS FAMILIARES

Cuando un dependiente y su entorno familiar se enfrentan con una situación de dependencia, la primera pregunta que tal vez deba realizarse al dependiente es ¿dónde te gustaría recibir los cuidados? ¿En su propia casa, en una residencia pública, en casa de una hija, en una residencia privada, en casa de un hijo, en casa de la persona que le cuide? No obstante, cuando la respuesta significa la prestación de cuidados en el entorno familiar, debe valorarse la posibilidad real y efectiva de que éstos sean llevados a cabo de manera efectiva.

El derecho a pasar los últimos días, meses o años de la vida en un lugar o en otro, debe ser sin duda considerado como un derecho constitucional, que puede verse violentado por decisiones del entorno de la persona dependiente y por las resoluciones de la Administración Pública. Pensemos, por ejemplo, en los llamados «abuelos a meses», o en aquellos supuestos en que tiene lugar un internamiento forzoso en una residencia, situaciones que pueden ocasionar un gran malestar psicológico y alteraciones importantes en el modo de vida que cada uno tiene derecho a elegir mientras le sea posible.

Cada vez con una mayor intensidad existe una indudable tendencia a la operatividad de la autonomía de la voluntad en estas situaciones de necesidad. La reforma del artículo 223 CC⁶⁸³

683 Reforma operada a través de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protec-

ha supuesto el reconocimiento de un nuevo negocio jurídico unilateral del Derecho de Familia, en virtud del cual toda persona con capacidad de obrar suficiente y en previsión de su futura incapacidad podrá, en documento público (concretamente en escritura pública y, en su caso, en testamento) adoptar las disposiciones que estime pertinentes en relación tanto con su persona como con su patrimonio. De esta forma se está reconociendo a la persona la facultad de organizar su tutela o la institución de guarda que corresponda en caso de ser incapacitado, no sólo en lo referente a la designación del integrante del órgano tutelar sino en todo lo relativo a su funcionamiento, siempre y cuando estas disposiciones sean compatibles con las normas del Código Civil aplicables, así como con el contenido de la sentencia de incapacitación.

Otra manifestación de la eficacia de la autonomía de la voluntad son las instrucciones previas que la persona necesitada puede ordenar de conformidad con el artículo 11 de la L. 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). A través de ellas, una persona mayor de edad, capaz y libre, puede manifestar 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 expresarla 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

ción patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19-11-2003, pp. 40852-40863).

equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

La voluntad de nuestros mayores, el colectivo con más personas dependientes debe ser tenida en consideración, no debemos olvidar que ellos fueron educados para que cuando llegasen a viejos vivieran con los suyos, por lo que muchas veces les resulta difícil adaptarse a la institucionalización en un centro residencial⁶⁸⁴. No obstante, resulta destacable que hoy en día esta alternativa no siempre ha de verse como un fracaso familiar o una circunstancia negativa y, cuando el nivel de cuidados necesarios en las fases avanzadas de la enfermedad no pueda ser soportado por la familia, la atención profesional en una residencia puede llegar a ser la mejor opción. Actualmente muchas residencias pueden proporcionar cuidados especializados con terapia cognitiva y ocupacional y servicio de rehabilitación que destierra el antiguo concepto de asilo con todas las connotaciones negativas que lleva implícito⁶⁸⁵.

684 Por ello, en muchas ocasiones, lo que proporcionará una adecuada protección será el acogimiento familiar, institución que trata de proporcionar a los dependientes que no pueden continuar residiendo en su domicilio una alternativa de alojamiento y convivencia en un hogar de familias con las que no les une ningún tipo de parentesco, para favorecer su mantenimiento e integración en el medio comunitario. Las familias que acogen, por su parte, recibirán las correspondientes ayudas económicas.

685 SALMERÓN ÁLVAREZ, M., y ALONSO VIGIL, P., «Factores asociados a la institucionalización de pacientes con demencia y sobrecarga del cuidador», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Asuntos Sociales*, núm. 60, 2006, pp. 141.

III. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS FAMILIARES

A. EL ART. 18 DE LA LEY 39/2006

El apoyo a las familias constituye uno de los ejes fundamentales de la política social, por eso se están articulando ayudas importantes en materia de protección familiar que, en alguna medida, aligeren la carga que a las familias puede representar el cuidado de los dependientes. Una de esas medidas es la prestación económica para cuidados en el entorno familiar prevista en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, prevista en su art. 18 cuando dispone:

- 1. Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el art. 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares.*
- 2. Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica.*
- 3. El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente.*
- 4. El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso.*

Esta prestación, destinada en gran medida a facilitar el cuidado de los dependientes, se enmarca dentro de la previsión constitucional prevista en el art. 39.1 CE que declara: “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”. Precepto que significa que todas las Administraciones Públicas son responsables, dentro de sus competencias, de proporcionar a las familias que lo necesiten ayudas económicas o servicios para el cumplimiento de sus responsabilidades, atender a sus necesidades básicas y apoyarlas cuando atraviesen situaciones de especial dificultad.

Esta prestación es quizás, la que mayores expectativas ha generado en las familias en cuyo seno convive una persona dependiente porque el escaso desarrollo en la actualidad de la red de Servicios Sociales para la atención a las personas que necesitan cuidados de larga duración, ha llevado consigo que la mayor parte de la protección y los cuidados a las personas dependientes se generen en el entorno familiar.

El art. 18 LD presenta no pocos interrogantes, entre los que cabría destacar los siguientes: quien es el destinatario de esta prestación (cuidador o cuidado), el necesario carácter familiar del cuidador, los derechos, obligaciones y responsabilidades que le incumben, etc. Interrogantes que en gran parte han sido disipados por una serie de normas posteriores⁶⁸⁶.

686 Entre estas normas resultan destacables: a) Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; b) Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia; c) Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Perso-

La Ley no requiere para ser considerado como cuidador informal y se genere el derecho a percibir la prestación prevista que la persona ostente oficialmente un cargo tutelar. En este sentido de acuerdo con el art. 1.1 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situaciones de dependencia podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia, su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco. Incluso, según el apartado 2 de este art. 1: Cuando la persona en situación de dependencia tenga su domicilio en un entorno

nal y Atención a las personas en situación de dependencia; d) Real Decreto 614/2007, de 11 de mayo, sobre nivel mínimo de protección del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia garantizado por la Administración General del Estado; e) Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia. f) Real Decreto 179/2008, de 8 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 6/2008, de 11 de enero, sobre determinación del nivel mínimo de protección garantizado a los beneficiarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el ejercicio 2008. g) Real Decreto 7/2008, de 11 de enero, sobre las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia para el ejercicio 2008. h) Real Decreto 6/2008, de 11 de enero, sobre determinación del nivel mínimo de protección garantizado a los beneficiarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el ejercicio 2008; i) Real Decreto 99/2009, de 6 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 614/2007, de 11 de mayo, sobre nivel mínimo de protección del sistema para la autonomía y atención a la dependencia garantizado por la Administración General del Estado; j) Real Decreto 74/2009, de 30 de enero, por el que se determina el nivel mínimo de protección garantizado a los beneficiarios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia para el ejercicio 2009. (incluye la corrección de errores publicada en el BOE de 25 de marzo de 2009); k) Real Decreto 73/2009, de 30 de enero, sobre las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia para el ejercicio 2009; l) y la Orden TAS/2632/2007, de 7 de septiembre, por la que se modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social, (cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia).

caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, la despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención, la administración competente podrá excepcionalmente permitir la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona de su entorno que, aun no teniendo el grado de parentesco señalado en el apartado anterior, resida en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y lo haya hecho durante el periodo previo de un año.

B. EL BENEFICIARIO DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS FAMILIARES

Tradicionalmente los cuidadores informales son aquellas personas que dispensan atenciones de una manera regular y continua actúan durante meses o, incluso años, sin percibir compensación económica por realizar una tarea, cuya intensidad dependerá del grado de discapacidad y de la enfermedad padecida por el dependiente, sin poseer formación para suministrar los cuidados ni tampoco sobre las necesidades físicas y/o mentales que provocan la enfermedad, que pertenecen al entorno próximo de la persona dependiente —son los miembros de la familia nuclear y extensa, vecinos y amigos—. El nivel de estudios suele ser bajo y, en general, no desempeñan ninguna actividad laboral. Además, también el nivel económico de los cuidadores suele ser bajo o medio, y por tanto carentes de capacidad económica para contratar servicios privados para que realicen este cuidado.

Ante esta situación cabe preguntarse: ¿Qué es lo que lleva a una persona a constituirse en cuidador informal? En ocasiones, la razón se encontrará en motivaciones económicas: falta de recursos para conseguir otra forma de cuidado pero, en la inmensa

mayoría de los supuestos, la justificación se encontrará en razones de necesidad de ser responsable en el cumplimiento del deber y del amor, cariño o afecto que normalmente existe entre las partes de esta especial relación cuidador y cuidado.

La prestación prevista en el art. 18 LD podría haberse entendido como una ayuda económica que retribuyera el trabajo y el tiempo que dedica al cuidado del dependiente, y así estimular que se continúen prestando estos servicios. Sin embargo, la ley ha partido de otro entendimiento al estimar que el beneficiario de dicha prestación debe ser la persona atendida⁶⁸⁷. La doctrina se ha mostrado conforme con esta última forma de entender quien debe resultar el beneficiario de dicha prestación. Para GONZÁLEZ ORTEGA⁶⁸⁸ el cuidador no profesional es, un prestador gratuito de servicios sirviendo su existencia sólo de pretexto para la prestación económica del sistema de atención a la dependencia, que la otorgará al dependiente en razón de su necesidad de cuidado y de su capacidad económica personal, sin perjuicio de que ese cuidador sea retribuido al margen de la Ley 39/2006 a voluntad del dependiente, o sea acordada su remuneración por la autoridad judicial con cargo a los bienes del cuidado.

La existencia del cuidado familiar sólo justifica el abono de una prestación económica al dependiente, quien podrá hacer un uso muy flexible de ella (pagando al familiar, contratando a una persona al servicio del hogar familiar, o derivando dichos ingresos para otros gastos⁶⁸⁹). Dicha ayuda económica integrará el

687 Por ello, para la suscripción del convenio especial para el encuadramiento en la Seguridad Social se debe aportar *ex art. 2.6 del RD 615/2007*, copia de la resolución por la que se haya concedido la prestación económica a la persona atendida.

688 GONZÁLEZ ORTEGA, S., *ob. cit.*, p. 297.

689 En este sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S., *ob. cit.*, p. 316.

patrimonio del dependiente, y deberá utilizarse por el administrador del mismo en la medida que sea preciso para mejorar su situación, y cuando ello resulte necesario, la de la persona que le presta los cuidados⁶⁹⁰.

En igual sentido, declara GONZÁLEZ DE PATTO⁶⁹¹ que en lo que concierne a la titularidad del derecho, pese a guardar puntos de conexión con las prestaciones familiares de la Seguridad Social y, en particular, con el subsidio por hijo a cargo minusválido, resulta un acierto la ruptura en la configuración legal de la prestación del esquema clásico de aquéllas basado, como es sabido, en una diversificación del sujeto causante y el titular y beneficiario del derecho, muy criticada por parte de la doctrina al yuxtaponer la preexistente dependencia física del sujeto causante (el dependiente) y la dependencia económica sobrevinida al privarle de la condición de beneficiario de la asignación conferida a los padres. A su juicio los arts. 14.4 y 18.2 LD son explícitos al aunar las condiciones de causante y titular del derecho en la persona en situación de dependencia sin perjuicio de la condición de beneficiario indirecto del cuidador a cuya compensación económica va en cierto modo destinada la prestación. Se supera así una reprochable lesión a la dignidad y a la autonomía personal del dependiente derivada de la privación de la titularidad y, por tanto, del control de una prestación de la que es causante que carecería de justificación razonable, y contraria a los objetivos de la acción protectora del Sistema *ex arts.* 1 y 13.

690 Un análisis sobre la compleja y “*sui generis*” relación que une al cuidador no profesional con el beneficiario de esta prestación puede verse en ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “Situación social de los cuidadores no profesionales”, en *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Thomson Civitas, 2007, pp. 440-442.

691 GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa M^a, “Las prestaciones económicas a las personas en situación de dependencia” *Temas Laborales. Monográfico sobre protección Social de la Dependencia. Revista andaluza de Trabajo y Bienestar social*, núm. 89, 2007, p. 226.

La decisión parece correcta, porque de este modo se evita añadir un nuevo factor de dependencia (el económico) a la dependencia física que ya vincula a la persona dependiente con su cuidador; además que la solución adoptada se compadece mejor con el respeto a la dignidad del dependiente y sintoniza con la tendencia a la individualización en el reconocimiento de los derechos sociales⁶⁹².

Que el beneficiario directo sea el dependiente, no impide que esta prestación puede ser entendida como un incentivo o, al menos, una ayuda destinada a compensar los gastos derivados del cuidado del dependiente; fundamentalmente, porque la prestación de dicha atención requiere tiempo y dedicación, e incluso puede impedir al cuidador dedicarse a otras tareas o realizar alguna actividad lucrativa⁶⁹³.

El cuidado familiar ha pasado a considerarse en cierta medida como un trabajo productivo, esto es, un trabajo que permite a quien lo satisface integrarse, por la vía de la asimilación y del convenio especial, en el Sistema de Seguridad Social constituyendo las relaciones de afiliación, alta y cotización que permitirá al cuidador en un futuro obtener algunas prestaciones del Sistema de Seguridad Social, fundamentalmente pensiones (aunque no, por excluirlo expresamente el art. 3 del RD 615/2007, la de desempleo).

692 Así se manifiesta en MONTOYA MELGAR, A. (Director), *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de Promoción de la autonomía persona y atención a las personas en situación de dependencia*. Thomson Civitas, 2007 pp. 153-155.

693 Como apuntan BLASCO RASERO, Cristina, RODRÍGUEZ SANTOS, Estefanía, ARENAS VIRUEZ, Margarita y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago (Director), *La aplicación de la Ley de Dependencia en Andalucía*, Carl, 2008, p. 132.

C. LA RETRIBUCIÓN DEL CUIDADOR NO PROFESIONAL. DERECHO DEL CUIDADOR NO PROFESIONAL A SER INDEMNIZADO POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS CUIDADOS PRESTADOS AL DEPENDIENTE

Aunque el cuidado de un dependiente puede exigir una gran dedicación y ser fuente de grandes responsabilidades, los cuidadores no tienen derecho a ser remunerados económicamente por el sistema público de atención a la dependencia, de acuerdo con la Ley 39/2006.

Si examinamos las normas del Código civil resulta destacable que cuando los cuidadores son los padres no les corresponde usufructuar los bienes de los hijos, la reforma del Código civil de 1981 hizo desaparecer dicho usufructo, al reconocer el art. 165 CC que pertenecen siempre al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo o industria. Sólo está previsto que los hijos contribuyan equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia cuando sea preciso mientras conviva con ella (art. 155.2 CC), para ello, los padres podrán destinar los del menor que viva con ambos o con uno solo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones. Con este fin, se entregarán a los padres, en la medida adecuada, los frutos de los bienes que ellos no administren. Norma que deberá ser aplicada analógicamente cuando son los padres quienes reciben cuidados en el domicilio de los hijos.

Si el cuidado de un dependiente incapacitado es llevado a cabo por un tutor, *ex* art. 274 CC tendrá derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al juez la fijación de su importe procurando que éste no baje del 4% ni exceda del 20% del rendimiento líquido de los

bienes⁶⁹⁴. Normalmente se fija la retribución alrededor de un 10% de los ingresos líquidos⁶⁹⁵. Esta retribución, supeditada a la existencia de patrimonio del tutelado, como reconoce GUTIÉRREZ CALLES⁶⁹⁶, no se da en la mayoría de las tutelas que suelen ser gratuitas, ya que el patrimonio de los tutelados se reduce a unas pensiones que apenas cubren sus necesidades básicas y que, en aquellas en que se señala una retribución, suele tratarse de tutelas llevadas a cabo por personas jurídicas (Hospitales, casa Hogar; Fundaciones,...) cuyo importe se destina, precisamente, a las atenciones diarias que prestan a sus tutelados (comida, ropas, medicina, etc.).

694 Como declara el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) de 29 de julio de 2002 (JUR 2002, 271245) la tutela de un incapaz no debe ser gravosa para el tutor o su familia, so pena de ahuyentar a quienes están dispuestos a ejercerla, y si bien debe velarse porque no existan abusos respecto de la economía del incapaz, éste debe ponerla íntegramente al servicio del tutor sin que se le castigue, que bastante carga tiene con los aspectos personales de la tutela, siempre fatigosos y a menudo desagradables y conflictivos, no habiendo motivo alguno para convertir al tutelado en una carga —cuando tiene medios suficientes— ni a la tutela en un cargo gravosos del que todos quieren escapar.

Para determinar tal retribución habrá de tenerse en cuenta la rentabilidad de los bienes del incapacitado (*vid.* Sentencia AP de Cáceres de 13 de enero de 2003 (JUR 2003, 121403) y a la entidad del patrimonio, para lo cual, de acuerdo con el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) de 15 de marzo de 2000 (JUR 2000, 126878), del activo patrimonial a computar no se debe excluir ningún tipo de bien, cualquiera que sea el cauce por el que el tutelado reciba, como sueldos, pensiones o indemnizaciones. Integran los rendimientos líquidos de estos bienes, los intereses netos y que produzca el depósito de las cuentas financieras y la cuantía neta de la pensión de invalidez, pues rendimiento es todo ingreso o utilidad económica percibida por una persona.

695 Auto de la audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª), de 15 de marzo de 2000 (JUR 2000, 126878) y Auto de la audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) de 29 de julio de 2002 (JUR 2002, 271245)

696 GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades*, Dykinson, 2004, p. 175.

También es posible que el cuidado de los dependientes sea ejercido por una persona que no ostente oficialmente el cargo de tutor, y por tanto nos encontremos con un guardador de hecho que, regulado por primera vez por la Ley 13/1983 de 24 de octubre, de reforma del Código civil, en los arts. 303 y 304⁶⁹⁷, puede definirse como todo sujeto, familiar o allegado de una persona que no puede valerse por sí misma⁶⁹⁸ —esté o no incapacitado judicialmente—, que lleva a cabo actuaciones relevantes jurídicamente, con generalidad y permanencia, ya sea en la esfera personal o patrimonial de estos, ejercida por determinación unilateral del guardador, sin nombramiento judicial ni habilitación legal o apoderamiento voluntario, con la finalidad de cuidar y atenderle en sus necesidades.

Se ha cuestionado si la guarda de hecho constituye una forma de cuidado adecuada, al quedar en la mayoría de las ocasiones al margen del control judicial y administrativo⁶⁹⁹, y si esta parca regulación obedece a que debe ser una institución provisional⁷⁰⁰,

697 Señala IZQUIERDO TOLSADA, M., *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares (Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil, títulos IX y X del Libro I)*. Ediciones ICAI, p. 152 que no se trata de una auténtica regulación jurídica, pues su propio nombre quedaría vacío de contenido si tal regulación se produjese, ya que entonces se trataría de verdadera “guarda de derecho”.

698 El guardador de hecho es el que sin título bastante, desempeña cualquiera de las funciones propias de los institutos tutelares S. AP de Valladolid de 1 de febrero de 2005 (AC 2005/550).

699 Debe resaltarse que el deber de vigilancia y cuidado que corresponde a la Autoridad Judicial sólo surge a partir del momento en que tenga conocimiento de la existencia de una guarda de hecho en la solicitud de información y establecimiento de las medidas de vigilancia y control oportunos

700 En este sentido se manifiesta PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ob. cit., p. 609, para quien la guarda de hecho tiene un carácter provisional, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 203 y 208 CC. Esto es, la Autoridad judicial que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho debe: a) Si se trata de un menor o incapacitado,

hasta que se resuelva sobre la guarda legal a la que legalmente debe desembocar esta situación, a instancia de las personas relacionadas con el presunto incapaz: familiares, convivientes, y demás conocedores de la situación (médicos, asistentes sociales, etc.), siendo en último término el Ministerio Fiscal cuando llegue a su conocimiento la existencia de estas personas el obligado a instar la incapacitación y proceder al nombramiento de un tutor.

Sin embargo, el art. 303 CC parece contradecir el carácter transitorio de esta guarda, pues prevé que si la autoridad judicial tiene conocimiento de la existencia de un guardador de hecho pueda requerirle para que le informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. El posible establecimiento de estas medidas de control y vigilancia parece significar la posible continuidad de esta figura tutelar, al no imponer al juez que ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos para que éste promueva en su caso la incapacitación *ex art. 762 LEC*.

En principio parece que no resultará desacertado para dotar de protección al guardado, imponer al guardador de hecho obligaciones similares a la de los padres o tutor⁷⁰¹. En relación

proceder a constituir la tutela (rige lo dispuesto en el art. 228) b) Si se trata de un presunto incapaz, pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que éste solicite del Juez, si procede, la declaración de incapacitación (rige lo dispuesto en el art. 203)

701 La insuficiencia de régimen jurídico, ha dado lugar a que algunos autores como FÁBREGA RUIZ, C. F., *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 90, se inclinen por entender que 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 y, por

con su derecho a ser retribuido, a diferencia de la tutela, la guarda de hecho, no es retribuida, resulta improcedente solicitar su compensación económica cuando el cuidado y la asistencia se asumió por el cuidador como un deber moral o, en su caso, como una obligación natural, sin haberse establecido ninguna remuneración económica a cambio⁷⁰², tanto por actos *mortis causa* (instuyéndole heredero, o atribuyéndole algún legado) como *inter vivos* (mediante una donación, contrato de vitalicio, etc.). No obstante, si hubiera mediado el pago de alimentos por cuenta del obligado, procederá su reclamación a tenor de lo dispuesto en el art. 1894 CC.

No obstante, como cuidar de una persona dependiente puede generar daños y perjuicios relevantes, el cuidador debería tener derecho a ser indemnizado de los gastos soportados⁷⁰³ y los perjuicios que se le hayan causado, siempre que no le sean imputables, con cargo a los bienes de la persona en guarda⁷⁰⁴. Este derecho de resarcimiento, en el caso del guardador de hecho, se desprende de la remisión que el art. 306 CC hace al art. 220 CC, precepto que reconoce a la persona que en el ejercicio de una

tanto, es posible cubrir por analogía la laguna legal que se presenta. A juicio de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, p. 608, el guardador de hecho no puede tener, ni respecto del protegido ni respecto de terceros, ni más atribuciones ni menos obligaciones que las que le corresponderían de ser guardador legal. Y, en cambio, podrá ser mayor la posible potestad judicial para intervenir a favor del que está bajo una guarda de hecho.

702 No puede desconocerse que en ocasiones algunas personas se encargan del cuidado de los dependientes, como ocurre en el caso contemplado en la SAP de Ourense de 28 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 42992) no de manera altruista sino con el ánimo de ver recompensados sus servicios.

703 Lógicamente tendrá que demostrar, que el gasto era necesario o conveniente para el guardado en evitación de actuaciones abusivas.

704 En este sentido se manifiesta el art. 257 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña.

función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, un derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento. Dentro de estos daños indemnizables se encontrarían los daños materiales o morales sufridos, incluso el lucro cesante padecido como consecuencia de la actuación protectora, por ejemplo sería indemnizable lo que el guardador ha dejado de ganar al desatender sus ocupaciones para ocuparse del dependiente.

D. EL PRETENDIDO CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS EN EL ENTORNO FAMILIAR

De acuerdo con los arts. 14.4 y 18 LD esta prestación tiene un carácter excepcional⁷⁰⁵, lo cual resulta totalmente extraño en un país donde son los recursos del sistema son muy limitados y

705 Se trata de incentivar los cuidados profesionales: los prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro.

Como resalta GONZÁLEZ ORTEGA, S., "El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006". Temas Laborales. Monográfico sobre protección Social de la Dependencia. *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar social*, núm. 89, 2007, p. 302, son varias las razones, sin duda atendibles, que han empujado a la Ley a decantarse de forma tan neta por este tipo de prestación técnica: realidad del cuidado, profesionalización y especialización de las prestaciones, control de la calidad de las mismas, aplicación efectiva del gasto público al cuidado del dependiente, creación de empleo, evitar desincentivar la incorporación de la mujer al trabajo debido a la habitual asunción por parte de la misma de la carga de cuidado del dependiente, evolución demográfica, cambios en la estructura familiar, incentivo de la corresponsabilidad familiar, o instrumento de conciliación de la vida laboral y familiar.

Dificultades reconocidas por el Libro Blanco sobre la Atención a las personas en situación de dependencia en España (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, IMSERSO, 2004, cuando apuntaba en la p. 63 que "el modelo basado en el apoyo informal no puede sostenerse a medio plazo".

son las familias las que mayoritariamente realizan la asistencia personal de las personas dependientes⁷⁰⁶ en función de la clara voluntad de éstos⁷⁰⁷.

De acuerdo con los datos elaborados por el IMSERSO, Servicio de Estadísticas de la subdirección General Adjunta de Valoración, Calidad y Evaluación, a fecha 1 de junio de 2009 en los programas Individuales de Atención ya se han otorgado 186.267 prestaciones económicas para el cuidado en el ámbito familiar —que constituyen más del 50% de las prestaciones reconocidas en todo el territorio español—, frente a las 74.987 atenciones residenciales.

Quizás el principal motivo que haya impulsado a caracterizar así esta prestación es el intento de evitar que con ella surja una forma de subempleo, generalmente femenino, basado en lazos de afectividad que suponga una retirada de estas cuidadoras del mercado de trabajo normalizado. Estos temores no son infundados, como así se deduce de los datos publicados por el IMSERSO relacionados con las cifras relativas a los convenios especiales de cuidadores no profesionales en situaciones de dependencia, a 15 de junio de 2009. De las cifras de estos convenios resulta que de un total de 72.511, 3.952 son de hombres y 68.559 de mujeres.

El carácter excepcional de esta prestación también resulta contraria con uno de los principios básicos establecidos en la.LD

706 Al respecto *vid.* MONTOYA MELGAR, A. (Director), PÉREZ DE LOS COBOS, F., CAVAS, F., GUTIERREZ, I., SÁNCHEZ, C., HIERRO, F. J., *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de Promoción de la autonomía persona y atención a las personas en situación de dependencia*. Thomson Civitas, 2007 pp. 153-155.

707 Considerar como no prevalente el cuidado familiar en gran medida supone obviar el deseo de los propios sujetos dependientes, de ser atendidos en su entorno familiar, como refleja los datos contenidos en el Libro Blanco, pp. 58-65.

consistente en la permanencia de la persona que se encuentra en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en que desarrollan su vida (art. 3.i.) LD), lo que se realiza más adecuadamente a través de estas prestaciones económicas para los cuidados en el entorno familiar. Además, el establecimiento de esta prestación con carácter excepcional también se contrapone con el derecho del dependiente a decidir cómo quiere ser atendido.

Tal vez por ello, de manera más suavizada, dispone el art. 29. 1 de la LD que en el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales del sistema público establecerán un Programa Individual de Atención en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente.

El pretendido carácter excepcional de esta prestación se ha manifestado en que sea incompatible con todos los servicios del SAAD, salvo con el servicio de teleasistencia, y con aquellos que pueda utilizar el dependiente durante el periodo vacacional de la persona cuidadora, lo cual en ocasiones produce un resultado nada satisfactorio.

E. CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN

La cuantía de las prestaciones económicas del Sistema, todavía insuficiente, se determina en función de diversos parámetros que permiten, sobre las cuantías máximas de las ayudas que se

establecen anualmente por el Gobierno para todo el territorio español⁷⁰⁸, aplicar ciertos porcentajes de reducción en función de la capacidad económica del dependiente⁷⁰⁹.

708 En la actualidad esta cuestión aparece regulada en el RD 73/2009, de 30 de enero.

709 Disposición adicional quinta de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. Reglas especiales para valorar las disposiciones patrimoniales a los efectos de la determinación de la capacidad económica de los solicitantes de prestaciones por dependencia.

1. A efectos de la determinación de la capacidad económica del solicitante de las prestaciones previstas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, se computarán las disposiciones patrimoniales realizadas en los cuatro años anteriores a la presentación de la solicitud, ya fueran a título oneroso o gratuito, en favor de los cónyuges, personas con análoga relación de afectividad al cónyuge o parientes hasta el cuarto grado inclusive, con arreglo a las siguientes normas:

a) En las disposiciones de bienes, constitución de derechos reales sobre los mismos, o renuncia a derechos, se computará como capacidad económica del solicitante el valor de dichos bienes o derechos a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio, deduciéndose del mismo, en el caso de que se hubiera tratado de disposición a título oneroso, la contraprestación recibida, siempre y cuando exista constancia de su efectiva recepción.

b) Cuando se trate de la renuncia a rentas, pensiones y, en general, todo rendimiento periódico, si ésta hubiera sido realizada de forma gratuita, se computará la misma como si siguiera percibiéndola. Si la renuncia hubiera sido onerosa, se computará como capacidad económica del solicitante la diferencia entre el valor capitalizado de la renta renunciada y la contraprestación recibida valorada conforme a lo establecido en el Impuesto sobre el Patrimonio, siempre y cuando exista constancia de su efectiva recepción.

c) Cuando la disposición haya sido realizada a través del aumento de deudas u obligaciones, si éstas hubieran sido contraídas a título gratuito, no se computarán para disminuir la capacidad económica del solicitante. Si hubieran sido contraídas a título oneroso sólo disminuirán la capacidad económica del solicitante hasta el valor a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio otorgado a los bienes o derechos recibidos a cambio.

Estas normas no afectan al cómputo en el patrimonio del solicitante de aquellos bienes o derechos obtenidos como consecuencia de las disposiciones a las que acabamos de referirnos y que se encuentren en su patrimonio en el momento de la solicitud de pres-

El importe de la prestación económica a reconocer a cada beneficiario se determinará aplicando a la cuantía vigente para cada año un coeficiente reductor según su capacidad económica, de acuerdo con lo establecido por la Comunidad Autónoma o Administración que, en su caso, tenga la competencia y tendrá en consideración lo que se acuerde por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y atención a la Dependencia.

La Ley 39/2006, establece en su artículo 7 que la protección de la situación de dependencia se prestará de acuerdo con los siguientes niveles de protección: un nivel mínimo de protección garantizado por la Administración General del Estado, un nivel de protección acordado entre la Administración General del Estado y cada una de las comunidades autónomas y un nivel adicional que pueden establecer, por su parte, las comunidades autónomas con cargo a sus presupuestos.

El artículo 9 de la Ley 39/2006, dispone que el Gobierno, oído el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, determinará el nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del Sistema, según el grado y nivel de su dependencia, como condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia. En su apartado 2 establece que la financiación pública de este nivel de protección correrá a cuenta de la Administración General del Estado.

tación. La valoración de estos bienes o derechos se realizará conforme a su naturaleza, de manera análoga al resto de su patrimonio.

2. En los Convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas a que se refiere el artículo 9 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, se incorporará una cláusula con el contenido del apartado anterior

En desarrollo de lo anterior se aprobó el Real Decreto 614/2007, de 11 de mayo, sobre nivel mínimo de protección del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia garantizado por la Administración General del Estado (en adelante Real Decreto 614/2007) que ha sido modificado por el Real Decreto 99/2009, de 6 de febrero y desarrollado por el Real Decreto 6/2008, de 11 de enero, por el que se determina el nivel mínimo de protección garantizado a los beneficiarios del sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el ejercicio 2008 y por el Real Decreto 74/2009, de 30 de enero, por el que se determinan las cuantías del nivel mínimo de protección garantizado a los beneficiarios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia para el ejercicio 2009, que son:

Grado III Gran Dependencia Nivel 2.....	263,93
Grado III Gran Dependencia Nivel 1.....	179,47
Grado II Dependencia Severa Nivel 2	102,20
Grado II Dependencia Severa Nivel 1	70,00

De acuerdo con el citado RD 741/2009, de 30 de enero, las cantidades asignadas para cada Grado y Nivel están incrementadas, respecto al ejercicio 2008, en un 2% de incremento previsto para el IPREM en la disposición adicional vigésimo octava del Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2009

El Real Decreto 73/2009, de 30 de enero, sobre las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia para el ejercicio 2009 fijan las siguientes cuantías máximas de las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar en euros mensuales, además de los 160,13

euros de cuota por Seguridad Social y Formación Profesional, cantidad que será abonado directamente por el Instituto de Mayores y Servicios sociales (IMSERSO) a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Grado III Nivel 2.....	519,13
Grado III Nivel 1.....	415,73
Grado II Nivel 2.....	336,24
Grado II Nivel 1.....	300,00

En los supuestos en que el beneficiario sea titular de cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en otro régimen público de protección social, del importe a reconocer, se deducirán las siguientes prestaciones: El complemento de gran invalidez, el complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de minusvalía igual o superior al 75%, el complemento por necesidad de tercera persona de la pensión de invalidez no contributiva, regulados en los arts. 139.4, 182 bis.2c, 145.6 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Asimismo, se deducirá el subsidio de ayuda a tercera persona, previsto en el art. 12.2.c, de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, (LISMI).

**F. OTROS DERECHOS DEL CUIDADOR NO PROFESIONAL EX ART. 19 LD:
INCLUSIÓN DE LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES EN EL RÉGIMEN
GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, PARTICIPACIÓN EN ACTIVIDADES
DE FORMACIÓN Y MEDIDAS PARA ATENDER LOS PERÍODOS DE
DESCANSO**

Como es una realidad incuestionable que esta forma de cuidado familiar no va a desaparecer en un futuro inmediato⁷¹⁰, distintas razones aconsejan, que sin fomentar demasiado⁷¹¹, no se olvide ni deje en situación de desprotección a las personas que sin duda van a seguir integrando este colectivo de cuidadores.

La regulación actual reconoce el cumplimiento por parte de los cuidadores familiares de una función que, aunque de carácter privado, tiene un indudable interés social; a partir de dicho reconocimiento, la LD atribuye a los cuidadores informales un estatuto jurídico que les otorga algunos derechos sociales y laborales y otros derivados de su condición de cuidador, tales como los llamados periodos de respiro o vacaciones⁷¹².

Como hemos tenido ocasión de poner de manifiesto en páginas anteriores, la LD no constituye al cuidador en beneficiario directo de la prestación prevista en el art. 18, pero pretende no olvidar a este colectivo de personas dignas de tutela, respeto y admiración y prevé su inclusión en el régimen general

710 Parece improbable que en el cuidado de los dependientes se prescinda en su totalidad de estos cuidadores familiares.

711 Razones de política legislativa aconsejan que las mujeres salgan a trabajar fuera del entramado familiar.

712 Así lo manifiestan BLASCO RASERO, Cristina, RODRÍGUEZ SANTOS, Estefanía, ARENAS VIRUEZ, Margarita y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago (Director), *La aplicación de la Ley de Dependencia en Andalucía*, Carl, 2008, p. 132.

de la seguridad social⁷¹³ en la forma desarrollada en la Orden TAS/2632/2007, de 7 de septiembre, por la que se modifica la Orden 2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

La LD prevé un sistema de tutela de los cuidadores no profesionales que pueden dividirse en tres tipos. En primer lugar, en materia de Seguridad Social, permitiendo que la labor de cuidador le permitirá obtener futuras prestaciones de dicho Sistema; en segundo lugar, facilitando la conciliación de la vida profesional del cuidador con el cuidado de dependiente; y, en tercer lugar, mediante prestaciones de ayuda y apoyo como las informativas, formativas⁷¹⁴ o de respiro.

Las previsiones del art.18 LD se atribuyen en principio cuando existen cuidadores informales que han renunciado a des-

713 Lo cual en cierta medida compensará su decisión de apartarse del mercado de trabajo. Este cuidado supone un coste de oportunidades destacada por BARCELÓN COBEDO y QUINTERO LIMA, "Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social", *RMTAS*, 2006, núm. 60, p. 31.

714 Como declara ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., "Situación social de los cuidadores no profesionales", en *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Thomson Civitas, 2007, p. 444, es preciso que el cuidador informal tenga una buena formación que le permita realizar todas las actividades que constituyen el cuidado de forma correcta. Además es preciso para evitar síndromes como el de «burn out» o depresiones, permitir un período de descanso para que el cuidador no profesional pueda descansar y reponer fuerzas de una tarea tan agotadora física y psíquicamente. La única pista sobre el tema se encuentra en el art. 25 de la Ley 39/2006 que al regular el Servicio de Atención Residencial, señala que la prestación puede ser de carácter temporal para los periodos de descanso de los cuidadores no profesionales. Por lo que, parece que durante ese periodo de tiempo los dependientes tendrán el derecho de permanecer en estas instituciones mientras que su cuidador familiar disfruta del "periodo de respiro" y se genera la correspondiente obligación en los Servicios Sociales públicos de ofrecer plazas suficientes para que ello pueda efectuarse.

empeñar una actividad profesional; para los activos que dejan temporalmente su empleo para hacerse cargo de un familiar dependiente, habrá que pensar en medidas de carácter más estrictamente laboral que, mejorando las ya existentes les permita conservar sus expectativas de regreso al mercado de trabajo cuando la situación de dependencia deje de existir⁷¹⁵.

El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización en la Seguridad Social que se han determinado reglamentariamente en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

Los cuidadores no profesionales, quedarán incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad social y en situación asimilada al alta, mediante la suscripción del convenio especial regulado en el Real Decreto citado. No lo serán si el cuidador no profesional sigue realizando o inicie una actividad profesional por la que deba quedar incluido en el sistema de la Seguridad social, o cuando el cuidador se encuentre percibiendo una prestación de desempleo, o cuando tenga la condición de pensionista de jubilación o de incapacidad permanente o, de tratarse de pensionista de viudedad o a favor de familiares, tenga 65 o más años.

La base mensual de cotización *ex* art. 4.1 del RD 615/2007 es el tope mínimo que, en cada momento, esté establecido en el

715 Al respecto *vid.* art. 46.3 E. T. que contempla el derecho de los trabajadores a un período de excedencia, de duración no superior a un año, salvo que se establezca un plazo mayor por la negociación colectiva, con la finalidad de “atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida”.

Régimen General de la Seguridad Social. La inclusión en el sistema de seguridad social, tiene como finalidad procurar una cierta cobertura social al cuidador, normalmente familiar que realiza su tarea gratuitamente. La situación de asimilación al alta será a efectos de las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza.

Es la Administración General del Estado quien de acuerdo con el RD 614/2007, de 11 de mayo asumirá las cotizaciones correspondientes a la seguridad social de los cuidadores no profesionales.

También se regula la participación en las actividades de formación y las medidas para atender los periodos de descanso en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, toda vez que conforme al art. 18.4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, se establece la aplicación a los cuidadores no profesionales de programas de formación y acciones formativas, prevé su financiación mediante un tipo reducido de cotización, introduciendo dos modificaciones en los arts. 5. 1 b) y 5.3 en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, permitiendo que participen en la formación regulada en ese Real Decreto, los cuidadores no profesionales que atiendan a las personas en situación de dependencia y puedan tener prioridad para participar en las acciones formativas.

Las medidas para atender los periodos de descanso deben ser prestaciones sociales, tendentes a proteger al cuidador informal, partiendo del hecho real de que este se dedica sin horario, sin límites al cuidado del dependiente. Este duro esfuerzo justifica el establecimiento de periodos de descanso, mediante pres-

taciones profesionales sustitutorias en determinados momentos que permitan un cierto respiro al cuidador⁷¹⁶.

IV. CONCLUSIONES

La figura del cuidador no profesional, a pesar del carácter excepcional con que se configura la prestación derivada de esta forma de ayuda, en la actualidad y en un futuro próximo seguirá constituyendo un elemento clave del sistema de protección de la dependencia. La solidaridad de los miembros de una familia no puede en modo alguno ser sustituida por la solidaridad social.

No debe desconocerse la elección que el propio dependiente y su familia pueden adoptar cuando ese cuidado familiar sea perfectamente viable. Este pretendido carácter excepcional con que fue configurado en la LD debe ser revisado porque debe considerarse y esperarse que el cuidado familiar de los dependientes siga constituyendo una realidad en el futuro, pues la familia, con todas las ayudas públicas que se sean posibles, debe seguir siendo uno de los pilares de esta sociedad.

El cuidado familiar de los dependientes no debe suponer una carga insoportable para los cuidadores, ni constituir una ayuda invisible en soledad sin ningún tipo de reconocimiento.

La figura del cuidador no profesional no surge *ex novo* con la Ley 39/2006, sino que por el contrario debe ser encuadrada dentro de las diversas instituciones tutelares existentes en derecho español: patria potestad, tutela, guarda de hecho. Del examen de dichas figuras tradicionales se debe extraer su régimen jurídi-

716 Un examen sobre estas cuestiones puede verse en CARRETERO, S., GARCÉS, J., RÓDENAS, F., SANJOSÉ, V., *La sobrecarga de las cuidadoras de personas dependientes. Análisis y propuestas de intervención psicosocial Tirant lo blanch, Valencia 2006.*

co básico. La Ley 39/2006 sólo ha significado el reconocimiento legal de que estos cuidadores no profesionales en cierta medida descargan al sector público de la satisfacción de las necesidades derivadas de la dependencia, lo cual justifica la percepción por el dependiente de una ayuda económica que integrará su patrimonio y ayudará a cubrir sus necesidades.

La retribución del cuidador informal debe quedar sometida a las normas existentes en materia de patria potestad, tutela y guarda de hecho y puede generar a su favor, en la medida posible de acuerdo con las necesidades y la entidad del patrimonio del cuidado, un derecho a ser resarcido por los daños y perjuicios sufridos por la prestación de estos cuidados.

Aunque no puede desconocerse el gran placer que puede suponer ayudar a la persona que nos necesita, que depende de nosotros, y que al final de tan ardua tarea el cuidador se ve favorecido por la gran satisfacción del deber cumplido, las consecuencias de convertirse en un cuidador son muchas, y en muchas ocasiones muy negativas, pues se suelen producir graves alteraciones en la salud física y mental del cuidador, sobre todo, cuando el cuidado se lleva a cabo durante muchos años. Por ello, en ocasiones, deberá reconocerse que la asistencia a través del cuidador informal se combine con otras prestaciones y servicios del sistema.

Frente a la alegación de que se trata de evitar que surja una forma de subempleo, generalmente femenino basado en lazos de afectividad, a mi juicio este problema puede paliarse si “todos” los miembros de una familia, cualquiera que sea su género, se implican en el cuidado del dependiente.

El cuidado de los dependientes no debe ser extremadamente gravoso, para así no ahuyentar a las personas que estén dis-

puestas a realizar esta tarea, aunque desde luego siempre deberá existir un efectivo control público de que la persona dependiente está bien cuidada y que los fondos públicos sirven para mejorar el nivel de vida de éste.

Es inexcusable analizar las necesidades de las familias que tienen dependientes a su cargo, con el objetivo de colaborar con ellas en la superación de las dificultades a las que a diario se enfrentan. Debe ser prioritaria la posibilidad de que los dependientes sean cuidados en el entorno familiar, lo que contribuiría sin duda a la construcción de un modelo de sociedad más humano. No obstante, en los grados más graves de la dependencia, debe reconocerse que resulta imprescindible, habida cuenta la escasa cuantía de la prestación por cuidados en el entorno familiar, que ésta coexista con ciertas prestaciones y servicios, con el claro objetivo de mejorar no sólo la calidad de vida del miembro dependiente, sino también para el resto de la familia.

LA FORMA DE LOS ACTOS INICIALES EN PROCESOS NO VOLUNTARIOS. DERECHO DE DEFENSA Y RESERVA DE LAS ACTUACIONES

Luis Montesano

Becario FPI Derecho procesal

1. FORMA DE LOS TRÁMITES INICIALES EN LOS PROCESOS NO VOLUNTARIOS Y PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

En virtud de la forma dispositiva que asume el proceso civil en el que se discuten derechos disponibles, incumbe a las partes la aportación de los hechos y de las pruebas que han de constituir el soporte fáctico de sus peticiones. Como consecuencia de él quedan fuera —en principio— de la valoración del juez los *hechos notorios* y los *hechos conocidos privadamente por el juzgador*⁷¹⁷.

El proceso civil⁷¹⁸ en el que se discuten derechos privados

717 Cfr. PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil, Proceso declarativo y proceso de ejecución*, t. I, Pamplona, 1985, Editorial Aranzadi, Segunda Edición, p. 520.

718 “La diferente naturaleza de los intereses en juego presupone la existencia de dos tipos de procesos. Frente a un proceso necesario, en el que por tratarse de intereses públicos el principio de necesidad determinará su nacimiento y contenido, ha de existir

es un proceso esencialmente dispositivo. Este carácter es un reflejo de la autonomía de la voluntad y del carácter privado del derecho mismo que se pretende hacer valer⁷¹⁹. Para salvaguardar el derecho privado de las personas —y evitar una forma de totalitarismo disfrazada a veces de paternalismo— el ejercicio de los derechos debe depender del ejercicio de la acción. *Nemo iudex sine actore*.

Cabe remarcar que la forma dispositiva del proceso se verifica en su totalidad —tanto respecto de los hechos como de las pruebas— cuando lo que está en tela de juicio son intereses privados. Cuando en cambio hay intereses públicos comprometidos, como ocurre en algunas materias (capacidad, filiación, etc.), el órgano jurisdiccional y/o los órganos auxiliares pueden instar el proceso, y disponer de su objeto⁷²⁰ y la prueba⁷²¹. En efecto, en

otro proceso en el que, por tratarse de intereses privados, la voluntad de las partes es el elemento determinante tanto de su nacimiento como de su contenido y extinción. Estos dos modelos básicos se corresponden con los procesos penal y civil; en el primero predomina el interés público, siendo su realización necesaria; en el segundo lo determinante para la iniciación del mismo es la voluntad del individuo, el cual, atendiendo a razones de oportunidad, acudirá o no al proceso para la defensa de sus intereses.” MONTERO AROCA, J., “Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad”, publicado en *Teoría Unitaria del Proceso*, Rosario (Argentina), 2001, Editorial Iuris, pp. 213-243; <http://www.derechoprocesal.es/sub/inicio.php?sub=1>.

719 Cfr. SATTI, S., *Diritto processuale civile, manuale di scienze giuridiche*, Padova, 1948, CEDAM, p. 97.

720 Cfr. URZAINQUI, F., *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Art. 1 al 280, Barcelona, 2000, Iurgium editores, p. 1306.

721 Ocurre que lo determinante para decretar la incapacitación de una persona es la apreciación global que haga el Juez, a la vista de todas las pruebas practicadas, de la situación en que se encuentra el presunto incapaz y de si está en condiciones, y hasta qué punto, de decidir por sí mismo en su esfera personal y patrimonial. (Art. 752.1 y 2 de la LEC). Cfr. SANCHO GARGALLO, I. y ORTUÑO MUÑOZ, P. V.V.A.A., *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, t. III, Barcelona, 2000, Iurgium editores, Telier, comentario

estos procesos no voluntarios, dado el interés público de la materia, predomina la oficialidad⁷²². En virtud de ella, el órgano jurisdiccional puede instar el proceso y aportar prueba⁷²³. Asimismo

al Art. 753, pp. 3416-3420. A través del proceso de incapacitación, además de declarar la concurrencia de esa causa, se debe determinar la extensión y límites. Ello significa que la incapacitación no es un estado que deba traer consigo siempre idénticos efectos jurídicos. A la luz de las circunstancias los tribunales deben, en cada caso, fijar el alcance de la incapacitación, es decir, determinar para qué tipo de actuaciones se le priva al incapaz de la capacidad de obrar. Asimismo debe fijarse el régimen tutelar al que va a quedar sometido el incapaz (tutela o curatela) y, en ciertos casos, en la sentencia debe procederse también a la designación de la persona o personas que deben ejercer el cargo tutelar de que se trate. Por otra parte, también hay que acordar en este proceso (aunque no siempre, y no sólo en él) el internamiento del incapaz. Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. V.V.A.A., *Derecho Procesal Civil, Ejecución forzosa, procesos especiales*, Madrid, 2005, tercera edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 423. Se justifica entonces que el tribunal pueda decretar prueba de oficio.

722 Cfr. GIMENO SENDRA, J., *Fundamentos del derecho procesal*, Madrid, 1981, Civitas, p. 193. Los procesos de incapacitación se rigen por el principio de oficialidad, que no rige sin embargo desde el principio, ya que el tribunal no puede iniciar el proceso. En cambio sí puede iniciarlo el Ministerio Fiscal, quien tiene la misión de defender el interés público y la legalidad.

723 Asimismo en lo que respecta a la alegación de los hechos y la prueba de los mismos, los procesos de incapacitación no se inspiran en el principio que rige la generalidad de los procesos civiles, el principio de aportación de parte, sino que se inspiran por el de aportación de oficio. Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. V.V.A.A., Ob. Cit., pp. 424-425. En materia de prueba rige el Art. 759 de la LEC, que contiene reglas específicas en la materia, consistente básicamente en que ciertas pruebas deben ser practicadas preceptivamente. Dice el Art. 759 de la LEC: "1. En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oírà a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinarà a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal. 2. 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, sobre esta cuestión se oírà a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno. 3. Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en

las partes no son dueñas de disponer el objeto del mismo ni de desistir⁷²⁴. En materia de prueba, la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, y podrá éste decretar cuantas medidas probatorias estime convenientes con independencia de las que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal⁷²⁵ y de las demás partes (Art. 752 y 282 de la LEC).

La LEC regula en los artículos 748⁷²⁶ y siguientes los proce-

la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.”

Éste último precepto está encaminado a garantizar la necesaria intermediación en este tipo de procesos, ya que sería absurdo que si la ley considera necesario que el tribunal practique preceptivamente esas pruebas, la decisión pudiera ser alterada por un tribunal de segunda instancia que no hubiera presenciado las mismas. El examen del presunto incapaz no es propiamente un interrogatorio de una de las partes ni un reconocimiento judicial, sino algo a caballo entre las dos cosas. Del mismo modo, la audiencia de los parientes más próximos tampoco es propiamente un interrogatorio de partes ni una prueba testifical, sino un medio también *sui generis* previsto para este tipo de procesos. Asimismo es propio de este tipo de procesos la existencia de dictámenes periciales de esta naturaleza.

724 Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal, Introducción*, Madrid, 1999, editorial centro de estudios Ramón Areces, S.A., pp. 47-65.

725 El Art. 749 de la LEC regula en qué casos debe intervenir el Ministerio Fiscal, al disponer que “en los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes.”

726 Las normas generales contenidas en este título se aplica a los procesos descritos en el Art. 748 de la LEC, que dispone que “Las disposiciones del presente título serán aplicables a los siguientes procesos: 1. Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad. 2. Los de filiación, paternidad y maternidad. 3. Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos. 4. Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores. 5. Los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial. 6. Los que tengan por objeto la oposición a las reso-

tos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Este tipo de procesos se caracterizan por la fuerte impronta de orden público⁷²⁷ que conllevan, lo que hace que las partes carezcan de la posibilidad de disponer tanto del derecho material como de los derechos procesales.

Como se desprende de lo afirmado precedentemente, los procesos no voluntarios no están sometidos al poder de disposición de los particulares, ya que se encuentra en juego el interés público en la mejor defensa de la persona y patrimonio del presunto incapaz o presunto pródigo; y el derecho procesal debe ser fiel reflejo de las reglas y principios que informan el derecho sustantivo al que en rigor sirve como instrumento de tutela⁷²⁸. Dado los intereses que se discuten, se busca reforzar la protección a las partes otorgándoles una adecuada postulación y defensa.

Asimismo la singularidad de estos procesos se manifiesta en que su objeto se refiere a la condición misma de la persona humana, a la libertad de disposición de ella misma y de su patrimonio en condiciones de igualdad con los demás sujetos individuales, aunque la actuación jurisdiccional se hace con fines exclusivamente protectores o tuitivos⁷²⁹.

Como se dijo, este tipo de procesos se sustancian por el trámite del juicio verbal, pero en el trámite de admisión de la de-

luciones administrativas en materia de protección de menores. 7. Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.”

727 La intervención del Ministerio Fiscal es una manifestación procesal del interés público que subyace a las situaciones jurídicas objeto del proceso de incapacidad. *Cfr.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. V.V.A.A., *Ob. Cit.*, p. 418.

728 *Cfr.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. V.V.A.A., *Ob. Cit.*, pp. 416 y 423.

729 *Cfr.* GIMENO SENDRA, V.; *Derecho procesal civil. Los procesos especiales*, t. II, Madrid, 2005, Colex, p. 243.

manda y emplazamiento, el tribunal, previo examen de oficio de los presupuestos procesales, habrá de comprobar la existencia de otras partes distintas de la expresamente demandada, que pueden estar legitimadas, procediendo a su emplazamiento cuando constate la existencia de un derecho o interés legítimo en el pleito⁷³⁰, al margen de la voluntad de las partes⁷³¹, y de que hayan sido o no demandadas, emplazándoles para que las contesten en el plazo de 20 días conforme a lo establecido en el Art. 405 de la LEC⁷³². Esta solución es una aplicación del principio de oficialidad. En virtud de él el tribunal en este tipo de procesos debe directamente corregir la omisión y considerar la demanda también dirigida al legitimado pasivamente según la ley. (Art. 753 de la LEC)⁷³³.

730 La AP de Asturias, Secc. 6ª, de 10 de noviembre de 2003 —20031815 ordena la nulidad de las actuaciones en un proceso de nulidad de un matrimonio civil al momento del emplazamiento para la contestación de la demanda con el fin de oír a otra persona interesada: la primera mujer con la que contrajo matrimonio canónico.

731 Cfr. GIMENO SENDRA, V.; Ob. Cit., p. 240.

732 Cfr. BANALOCHE PALAO, J. V.V.A.A. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 2001, Civitas, pp. 1271-1272. Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. V.V.A.A., Ob. Cit., p. 421.

733 Dijo al respecto al AP de Zamora, siguiendo una jurisprudencia indiscutida que "...Procede en primer lugar establecer que el Art. 753 de la Ley de Enjuiciamiento, que fue citado por la propia parte ahora recurrente, al regular las especialidades del procedimiento que debe seguir la tramitación de los procesos sobre la capacidad de las personas dispone que "Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente Ley", novedad introducida por la Ley 1/2000, que impone al Tribunal el llamar al proceso a todos los que conforme a la Ley, puedan ser parte en el, derogándose la regla del proceso civil según la cual corresponde al actor la determinación del demandado, máxime cuando como en el presente caso la demanda interpuesta pretende no solo la declaración de incapacidad de la demandada, sino también el nom-

Dice la Exposición de Motivos de la LEC respecto de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores que “Por lo que respecta a los procesos en que no rige el principio dispositivo, o debe ser matizada su influencia en razón de un indiscutible interés público inherente al objeto procesal, la Ley no se limita a codificar, sino que, con pleno respeto a las normas sustantivas, de las que el proceso ha de ser instrumental, diseña procedimientos sencillos y presta singular atención a los problemas reales mostrados por la experiencia.”

Dados los intereses en juego este tipo de procesos deben ser ágiles, flexibles y rápidos, y a la vez debe garantizarse una adecuada defensa. Es por ello que para su tramitación establece la ley un juicio verbal con contestación escrita, que es un híbrido entre el juicio verbal y el juicio ordinario. Con ello pretende la LEC alcanzar la agilidad, flexibilidad⁷³⁴ y celeridad propias de un juicio verbal, pero, de otro lado, evitar que el solicitante de la medida deba comparecer al acto de la vista desconociendo las alegaciones de la defensa del presunto incapaz o sujetos pasivos, lo que parecería que le privaría de una defensa reposada de sus posiciones en unos procesos en los que están en juego, ordinariamente, cuestiones de notoria importancia vital y frecuentemente con un considerable grado de complejidad⁷³⁵.

Tanto la demanda como la contestación en estos procesos deben ajustarse a las formas previstas para el juicio ordinario,

bramiento de tutor, que debe tramitarse con intervención de los interesados en el mismo vista su naturaleza procesal (jurisdicción voluntaria) ajena a la acción actuada respecto del estado de la persona, presunta incapaz...” SAP Zamora núm. 80/2007 (Sección 1), de 13 abril, JUR 2007\271440.

734 Cfr. SANCHO GARGALLO, I., y ORTUÑO MUÑOZ, P. V.V.A.A., Ob. Cit, pp. 3416-3420.

735 Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. V.V.A.A., Ob. Cit., p. 421.

debiendo desecharse la posibilidad de que el legislador estableciera la demanda sucinta en estos casos. Ello, porque de otro modo se frustraría la obvia finalidad que se quiere alcanzar al emplazar al Ministerio Fiscal y a las demás partes para que la contesten por escrito.

Sólo así encuentra sentido que el sujeto pasivo de la pretensión procesal⁷³⁶ deba contestar en la forma prevista por el Art. 405 de la LEC, que exige pronunciarse sobre los hechos alegados por el sujeto activo en su petición y exponer los fundamentos de su oposición a la pretensión⁷³⁷ (lo que no podría hacerse si no se hubieran concretado previamente las bases jurídicas de la petición del actor).

Asimismo se arriba a esta conclusión si se compara el Art. 753 de la LEC con los Art. 437 y 440, pues sería incongruente que la contestación tuviera más formalidades que la demanda⁷³⁸. Del mismo modo, el trámite del emplazamiento y el plazo de contestación es también el del juicio ordinario (Art. 404), a tenor del Art. 405, respecto de la contestación a la demanda, según expresa remisión del Art. 753 de la LEC.

No tendría sentido que las contestaciones a la demanda se hicieran con el contenido y forma previstos en el Art. 405 de la LEC y que la demanda, sin embargo, fuera una demanda sucinta en la que el actor no sustanciara los hechos y fundamentos

736 Se ha afirmado a mi juicio con razón que no existe en rigor en estos procesos parte demandada, hasta el punto de que el propio afectado (al que denomino sujeto pasivo de la pretensión procesal) puede ser el solicitante de la misma. En caso de incomparecencia son defendidos por el Ministerio Fiscal o por el Defensor Judicial, por lo que en ningún caso es posible una situación de rebeldía. *Cfr.* GIMENO SENDRA, V.; *Ob. Cit.*, p. 240.

737 *Cfr.* BANALOCHE PALAO, J. V.V.A.A. *Ob. Cit.*, pp. 1271-1272.

738 *Cfr.* GIMENO SENDRA, V.; *Ob. Cit.*, p. 240.

de derecho de su pretensión de forma exhaustiva. Contestada la demanda o precluido el plazo para su contestación, conforme el Art. 440.1 el tribunal dictará auto citando a las partes para la celebración de la vista y continuará el procedimiento según lo previsto para el juicio verbal⁷³⁹.

Con respecto a la contestación a la reconvencción, que en el juicio ordinario es escrita por mandato del Art. 407.2 de la LEC, autorizada doctrina entiende que no hay razón que justifique la aplicación de esta norma al juicio verbal. Se entiende así que la contestación a la reconvencción debe hacerse en el acto de la vista y de forma oral⁷⁴⁰.

Otro dato que avala que en los procesos no voluntarios estamos frente a la demanda ordinaria y no la sucinta es la obligatoriedad que tienen las partes de actuar siempre con abogado⁷⁴¹ (Art. 750 de la LEC)⁷⁴², lo que hace pensar que la importancia de estos procesos hace necesaria la intervención letrada desde sus inicios. La opción por una contestación escrita supone restar

739 Cfr. GIMENO SENDRA, V.; Ob. Cit., p. 240. Es decir, el procedimiento indicado es un híbrido en todos sus sentidos: para la demanda y contestación se aplican las reglas del juicio ordinario, mientras que para las siguientes etapas procesales son aplicables las reglas del juicio verbal. Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. V.V.A.A., Ob. Cit., p. 422.

740 Cfr. ORTELLS RAMOS, M. y CUCARELLA GALIANA, L; V.V.A.A. *Proceso civil práctico*, t. IX, Madrid, 2005, La Ley, comentario al Art. 753, p. 79.

741 La falta de defensa letrada en estos procesos conlleva a la nulidad del procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el Art. 225.4 de la LEC y 238.4 de la LOPJ, que disponen en lo sustancial que los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: (...) 4º) Cuando se realicen sin intervención de Abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria. Cfr. AAP Córdoba núm. 3/2005 (Sección 3), de 16 diciembre JUR 2006\161984.

742 Dispone el Art. 750.1 de la LEC que "Fuera de los casos en que, conforme a la Ley, deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, las partes actuarán en los procesos a que se refiere este título con asistencia de abogado y representadas por procurador."

preponderancia a la oralidad en favor de la escritura, y por tanto, entraña una mayor tecnificación. Se explica así también la intervención de abogado y procurador⁷⁴³.

Se ha afirmado que las actuaciones que de la etapa inicial puedan surgir (reconvención, allanamiento, ampliación de demanda, declinatoria) han de seguir también los trámites previstos para cuando se producen en el juicio ordinario⁷⁴⁴. Ello, ya que la especialidad que contiene ese precepto no afecta exclusivamente a los actos de la demanda y la contestación, sino a la fase alegatoria inicial en su conjunto⁷⁴⁵.

Entiendo sin embargo más acertada la opinión de quienes sostienen que contestada la demanda o precluido el plazo para su contestación, continuará el procedimiento según lo previsto para el juicio verbal⁷⁴⁶. Ello, a tenor de lo que literalmente dispone el Art. 753 de la LEC, donde se lee en la parte pertinente que "...los procesos a que se refiere este Título se sustanciará los trámites del juicio verbal (...) emplazándose para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente Ley". Es decir, siguiendo los criterios generales de interpretación de normas, corresponde a esta aplicar aquel que dice que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. En virtud de él, siguiendo la literalidad del artículo bajo análisis, estos procedimientos se tramitan por las reglas del juicio verbal,

743 Cfr. Apuntes de clase del Prof. Javier López Sánchez, Universidad de Zaragoza.

744 Cfr. SANCHO GARGALLO, I., y ORTUÑO MUÑOZ, P. V.V.A.A., Ob. Cit., pp. 3416-3420.

745 Cfr. BANALOCHE PALAO, J. V.V.A.A., Ob. Cit., pp. 1271-1272.

746 Cfr. GIMENO SENDRA, V., Ob. Cit., p. 240. Cfr. Díez-Picazo Giménez, I. V.V.A.A, Ob. Cit, p. 422; Cfr. ORTELLS RAMOS, M. Y CUCARELLA GALIANA, L, V.V.A.A., Ob. Cit., p. 79.

con la única modificación de la contestación de la demanda, que se hará conforme a la regla del Art. 405 de la LEC. Afirmar que rige también el Art. 407 de la LEC es darle una laxitud a la norma no querida por el legislador, quien expresamente se refiere solamente a la contestación de la demanda, nada más.

Ahora bien, la introducción de una contestación escrita no supone que la prueba deba proponerse en los escritos de alegaciones, pues el esquema procedimental que ha de seguirse sigue siendo el del juicio verbal, y por tanto la prueba se propone en el acto de la vista.

Sin embargo los documentos y dictámenes periciales que se quieran proponer deberán acompañarse a los escritos de demanda y contestación, aunque, dado que el régimen de preclusión no opera de forma rígida en este tipo de procesos, no parece que su omisión impida su posterior presentación⁷⁴⁷.

El examen del presunto incapaz es conveniente realizarlo antes de que se inicie la vista o audiencia señalada para oír a las partes y practicar la prueba, por dos razones: a) porque, ante el carácter reservado del examen, las partes tienen la posibilidad de alegar cuanto estimen conveniente sobre el mismo; y b) por la necesidad de que el tribunal disponga, previamente a dicho acto, de la información exclusiva que le puede proporcionar la exploración del presunto discapacitado, dada la posible influencia o el uso de dicha información en el contenido y desarrollo de las demás pruebas⁷⁴⁸.

747 Cfr. Apuntes de clase del profesor Javier López Sánchez, Universidad de Zaragoza.

748 En alguna resolución judicial se ha admitido que el examen del presunto incapaz se realice antes y fuera de la vista, por la protección del interés que se ventila en el proceso (SAP Madrid 21 de febrero de 2003 JUR 2003, 94120).

2. FORMA CONTRADICTORIA DEL PROCESO. DERECHO DE DEFENSA

Los procesos no voluntarios suelen perseguir la adopción de una medida tuteladora, pero esta medida en cuanto supone una restricción de la libertad —al privar de eficacia jurídica los actos realizados en su ejercicio— sólo puede ser adoptada tras un proceso contradictorio frente al presunto incapaz.

La forma contradictoria se ve apoyada en el proceso por audiencias por el denominado requisito de la substanciación oral. En virtud de él no puede resolverse sin debate oral a una petición unilateral de la parte sin dar a la contraria la oportunidad de escuchar su réplica⁷⁴⁹.

El legislador al regular que este tipo de procesos transiten por la vía del juicio verbal, con la particularidad ya apuntada de la contestación escrita de la demanda, busca —como se dijo— dar rapidez y flexibilidad, a la vez que seguridad e igualdad a estos trámites.

La oralidad hace que la forma contradictoria⁷⁵⁰ se encarne en el proceso sin entorpecer la marcha ágil del mismo. Mientras que en el proceso escrito cuando una parte alega algo se debe notificar a la contraria y conceder un plazo para que ésta pueda si lo desea contestar, en el proceso por audiencias con la carga que tienen las partes de comparecer a la vista y la posibilidad de

749 Cfr. SCHÖNKE, A., *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1950, Trad. española de la quinta edición alemana, Bosch editora, p. 42.

750 Los procesos no voluntarios son procesos contradictorios, al menos formalmente. Quiere ello decir que el legislador impone que la incapacitación o la prodigalidad sean declaradas tras la sustanciación de un proceso que siga las normas de la jurisdicción contenciosa, y en el que haya una dualidad de posiciones y un tribunal imparcial que decida la cuestión jurídica. Cfr. Díez-Picazo Giménez, I. V.V.A.A., Ob. Cit., p. 424.

replicar lo manifestado por la contraria se concretiza de modo natural el contradictorio, ello sin la necesidad de invertir el tiempo y recursos materiales que para las notificaciones escritas se necesita.

Entiendo sin embargo que la demanda y contestación cumplen mejor su finalidad si se realizan por escrito. Ello, porque allí las partes fijan el objeto materia de litigio, ofrecen las pruebas y oponen las excepciones que consideren oportunas. Estos actos cumplen mejor su función si se les da la fijeza propia de la escritura. Asimismo que el demandado tenga el tiempo que brinda la escritura para poder defenderse hace a un efectivo cumplimiento de las garantías de defensa e igualdad⁷⁵¹, ya que si la contestación a la demanda fuera oral (teniendo como supuesto una demanda también oral), el actor contaría con el tiempo que le brinda la prescripción para preparar su ataque, mientras que el demandado solamente contaría con los minutos que se prescribieran en la audiencia para preparar su defensa. Asimismo la demanda escrita con contestación oral (como lo prevé la LEC para el juicio verbal común) podría afectar el derecho de defensa del actor, ya que mientras el demandado cuenta para preparar su defensa con el plazo que le brinda la ley para comparecer a la vista, el actor tiene solamente los escasos minutos que transcurren entre la contestación oral del demandado y su posible réplica.

En la etapa probatoria en cambio el contradictorio se desarrolla de modo ágil y sin entorpecer en lo más mínimo la defensa ni la igualdad si en una gran audiencia donde se produzca la prueba las partes tienen la posibilidad de replicarse, solicitar aclaraciones, etc. Es muy útil idear una audiencia previa a esa

751 La igualdad está protegida constitucionalmente en los Art. 9 y 14 de la CE. La garantía de la defensa en juicio está protegida constitucionalmente por el Art. 24 CE.

gran audiencia, a fin de fijar los hechos a probar, y los medios de que se valdrá cada parte. Eso ordenará la vista, lográndose mejores resultados prácticos: así, en la audiencia previa habrá que resolver qué testigos declararán, qué peritos explicarán los informes, etc. De lo contrario habría que hacer comparecer a todos los testigos y peritos a la vista, con la posibilidad de que luego no declarasen.

Conforme lo normado por el Art. 440.1 3er párrafo de la LEC, una vez recibida la demanda, el tribunal citará a las partes a la vista, en cuya citación se indicará que, en el plazo de tres días siguientes a la recepción de la citación, las partes deben indicar las personas que por no poder presentarlas ellas mismas, han de ser citadas por el tribunal a la vista para que declaren en calidad de partes o testigos.

Entiendo que resultaría más ordenado celebrar una audiencia previa a la vista que tenga por objeto instar la conciliación entre las partes y en caso de no ser ello posible determinar los medios probatorios que se practicarán en la vista. De lo contrario en la práctica en muchos casos podría ocurrir que habrá que celebrar dos vistas, ya que en la primera comparecencia seguramente no podrán asistir todos los declarantes. Incluso en caso de poder asistir, podría ocurrir que asistieran declarantes que a juicio del tribunal no fuera necesaria su intervención, situación que podría resolverse en la audiencia previa, disminuyendo los costos del proceso.

La economía procesal indicaría, entonces, que se proyecte una audiencia previa al juicio con la finalidad de preparar la vista. Parecería entonces que el legislador, quien modificó la estructura básica del juicio verbal para estos procesos no voluntarios a fin de brindar igualdad y asegurar la defensa del actor —con

una finalidad tuitiva al presunto incapaz—, debería haber completado la labor ideando una audiencia previa a la vista del juicio verbal.

Con respecto a la vista oral como forma de la producción probatoria, si esta etapa fuera escrita se verificarían un sinnúmero de actos de notificaciones para garantizar el derecho de defensa, con el consiguiente número de resoluciones y notificaciones—por ministerio de la ley o cédula según la importancia— y las consiguientes consecuencias naturales: desconcentración de actos y exceso de tiempo en la etapa probatoria, con imposibilidad de cumplir el plazo previsto por la ley. Sin embargo, bien puede verificarse la contradicción mediante un sistema escrito, pero quedan a la vista los altos costos (sobre todo en tiempo) que son necesarios invertir para garantizar el contradictorio: las vistas orales son en este sentido realizables con mucha mayor celeridad, continuidad y concentración que los actos escritos, los que—como se dijo— requieren dar traslado por escrito a la contraria frente a cada manifestación de una de las partes.

Como podemos apreciar de las consideraciones vertidas, la forma escrita de la contestación en los procesos no voluntarios obedece a respetar la forma igualitaria del juicio, y a brindar efectivamente la garantía de la defensa en juicio⁷⁵². Ahora bien

752 Así lo dispuso la AP de Barcelona al establecer que “El Art. 753 de la LEC., inserto en el mentado Capítulo I del Título I, determina que los procesos a los que se refiere dicho Título, salvo que expresamente se disponga otra norma, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero dándose de la demanda traslado, al Ministerio Fiscal, si fuere parte y a las demás partes del procedimiento, emplazándoles para que contesten a la demanda, en el plazo de 20 días, conforme a lo establecido en el Art. 405 de la misma Ley (...) En el presente supuesto, el Auto de admisión de la demanda, dispuso su sustanciación por los trámites del Art. 440 de la LEC, incardinado en el Título III “Del juicio verbal”, del Libro II “De los Procesos Declarativos”, acordando la celebración de vista y señalando día para dicho acto. Se han conculcado, por tanto, las normas esenciales del

¿deben contar esas partes enfrentadas con *igualdad* de medios para defender en el proceso sus respectivas posiciones? O dicho de otra manera: ¿existe un límite a la igualdad de posibilidades? Es decir: ¿Deben disponer de iguales derechos procesales, de parejas posibilidades para sostener y fundamentar lo que cada cual estime que le conviene?

Autorizada doctrina, refiriéndose al proceso civil de conocimiento, entiende que sí⁷⁵³, ya que se estima como exigido por la justicia y necesario para que el proceso jurisdiccional sea una verdadera superación de la justicia privada.

Sin embargo el mismo autor reconoce a renglón seguido que esta igualdad no implica que las partes sean iguales. De hecho —sigue diciendo— “existe una desigualdad intrínseca y funcional de las partes, de los sujetos de los procesos...”⁷⁵⁴. No es igual

proceso, tramitándose la demanda por cauce procedimental distinto del previsto legalmente, con causación de evidente indefensión a la parte demandada, que no fue emplazada para contestar a la demanda, evitándose así la posibilidad de contestar a la misma de forma escrita, y en definitiva de la sustanciación de un proceso con arreglo a los plazos y trámites previstos legalmente, en garantía de efectiva audiencia y contradicción. Debe también significarse que tampoco fue declarado en situación procesal de rebeldía, el demandado, pese haber comparecido a la vista sin Abogado ni Procurador, no constando manifestación alguna de éste en dicho acto sobre tal cuestión, limitándose su participación a responder las preguntas realizadas en el interrogatorio de parte (...). Por lo explictado procede tutelar jurisdiccionalmente la pretensión de nulidad de actuaciones, desde el Auto de admisión a trámite de la demanda, de 10 de enero de 2006, debiendo seguirse el proceso por el cauce del juicio verbal especial, y proceder al emplazamiento de la parte demandada y del Ministerio Fiscal, para que contesten a la demanda tal como prescribe el artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el Art. 770 del mismo cuerpo legal”. SAP Barcelona núm. 279/2008 (Sección 12), de 21 abril, JUR 2008\178899.

753 Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, DÍEZ-PICASO JIMÉNEZ Y VEGAS TORRES, *Ob. Cit.*, p. 56; En el mismo sentido ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. *Introducción al Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2004, Segunda ed. Marcial Pons, p. 53.

754 Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, DÍEZ-PICASO JIMÉNEZ Y VEGAS TORRES, *Ob. Cit.*, p. 56; En el mismo sentido ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Ob. Cit.*, p. 53.

quien demanda que quien es demandado. De hecho el actor tiene la posibilidad de desistir, mientras que el demandado la tiene para allanarse. La diferente posición procesal que existe entre las partes justifica el diferente tratamiento de una y otra.

En virtud de la forma igualitaria el órgano judicial debe brindar a las partes en lo posible los mismos derechos, posibilidades de defensa y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni a favor ni en contra de alguna de ellas⁷⁵⁵. En este sentido se ha afirmado que el proceso civil de conocimiento tiene que ser un duelo con igualdad de armas, en donde actor y demandado han de tener las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación⁷⁵⁶.

755 Cfr. JOFRÉ, T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, t. I, Buenos Aires, 1941, La Ley, 5ª Ed., p. 40. En el mismo sentido Cfr. MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER J. L., MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional*, t. I, Parte General, Barcelona, 1996, Bosch editor, p. 329; Cfr. ECHANDIA, H., *Compendio de derecho procesal*, t. I, *Teoría general del proceso*, Bogotá, 1983, Editorial A B C, p. 38.

756 Cfr. BLOMEYER, *Zivilprozessrecht*, Göttingen, 1963, p. 71; En el mismo sentido se ha afirmado que las partes en el proceso civil de conocimiento deben estar ante el tribunal en una posición de igualdad y paridad. Cfr. ROCCO, U. *Tratatto di diritto processuale civile*, Torino, 1957, UTET, p. 159.

“El principio procesal de igualdad ha de estar también presente en la fase probatoria como una de las garantías esenciales protegidas por la CE, pues en el diseño constitucional del proceso la evidencia, presupuesto ineludible de la sentencia, ha de obtenerse evitando situaciones de supremacía o de privilegio de alguna de las partes en la traída de los hechos al proceso o, lo que es lo mismo, garantizando la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio» (STC número 227/91, de 28 de noviembre —RTC 1991, 227—); como también que «ante una situación en que las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso de proceso (artículo 118 CE) determina como lógica consecuencia que la parte emisora del informe está especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda conocer la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de

Debemos preguntarnos entonces si estos criterios rectores son aplicables a los procesos bajo análisis. Para ello analizaré de qué forma se resguarda mejor la igualdad de las partes en el proceso según la etapa procesal de que se trate. En términos generales en la etapa inicial del proceso el derecho de defensa de las partes y la forma igualitaria del juicio se resguardan de mejor modo si la pretensión se deduce por escrito, ya que la escritura da una fijeza que conviene a esta etapa del proceso. Esto permite que el demandado se pueda defender con precisión, sabiendo a qué atenerse.

En los procesos de incapacitación existe una desigualdad natural. En efecto, por un lado tenemos al presunto incapaz⁷⁵⁷, quien es el potencial sujeto pasivo de la medida que eventualmente se aplicará. El legislador se encarga de proveerle una defensa adecuada, y dado los intereses públicos que hay en juego participa activamente el Ministerio Fiscal⁷⁵⁸. (Art. 749 de la LEC).

la prueba» (STC número 116/95, de 17 de julio —RTC 1995, 116—).” STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 1262/2006 de 14 diciembre RJ 2006\8230.

757 Según el Art. 200 CC son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

758 La participación en estos procesos del Ministerio Fiscal hace a la eficaz defensa del presunto incapaz. Entendió la jurisprudencia que la falta de debido emplazamiento del Ministerio Fiscal produce la nulidad del procedimiento, a tenor de lo dispuesto por el Art. 225.3 de la LEC y 238.3 de la LOPJ. Disponen estos preceptos que “Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 3º. Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.” (Art. 225.3 de la LEC); y que son nulos los actos procesales “Cuando se prescinda de normas esenciales de procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.” (Art. 238.3 de la LOPJ).

Del juego armónico de estos preceptos y del 749 de la LEC interpretó la AP de Córdoba que en los procesos especiales que acá se estudian resulta esencial la participación del Ministerio Fiscal, debiendo en caso contrario decretarse la nulidad del procedimiento.

Asimismo se prevé que en caso de que la sentencia que dispone la incapacidad⁷⁵⁹ sea apelada deben practicarse pruebas en segunda instancia. (Art. 752.3 de la LEC). De otro lado tenemos al denunciante o sujeto activo de estos procesos, quien normalmente tiene un interés en proteger al presunto incapaz, o de proteger su integridad física y la de terceros si éste fuera peligroso⁷⁶⁰.

Estableció el tribunal que “En resumidas cuentas, estos preceptos exigen la presencia del Ministerio Fiscal, y más aun si cabe, cuando en el presente caso, por providencia de 25 de mayo de 2005, no habiendo comparecido dentro del plazo la persona presuntamente incapaz, y en base al Art. 758 de la LEC el Ministerio Fiscal asumió su defensa. (...) Al mismo tiempo se reconduce el presente procedimiento, a tenor de los artículos esgrimidos, por los trámites del juicio verbal y es cuando en base a esta afirmación legal se debe invocar dentro de su tramitación el Art. 440 de la LEC que textualmente señala que “El tribunal, en el plazo de cinco días, previo examen de su jurisdicción y de su competencia objetiva y, cuando proceda, territorial, dictará auto en el que ordenará, en su caso, la admisión de la demanda y su traslado al demandado y citará a las partes para la celebración de vista, con indicación de día y hora, debiendo mediar diez días, al menos, desde el siguiente a la citación y sin que puedan exceder de veinte (...)” Así las cosas, procede estimar el motivo, anulándose la sentencia recurrida para que el Tribunal de instancia proceda a dictar nueva resolución con la debida citación en forma y dentro del plazo legal esgrimido que marca la ley procesal del Ministerio Fiscal.” AAP Córdoba núm. 3/2005 (Sección 3), de 16 diciembre JUR 2006\161984.

759 La sentencia que declara la incapacitación de una persona es constitutiva en cuanto restringe su capacidad de obrar, privándole de obrar por sí misma y en cuanto determina “la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado” (Art. 760.1 de la LEC), o nombra a la persona que ha de asistir o representar al incapaz y que “vele por él” (Art. 760.2 de la LEC), o cuando se pronuncie sobre la necesidad del internamiento del incapaz (Art. 760.1 in fine de la LEC) privándole de su libertad deambulatoria.

760 El Art. 757 de la LEC dispone: “1. La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz. 2. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado. 3. Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona,

Esta desigualdad justifica el diferente tratamiento a las diversas partes en este tipo de procesos. Ahora bien, ¿justificaría esta desigualdad que la demanda fuera contestada en la forma prevista para el juicio verbal? ¿O es más razonable la decisión del legislador del año 2000, quien parece haber previsto la forma del juicio ordinario para la primera etapa procesal de estos procesos? Pasemos a analizar esta cuestión.

En el juicio verbal (fuera de estos procesos especiales) la forma de la demanda es escrita (Art. 437 de la LEC). Luego el tribunal dicta un auto en el que dispone —en su caso— la admisión de la demanda y su traslado al demandado, y cita a las partes para la celebración de la vista (Art. 443 de la LEC). Del juego armónico de ambas normas se deduce (como en efecto acontece) que la contestación a la demanda se produce de forma oral, en la vista. En el juicio verbal, entonces, el actor prepara su demanda, y se da traslado a la contraria, quien contesta de forma oral. Es decir, el actor se enterará de las excepciones que opondrá el demandado en la vista. Entiendo que en este tipo de procesos podría en algún caso lesionarse el derecho de defensa del actor, ante la alegación de excepciones y defensas sorpresivas del demandado. Véase la

deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. 4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela. 5. La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.”

Con respecto al propio incapaz, se entiende que solamente pueden instarla: a) las personas que padecen trastornos mentales con intervalos de lucidez, dentro de uno de esos intervalos; b) los que padecen una anomalía psíquica que sólo produce algún déficit o limitación de la voluntad; c) los discapacitados con deficiencias persistentes de carácter físico que, sin afectar a su plena capacidad de decidir, les impidan gobernarse por sí mismos.

relación estrecha entre el derecho de defensa y la igualdad en este caso (recordemos que me refiero ahora al juicio verbal, no a los procesos especiales): dado que el actor demanda por escrito, el demandado cuenta con tiempo suficiente para preparar su defensa; mientras que el demandado (ahora actor, ya que *reus in exceptione fit actor*) al contestar oralmente, cuenta con más tiempo que el actor (ahora demandado de la contestación) para preparar su defensa. La forma igualitaria del juicio exigiría que la contestación también fuera por escrito, y se le diera un plazo al actor para que pueda eventualmente replicar.

En este sentido resulta criticable la regulación de la LEC que permite en el juicio verbal común la contestación oral de la demanda, ya que el actor no cuenta con el tiempo suficiente para preparar eventualmente su réplica (Art. 437, 440 y 443 de la LEC), pudiendo producirse en algún caso una afectación de la garantía de igualdad⁷⁶¹ y del derecho de defensa⁷⁶².

Es por estas razones que entiendo que la decisión del legislador del año 2000 (al establecer que la demanda y la contestación deben realizarse por escrito en los procesos especiales que aquí se analizan) resulta a todas luces la acertada. En cambio, como se dijo, sería preferible que se hubiera diseñado una audiencia previa a la vista oral.

3. RESERVA DE LAS ACTUACIONES

El Art. 754 de la LEC establece que los tribunales podrán acordar que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que

761 La igualdad está protegida constitucionalmente en los Art. 9 y 14 de la CE.

762 Protegido constitucionalmente por el Art. 24 CE.

las actuaciones sean reservadas “siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138 de la presente Ley”.

Como podemos apreciar esta norma plantea una excepción a la publicidad de los procesos. En efecto, dispone el Art. 24.2 de la CE que “todos tienen derecho... a un proceso público”. En el mismo sentido establece el Art. 120.1 de la CE que “Las actuaciones procesales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.” Por su parte el Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 establece que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal imparcial.” El Art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 establece que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable...” y el Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 señala que “...toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente...” La publicidad es considerada como indispensable para garantizar un juicio equitativo. Así, la sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 1983 establece que dicho principio “protege a las partes contra una justicia secreta que escape al control público; constituye así uno de los medios de preservar la confianza en los jueces y tribunales. Por la transparencia que proporciona a la administración de justicia, ayuda a cumplir la finalidad del Art. 6, párrafo 1º: juicio equitativo, pues es la garantía fundamental de toda sociedad democrática en el sentido que establece el Convenio.” La misma doctrina recoge la sentencia del mismo Tribunal del 29 de septiembre de 1999.

La publicidad indica que tanto las actuaciones del proceso como las resoluciones judiciales son por regla general públicas, es decir que pueden ser conocidas tanto por las partes como por

terceros⁷⁶³. Sin embargo no significa esto que todo el proceso debe ser necesariamente público, ni que toda persona pueda conocer en cualquier momento las actuaciones. Esto perjudicaría gravemente la buena marcha de los procesos⁷⁶⁴.

La publicidad puede entenderse de dos modos: o como la admisión de terceros a presenciar las actuaciones judiciales, o como la necesidad de que los actos procesales deban ser presenciados por ambas partes y sus defensores⁷⁶⁵. Se denomina publicidad inmediata⁷⁶⁶ o activa⁷⁶⁷ al primer supuesto y publicidad mediata⁷⁶⁸ o pasiva⁷⁶⁹ al segundo. Nos referimos al primer aspecto, ya que en rigor si el proceso es secreto para alguna de las partes —sea la forma del mismo oral o escrita— lo que se afecta es la contradicción del procedimiento y el derecho de defensa, más que la publicidad⁷⁷⁰, pues si un acto procesal fuera secreto

763 Cfr. ZANZUCCHI, M., *Diritto processuale civile*, t. I, Milano, 1955, quinta edición, Dott. A. Giuffrè Editore, p. 407; Cfr. ECHANDIA, H., Ob. Cit., p. 39.

764 Cfr. ECHANDIA, H., Ob. Cit., p. 39.

765 Cfr. PRIETO CASTRO, L., Ob. Cit., p. 548. En el mismo sentido, GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1962, Artes Gráficas y ediciones S.A., 5ª Edición, p. 198.; Cfr. SCHÖNKE, A., Ob. Cit., p. 46; Cfr. CHIOVENDA, en *Instituciones de derecho procesal civil*, t. III, Madrid, Trad. del italiano y notas de derecho español por GÓMEZ ORBANEJA, E., Editorial Revista de Derecho privado, p. 218.

766 Cfr. WYNESS MILLAR, R., *Los principios formativos del procedimiento civil*, Buenos Aires, 1927, Trad. del inglés y notas por la Dra. GROSSMANN, C., EDIAR editores, p. 187.

767 Cfr. GÓMEZ MARTÍNEZ, C.; *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, t. I, Barcelona, 2001, Iurgium editores, p. 610.

768 Cfr. WYNESS MILLAR, R., Ob. Cit., p. 187.

769 Cfr. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., Ob. Cit., p. 610.

770 Cfr. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional*, t. I, Parte General, Valencia, 2008, Tirant lo Blanch editora, p. 399; Cfr. NOSETE, J., "Garantías Constitucionales del Proceso Civil" en *Para un proceso civil eficaz*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, Edición

para las partes no se estaría haciendo referencia a la forma del proceso sino que sencillamente se estaría colocando a aquéllas en situación de indefensión⁷⁷¹.

En consecuencia, sólo es verdadera publicidad aquella cuyos destinatarios son los terceros ajenos al proceso. Así lo viene indicando el Tribunal Constitucional al afirmar que “el principio de publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución (Art. 120.1), implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permita adquirir la información en su misma fuente y transmitirla”⁷⁷². Asimismo afirmó el TC que “...en orden a la publicidad del acto... lo que importa no es tanto la presencia efectiva de asistentes cuanto la posibilidad de que... cualquier ciudadano pueda presenciar el juicio mientras se disponga de espacio para ello”⁷⁷³.

En cuanto al alcance de la publicidad sólo puede limitarse la presencia de terceros extraños al pleito cuando un interés justificado de las partes, el orden público o razones de moralidad así lo exijan. Esto es así ya que la publicidad de las actuaciones judiciales hace a la esencia del sistema democrático de gobierno, garantizado por la Constitución española de 1978. Asimismo hace a

de Francisco Ramos, Bellaterra, p. 16; *cfr.* GÓMEZ MARTÍNEZ, C.; *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, t. I, Barcelona, Iurgium, 2001, p. 608.

771 *Cfr.* FAIRÉN, “Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso”, en *Temas del Ordenamiento Procesal*, I, Madrid, 1969. También PEDRAZ, “Notas sobre publicidad y proceso”, en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990, Págs. 203 y ss.

772 STC 30/1982, de 1 de junio; RTC 182/30.

773 STC de 10 de junio. RTC 1987/96. En el mismo sentido, la STC de 13 de junio de 1998 (RAJ 4688).

que la ciudadanía le tenga más confianza a la Justicia. En efecto, las actividades desarrolladas a la vista de todos merecen mayor confianza⁷⁷⁴ que si se practicaran a oscuras⁷⁷⁵ o a escondidas⁷⁷⁶.

Sin embargo en virtud del apartado segundo del Art. 140 de la LEC las actuaciones solamente podrán ser conocidas por las partes y por sus representantes y defensores cuando se decrete el carácter secreto de las mismas.

Así, en el apartado 2 del Art. 138 de la LEC se introducen restricciones al principio de publicidad, en razón de que existen situaciones en la práctica forense que determinan la exclusión de este principio a fin de que se pueda celebrar el juicio a puerta cerrada. Los supuestos considerados son los siguientes: para la protección del orden público; para la protección de la seguridad nacional en una sociedad democrática; cuando los intereses de los menores así lo exijan; para proteger la vida privada de las

774 Decía el Conde de MIRABEAU: "Dadme el juez que os plazca: parcial, venal, incluso mi enemigo; poco me importa, con tal que no pueda hacer nada sino cara al público".

775 Cfr. CARVALHO SANTOS, *Código de Proceso Civil Interpretado*, Río de Janeiro, t. I, Sao Paulo, Ed. Freitas Bastos, 3ª Ed., 1945, 126/7.

776 "Está universalmente reconocida, en Rusia y en otras partes (y aquí cito a Cappelletti) la importancia de la oralidad... para el carácter democrático del proceso y para la mayor comprensión que de ello se deriva, por el papel que la oralidad tiene en la percepción directa e inmediata y en la valoración del material probatorio. Al mismo tiempo, y habida cuenta de los que son los fines generales de la justicia, la discusión oral adquiere importancia fundamental, bien como medio para realizar el control sobre la autoridad judicial por parte del pueblo (el llamado control de la base), bien por la influencia educativa ejercitada por la decisión judicial y por toda la actividad preparatoria para la discusión de la causa sobre la conciencia jurídica y sobre la mentalidad de los ciudadanos". GURVICH, M. A. *Profili generali del processo civile sovietico*, pp. 50 y 51; cit. por MONTERO AROCA, J., "La oralidad en el modelo garantista del proceso civil" publicado en *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, Santiago, 2007, Editorial Jurídica de Chile, pp. 255-22.

partes; cuando otros derechos y libertades lo exijan; cuando el tribunal lo considere estrictamente necesario; cuando por circunstancias especiales del caso la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia. Como podemos apreciar de los supuestos expuestos la cláusula de excepción del Art. 138 es abierta, pudiendo el juez decretar el secreto de los autos cuando considere que el asunto amerita no ser dado a conocer a terceros. La celebración a puerta cerrada puede instarse por la parte interesada, o bien por el propio tribunal cuando entienda que concurren las circunstancias para ello⁷⁷⁷.

Parecería que el Art. 754 de la LEC prevé otra excepción al principio de publicidad para los procesos cuyo objeto estén integrados por las materias de capacidad, filiación, matrimonio o menores, al establecer que los tribunales podrán acordar que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas “siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138 de la presente Ley”.

Resulta difícil concebir circunstancias que aconsejen la falta de publicidad de las vistas o el carácter reservado de las actuaciones que no se encuentren recogidas ya en el Art. 138.2 de la LEC y que resulten razonables a la luz del principio de publicidad y del derecho fundamental a un proceso público (Art. 120.1 y 24.2 CE y 6.1 CEDH). Se ha afirmado que pareciera que la única diferencia que dispone el Art. 754 de la LEC es que la decisión judicial se adopta mediante providencia y no por auto⁷⁷⁸.

⁷⁷⁷ Cfr. MAGRO SERVET, V., V.V.A.A., *Proceso civil práctico*, t. II, Madrid, 2005, La Ley, p. 476.

⁷⁷⁸ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. V.V.A.A., Ob. cit., p. 422. Cfr. ORTELLS RAMOS, M. y CUCARELLA GALIANA, L; V.V.A.A. Ob. Cit., p. 88.

Sin embargo al dictarse la decisión judicial por medio de providencia, la misma —a diferencia del auto— no es fundada, y contra esa providencia no se admitirá recurso alguno, sin perjuicio de formular protesta y suscitar la cuestión, si fuere admisible, en el recurso procedente contra la sentencia definitiva (Art. 138.3 *in fine* de la LEC). Estas circunstancias hacen que la discrecionalidad del juez que dicta esta medida en los procesos no voluntarios sea mayor. Parecería más adecuado que la decisión se tuviera que dictar por medio de auto, lo que exigiría fundamentación, y que se pudiera atacar la resolución.

4. CONCLUSIONES

- 1) En estos procesos no voluntarios, dado el interés público de la materia, predomina la oficialidad. En virtud de ella, el órgano jurisdiccional puede instar el proceso y aportar prueba.
- 2) En los procesos no voluntarios el tribunal tiene el deber de comprobar la existencia de otras partes distintas de la expresamente demandada, que puedan estar legitimadas, procediendo a su emplazamiento cuando constate la existencia de un derecho o interés legítimo en el pleito, al margen de la voluntad de las partes.
- 3) Tanto la demanda como la contestación en estos procesos deben ajustarse a las formas previstas para el juicio ordinario, debiendo desecharse la posibilidad de que el legislador estableciera la demanda sucinta en estos casos.
- 4) Contestada la demanda o precluido el plazo para su contestación, conforme el Art. 440.1 de la LEC el tribunal dictará auto citando a las partes para la celebración de

la vista y continuará el procedimiento según lo previsto para el juicio verbal.

- 5) La forma escrita de la contestación en los procesos no voluntarios obedece a respetar la forma igualitaria del juicio, y a brindar efectivamente la garantía de la defensa en juicio.
- 6) La decisión del legislador del año 2000 (al establecer que la demanda y la contestación deben realizarse por escrito en los procesos especiales que aquí se analizan) resulta a todas luces la acertada. En cambio parecería más apropiado que se hubiera diseñado una vista previa a la vista oral.
- 7) Las diferencias que existen entre el Art. 138.2 de la LEC y el Art. 754 de la LEC es que la decisión judicial se adopta mediante providencia y no por auto, y que se da mayor discrecionalidad al juez en el Art. 754 de la LEC. Parecería más acertado que la decisión debiera dictarse por medio de auto.

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”

M.^a Fernanda Moretón Sanz

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil

*Departamento de Derecho civil**

* Esta comunicación es uno de los resultados del Proyecto I+D+I del IMSERSO número 15/2008 que lleva por título: *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia: Aspectos legales de la gestión, coordinación y acreditación en el SAAD de los servicios residenciales. Relevancia de los centros estatales de referencia y de la responsabilidad corporativa en la política social* (Orden TAS/789/2008), siendo Investigador Principal el Profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Catedrático de Derecho Civil de la UNED y Coordinadora la autora de estas líneas.

1. EL GUARDADOR DE HECHO Y EL RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES DEL SAAD: CUESTIONES PREVIAS

1.1. DERECHO SUBJETIVO DE CIUDADANÍA Y EXIGENCIA DEL RECONOCIMIENTO MEDIANTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: FUNDAMENTO TÉCNICO DE LA PLURALIDAD PROCEDIMENTAL Y DE LA DIVERSIDAD DE MODELOS DE SOLICITUD

La declarada finalidad de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, es la regulación de “las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el *ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (...)*”⁷⁷⁹.

En buena lógica y a la vista de la temática escogida en este trabajo, resulta necesario, a su vez, tener en cuenta que este derecho subjetivo de ciudadanía reclama de un procedimiento previo donde se ventilará tanto el reconocimiento de la situación de dependencia como del derecho a las prestaciones del Sistema⁷⁸⁰. En

779 Artículo 1 de la Ley.

780 La Ley se hizo eco de las apreciaciones del Consejo de Estado, por cuanto advertía que “es necesario distinguir entre ‘reconocimiento de situación de dependencia’ y ‘reconocimiento del derechos’; mientras que tiene sentido que el primero tenga efectos en todo el territorio nacional (a tal fin se orienta el establecimiento de un instrumento de valoración común mediante un baremo aprobado por el Gobierno: artículo 25), no parece que pueda predicarse lo mismo en relación con el reconocimiento del derecho que pueda derivar de tal situación de dependencia, en relación con el cual el Anteproyecto admite diferencias entre Comunidades Autónomas. En consecuencia, el artículo 27.2 debería referirse, no al reconocimiento del derecho, sino al reconocimiento de la situación de dependencia” (Dictamen 336/2006, del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de

particular, éste se somete a las prescripciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que cada una de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus legítimas competencias y al intervenir, también sus poderes públicos, han dictado sus normas específicas dirigidas a la adaptación y desarrollo reglamentarios.

En definitiva, los artículos 27⁷⁸¹ y el 28⁷⁸² de la Ley 39/2006,

Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, de 23 de marzo de 2006).

781 Este artículo 27 sobre la *Valoración de la situación de dependencia*, cierra el capítulo III sobre *La dependencia y su valoración*, y concreta que: “1. Las Comunidades Autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir. El Consejo Territorial deberá acordar unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las Comunidades Autónomas que, en todo caso, tendrán carácter público”.

782 El capítulo IV se ocupa del Reconocimiento del derecho, y en particular, el artículo 28, concreta el Procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema en los siguientes términos: “1. El procedimiento 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. 2. El reconocimiento de la situación de dependencia se efectuará mediante resolución expedida por la Administración Autonómica correspondiente a la residencia del solicitante y tendrá validez en todo el territorio del Estado. 3. La resolución a la que se refiere el apartado anterior determinará los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante según el grado y nivel de dependencia. 4. En el supuesto de cambio de residencia, la Comunidad Autónoma de destino determinará, en función de su red de servicios y prestaciones, los que correspondan a la persona en situación de dependencia. 5. Los criterios básicos de procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y las características comunes del órgano y profesionales que procedan al reconocimiento serán acordados por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. 6. Los servicios de valoración de la situación de dependencia, la prescripción de servicios y prestaciones y la gestión

de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, exigen, respectivamente, la determinación de los órganos competentes para la valoración de la dependencia y la aprobación de la normativa reguladora del procedimiento. De modo que este desarrollo y diseño de los modelos específicos ha desembocado en la exigencia de dicha “Declaración” en buena parte de las Comunidades Autónomas⁷⁸³.

1.2. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: NOTAS SOBRE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y LAS FUNCIONES GENERALES DEL ÓRGANO TUTELAR DE LA GUARDA DE HECHO

En todo caso y como no podía ser de otra manera, la solicitud puede ser presentada por el interesado y, en buena lógica, por su representante cuando el acuerdo por el que se confiere la

de las prestaciones económicas previstas en la presente Ley, se efectuarán directamente por las Administraciones Públicas no pudiendo ser objeto de delegación, contratación o concierto con entidades privadas”. Apréciase por lo que a este artículo 28 se refiere y la legitimación activa concreta, que ni se exige capacidad específica, ni se determina que la representación haya de ser legal o voluntaria, como tampoco se atisba mención alguna sobre la legitimación para la iniciación de oficio por las Administraciones públicas. Además, aquella iniciación a instancia de parte se asocia a la de quien se encuentre en una posible situación de dependencia limitando, por tanto, el ámbito técnico de los “interesados” al material de los “afectados” y circunscribiendo, aparentemente en exclusiva, a quien pueda ser titular del derecho de ciudadanía el inicio del procedimiento que tenga como consecuencia el acceso al Sistema.

783 Las Administraciones Públicas, de conformidad a las prescripciones del artículo 70.4 “deberán establecer modelos y sistemas normalizados de solicitudes cuando se trate de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de procedimientos. Los modelos mencionados estarán a disposición de los ciudadanos en dependencias administrativas” (*vid.*, también el Real Decreto 1.465/1999, de 17 de septiembre, por el que se establecen los criterios de imagen institucional y se regula la producción documental y el material impreso de la Administración del Estado).

actuación a un tercero esté basado en la convención o, en definitiva, sea voluntario. Por tanto, cabe aquí remitirse a las prescripciones relativas al contrato de mandato y a la posibilidad de emitir poderes preventivos establecida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de la Normativa tributaria con esta finalidad⁷⁸⁴.

Distinta de la actuación realizada por los representantes voluntarios, será la que proceda evacuar por el representante legal, siendo en estos casos la sentencia judicial, en su caso, la certificación del Registro civil la que acredite su condición⁷⁸⁵ o, en los

784 *Vid.*, en este sentido la redacción dada por la mencionada Ley 41/2003, al contrato de mandato y, en particular a su revocación prevista en el artículo 1.732 del Código civil que declara “El mandato se acaba: 1º Por su revocación. 2º Por renuncia o incapacitación del mandatario. 3º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.— 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 este casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor” (*vid.*, sobre la materia, LEONSEGUI GUILLOT, “La autotutela como mecanismo de autoprotección de las personas mayores”, *La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ, (Dir.), Madrid, 2007, págs. 147 y sigs., y “Cuestiones prácticas que plantea la autotutela tras su regulación en el Código civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI*, *cit.*, págs. 209 y sigs. Sobre la publicidad de los poderes preventivos y de la designación preventiva de tutor, *vid.*, MORETÓN SANZ, “El sistema registral de la tutela preventiva”, *RDUNED*, 2, 2007, págs. 455 y sigs.).

785 Por fin y después de su larga tramitación, el Proyecto de Ley 121/000005, 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 y de la normativa tributaria con esta finalidad, que sustituyó y mejoró el Proyecto que con el mismo título se

supuestos de menores no emancipados para los progenitores bastará con el Libro de Familia. Por otra parte y ante la evidencia de las situaciones de personas cuyas circunstancias les impiden elaborar o emitir declaración de voluntad en sentido alguno, será admitida generalmente la solicitud firmada por el guardador de hecho en los términos descritos a continuación⁷⁸⁶.

Resulta relativamente criticable la omisión de la expresa iniciación de oficio, sea ésta interesada por el Ministerio Fiscal como por las autoridades a quienes compete la protección de las personas en situación de desamparo, salvo que se quiera entender que al no excluirse dicha posibilidad y tratarse de una de las obligaciones que pesa sobre la Fiscalía que “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”⁷⁸⁷, habrá de instar cuantas medidas re-

presentó en la 8ª Legislatura y finalmente caducó sin su aprobación, ha sido aprobado y publicado. Así esta Ley 1/2009, de 25 de marzo, reforma el artículo 38 de la Ley del Registro civil, en cuya virtud, a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará “con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias: 6º La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto de un menor o presunto incapaz”.

786 En la materia sigo, por todos, la doctrina de mi Maestro, el Profesor LASARTE ÁLVAREZ y sus *Principios de Derecho Civil*. Sobre la guarda de hecho, *vid.*, los artículos 303 y siguientes del Código civil; para su análisis desde la perspectiva de los mayores como sujetos protegidos, TEJEDOR MUÑOZ, “Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho”, LASARTE ÁLVAREZ, (Dir.), *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, págs. 234 y sigs.; también NUÑEZ MÚÑIZ, “La guarda de hecho”, *RDP*, 1999 y ROGEL VIDE, *La guarda de hecho*, Madrid, 1986; también *vid.*, SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil e incapacidad: la responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacidad*, Valencia, 2003.

787 Artículo 124 de la Constitución, *vid.*, además el artículo tercero del Estatuto

dunden en beneficio de la persona en situación de riesgo social, incluida la solicitud de reconocimiento de dependencia⁷⁸⁸.

Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, especialmente el 3.7 que advierte que corresponde al Ministerio Fiscal “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 representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de 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”. Téngase en cuenta también el contenido de la Instrucción 4/2008, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces.

788 En materia de discapacidad, dependencia e incapacitación, la autora de estas líneas ha publicado otros trabajos precedentes como: “De la minusvalía a la discapacidad y dependencia: pasarelas y asimilaciones legales”, *RUCT*, 2009 (en prensa); “Aspetti civili di un nuovo diritto soggettivo di cittadinanza: la legge spagnola sull’ autonomia personale e l’assistenza alle persone in stato di dipendenza” *Rivista di diritto di famiglia e delle persone*, 2009 (en prensa); “Derechos y obligaciones de los mayores en la nueva Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia”, *RMTAS*, 70, 2007, págs. 45 a 70; “Los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito europeo e internacional (Novedades jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o dependencia)”, *Revista de Derecho de familia de Costa Rica*, 2007, págs. 15 a 27; “Protección civil de las personas con discapacidad: patrimonio especialmente protegido y accesibilidad universal en la Propiedad Horizontal”, *RCDI*, 687, 2005, págs. 61 a 115. Capítulos en libros: “Los menores ante la Ley 39/2006 de autonomía personal y dependencia”, *Capacidad de obrar del menor: Nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, 2009, págs. 105 a 116; “Infancia y adolescencia: la promoción de la autonomía personal y protección de menores de edad en situación de dependencia”, *Los menores con discapacidad en España*, Madrid, 2008, págs. 439 a 520; “La construcción de un derecho subjetivo de ciudadanía: nuevas perspectivas sobre autonomía personal y dependencia”, *Dimensiones de la Autonomía Personal*, Madrid, 2008, págs. 33 a 65; “El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España”, *Actas del III Congreso Mundial sobre Derechos de la niñez y de la adolescencia*, Barcelona (en prensa); “El nuevo sistema de protección de la persona con autonomía limitada: de la incapacitación judicial a la discapacidad y dependencia”, LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, págs. 31 a 49; “La figura del administrador del patrimonio especialmente protegido: reflexiones sobre su régimen jurídico”, en PAU PADRÓN (Coord.), *Libro Homenaje AMORÓS GUARDIOLA*, Madrid, 2006, págs. 1.185 a 1.208; “Algunas reflexiones en torno a la anunciada Ley de autonomía personal y protección de las personas con

Desde este entendimiento, cabe admitir la iniciación del procedimiento por parte del Ministerio Fiscal dadas las obligaciones que pesan sobre este órgano especializado en lo que a las personas desamparadas se refiere⁷⁸⁹ y en defecto de representante legal u órgano tutelar competente.

Sobre el guardador de hecho y por cuanto atañe a sus funciones y responsabilidades⁷⁹⁰, la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de

dependencia”, LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI*, Madrid, 2006, págs. 195 a 201; “Menores necesitados de cuidados de larga duración: notas sobre el futuro sistema nacional de atención a la discapacidad y dependencia”, VILLAGRASA ALCAIDE y RAVETLLAT BALLESTÉ (Coords.), *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, Barcelona, 2006, págs. 65 a 76.

789 Debe traerse a colación el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo, que se ocupa del concepto de interesado. A mayor abundamiento y como derecho de ciudadanía que es, téngase presente que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento administrativo, en su artículo 30 establece que “tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados cuando la extensión de su incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate”.

790 En cuanto a la obligación de rendición de cuentas por parte del guardador, dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 25 de febrero de 2008, remitiéndose a su vez al Auto dictado el día 13: “La guarda de hecho, regulada en los arts. 303, 304 y 306 del Código civil es en gran medida asimilable a la tutela pues, en definitiva, estamos en presencia de una tutela de hecho o no constituida formalmente; sin entrar en la naturaleza de la institución y limitándonos a lo que es objeto del presente expediente, la doctrina más autorizada (ROGEL VIDE, BERCOVITZ, SANCHO, etc.) vienen entendiendo que el informe a rendir por el guardador de hecho ‘constituye una garantía en sí misma. Ejercida esta facultad por el Juez, el art. 303 impone al guardador de hecho un deber de información similar al que se establece para el tutor en el art. 233 del Código Civil. Naturalmente, ese deber de información, que se extiende en principio tanto a la persona como a los bienes, quedará limitado, en cada caso, al ámbito en el que se está desarrollando la guarda de hecho, sin perjuicio de que el guardador pueda completar la

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 [y] de la normativa tributaria con esta finalidad recoge, de una parte, la posibilidad de anotar a petición del Ministerio Fiscal —o de cualquier interesado— “la existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz” como la de obtener información de organismos públicos⁷⁹¹.

Por tanto y sin necesidad de instar el procedimiento judicial de incapacitación —sea porque se estima contraproducente la comparecencia ulterior ante el órgano judicial, porque el procedimiento ya esté incoado y a la espera de resolución definitiva, o porque sencillamente el órgano tutelar esté inactivo al margen de las causas que justifiquen esta falta de actuación—, esta reforma permite dar publicidad registral del cargo que bien puede ocupar un familiar, un tercero o, en resumidas cuentas, quien asuma de facto la atención personal y patrimonial del sujeto. Acreditación

información con otros datos que conozca, ajenos a su actividad de protección y custodia. La información, en cuanto a los bienes, puede consistir en su caso en un inventario y en una rendición de cuentas’. Refiriéndose al término ‘podrá’ empleado por el art. 303 del Código Civil, señala la misma doctrina que debería haberse redactado la Ley en términos imperativos; ‘si no se entiende así (continua), ¿qué valor se dará a la actitud de un Juez que, teniendo conocimiento de la existencia de una guarda de hecho, no exige de quien la desempeña el correspondiente informe? En mi opinión —Lete— sería afirmación de una ilegalidad inadmisibles; además, si esto pudiera suceder, indudablemente resultaría más ventajosa la situación de un guardador de hecho que la de un tutor legal”.

791 La Ley 1/2009, de 25 de marzo, contempla en su Disposición adicional única, la “legitimación del Ministerio Fiscal y de los tutores o guardadores de hecho para obtener información de los Organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho”.

registral o certificación hechas sin perjuicio de la declaración del guardador que, por el momento y ante la evidencia de que los modelos se han elaborado con carácter previo a la aprobación de esta Ley 1/2009, deberá acompañarse a la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia.

Por cuestiones de espacio y teniendo en cuenta el objeto de estas líneas baste recoger, en apretada síntesis, que la figura del guardado bien puede concebirse como cargo tuitivo siquiera no esté contemplado en el elenco de los órganos tutelares del artículo 215 del Código civil⁷⁹². Si inicialmente parecía entreverse cierta desconfianza por parte del legislador hacia este mecanismo tutelar, lo cierto es que las explícitas menciones previstas en la Ley 1/2009 y en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de la Normativa tributaria con esta finalidad⁷⁹³, parecen rectificar

792 Por su parte, dice el artículo 215 que “la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1ª La tutela. 2ª La curatela. 3ª El defensor judicial”.

793 Como ya hemos señalado “podrán constituir este patrimonio protegido, en principio, aquellas personas con discapacidad según el grado y tipos señalados estén o no incapacitadas judicialmente. En caso de que lo estén, dejando a salvo los límites sobre su capacidad de obrar fijados por la sentencia judicial y, en presencia de esta objeción, los órganos tuitivos titulares. En caso de que padezcan una minusvalía física o sensorial y al tiempo, carezcan de capacidad de obrar, podrán interesar su constitución padres, tutores y curadores. En el supuesto de que la persona con discapacidad lo sea por razón de minusvalía psíquica, la ley autoriza además a sus guardadores de hecho” (MORETÓN SANZ, “Protección civil de las personas con discapacidad: patrimonio especialmente protegido y accesibilidad universal en la Propiedad Horizontal”, *RCDI, cit.; vid.*, también RIVERA ÁLVAREZ, “Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad”, *RMTAS*, 50, 2004, nt. 11, pág. 94 y AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, “¿Crisis de la incapacitación?: la autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *RDP*, 90, 2006, págs. 9 a 68).

este inicial disfavor, inclinándose por dar relevancia jurídica a las actuaciones del guardador y autorizando su publicidad registral a efectos informativos.

En cuanto a la institución en sí, la mejor doctrina sostiene que “de entre las variadas clasificaciones que se pueden hacer de la tutela o guarda, una de ellas es la de tutela de hecho y de derecho. La guarda es de derecho cuando la persona que la ejerce actúa en virtud de un nombramiento legal de tutor. La guarda es de hecho cuando la desempeña una persona que carece de la cualidad legal de tutor”. En justa consecuencia, advierten también que si el artículo 304 declara 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”, “*contrario sensu*, los actos que no han redundado en utilidad de la persona que se encuentra bajo la guarda de hecho, sí podrán ser impugnados. De donde resulta que la utilidad es el dato determinante para llegar a establecer la eficacia del acto o la posibilidad de impugnación. La utilidad es un concepto relativo; como es sabido, lo que es útil para unas personas puede no serlo para otras; por ello considero que para establecer dicho concepto habrán de utilizarse no sólo criterios objetivos y puramente económicos o patrimoniales, sino también de orden personal: el del beneficio o interés de la persona del menor o presunto incapaz”⁷⁹⁴.

De modo que como concluye FÁBREGA RUIZ “la posibilidad de realizar actos en nombre del discapaz no solo se refiere a actos de carácter personal, sino también a los de carácter patrimonial, sean éstos meramente conservativos o de administración

794 OGAYAR AYLLÓN y LETE DEL RÍO, “De la guarda de hecho”, *Comentarios al Código civil. Tomo IV. Artículos 181 a 332 del Código civil*, Madrid, 2004, 2ª ed.

e incluso los dispositivos. Esta utilidad no debe medirse con un criterio meramente económico, ya que la guarda debe buscar el bienestar personal del menor o incapaz, y esta depende de algo más que de un mero beneficio económico. 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—. Dicho de otro modo, la utilidad es algo relativo, pudiendo ser algo útil para uno, pero no para otro. Por esto mismo, es necesaria la utilización de criterios objetivos, económicos, patrimoniales y personales, para apreciar el beneficio o interés del menor o persona incapaz⁷⁹⁵.

De lo dicho se deduce que la presentación de dicha solicitud por el guardador puede ser incluida en la órbita de los actos de administración; a mayor abundamiento, al redundar en beneficio del guardado y al no producir indefensión en tanto en cualquier momento se podrá personar por sí o por representante el presunto incapaz, en principio, no podrá ser impugnado⁷⁹⁶. Con

⁷⁹⁵ *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Madrid, 2006, pág. 91.

⁷⁹⁶ Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1994, declara que este artículo 304 resulta ser un “precepto excepcional por violentar el art. 1259 del Código civil, que es la norma general para los contratos celebrados sin autorización o representación, seguramente justificada por la especial naturaleza de la figura de la guarda de hecho”; en cuanto a la jurisprudencia menor, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 19 de junio de 2007: “La demanda de este procedimiento, se insta por la propio incapaz a través de una sustitución de las facultades, que dicha presunta incapaz había otorgado a favor de su sobrino, en un poder general para realizar toda clase de actos, y contratos de gestión administración,

todo cabe cuestionarse la legitimidad de una de las consecuencias que, por extensión, podrá tendrá el reconocimiento en el Programa Individual de Atención del derecho a recibir el servicio residencial, al autorizarse también el ingreso en dicho Centro sin anuencia expresa del interesado⁷⁹⁷.

dominio y disposición, con las facultades que expresamente se recogían en el mismo. La acción de incapacidad, es una acción personalísima, y por tanto intransferible a terceros, careciendo por ello el representante, de capacidad para promover la presente demanda. Existe por tanto un defecto, en la constitución jurídico procesal, defecto que sin embargo, no puede abocar a la nulidad pretendida, porque no existe indefensión, ya que la iniciación de este procedimiento, no ha colocado en tal situación, a la única parte que se ve afectada por el contenido de esta resolución, al presunto incapaz, y no lo ha hecho, porque el promover esta demanda no le perjudica, encontrándonos en un supuesto asimilable al de una guarda de hecho, pues el sobrino, no sólo administraba los bienes de la presunta incapaz sino que se preocupaba de su persona, y por ello resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 304 CC, ya que los actos por él realizados, redundan en beneficio de la presunta incapaz, pues van destinados a procurar su protección"; por su parte la SAP de Vitoria, de 30 de septiembre de 1998, dice: "extinguida la patria potestad persiste la guarda de hecho del mismo por las circunstancias mencionadas y siendo ello así, sin que el padre haya hecho cuestión de lo anterior, el supuesto es subsumible en el artículo 304 antedicho que legitima a la guardadora de hecho a los efectos del ejercicio de actos siempre que sean en interés del menor o presunto incapaz, expresión amplísima que engloba no sólo los de mera administración, sino igualmente los conservativos o dispositivos, que ciertamente serán plenamente eficaces mientras no sean objeto de impugnación". Última. *vid.*, también RIVERA ÁLVAREZ, "Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho", *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006

797 *Vid.*, artículo 29 de la Ley 39/2006 y las reflexiones recogidas más adelante.

2. LA GENERALIZADA EXIGENCIA DE LA DECLARACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO EN LAS SOLICITUDES DE RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES: EL RECONOCIMIENTO DE LA FALTA DE CAPACIDAD DE AUTOGOBIERNO DEL INTERESADO

2.1. LA DECLARACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO “BAJO SU RESPONSABILIDAD” EN LA NORMATIVA CÁNTABRA: CONSECUENCIAS TÉCNICAS

Como veremos a continuación, esta declaración que hace el guardador “bajo su responsabilidad” se ha generalizado hasta el extremo de resultar preceptiva en buena parte de las Comunidades Autónomas, caso de que la solicitud de reconocimiento no esté suscrita por el afectado o éste último carezca de representante legal o voluntario. Veamos a continuación cada uno de estos supuestos a la luz de dicha normativa de desarrollo:

La Comunidad cántabra tiene el mérito de ser una de las comunidades más activas por lo que a protección social se refiere, así mediante la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios sociales se renueva una de las normas pioneras en la materia que nos ocupa, la Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de Atención y Protección de las Personas en situación de dependencia y la Ley 5/1992, de 27 de mayo de Acción Social, superando “el modelo asistencial de los servicios sociales, configurando un nuevo ámbito de protección social e instaura un sistema de derechos de ciudadanía”⁷⁹⁸.

798 Así se dice en el punto II del Preámbulo.

En particular y en cuanto a la protección de las situaciones de dependencia en los términos de la legislación estatal se refiere, si en **Cantabria** la adaptación del procedimiento se realizad por la **Orden SAN/26/2007, de 7 de mayo**, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, por la que se regulan los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, la declaración del guardador se habrá de presentar de conformidad a la **prescripciones de la Orden SAN/9/2007, de 9 de febrero**.

Esta última Orden SAN/9/2007, de 9 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria de prestaciones económicas individuales para la promoción de la vida autónoma en materia de Servicios sociales para el 2007, determina los concretos términos del modelo de la declaración del guardador de hecho que habrá de acompañar a la solicitud de reconocimiento suscrita en favor de otra persona.

Dice dicha formulación del guardador de hecho: “Declara bajo su responsabilidad: 1º Que tiene bajo su guarda y cuidado al minusválido/persona mayor anteriormente citado por las razones que a continuación se expresan...; 2º Que a su juicio el minusválido/persona mayor no tiene capacidad de auto-gobierno; 3º Que el minusválido/persona mayor tiene los siguientes familiares...; 4º Que se compromete, supuesto que prospere la solicitud que tiene formulada a favor del referido minusválido/persona mayor, a administrar las prestaciones que se pudieran reconocer a éste y a destinarlas a la atención y cuidado del mismo; 5º Que pondrá en conocimiento de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de forma inmediata cualquier cambio en relación a la custodia del minusválido/persona mayor, que pueda acaecer en el futuro, asumiendo las resultas que puedan

devenir por defecto de la resolución judicial sobre la declaración de incapacidad. Para que conste, a efectos de presentación por el interesado ante la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria, como apoyo en su solicitud de ayuda, firma la presente declaración”⁷⁹⁹.

Obsérvese el contenido mixto de dicha declaración en tanto que informa al órgano administrativo de la circunstancia de una persona potencialmente carente de autogobierno que, con o sin familia e independientemente de la convivencia o domicilio común entre guardado y guardador, reconoce éste desempeñar la guarda y cuidado del sujeto desamparado⁸⁰⁰. Al margen de la

799 La terminología que acompaña a esta Declaración ha de ser adaptada a las exigencias de la propia Ley 39/2006, de 14 de diciembre, por cuanto como es sabido su Disposición Adicional octava, advierte que “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”.

800 Téngase en cuenta la diferencia del “encargado de la guarda” procedente del ámbito del Derecho penal, del guardador como mecanismo protector civil. Nos resultará ilustrativa la resolución de la AP de Sevilla, de 11 de junio de 2004, por la que se ventila un asunto por el que los responsables de una Residencia fueron condenados como autores penalmente responsables de un delito de abandono de incapaces previsto y penado en el art. 229.1 y 3 del Código Penal. Ratifica la Audiencia la sentencia de instancia y para ello se remite a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2003 que indica: “el concepto ‘encargado de su guarda’ ha de interpretarse, no con referencia a la situación concreta de guardador de hecho, a la que ahora se refieren los arts. 303 y 304 CC, sino, con una mayor amplitud, a cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor (o incapaz art. 229), de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección”. Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia de 18 de febrero de 2000, en un asunto sobre una separación contenciosa y habiéndose concretado en instancia que “en relación al régimen de estancias del hijo disminuido C. para con sus padres, sin que ello signifique establecimiento de

actuación que de forma inmediata deberían adoptar las autoridades competentes y pese a la mencionada ausencia explícita de iniciación del procedimiento de oficio⁸⁰¹, ha de tenerse en cuenta que el guardador asume la administración de las prestaciones en interés del beneficiario en idénticos términos a los prescritos por el artículo cuarto de la Ley quedando, en su virtud, sometido al régimen de infracciones y sanciones previsto por la Ley 39/2006⁸⁰².

guarda y custodia y de lo que deberá darse cuenta al Ministerio Fiscal a los efectos que legalmente procedan, se establecen, en favor de cada uno de los progenitores, los fines de semana alternos debiendo cada uno recoger a C. y reintegrarlo en el centro en el que se halla interno. La mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, verano y Navidad, pudiendo elegir los períodos el padre durante los años pares y la madre en los impares”, la Audiencia ratifica que “la guarda de hecho la viene asumiendo dicha residencia, sin perjuicio de aquellos períodos vacacionales y fines de semana en que uno u otro padre puedan recoger a su hijo y tenerlo en su compañía un corto período de tiempo. En esta situación y en tanto no se proceda a través del correspondiente procedimiento de menor cuantía a declarar la incapacidad de C. y con ello, la rehabilitación de la patria potestad, no cabe efectuar atribución de la guarda y custodia a ninguno de los padres, no concurriendo tampoco ni los presupuestos del artículo 304 del Código civil ni de los artículos 256 y ss del Código de Familia catalán”.

801 MORETÓN SANZ, “Infancia y adolescencia: la promoción de la autonomía personal y protección de menores de edad en situación de dependencia”, *Los menores con discapacidad en España, cit.*, pág. 460.

802 “4.4. Las personas en situación de dependencia y, en su caso, familiares o quienes les representen, así como los centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las Administraciones competentes, para la valoración de su grado y nivel de dependencia; a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban, y a aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas; o a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente”. En cuanto al sistema sancionador previsto en la Ley 39/2006, el artículo 43 tipifica las Infracciones y entre ellas se encuentra específicamente el incumplimiento de la obligación asumida por el guardador. Así “constituirá infracción: a) Dificultar o impedir el ejercicio de cualesquiera de los derechos reconocidos en esta Ley. b) Obstruir la acción de los servicios de inspección. c) Negar el suministro de información o proporcionar datos falsos. d) Aplicar las prestaciones económicas a finalidades distintas a

Aceptándose con dicha declaración la legitimación activa del guardador, implícitamente también queda autorizada la postulación o verificación de cualquiera de los actos que se deduzcan de dicha presentación, como pueda ser la interposición de los recursos que procedan contra la resolución correspondiente⁸⁰³. En este sentido, si la iniciación de procedimiento se circunscribe, según el artículo cuarto de la Orden SAN 26/2007, de 7 de mayo, a “cualquier persona residente en la Comunidad Autónoma de Cantabria que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o, en su caso, por la persona que ostente su representación” nada impide que los actos ulteriores sean competencia del solicitante o del representante de éste último, quedando legitimado el guardador como sujeto activo de las subsanaciones, notificaciones, etc.

aquellas para las que se otorgan, y recibir ayudas, en especie o económicas, incompatibles con las prestaciones establecidas en la presente Ley. e) Incumplir las normas relativas a la autorización de apertura y funcionamiento y de acreditación de centros de servicios de atención a personas en situación de dependencia. f) Tratar discriminatoriamente a las personas en situación de dependencia. g) Conculcar la dignidad de las personas en situación de dependencia. h) Generar daños o situaciones de riesgo para la integridad física o psíquica. i) Incumplir los requerimientos específicos que formulen las Administraciones Públicas competentes”.

803 En materia de postulación procesal, puede verse la STC 124/2002, de 20 de mayo de 2002, ya que estima el recurso de amparo frente al Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla que denegó la personación de los acogedores preadoptivos en un litigio entre la madre biológica de unos menores y la Junta de Andalucía. En este sentido el TC acoge los argumentos de la Fiscalía y estima el recurso de amparo ya que “los acogedores preadoptivos gozan de un *status* jurídico reforzado respecto a los demás acogedores en general, ya que, además de ser, al menos, guardadores del acogido, tienen una expectativa de convertirse en adoptantes del mismo”. En buena lógica y por extensión quien interpone la solicitud siendo ésta admitida a trámite podrá, adicionalmente, actuar en cualesquiera actos ulteriores. *A contrario*, la inadmisión a trámite también podría ser recurrida por el guardador teniéndose que ventilar con él los actos correspondientes.

2.2. LA AMPLIACIÓN DE LA INICIACIÓN DE OFICIO EN FAVOR DE LAS PERSONAS EN CENTROS RESIDENCIALES PÚBLICOS O CONCERTADOS EN LA COMUNIDAD ARAGONESA

En cuanto a **Aragón**, la **Orden 15 de mayo de 2007**, del Departamento de Servicios Sociales y Familia, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y el acceso a los servicios y prestaciones establecidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, recoge en particular en su Anexo II en términos idénticos que el caso anterior: Declara bajo su responsabilidad: 1º) Que tiene bajo su guarda y cuidado a la persona anteriormente citada por las razones que a continuación se expresan...; 2º) Que a su juicio dicha persona no tiene capacidad de autogobierno; 3º) Que el presunto incapaz tiene los siguientes familiares...; 4º) Que, en el supuesto de que prospere la solicitud que tiene formulada en nombre de la persona indicada, asume la obligación de administrar los derechos que pudieran reconocerse con la debida diligencia y en interés de la misma. Asimismo se compromete a comunicar cualquier variación de las circunstancias personales y familiares, ya que pueden tener incidencia en los derechos que en su caso se reconozcan; 5º) Que pondrá en conocimiento de la Dirección General de atención a la Dependencia de forma inmediata cualquier cambio que, en relación a la custodia del presunto incapaz, pueda acaecer en el futuro”.

En cuanto a las modificaciones posteriores, éstas han tenido el acierto de recoger la presentación de solicitudes de oficio, así lo declara la **Orden de 11 de julio de 2008**, del **Departamento de Servicios Sociales y Familia**, por la que se modifica el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y

el acceso a los servicios y prestaciones del sistema para la autonomía y la atención a la dependencia. La Comunidad Autónoma incorpora a la Orden de 15 de mayo de 2007, del Departamento de Servicios Sociales y Familia, una disposición adicional cuarta, en los términos siguientes: “Disposición adicional cuarta. **Tramitación de oficio del reconocimiento de la situación de dependencia.** 1. Los órganos competentes del Departamento de Servicios Sociales y Familia podrán acordar, de oficio, el inicio del procedimiento de valoración y reconocimiento de la situación de dependencia de las personas que ocupen plazas en centros residenciales propios o concertados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón”⁸⁰⁴.

2.3. ASTURIAS Y ANDALUCÍA: LA REITERACIÓN DE LOS CINCO PUNTOS EN LA DECLARACIÓN DEL GUARDADOR Y LA AVANZADA NORMATIVA EN CENTROS RESIDENCIALES

En el caso de la **Comunidad Autónoma de Andalucía**, el **Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento** para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración, el artículo 8 sobre el *Inicio del procedimiento*,

804 Sigue el precepto: “2. El reconocimiento del grado y nivel de dependencia que corresponda a dichas personas se efectuará conforme a la puntuación resultante de la aplicación del baremo aprobado por Real Decreto 504/2007, de 20 de abril. 3. La resolución de reconocimiento de grado y nivel de dependencia será notificada a las personas interesadas, conforme a las normas generales de procedimiento administrativo, procediendo los órganos competentes del Departamento de Servicios Sociales y Familia a elaborar, de oficio, para las personas declaradas en situación de dependencia un programa individual de atención (PIA) de continuidad, sin perjuicio de las medidas de carácter preventivo o de rehabilitación que quepa determinar en cada caso”.

declara que “se iniciará a instancia de las personas titulares de derechos a que se refiere el artículo 2, o de quienes ostenten su representación”. En cuanto a la declaración a presentar por el guardador se refleja en idénticos términos que las recogidas con carácter previo⁸⁰⁵.

En el **Principado de Asturias**, es competente la Consejería de Vivienda y Bienestar social, y serán de aplicación tanto **Decreto 68/2007, de 14 de junio**, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia⁸⁰⁶ como la Resolución de 9 de julio de

805 Téngase en cuenta que el artículo 35 de la Ley 39/2006, sobre la Calidad en la prestación de los servicios. 2. Los centros residenciales para personas en situación de dependencia habrán de disponer de un reglamento de régimen interior, que regule su organización y funcionamiento, que incluya un sistema de gestión de calidad y que establezca la participación de los usuarios, en la forma que determine la Administración competente”. Resultado directo de las anteriores prescripciones, es la Orden de la Consejería Andaluza para la Igualdad y Bienestar Social, de 21 de diciembre de 2007, sobre el modelo de reglamento de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia que formen parte del sistema de autonomía y atención a la dependencia. En especial y como anticipo de la deseable unificación reglamentaria, sistematiza el régimen de ingresos y bajas de las personas usuarias, haciendo expresa mención en su art 6 de los requisitos para el ingreso y con ello del consentimiento que habrá de presidir el sistema. Últ. vid., la Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia ya que en su criterio tercero se reitera la existencia “del reglamento de régimen interior que incluya los derechos y deberes de los usuarios y su participación, en su caso”.

806 Para los supuestos de personas con plaza residencial la normativa la presentación de la solicitud se hace depender bien de la Gerencia del ERA o de la Dirección de la Residencia de personas con discapacidad o del centro concertado. Dice en particular, el Decreto 68/2007, de 14 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reco-

2007, de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social, por la que se aprueba el modelo de solicitud para el reconocimiento de la situación de dependencia así como la Resolución de 17 de abril de 2007, de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social, por el que se crean, con carácter provisional los modelos de documentación para los expedientes de reconocimiento de la situación de dependencia⁸⁰⁷.

La declaración que ha de suscribir el guardador de hecho para poder representar ante el órgano gestor que corresponda

nocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia: “*Disposición adicional primera. Solicitud de personas con plaza residencial concedida*. 1. En el caso de solicitudes de personas que tengan plaza residencial concedida por el Organismo Autónomo Establecimientos Residenciales de Ancianos de Asturias (ERA), tanto en centros de gestión por medios propios como de gestión indirecta y concertada, el procedimiento se iniciará con la solicitud dirigida a la Dirección Gerencia del ERA, la cual se encargará de todo el procedimiento hasta la propuesta de resolución.— Para ello se dictarán por dicha Gerencia las instrucciones necesarias tanto sobre el personal responsable de tramitar y valorar las solicitudes como los medios materiales necesarios así como la coordinación con la Consejería competente en materia de servicios sociales. 2.— En el supuesto de solicitudes de personas que tengan plaza residencial concedida en centros propios de personas con discapacidad o en centros concertados, será responsabilidad de la persona que ostente la dirección del centro de que se trate el remitir la misma a la Consejería competente en materia de servicios sociales.— A los efectos de valoración de dichos solicitantes se designará por quien ostente la titularidad de la Consejería una Comisión técnica específica para tal cometido”.

807 Caso relevante respecto a la regulación de centros residenciales es el del Principado de Asturias que ya en su Ley 7/1991 regulaba de modo bastante extenso el régimen de los establecimientos residenciales, dedicando varios preceptos a disciplinar el régimen general de estos establecimientos y, luego, el régimen de acceso a los establecimientos residenciales de titularidad pública. Asimismo se dedicaba un largo artículo, el 15, a establecer el elenco de derechos y deberes de los residentes en establecimientos residenciales. Interesante es destacar la creación, por parte de esta Ley, del Organismo Autónomo denominado “Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias”. La Ley 2/1998, de 26 de noviembre, modifica la Ley 7/1991 sistematizando en el Título II, una lista amplia de alojamientos.

a la persona afectada en el expediente de reconocimiento de la situación de dependencia, es la siguiente: “Declara bajo su responsabilidad: 1º) Que tiene bajo su guarda y cuidado a la persona anteriormente citada por las razones que a continuación se expresan...; 2º) Que a su juicio dicha persona no tiene capacidad de autogobierno; 3º) Que el presunto incapaz tiene los siguientes familiares...; 4º) Que, en el supuesto de que prospere la solicitud que tiene formulada en nombre de la persona indicada, asume la obligación de administrar los derechos que pudieran reconocerse con la debida diligencia y en interés de la misma. Asimismo se compromete a comunicar cualquier variación de las circunstancias personales y familiares, ya que pueden tener incidencia en los derechos que en su caso se reconozcan; 5º) Que pondrá en conocimiento del ‘órgano gestor’ de forma inmediata cualquier cambio que, en relación a la custodia del presunto incapaz, pueda acaecer en el futuro”. En suma, idénticos términos y consecuencias a los vistos precedentemente.

2.4. CEUTA Y MELILLA: LA OMISIÓN EN LA DECLARACIÓN DEL GUARDADOR DE LA FALTA DE AUTOGBIERNO DEL SUJETO EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

En cuanto a las Ciudades Autónomas de **Ceuta y Melilla**, ambas se regulan mediante la **Resolución de 16 de julio de 2007**, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, sobre el procedimiento a seguir para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En particular, 3.1 *Iniciación del procedimiento*, declara que éste “se iniciará a instancia del interesado o de quien ostente su representación, anexo V”. Anexo que se dicta en el siguiente sentido: “Declara bajo su responsabilidad: 1º) Que tiene bajo su guarda y cuidado a la perso-

na anteriormente citada por las razones que a continuación se expresan...; 2º) Que la persona tiene los siguientes familiares...; 3º) Que se compromete, supuesto que prospere la solicitud que tiene formulada a favor del interesado a destinar las prestaciones que le pudieran reconocer a éste a la atención y cuidado del mismo. 4º) Que pondrá en conocimiento de la Dirección Territorial del IMSERSO de forma inmediata cualquier cambio que, en relación a la custodia de la persona, pueda acaecer en el futuro". Declaración, por tanto, que omite cualquier referencia a la estimación que le pueda merecer al guardador la presencia o no de autogobierno del sujeto, desligando por tanto esta declaración de la obligación de dar cuenta a la Fiscalía de la potencial situación de desamparo.

2.5. GALICIA, VALENCIA, LA RIOJA Y LAS ISLAS BALEARES: IDENTIDAD EN LOS CINCO PUNTOS DE LA DECLARACIÓN DEL GUARDADOR

En la **Comunidad Autónoma de Galicia**, la normativa específica está representada por el **Decreto 176/2007, de 6 de septiembre**, de la Vicepresidencia de la igualdad y del bienestar, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de Galicia, la solicitud de valoración de grado y nivel de dependencia.

En particular, la declaración del guardador de hecho, además de resultar preceptiva la inclusión de sus datos personales y que éste sea mayor de edad, ha de ratificar bajo su responsabilidad: "1) Que tiene bajo su guarda y cuidado a la persona anteriormente citada por las razones que a continuación se expresan...; 2) Que a su juicio dicha persona no tiene capacidad de autogobierno y,

3) Que el presunto incapaz convive con las siguientes personas 4) Que en el supuesto de que prospere la solicitud que tiene formulada en nombre de la persona indicada, asume la obligación de administrar los derechos que pudieran reconocerse con la debida diligencia y en interés de la misma. Asimismo se compromete a comunicar cualquier variación de las circunstancias personales y familiares, que puedan tener incidencia en los derechos que en su caso se reconozcan y 5) Que pondrá en conocimiento de la Vicepresidencia de Igualdad y Bienestar, de forma inmediata, cualquier cambio, que en relación a la custodia del presunto incapaz, pueda acaecer en el futuro”.

En cuanto a la **Comunidad Valenciana**, la **Conselleria de Bienestar Social dictó el Decreto 171/2007, de 28 de septiembre**, del Consell, por el que establece el procedimiento para reconocer el derecho a las prestaciones del sistema valenciano para las personas dependientes: “artículo 8. Iniciación. 1. El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia se iniciará a instancia del interesado, de su representante legal o de su guardador/a de hecho. 2. La solicitud podrá realizarse para valoración inicial o para homologación cuando la persona solicitante tenga reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de ayuda de tercera persona. Las personas que formulen solicitud para homologación estarán exceptuadas de presentar el informe de salud previsto en el apartado 4 de este artículo”. En cuanto a la Declaración del guardador es idéntica al modelo cántabro y reproduce el epígrafe de la apreciación del guardador sobre el autogobierno del guardado.

Por su parte, en la **Comunidad Autónoma de La Rioja** coinciden los términos de la declaración del guardador de hecho, si bien se altera su orden. En particular la materia se resuelve por la **Orden 4/2007, de 16 de octubre**, de la Consejería de Servicios So-

ciales, por la que se regula el procedimiento para la valoración y reconocimiento de la situación de dependencia en la Comunidad Autónoma de La Rioja. Esta Orden legitima para la iniciación del procedimiento tanto al interesado como a su representante legal presentando, inexcusablemente ambos, el modelo oficial integrado en el texto de la norma en cuestión.

En cuanto a las **Islas Baleares** se determina por la **Resolución de la Consejera de Asuntos Sociales, Promoción e Inmigración, de 8 de noviembre de 2007**, por la que se regula con carácter urgente y transitorio el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia, la intensidad de protección de los servicios y el régimen de compatibilidad de las prestaciones del sistema para la autonomía personal y atención a la dependencia, en el ámbito de la comunidad autónoma de las Islas Baleares; en él se incluyen los modelos correspondientes estando integrado también el del guardador de hecho en idénticos términos al modelo cántabro, gallego, etc.. Su tenor literal es el siguiente: “Declara bajo su responsabilidad: 1) Que tiene bajo su guarda y cuidado a la persona anteriormente citada por las razones que a continuación se expresan...; 2) Que a su juicio dicha persona no tiene capacidad de autogobierno; 3) Que el presunto incapaz tiene los siguientes familiares...; 4) Que asume la obligación de administrar los derechos que pudieran reconocerse con la debida diligencia y en interés de la misma; 5) Que pondrá en conocimiento de la Direcció General de Serveis Socials de forma inmediata cualquier cambio que, en relación a la custodia del presunto incapaz, pueda acaecer en el futuro”.

2.6. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA SUBSIDIARIA Y LA OBLIGATORIEDAD DE LA PUESTA EN CONOCIMIENTO DEL DESAMPARO A LA FISCALÍA EN CASTILLA-LA MANCHA

Corresponde ahora revisar la situación de **Castilla-La Mancha**, y su **Decreto 307/2007, de 18 de diciembre de 2007**, del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, y de la composición y funciones de los órganos de coordinación, de atención y valoración de la situación de dependencia.

Este Decreto contiene novedades interesantes, por lo que a la legitimación activa se refiere, ya que su artículo décimo advierte: “1. El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada algún grado de dependencia o por quien ostente su representación. 2. El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema de las personas presuntamente carentes de capacidad para gobernarse por sí mismas *podrá ser instado por el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes o hermanos de la persona presuntamente incapaz. En defecto de éstos o ante la inactividad de los mismos, podrá ser iniciado en interés de aquél, por el guardador de hecho o excepcionalmente por personas que tengan cualquier otra relación de parentesco, de amistad o de vecindad y que tengan conocimiento de los hechos que puedan ser determinantes del reconocimiento de la situación de dependencia sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal tales hecho de acuerdo con lo regulado*

en el artículo 757 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil⁸⁰⁸.

De modo que en este caso y pese a que involucra a la práctica totalidad de sujetos privados que conozcan de la situación, lo cierto es que nada dice sobre la iniciación de oficio; reiterando también la obligación de dar traslado a la Fiscalía de los hechos.

Finalmente los modelos de solicitud hacen declarar al guardador bajo su responsabilidad los epígrafes vistos; adicionalmente y de forma conjunta con el representante legal habrá de ratificar la veracidad de los datos aportados.

2.7. CANARIAS Y NAVARRA: LAS ÚLTIMAS NOVEDADES PROCEDIMENTALES CON LA SIMPLIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN EN EL SUPUESTO EXTREMEÑO

En cuanto a la **Comunidad Canaria**, el **Decreto 163/2008, de 15 de julio, que modifica el Decreto 54/2008, de 25 de marzo**, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. La formulación del guardador ha de evacuarse se-

808 En suma, la disposición es coherente con la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad en Castilla-La Mancha y con el Decreto 131/1996, del 22 de octubre, del Régimen Jurídico y del Sistema de Ingresos en las plazas de los Centros Residenciales de Mayores de la red pública de Castilla-La Mancha, por cuanto en su artículo sexto advierte sobre las solicitudes de ingreso “en caso de incapacidad o presunta incapacidad legal del solicitante, deberá adjuntarse además la oportuna autorización judicial, de acuerdo con lo establecido en los artículos 211 y 271.1 del Código civil, o documento que acredite que se ha instado por el guardador de hecho la declaración de incapacidad”.

gún los términos habituales: “Declara bajo su responsabilidad: 1° Que tiene bajo su guarda y custodia a la persona anteriormente citada por las razones que a continuación se expresan; 2° Que a su juicio dicha persona no tiene capacidad de autogobierno; 3° Que el presunto incapaz tiene los siguientes familiares; 4° Que se compromete, supuesto que prospere la solicitud que tiene formulada a favor del interesado, a administrar las prestaciones que le pudieran reconocer e éste, y a destinarlas a la atención y cuidado del mismo; 5° Que pondrá en conocimiento de la Dirección General de Bienestar Social de forma inmediata cualquier cambio que, en relación a la custodia del presunto incapaz, pueda acaecer en el futuro”.

Extremadura aprueba recientemente la normativa aplicable; se trata del reglamento de la Consejería de Sanidad y Dependencia, **Decreto 1/2009, de 9 de enero, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento** de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Extremadura, en particular su artículo 7, contempla en los siguientes términos el *“Inicio del procedimiento*: El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se iniciará a instancia de la persona que pudiera estar incurso en situación de dependencia, de su representante legal o guardador de hecho, mediante la presentación de la correspondiente solicitud”.

En este Decreto se incluye expresamente y diferenciado el modelo de declaración que habrá de suscribir este guardador por lo que se recoge en este primer bloque de procedimientos, si bien lo hace en términos simplificados ya que escuetamente declara bajo su responsabilidad “1. Que tiene bajo su guarda y cuidado a

la persona anteriormente citada; 2. Que pondrá en conocimiento de la Consejería de Sanidad y Dependencia de la Junta de Extremadura de forma inmediata cualquier cambio que, en relación con la custodia de dicha persona, pueda acaecer en el futuro”.

Finalmente y atendiendo al criterio cronológico **Navarra**, aprueba recientemente la normativa aplicable mediante el **Decreto Foral 6/2009, de 19 de enero**, por el que se regulan los procedimientos de valoración y reconocimiento de la situación de dependencia y de elaboración del Programa Individual de Atención de las personas en situación de dependencia y, por lo que se refiere a los modelos correspondientes sí que se exige la mencionada declaración del guardador si bien no se concretan sus términos en la solicitud, sólo su exigencia, no estando disponible.

3. LAS DECLARACIONES CONJUNTAS CON EL REPRESENTANTE LEGAL, SIN ASUNCIÓN EXPRESA DE OTRAS RESPONSABILIDADES DE ADMINISTRACIÓN: LA COINCIDENCIA DEL PAÍS VASCO, CATALUÑA, MADRID Y MURCIA

En el **País Vasco**, por lo que a la **Diputación foral de Álava** se refiere, se trata del Decreto Foral 85/2008, del Consejo de Diputados de 16 de septiembre, que modifica los Decretos 39 y 45/2007, de 24 de abril y de 8 de mayo, respectivamente, reguladores del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia, el derecho y el acceso a los servicios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, y del régimen de acceso y traslado de las personas no reconocidas dependientes que sean usuarias de la Red Foral de Servicios Sociales de este Territorio Histórico. En particular, **Decreto Foral 39/2007, del Consejo de Diputados de 24 de abril**, que regula el procedi-

miento para el reconocimiento de la situación de dependencia, el derecho y el acceso a los servicios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en el Territorio Histórico de Álava, legitima expresamente al guardador de hecho para la presentación de la solicitud, así dice su artículo segundo en su punto cuarto: “Estarán legitimadas para presentar la solicitud: directamente, la propia persona que pretenda acceder al recurso social demandado, o bien quien tenga atribuida su representación, o bien quienes, en su caso, ejerzan su guarda de hecho”.

Así, la declaración que efectúa el guardador es idéntica que la evacuada por el representante legal e implica que declara bajo su responsabilidad, de conformidad al Anexo I de dicho Decreto foral “Que son ciertos los datos consignados en la presente solicitud. Que autorizo a que se realicen las verificaciones y las consultas; a ficheros públicos necesarias para acreditar los datos declarados con los que obren en poder de las distintas Administraciones Públicas competentes. Que quedo enterado/a de la obligación de comunicar al Instituto Foral de Bienestar Social cualquier variación que pudiera producirse en lo sucesivo”.

Por lo que se refiere a Bizkaia, el Departamento de Acción Social dicta el Decreto Foral 197/2007, de 6 de noviembre, de la Diputación Foral de Bizkaia, por el que se modifica el **Decreto Foral 74/2007, de 24 de abril, de la Diputación Foral de Bizkaia**, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia, decreto este último que en su artículo sexto también legitima al guardador de hecho para la presentación de la solicitud. En cuanto a la **Diputación foral de Guipuzkoa, es la Orden Foral 320/2007, de 25 de abril**, por la que se establece el baremo de la de valoración de la situación de dependencia y el procedimiento de actuación para su determinación, la que en su artículo tercero legitima también al representante

legal o a quien ejerza la guarda de hecho para la presentación de la correspondiente solicitud.

En la **Comunidad Catalana**, residiendo la competencia en la materia tanto el Departamento competente en materia de servicios sociales como el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales⁸⁰⁹, los modelos disponibles en un principio instaban la aportación de los datos de la persona representante legal o de la entidad tutelar, indicando dos opciones sobre la relación con la persona interesada como representante legal o como guardador de hecho, opción esta última que ha sido sustituida por la del cuidador/a principal. Finalmente en todo caso, se ha de firmar conjuntamente por el afectado y por su representante una declaración conjunta relativa a la veracidad de los datos y la comunicación inmediata de los cambios que afecten a su situación.

En cuanto a la **Comunidad de Madrid**, siendo competencia de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, se ha dictado la **Orden 2.386/2008, de 17 de diciembre**, por la que se regulan los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia, para la elaboración del programa individual de atención, las prestaciones económicas y servicios y el régimen de incompatibilidades. Ésta deroga, a su vez, la **Orden 2.176/2007, de 6 de noviembre**, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, por la que se regula el procedimiento de valoración y reconocimiento de la situación de dependencia y del acceso a las prestaciones y servicios del sistema, que contemplaba en su artículo 3 sobre el *Inicio del procedimiento y presentación de la solicitud* que “1. El

809 Según concreta el Decreto 115/2007, de 22 de mayo, por el que se determinan los órganos de la Generalidad de Cataluña competentes para aplicar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

procedimiento se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o quien ostente su representación. En el caso de personas con discapacidad atendidas en plazas residenciales, centros de día, ocupacionales y de rehabilitación psicosocial de la red pública de la Comunidad de Madrid y de personas mayores que ocupen plazas residenciales o centros de día de la misma red pública, se considerará implícitamente solicitado el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional única y la disposición transitoria primera de la presente Orden”⁸¹⁰.

Dice en la actualidad el artículo decimoprimer sobre *el inicio del procedimiento y presentación de la solicitud*: “el procedimiento se

810 Pese a la derogación de esta última norma no se elimina esta potencial presentación implícita recogándose, en la nueva norma, en los términos siguientes: “Disposición transitoria tercera Régimen de acceso a los servicios de la Red de Centros y Servicios de la Comunidad de Madrid y de participación de los beneficiarios en el coste de los mismos 1. Hasta que no lo disponga otra norma, el régimen aplicable para el acceso a los servicios de la Red de Centros y Servicios de la Comunidad de Madrid, así como la participación de los beneficiarios en el coste de dichos servicios, se regulará por las disposiciones normativas vigentes. 2. Las solicitudes de acceso a un centro o servicio para personas asistidas, o de análogas características, efectuadas por aquellos que ya están siendo atendidos en un centro o servicio público, concertado o contratado de la Comunidad de Madrid, o que se encuentren en algunas de sus listas de demanda, se entenderán implícitamente como solicitudes para el reconocimiento de la situación de dependencia y acceso a sus prestaciones y servicios. A estos efectos, serán remitidas al órgano competente en materia de la dependencia, con el objeto de que inicie el procedimiento. 3. Las personas que, a la entrada en vigor de la presente norma, estuvieran siendo atendidas en centros públicos o concertados de la Comunidad de Madrid o estén recibiendo una prestación económica del órgano competente en materia de dependencia podrán optar por consolidar su derecho adquirido y, por tanto, no modificar las condiciones de su prestación o servicio; o bien, acogerse a las nuevas condiciones previstas en esta Orden, para lo cual deberán iniciar un nuevo procedimiento y, en el caso de solicitar el acceso a un servicio, pasar a formar parte de la lista de demanda existente”.

iniciará a instancias de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia, de quien ostente su representación, o de su guardador de hecho". De modo que en el procedimiento se legitima activa y expresamente al guardador reclamándose, en su caso, su firma en las declaraciones incluidas como anexos a la Orden. Así que el guardador habrá de declarar el mantenimiento de requisitos que hayan dado lugar a la situación de dependencia, el parentesco, el pago por asistencia personal, si bien en el modelo preparado de forma alternativa para el representante o guardador⁸¹¹, sin singularización o especificación de esta última figura que queda subsumida en los epígrafes referidos a órganos tutelares.

En la **Región de Murcia** y en ausencia de un procedimiento específico, el modelo actual requiere de una declaración genérica del representante o guardador, idéntica en ambos supuestos y limitada a: "Que son ciertos los datos consignados en la presente

811 En este sentido, recuérdese que la Orden 1377/1998, de 13 de julio, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, por la que se regula la tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas en Centros Residenciales de Atención a Personas Mayores que integra la red pública de la Comunidad de Madrid declara en su artículo 5, sobre los Supuestos de incapacidad: "1. Si la persona para la que se solicita plaza hubiera sido declarada incapaz mediante sentencia judicial, el ingreso lo solicitará el tutor o representante legal, quien adjuntará la sentencia a la solicitud. 2. Si en la solicitud se aduce presunta incapacidad, la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y se considerará provisionalmente representante a quien acredite ser el guardador de hecho, en tanto no se disponga otra cosa por la autoridad judicial". Es discutible a mi juicio que quien ocupe la dirección de un centro residencial ostente la condición jurídico-técnica de guardador de hecho del interno; antes bien sus obligaciones las desempeñará en virtud del contrato que vincula a ambas partes; cuestión distinta es que efectivamente sea el "encargado de la guarda" pero en los términos que refiere el Código Penal en su artículo 229 sobre el tipo de abandono de menores o incapaces (en la materia y apelando a su condición de "ejercer la guarda de hecho como directora de una residencia", *vid.*, MAS QUINTANA, "Familia, guarda de hecho y derechos de las personas mayores", *Rev. Mult. Gerontol.*, 13, 2003, pág. 250).

solicitud; Que autorizo a que se realicen las verificaciones y las consultas a ficheros públicos necesarias para acreditar los datos declarados con los que obren en poder de las distintas Administraciones Públicas competentes. Que quedo enterado/a de la obligación de comunicar cualquier variación que pudiera producirse en lo sucesivo”.

4. EL CASO DE CASTILLA-LEÓN: LA SUSTITUCIÓN DEL GUARDADOR POR LA FIGURA DEL “REPRESENTANTE DEL PRESUNTO INCAPAZ”

En cuanto a **Castilla-León**, la **Orden FAM/824/2007, de 30 de abril, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento** de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, advierte en su artículo cuarto sobre la documentación a presentar que “cuando el interesado actúe por medio de representante, se acompañarán, además, el DNI de éste y, según se trate de representación voluntaria o legal, el documento acreditativo de la representación y/o la sentencia judicial que contenga el nombramiento de tutor, así como, en su caso, autorización judicial de ingreso en centro residencial”⁸¹².

812 En materia de Residencias y específicamente en el supuesto de personas mayores, *vid.*, de la autora de estas líneas, “La intervención judicial en los internamientos psiquiátricos: cuestiones sobre su aplicabilidad a los ingresos no voluntarios en residencias de mayores”, *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España, I. La extensión y límites de la jurisdicción y los órdenes jurisdiccionales. 1. Competencia de los órganos del orden civil*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2009; “Residencias de mayores y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: nuevas perspectivas a la luz de la Ley española 39/2006 de Autonomía personal y atención a la dependencia”, *Derecho de Daños*, Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, Perú, 2009, ambos trabajos en vías de publicación en el momento de redactar estas líneas.

En su virtud la **Resolución de 27 de octubre de 2008, de la Gerencia de Servicios sociales de Castilla y León, por la que se aprueba el modelo de solicitud** para la valoración de la situación de dependencia y acceso a las prestaciones.

Dicha Resolución se remite a la web, por lo que a la declaración que ha de formular tanto el representante legal como el voluntario se refiere; en cuanto a la institución de la guarda de hecho parece que ha de incluirse en la “Declaración representante en casos de presunta incapacidad por la que en el expediente de solicitud del reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones correspondientes, bajo su responsabilidad, Declara: 1. Que a su juicio la persona anteriormente citada no tiene capacidad de autogobierno. 2. Que el presunto incapaz tiene los siguientes familiares...; 3. Que en tanto en cuanto no exista pronunciamiento judicial sobre su posible incapacitación, solicita se le considere como interlocutor o representante de dicha persona en el procedimiento que se inicia ante la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la provincia de; 4. Que pondrá en conocimiento de la Gerencia de Servicios Sociales de forma inmediata cualquier cambio que, en relación a la situación de dicha persona pueda producirse; 5. Queda enterado que, a los efectos de lo previsto en el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, este escrito se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

Por tanto en esta Comunidad la declaración sí que difiere notablemente de las hasta ahora revisadas, ya que no se menciona la figura del guardador sino al “representante del presunto incapaz”, debiéndose aportar copia del escrito dirigido al Ministerio Fiscal o al órgano judicial, en consonancia tanto con la Ley 5/2003, de 3 de abril, de Atención y Protección a las personas mayores de Castilla y León, como del Decreto 56/2001, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del ré-

gimen de acceso a las plazas en los centros residenciales para personas mayores, dependientes de la administración de la comunidad de Castilla y León y a las plazas concertadas en otros establecimientos⁸¹³, reglamento que presenta como marco esencial el consentimiento previo, libre y por escrito al ingreso.

Empero este artículo quinto sobre las modalidades de estancia, también contempla que “si en la solicitud se invoca presunta incapacidad de la persona a ingresar en los términos del artículo 200 del Código Civil y no fuera posible en ese momento acreditar la representación conforme a lo previsto en el párrafo tercero antes citado, el órgano competente para la instrucción del expediente pondrá en conocimiento de los actuantes su legitimación para promover la declaración judicial de incapacitación de quién se pretende la cualidad de beneficiario de una plaza en centro residencial para personas mayores y se considerará provisionalmente como representante a quien corresponda según el orden dispuesto en el artículo 202 del Código Civil. Durante la instrucción del expediente deberá aportarse documento acreditativo de que se ha promovido la declaración de incapacitación, sin que pueda resolverse el mismo en tanto no recaiga resolución judicial”⁸¹⁴.

813 BOCyL n.º 57, de 20 de marzo de 2001; Disposición final primera modificada por el Decreto 24/2002, de 14 de febrero, BOCyL n.º 36, del 20 de febrero de 2002.

814 Se evidencia con ello, a mayor abundamiento, la eficacia de las recomendaciones vertidas en el Segundo Informe especial por el Procurador del Común presentado a las Cortes de Castilla y León en mayo de 1998 y que llevaba por título *La Atención Residencial de la Tercera Edad en Castilla y León* que advertía: “en muchos de los casos los responsables del Centro no comunican al Ministerio Fiscal la existencia de una posible causa de incapacitación o de hechos que pudieran ser determinantes de la misma, y ello en contra de la obligación que el artículo 203 del Código Civil establece para los funcionarios públicos, obligación que, en consecuencia, alcanza exclusivamente al personal funcionario de los Centros Públicos. Y precisamente, a fin de concretar a nivel institucio-

Esta dicción legal trasluce cierta antipatía por las situaciones no estables, cuando bien puede suceder que se trate de un caso transitorio o de un supuesto en que el tutor nombrado al efecto no puede desempeñar sus funciones correctamente. La norma, a mayor abundamiento, parece que reclame la incapacitación como fórmula que redundará en beneficio del afectado cuando,

nal el cumplimiento de esta norma, el Instituto Nacional de Servicios Sociales dictó la Circular 13/1/93, de 21 de septiembre, sobre 'Supuestos de incapacitación presunta e internamientos involuntarios de beneficiarios del Insero', de aplicación en el ámbito de la Administración Autónoma conforme a lo señalado en la Disposición Transitoria Cuarta del Decreto 258/1995, por el que se aprueba el Reglamento General de la Gerencia de Servicios Sociales. Dicha Circular viene a regular el procedimiento a seguir en los supuestos de una presunta situación de incapacidad de los residentes de un Centro hoy transferido o adscrito a la Gerencia de Servicios Sociales. De este modo, el Director Gerente del Centro Residencial será la persona responsable de la comunicación ante los órganos jurisdiccionales de los casos de supuesta incapacidad de los ancianos. El citado artículo 203 del Código Civil y la mencionada Circular no resultan de aplicación, sin embargo, a los Centros de carácter privado, para los que debe tenerse en cuenta la facultad recogida en el artículo 204 del mencionado texto legal: 'Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que pueden ser determinantes de la incapacitación'. No obstante lo anterior, conviene destacar que los responsables de alguno de los Centros, fundamentalmente públicos, han manifestado que desconocen el número de residentes que se encuentran incapacitados o en trámite de incapacitación judicial, ya que tras poner en conocimiento de la Fiscalía los residentes respecto de los cuales pudiera existir alguna causa de incapacitación, no reciben noticias respecto a la tramitación del procedimiento de incapacitación o de su declaración y consiguiente nombramiento de tutor. Así, el Centro únicamente tiene conocimiento de la incapacitación cuando es preciso nombrar tutor al Director de la Residencia. Cierto es que la Autoridad Judicial únicamente ha de notificar la sentencia de incapacitación a la persona o personas que hubieran instado su declaración; sin embargo, el desconocimiento de ésta por parte del Centro podría suponer un obstáculo a la hora de garantizar los derechos de las personas mayores, fundamentalmente respecto a la toma de decisiones que afecten a sus libertades. Por ello, a juicio de esta Institución, es preciso que los responsables del Centro, como guardadores de hecho, conozcan la extensión y límites de la sentencia de incapacitación y el régimen de tutela al que deba estar sometido el incapacitado, por lo que sería conveniente que dicha información fuera recabada por cada Centro de los propios familiares del anciano, o incluso del propio órgano jurisdiccional" (*op. cit.*, págs. 35 y sigs.).

en ciertos casos, no parece que la judicialización de este procedimiento pueda resultar conveniente ni útil para la persona en cuestión⁸¹⁵. Cabe cuestionar si la sistemática elegida es la más conveniente por razón de la materia que tiene por objeto el procedimiento; con todo también evidencia que como se ha señalado, que el Programa Individual de Actuación puede implicar la conveniencia del servicio residencial.

5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS SOBRE EL MECANISMO PROTECTOR DEL GUARDADOR DE HECHO, EL SAAD Y LA ADMINISTRACIÓN DE LOS SERVICIOS Y PRESTACIONES ECONÓMICAS

El objeto de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, consisten en la creación de un nuevo derecho subjetivo de ciudadanía que reclama para el ejercicio

815 Se puede traer a colación las conclusiones que sobre la guarda de hecho sienta FÁBREGA RUIZ ya que, en definitiva, parece que esta regulación que hemos transcrito en el cuerpo del texto pretenda que todas las situaciones deban desembocar en una incapacitación judicial. Así, afirma el Fiscal: "5. Dentro de las posturas existentes para la configuración de la guarda de hecho nos decantamos por una postura amplia que incluya, junto a los casos de incapacitados sin tutor o en que éste haga dejación de sus funciones realizándolas un tercero, los casos de incapaces naturales que se encuentren atendidos por un familiar o allegado. Toda guarda continuada que no se constituya como tutela, patria potestad o curatela, puede englobarse bajo la rúbrica de guarda de hecho. Esto es así, fundamentalmente, porque el incapaz encuentra una mejor protección con este planteamiento. 6. No estamos ante una institución no querida por el derecho. Al contrario, si algo se constata al acercarnos a ella, 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. La misma se configura como una cláusula de cierre de los distintos mecanismos de protección, no debiendo exigirse que el proceso desemboque, para darle validez, en la efectiva declaración judicial de incapacitación (*La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Madrid, 2006, pág. 88).

tanto del derecho como de las prestaciones, de un procedimiento previo administrativo previo.

En su virtud, y en el ejercicio de sus competencias las Comunidades Autónomas, han aprobado sus propios reglamentos donde se incluyen tanto las particularidades procedimentales como los específicos modelos para la tramitación de las solicitudes. En este sentido, éstos pueden ser presentadas por los “afectados” y, en buena lógica, por su representante cuando el acuerdo por el que se confiere la actuación a un tercero esté basado en la convención o, en definitiva, sea voluntario. En puridad el artículo 28 de la Ley 39/2006 se limita a legitimar activamente “a la persona que pueda estar afectada o de quien ostente su representación”, precepto que debería ser integrado por la declaración del 4 por cuanto declara “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”.

Teniendo en cuenta las anteriores apreciaciones así como las aplicables a la capacidad en el procedimiento administrativo, las Comunidades Autónomas han adoptado distintas soluciones en sus propios reglamentos de desarrollo incluyendo o no al guardador de hecho entre los legitimados para actuar, pero existiendo una práctica unanimidad en los modelos de solicitud por cuanto en todos, excepto en el caso castellano-leonés, se recoge la mención expresa a la figura del guardador de hecho.

Sobre el guardador de hecho y por cuanto atañe a sus funciones y responsabilidades, 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 [y] de la normativa tributaria con esta finalidad recoge, de una parte, la posibilidad de anotar a petición del Ministerio Fiscal —o de cualquier interesado— “la existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz” como la de obtener información de organismos públicos.

Por tanto y sin necesidad de instar el procedimiento judicial de incapacitación, esta reforma permite dar publicidad registral del cargo que bien puede ocupar un familiar, un tercero o, en resumidas cuentas, quien asuma de facto la atención personal y patrimonial del sujeto. Acreditación registral o certificación hechas sin perjuicio de la declaración del guardador que, por el momento y ante la evidencia de que los modelos se han elaborado con carácter previo a la aprobación de esta Ley 1/2009, deberá acompañarse a la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia.

De lo dicho se deduce que la presentación de dicha solicitud por parte del guardador, es uno de los actos subsumibles en la categoría de los de administración del guardado; por otra parte y al redundar en su beneficio, en principio, no será impugnabile. Aceptándose con dicha declaración la legitimación activa del guardador, implícitamente también queda autorizada la postulación o verificación de cualquiera de los actos que se deduzcan de dicha presentación, como pueda ser la interposición de los recursos que procedan contra la resolución correspondiente.

Dicha declaración que hace el guardador “bajo su responsabilidad” se ha generalizado hasta el extremo de resultar preceptiva en buena parte de las Comunidades Autónomas, caso de que la solicitud de reconocimiento no esté suscrita por el afectado o

éste último carezca de representante legal o voluntario. En cuanto al contenido de dicha declaración suscrita por el guardador, destaca su pluralidad formal en tanto que informa al órgano administrativo de la circunstancia de una persona potencialmente carente de autogobierno que, con o sin familia e independientemente de la convivencia o domicilio común entre guardado y guardador, reconoce desempeñar la guarda y cuidado del sujeto desamparado.

Al margen de la actuación que de forma inmediata deberían adoptar las autoridades competentes y pese a la criticada ausencia de la iniciación del procedimiento de oficio, lo cierto y por lo que a la Ley 39/2006 se refiere, ha de tenerse en cuenta que el guardador asume la administración de las prestaciones en interés del beneficiario en idénticos términos a los prescritos por el artículo cuarto de la Ley quedando, en su virtud, sometido al régimen de infracciones y sanciones previsto por dicha norma.

Finalmente cabe apreciar que la configuración técnica del ámbito de actuación del guardador, por lo que al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se refiere, no parece que se sustente en el Derecho privado sea éste común o foral. Antes bien, esta diversidad de “declaraciones de los guardadores” recogidas en las líneas precedentes, así como la construcción de estos nuevos derechos subjetivos de ciudadanía responden, en puridad, al modelo de protección social diseñado en el seno de cada Comunidad Autónoma; a mayor abundamiento, la lectura comparada de estas dispersas “declaraciones” configuran al guardador más como encargado de la guarda que como mecanismo tutelar privado, incluyéndoles en el círculo de los obligados por la Ley 39/2006 y por tanto sujetos también de infracciones y sanciones.

LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS EN EL LIBRO II DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA, RELATIVO A LA PERSONA Y LA FAMILIA⁸¹⁶

Adoración Padial Albás

Profesora Titular de Derecho Civil

Mercedes Serrano Masip

Profesora Titular de Derecho Procesal

M^a Dolors Toldrà Roca

Profesora Titular de Derecho Civil

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda, uno de los principios que caracteriza la regulación del Derecho de la Persona y la Familia en el *Codi Civil de Catalunya* es el respeto a la autonomía de la voluntad, de forma que a pesar de las especiales necesidades de protección de colectivos especialmente vulnerables, como son los discapacitados psíqui-

816 Las autoras son miembros del grupo de investigación "Pontius de Ilerda" del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Lleida, reconocido por el Departament d'Innovació, Universitats i Empresa de la Generalitat de Catalunya (2005SGR00267).

cos o físicos, y las personas dependientes, el objetivo principal es que cualquier persona “pueda desarrollar su proyecto de vida y tomar parte, en igualdad de derechos y deberes, en la vida social”⁸¹⁷.

Por otra parte, debemos destacar el protagonismo que adquieren en el Proyecto de Libro II de *Codi Civil de Catalunya*, las Instituciones de protección de la persona, a las que se concede un tratamiento autónomo e independiente en el Título II, en el que, además, de agrupar las instituciones de protección de las personas mayores de edad que no se pueden gobernar por sí mismas, y la protección de los menores en situación de desamparo; también se incluye la regulación de la asistencia, y la protección patrimonial de las personas discapacitadas y dependientes⁸¹⁸.

En este sentido, la principal novedad del Libro II, con respecto a los discapacitados, consiste en restringir, en la medida de la posible, la incapacitación de la persona, ya que, se considera un recurso muy drástico y, en ocasiones poco respetuoso con la capacidad natural de la persona protegida.

Precisamente con esta finalidad, el nuevo texto incorpora una serie de mecanismos como son: la figura de los poderes preventivos, la guarda de hecho y dos nuevas instituciones, la asistencia y el patrimonio protegido, tratando de evitar el inevitable proceso judicial, que supone la incapacitación de la persona y la constitución de la tutela, en situaciones de vejez, minusvalía psíquica o física leve, y otros casos de dependencia.

817 Como señala el apartado II, relativo a “Principios”, de la Exposición de Motivos del Proyecto de Libro II del *Codi Civil de Catalunya* (BOPC de 19 de enero de 2009, Núm 384).

818 Apartado III, referente a “Estructura y contenido”, de dicha Exposición de Motivos.

2. EL OTORGAMIENTO DE PODERES PREVENTIVOS POR PERSONAS DISCAPACITADAS O DEPENDIENTES

Como se ha puesto de relieve, el Libro II del *Codi Civil de Catalunya*, en la misma línea que la legislación catalana anterior⁸¹⁹, continúa reforzando la autonomía de la persona, en primer lugar, en el Capítulo 2, dedicado a la tutela.

En este sentido, como declara la Exposición de Motivos, el Proyecto de Libro II “flexibiliza la respuesta jurídica ante la pérdida progresiva de las facultades cognitivas y volitivas de la persona”, reconociendo plena eficacia al poder de representación, que en previsión de una futura situación de pérdida de capacidad, ha podido otorgar cualquier persona, a fin de evitar un proceso de incapacitación y la posterior constitución de la tutela⁸²⁰.

Así pues, según el artículo 222-1.2 del Proyecto: “No hace falta someter a tutela a las personas mayores de edad que, a causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, si a este efecto han nombrado en escritura pública un apoderado para que cuide de sus intereses. En este caso, la pérdida sobrevenida de

819 En este sentido, la *Llei* 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la *Llei* 39/1991, de 30 de diciembre, que regula la tutela y las instituciones tutelares, supone la admisión de la autotutela en la designación de tutor, recogida en el artículo 172 del *Codi de Família* catalán, que reconoce la facultad de una persona capaz para designar quien ha de ser su tutor, en el caso de ser incapacitada. Ver ROCA I TRIAS, Encarna. “La tutela i les institucions tutelars”, *Institucions del Dret Civil de Catalunya* (Volum II. Dret de la persona i dret de família), Valencia, Tirant lo Blanch, 2005 (Edición n° 6), p. 171.

820 “Se trata de que no siempre sea necesaria la incapacitación y la constitución formal de la tutela, que se configura como una medida de protección, especialmente en casos de desamparo del incapaz, cuando la grave enfermedad psíquica se añade la falta, inadecuación o imposibilidad de apoyo familiar”, dice textualmente la Exposición de Motivos.

capacidad del poderdante no comporta la extinción del poder, si este se ha otorgado en contemplación a la futura situación de incapacitación⁸²¹.”

Ahora bien, este precepto, no sólo reconoce la eficacia previa a la constitución de la tutela de dicho poder de representación; sino también a posteriori o después de la incapacitación, ya que a pesar de que llegue a producirse esta circunstancia, ello no comporta necesariamente la extinción del mismo, tal y como se deduce implícitamente del artículo 222-1.2 del Proyecto, cuando establece: “Si en interés de la persona protegida se llega a constituir la tutela, la autoridad judicial puede, en ese momento o con posterioridad, a instancia del tutor, acordar la extinción del poder.”

Por lo tanto, de llegar a producirse la incapacitación del poderdante, ello no conlleva, necesariamente, la extinción del poder especialmente previsto para dicha circunstancia, ya que, el juez puede extinguirlo con posterioridad, por supuesto, en interés de la persona incapacitada, y según dicho precepto, “a instancia del tutor”, como señala la Exposición de Motivos de dicho Proyecto⁸²².

Es más, seguramente, el mismo apoderado seguirá ocupándose de los intereses del poderdante, una vez constituida la tutela, ya designado como tutor, como se desprende del artículo 222-3.1 del Proyecto, que prevé la delación hecha por uno mismo,

821 No obstante, como se desprende de este último inciso, debe tratarse de un poder especialmente otorgado en previsión de la futura situación de incapacidad, en escritura pública.

822 Según el cual, a pesar de que dicho poder “permite que sin necesidad de constituir la tutela, el apoderado pueda seguir cuidando de los intereses de la persona que ya no puede valerse por ella misma”, “obviamente, si en interés de la persona protegida se llega finalmente a constituir la tutela, la autoridad judicial, si lo pide el tutor, pueda resolver la extinción del poder”.

ya que, posiblemente la persona que otorgó voluntariamente un poder de representación en atención a la confianza depositada en una persona, también la habrá designado como posible tutor en previsión de que llegara a producirse dicha situación⁸²³.

No obstante, en interés de la persona protegida, el legislador establece unas cautelas al otorgamiento de las escrituras públicas cuyo contenido es la delación voluntaria por el propio tutelado⁸²⁴.

En este sentido, por un lado, el artículo 222-3.3 del Proyecto declara “ineficaces las delaciones hechas por uno mismo otorgadas desde que se insta el proceso sobre la capacidad o el Ministerio Fiscal inicia las diligencias preparatorias”; y de otro el artículo 222-8.2b) PCCCat. faculta a las personas llamadas por ley para ejercer la tutela o al propio Fiscal, para oponerse judicialmente al acto de delación voluntario, si se lleva a cabo durante el año inmediatamente anterior al inicio del procedimiento de incapacitación.

Ahora bien, a pesar de que dichas cautelas sólo se prevén en sede de la delación voluntaria⁸²⁵, y que por tanto, en principio

823 En este sentido, como prevé el artículo 222-3.1 del Proyecto, en sede de las delaciones hechas por uno mismo “para el caso que pueda llegar a ser declarada incapaz, cualquier persona con plena capacidad de obrar puede nombrar o excluir, en escritura pública a una o más personas para el ejercicio de los cargos tutelares. También puede hacer disposiciones respecto al funcionamiento y el contenido del régimen de protección, que puede ser conveniente, especialmente por lo que se refiere al cuidado de su persona”.

824 Dado que como justifica la Exposición de Motivos “se ha detectado con excesiva frecuencia, que algunas escrituras de designación de tutor se otorgan justo antes de instar la incapacitación, hecho que hace planear una sombra de sospecha de captación de la voluntad por parte del designado o, simplemente que el otorgante no era plenamente capaz”.

825 Regulada en la Sección 2ª del Capítulo 2 dedicado a la Tutela.

sólo afectan a las escrituras públicas de designación de tutor; entendemos que también son aplicables a las escrituras en las que se otorgan los poderes preventivos⁸²⁶, ya que, también en este caso podría producirse la manipulación de la voluntad del poderdante por parte del apoderado o, incluso el otorgamiento de este poder especial por una persona sin suficiente capacidad de obrar.

Es más, según el artículo 222-43.3 del Proyecto, dicho apoderado “necesita autorización judicial para los mismos actos que el tutor, a no ser que el poderdante lo haya excluido expresamente.” De modo que los actos realizados sin dicha autorización son anulables⁸²⁷, como señala el artículo 222-45.2 del mismo.

3. LA GUARDA DE HECHO

La concepción de la guarda de hecho está determina en la primera Ley catalana⁸²⁸ que regula la institución. Se concibe al guardador como la persona física o jurídica que acoge *transitoriamente* a un menor que ha sido desamparado por quien tiene la obligación de su custodia, o cualquier otra persona que, por razón de sus circunstancias personales, necesita estar sometida a

826 Previstos en la Sección 1ª del mismo Capítulo, en sede de “Disposiciones generales”.

827 Según dicho artículo “a instancia del tutor, previa constitución de la tutela, y a instancia de la persona poderdante en el término de cuatro años contados desde la celebración del acto, si tiene suficiente capacidad, o desde que salga de la tutela. También podrán impugnarlos los herederos del poderdante en el termino de cuatro años a contar desde su muerte o en el tiempo que falta para completarlo si hubiera comenzado a correr antes”.

828 Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones tutelares, modificada posteriormente por la Ley 11/1996, de 29 de julio. En adelante LTIT.

una institución de guarda de la propia persona y de sus bienes⁸²⁹. Con posterioridad, el *Codi de Família*⁸³⁰ contiene la misma definición, aunque debe destacarse la utilización de un léxico más acorde con la realidad social y contemplando la figura como de titularidad no exclusivamente masculina aludiendo, en este sentido, a la guardadora. Se delimita también, en mayor medida, la persona del presunto incapaz haciendo referencia a cualquier otra persona que, por razón de sus circunstancias personales, “pueda ser declarada incapaz o sujeta a curatela”.

En la regulación vigente, y como notas características, pueden predicarse, entre otras, la transitoriedad, por tratarse de una situación no perdurable en el tiempo. También debe considerarse la demanda de una situación de desamparo⁸³¹ para los menores y la ausencia de intervención judicial para las otras posibles personas afectadas, es decir, inexistencia de una resolución judicial de incapacitación o de sentencia que instituya la curatela⁸³², a modo de institución adecuada de protección.

Por su parte, el Proyecto del Libro II, amplía los hechos o circunstancias de la previsión, a la vez que vislumbra la posibilidad de acrecentar las facultades de la persona que ejerce la guarda.

829 Art. 91 Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela de Instituciones tutelares.

830 Art. 253 *Codi de Família*.

831 La expresión “desamparo” está referida al abandono como ausencia de los cuidados necesarios que requiere el menor y no a la resolución administrativa que, en su caso, declare el desamparo previsto en los artículos 228-1 a 228-8 del Proyecto.

832 Por tratarse de una guarda general sobre la persona y los bienes ha sido criticada la hipótesis de que la guarda se ejerza sobre una persona que solo necesita curador, a pesar que la ley lo contempla expresamente (Arts. 253, 254.2 y 258.1 *Codi de Família*). En este sentido ARROYO I AMAYUELAS, Esther. *Manual de Dret Civil Català*. (Badosa Coll, F. Director), Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 568.

En efecto, la regulación concluye que es guardador de hecho la persona física o jurídica que tiene cuidado de un menor o de una persona en la cual concurre causa de incapacitación, siempre que no esté bajo potestad parental o tutela, *o aún estándolo, los titulares de estas funciones, no las ejerzan*⁸³³.

Compatibiliza pues, de esta forma, la institución de la potestad parental o de la tutela con la guarda. Se argumenta, en este sentido, la oportunidad de "(...) Que la autoridad judicial *pueda conceder funciones tutelares al guardador, si hay circunstancias, como la duración previsible de la guarda o las necesidades de la persona guardada, que lo aconsejen. La atribución de esta funciones comportará la suspensión de la potestad o de la tutela, y evita al guardador la carga, demasiado onerosa sobretodo en un contexto familiar, de tener que instar la privación de la potestad o la remoción de tutor*"⁸³⁴.

Cuando se produzca esta posible concurrencia, estaremos en presencia de las instituciones de la potestad parental o de la tutela, sin el ejercicio efectivo de las funciones que le son propias, y consecuentemente, sin dichos titulares asuman los deberes con respecto a la persona protegida por la institución. Quedarán pues, vacías de todo contenido fáctico y jurídico al haber sido concedido, por decisión judicial, a la persona que ejerce la guarda.

Llegados a este punto, puede cuestionarse si, concretamente en este caso, no se varía la naturaleza jurídica de la guarda de hecho, y en realidad, debería calificarse como guarda de derecho.

Si se atribuyen funciones tutelares a la persona que está

833 Art. 225-1 Proyecto.

834 Exposición de motivos, epígrafe 21.

ejerciendo la guarda, obviamente, tampoco podrá predicarse de la misma, la nota de transitoriedad o temporalidad, apuntada como una característica propia en la regulación actual, y ello, a pesar de que el legislador catalán utilice literalmente la expresión “transitoriamente” en el artículo 225-2.1 del Proyecto.

En aplicación de las disposiciones comunes previstas para las instituciones de protección de la persona⁸³⁵, el ejercicio de la función de guarda constituye un deber y tiene carácter personalísimo⁸³⁶.

Entre las obligaciones que comporta el ejercicio de la guarda, en el *Codi de Família*, debe destacarse, en primer lugar, la notificación del hecho⁸³⁷ producido. La realización de la comunicación tendrá diferentes destinatarios según se trate de una persona menor de edad o de un presunto incapaz.

Con respecto al primero, la ley obliga a poner el hecho en conocimiento del organismo competente en protección de menores⁸³⁸; en los otros supuestos, deberá informarse a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal. El juez, en su caso, deberá adoptar las medidas necesarias con el fin de proteger a la persona y sus bienes hasta el momento en que se declare la incapacidad o bien se constituya la curatela. La norma contempla, incluso, la eventualidad del nombramiento de un defensor o defensora judicial⁸³⁹. Al respecto se afirma que, este nombramiento, com-

835 Arts. 221-1 a 221-5 del Proyecto.

836 Art. 221-2.1 del Proyecto.

837 Art. 254 *Codi de Família*. La misma obligación establecía el art. 92 LTIT.

838 Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia, adscrito al Departamento de Acción Social i Ciudadanía de la *Generalitat de Catalunya*.

839 Arts. 254.2 y 247.b) *Codi de Família*. El derogado art. 93 LTIT facultaba al Juez para establecer los mecanismos de control y vigilancia que considerara convenientes.

portaría la conversión de la “*cuasi-institución*” tutelar, referida a la guarda, en una verdadera institución tutelar⁸⁴⁰.

La circunstancia de guarda podrá tener su reflejo en el Registro civil, a partir de la nueva redacción dada al artículo 38 de la Ley del Registro Civil⁸⁴¹ donde se dispone la anotación de la existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz, bien a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier otro interesado⁸⁴², otorgándole un valor simplemente informativo.

El Proyecto, por su parte, y en lo concerniente a la notificación, dispone un límite temporal, y señala el plazo de 72 horas desde el inicio de la guarda para cumplir con esta obligación; amplía, por un lado, los órganos de notificación para los menores de edad pudiendo realizarse a la entidad pública competente o a la autoridad judicial y lo restringe para las personas mayores de edad, señalando, en este sentido, la obligación del titular del establecimiento residencial a realizar la comunicación a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, si en la persona mayor de edad concurre alguna causa de incapacitación⁸⁴³.

840 GARRIDO MELERO, Martín. *Derecho de Familia*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 1999, p. 563.

841 Artículo primero de 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.

842 Art. 38.6º Ley del Registro Civil.

843 Art. 225-2 del Proyecto. En igual sentido el art. 221-5 del Proyecto que otorga a la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, de los titulares de las funciones tutelares, de la propia persona protegida o de las personas llamadas al ejercicio

Debe interpretarse pues, que la guarda que se ejerce sobre una persona mayor, está exenta de la obligación de comunicación a los organismos competentes, si dicho ejercicio lo realiza un particular.

El legislador catalán argumenta, al respecto, que “(...) En la práctica se ha podido constatar que son excepcionales, y casi extremos, los casos en que las familias toman la decisión de solicitar la incapacitación de las personas ancianas afectadas de demencia senil o de otras enfermedades que les impiden decidir por si mismas”⁸⁴⁴.

Otra obligación que asume es la de tener cuidado de la persona amparada y actuar siempre en su beneficio⁸⁴⁵.

Asimismo, se le atribuyen otras facultades, no contempladas, específicamente, en sede de la regulación de la guarda de hecho, como son la información que ha de recibir sobre la salud de la persona protegida, cuando ésta se encuentre en un estado físico o psíquico que no le permita su comprensión y cuando no exista persona designada, bien sea en el documento de voluntades anticipadas, bien a través de la figura de la asistencia, con una persona legalmente instituida como tal, o bien a través de la representación legal⁸⁴⁶.

Junto a la información, el guardador también deberá prestar consentimiento para la realización de intervenciones qui-

de la tutela, la posibilidad de acordar, en cualquier momento, las medidas que considere oportunas y necesarias para el control del buen funcionamiento de la institución de protección.

844 Exposición de Motivos, epígrafe 21.

845 Art. 256 Codi de Família y Art. 225-3 del Proyecto. En igual sentido, el art. 92 LITF.

846 Art. 212-1.4 del Proyecto.

rúrgicas, en los mismos supuestos señalados en las líneas precedentes⁸⁴⁷.

Como ya se ha señalado, el Proyecto alude a la posibilidad de que la autoridad judicial pueda conceder al guardador, si éste lo solicita, las funciones tutelares, siempre que concurren circunstancias que lo hagan aconsejable y, cuando se trate de la guarda de personas que estén en potestad parental o en tutela. La atribución de estas funciones tendrá lugar por medio de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con audiencia de las personas titulares de la potestad o de la tutela, si fuera posible. Esta atribución, como también se ha dicho, comportará la suspensión de la potestad parental o tutela⁸⁴⁸.

Dada esta situación, puede plantearse a quien deberá darse audiencia, en caso de emancipación por resolución judicial del menor mayor de 16 años, dado que según la normativa prevista, ésta corresponde a las personas que ejercen la potestad o la tutela⁸⁴⁹.

En el ámbito patrimonial, la función que se atribuye al guardador viene limitada a la realización de actos de administración ordinaria⁸⁵⁰.

La autoridad judicial, al finalizar la guarda, podrá exigir la rendición de cuentas de la gestión realizada, teniendo en cuenta

847 Art. 212-2.2 del Proyecto.

848 Art. 225-3.2 del Proyecto.

849 Art. 211-10.2 del Proyecto.

850 La LTIT aludía a la conservación de los bienes (Art. 96.2). No obstante, contenía una norma que limitaba la impugnación de los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz, cuando redundaran en utilidad de éstos. (Art. 94). Con la desaparición de la norma aludida, la doctrina defiende la aplicación del art. 304 del Código civil. En este sentido ROCA I TRIAS, E. Institucions del Dret Civil de Catalunya, p. 207.

el plazo de tiempo de subsistencia de la misma⁸⁵¹. Se legitima, asimismo, al Ministerio Fiscal 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, con respecto al cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente, respecto del ejercicio de la guarda de hecho⁸⁵².

El ejercicio de la guarda es gratuito⁸⁵³. Sin embargo, ello no obstaculiza el derecho al reembolso de los gastos realizados y a la indemnización de los daños y perjuicios que se hayan podido ocasionar⁸⁵⁴, todo ello, con cargo a los bienes de la persona protegida.

El guardador, estará legitimado para solicitar, y obtener, de los organismos públicos, la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones⁸⁵⁵.

851 Art. 258.2 *Codi de Família* y Art. 225-5.2 del Proyecto. A diferencia de la regulación actual, que lo contempla como una facultad del Juez, la LTIT preveía, como obligación, la rendición de cuentas de la gestión realizada, tanto en el ámbito personal como patrimonial. (Art. 96.2).

852 Apartado 1º de la Disposición adicional única de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 (...) citada.

853 El art. 221-3 del Proyecto (Disposiciones comunes a las instituciones de protección de la persona), señala la presunción de gratuidad, exceptuando los supuestos en los que expresamente se prevea una remuneración.

854 Art. 257 *Codi de Família* y Arts. 221-3 y 225-4 del Proyecto. La LTIT señalaba el derecho a indemnización por los perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia del ejercicio de la guarda, siempre que no fueran por culpa del propio guardador. Asimismo, sometía expresamente los bienes de la persona guardada para hacer frente a esta responsabilidad (Art. 95).

855 Apartado 3º de la Disposición adicional única de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 (...) citada.

Las causas de extinción de la guarda difieren, como no podía ser de otra forma, entre la regulación contemplada en el *Codi de Família* y el Proyecto.

En efecto, actualmente la constitución de la tutela o de la curatela, el acogimiento y la desaparición de las causas que la motivaron, comportan la extinción de la situación de guarda⁸⁵⁶.

Sin embargo, el Proyecto no alude a la tutela, dado que ambas situaciones son temporalmente compatibles, —tutela y guarda—, como ya se ha indicado, recordando, de nuevo, que ello comportará la suspensión de las facultades de la primera⁸⁵⁷. Tampoco, se habla de la curatela, específicamente, si bien se alude en la norma a la constitución del régimen de protección más adecuado⁸⁵⁸.

Junto a esta perspectiva general, se contemplan como causas de extinción la declaración de desamparo del menor, el nombramiento de un defensor judicial⁸⁵⁹ y la desaparición de las causas que motivaron la guarda.

Es necesario observar también, entre otros supuestos de extinción, el ejercicio efectivo de la potestad parental o de la tutela por sus respectivos titulares, si no han sido suspendidas las funciones por el Juez y concedidas al guardador; la declaración de incapacidad, en su caso, y el fallecimiento de la persona protegida.

856 Art. 258 *Codi de Família*. La LTIT contemplaba la desaparición de las causas que motivaron la guarda y el nombramiento de cargo tutelar (Art. 96.1).

857 Art. 225-3.2 del Proyecto.

858 Art. 225-5.1 del Proyecto.

859 El *Codi de Família* prevé la designación de un defensor o defensora judicial para proteger la persona y los bienes del sometido a la guarda, sin que ello comporte la extinción de la misma. Art. 254.2.

En otro orden de cosas, el *Codi de Família*⁸⁶⁰ dedica, en la actualidad, una extensa norma reguladora de las medidas que deberá adoptar el guardador en relación con el posible internamiento⁸⁶¹ en un centro o la aplicación de tratamientos médicos sobre la persona protegida por la guarda⁸⁶². Se trata, en definitiva, de una garantía frente a una limitación de los derechos fundamentales de la persona⁸⁶³.

Se exige, en este sentido, autorización judicial cuando la persona no pueda decidir por sí misma, frente al ingreso en una institución, por causa de trastornos psíquicos, exceptuando que, por razones de urgencia, deba tomarse esta medida. En este caso, se obliga al director o directora del centro a comunicarlo al órgano judicial competente al que pertenece el centro en el plazo máximo de 24 horas. La misma obligación se impone cuando el ingreso ha sido voluntario, pero la persona, debido a sus circunstancias, no puede decidir libremente la continuidad del internamiento⁸⁶⁴.

Las medidas que debe adoptar el órgano judicial son las de personarse en el centro para realizar una exploración y escuchar el dictamen de los facultativos que haya designado, así como el informe del Ministerio Fiscal, a fin de elaborar la autorización o denegación, en su caso, del ingreso, así como de la continuidad de éste. La decisión judicial ha de ser motivada y el órgano asu-

860 No contemplado en el Proyecto en sede de regulación de la guarda.

861 Regulado en el Título I, Capítulo 2, Sección 2, arts. 212-4 y ss. Del Proyecto.

862 Como destaca ARROYO I AMAYUELAS, p. 568, se trata de una disposición general difícil de ubicar en un sistema jurídico que no regula la incapacitación.

863 Esta normativa desaparece del Proyecto, en sede de guarda, y pasa a regularse en Capítulo 2 del Título 1.

864 Art. 255.1 Codi de Família. Art. 763 LEC regula el procedimiento de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

me la obligación de revisar la situación de la persona internada cada dos meses⁸⁶⁵.

Cautela similar adopta en la aplicación de tratamientos médicos que puedan poner en peligro la vida o la integridad física o psíquica de la persona afectada⁸⁶⁶, señalando que se aplicarán las funciones atribuidas al tutor cuando ejerza la tutela⁸⁶⁷ sobre una persona incapacitada.

Se requiere, en este sentido, autorización judicial previa, o en supuestos de grave riesgo, obligación de comunicar la decisión adoptada en un plazo máximo de 24 horas. Estas funciones deberán realizarlas los familiares de la persona internada, y a falta de éstos, es asumida por el propio órgano judicial.

Por ultimo, debe destacarse una novedad importante que aportada la futura regulación, y es la relativa al desamparo⁸⁶⁸ de las personas mayores.

Justamente, el artículo 225-6 del Proyecto⁸⁶⁹ dispone que cuando no haya nadie que atienda a una persona mayor en la

865 Art. 255.2 Codi de Família.

866 Art. 255.3 Codi de Família.

867 Art. 219 Codi de Família.

868 Aquí de nuevo, la expresión "desamparo", se refiere a una situación de abandono.

869 Proviene del desaparecido artículo 225-2.3 del Anteproyecto en el que se disponía que "Las personas mayores que estén imposibilitadas o que presuntamente reúnan las condiciones para estarlo, tendrán la consideración de desamparadas únicamente cuando no haya tutor, asistente, guardador de hecho, entidad tutelar o familiar que pueda hacerse cargo de su atención y protección. El Ministerio Fiscal solicitará de la autoridad judicial la adopción de las medidas necesarias para que estas personas estén debidamente protegidas y atendidas. Las autoridades públicas y las personas privadas que ejercen funciones tutelares, han de ejercer la guarda de hecho de estas personas en las condiciones que establece la legislación de bienestar y acción social".

que concurre una posible causa de incapacitación, o indicios de maltrato o abusos, la autoridad judicial, de oficio⁸⁷⁰, o a instancia del Ministerio Fiscal, puede adoptar las medidas cautelares necesarias para que estas personas desamparadas queden debidamente protegidas, y en especial, ponerlas bajo la guarda de las autoridades públicas o de las entidades privadas que tienen por objeto la protección de estas personas, en las condiciones que establece la legislación de bienestar y acción social.

Con esta norma, el legislador catalán pretende dotar de protección legal a las personas mayores, fundamentalmente personas ancianas, que no estén atendidas por familiares ni por instituciones, así como exentas de protección por la asistencia o la guarda de hecho. El Proyecto, sin embargo, no contempla un desarrollo más específico de esta medida acorde con un estado de derecho.

4. LA ASISTENCIA

Al amparo del art. 40 del Estatuto de Autonomía de Catalunya que sienta los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en materia de protección a las personas mayores de edad y con discapacidades, y siguiendo, a grandes rasgos, las directrices establecidas en la Recomendación N° R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre principios relativos a la protección jurídica de las personas incapaces mayores de edad, de 23 de febrero de 1999, así como algunas de las normativas vigentes en diferentes Estados de la Unión Europea, el Proyecto de Ley del Libro II del Codi Civil de Catalunya regula

870 El art. 134 del Codi de Família prevé la intervención judicial de oficio para evitar cualquier perjuicio a los hijos, independientemente del procedimiento; en igual sentido, el art. 158 del Código civil.

en el Título 2º, Capítulo 6º, arts. 226-1 a 226-7 un nuevo instituto jurídico que denomina “asistencia”⁸⁷¹.

Mediante la asistencia se pretende proteger a aquellas personas mayores de edad respecto de las cuales la declaración de incapacitación y la constitución de la tutela no resultan adecuadas. Su fundamento reside en la presunción de capacidad natural de la que gozan las personas físicas que conlleva el reconocimiento de su autonomía para poder desarrollar libremente su personalidad en el ámbito personal y familiar (derecho consagrado en el art. 10 de la Constitución). La finalidad que persigue el legislador catalán es alcanzar un equilibrio entre el citado derecho y los mecanismos jurídicos de control que han de implementarse por razón de la edad y de los diferentes grados de disminución física o psíquica que padece la persona.

El ámbito subjetivo de la asistencia se delimita por contraposición a las causas que determinan la incapacitación. De modo que puede acudir al nombramiento de un asistente cuando la persona que lo solicita no sufre una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impide gobernarse por sí misma, es decir, no concurre causa de incapacitación, sino que presenta una disminución más leve de su capacidad de obrar (arts. 222-1.2 y 226-1.1 del Proyecto)⁸⁷².

871 El legislador catalán ha tomado, en especial, como punto de referencia la Ley alemana reguladora de la asistencia a los mayores de edad (*Betreuungsgesetz*), de 12 de septiembre de 1990, reformada en dos ocasiones: Ley de 25 de junio de 1998 y Ley de 21 de abril de 2005. Se realiza un estudio desde la perspectiva procesal de la citada ley en SERRANO MASIP, Mercedes, “El procedimiento de asistencia a los mayores de edad en el derecho alemán (*Betreuungsverfahren*)”, *Libro Homenaje al profesor Dr. Don Eduardo Font Serra*, (tomo II), Madrid, Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos, 2004, pp. 1403-1430.

872 En la Exposición de Motivos del Proyecto se ejemplifica el ámbito subjetivo de la asistencia mencionando ciertos colectivos vulnerables, por ejemplo, ancianos y per-

La asistencia se establecerá tras un expediente de jurisdicción voluntaria incoado por el mayor de edad que precise una protección personal y/o patrimonial (art. 226-1 del Proyecto). En el auto que ponga fin al expediente se nombrará al asistente y se fijará el ámbito objetivo de la asistencia. A partir de su inscripción en el Registro Civil, la asistencia tendrá efectos respecto a terceros (art. 226-7 del Proyecto).

Por lo que se refiere a la elección de la persona que ha de desempeñar la asistencia, el Juez, salvo motivo grave, ha de respetar la opinión del solicitante (art. 226-1.2 del Proyecto); y siempre que sean compatibles con la asistencia, son aplicables al asistente las normas relativas a la aptitud, excusa, remoción y rendición de cuentas de los tutores (art. 226-6 del Proyecto). Del carácter supletorio del régimen jurídico de la tutela se desprende que la función de asistencia puede ser llevada a cabo no sólo por personas físicas, sino también por personas jurídicas que, sin fines lucrativos, se dediquen a la protección de personas incapacitadas y reúnan los requisitos establecidos por la ley (art. 222-15 del Proyecto)⁸⁷³.

Nada dispone el Proyecto sobre si cabe nombrar una pluralidad de asistentes. El recurso a la interpretación gramatical y sistemática puede resolver la cuestión. Hemos de tener en cuenta, de una parte, que el Proyecto cuando alude al asistente utili-

sonas afectadas por un retraso mental leve. Pero también se apunta un criterio general que ha de servir a la hora de aplicar la ley basado en el tipo específico de disminución padecida por la concreta persona y en un juicio de adecuación a sus necesidades de los restantes institutos de protección.

873 El art. 222-16 del Proyecto prohíbe que sean titulares de la tutela las personas jurídicas que se hallen en una situación de conflicto de intereses con la persona protegida; en concreto, excluye a las que, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona protegida.

za la expresión “persona titular de la asistencia” o “persona que ejerce la función de asistencia” y, de otra, que la remisión a las normas aplicables a la tutela tiene como consecuencia que dicha persona pueda ser una persona jurídica. Por tanto, entendemos que se ajusta a la voluntad de la ley que la persona jurídica nombrada asistente designe a más de una persona física que desempeñen la asistencia, en especial, si su contenido es complejo o amplio⁸⁷⁴. Tampoco se aborda el extremo relativo al grado de parentesco, ni a la profesión o la experiencia profesional de la persona física susceptible de desempeñar la asistencia, aunque el ámbito objetivo de la asistencia puede exigir una cierta especialización⁸⁷⁵. Otro tema que puede plantear dudas es el de la remuneración del asistente. Los preceptos dedicados a la disciplina de la asistencia no lo regulan por lo que habrá de acudir a las normas comunes que se aplican a las instituciones de protección de las personas (arts. 221-1 a 221-5, Capítulo 1º, Título 2º). En concreto al art. 221-3, según el cual la regla general es la gratuidad, salvo que de forma expresa se prevea que la función del asistente sea remunerada. Ahora bien, la ley le concede el derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización de los daños que el ejercicio de dicha función le haya provocado. El

874 Sin que deba descartarse la posibilidad de que la persona protegida exprese su voluntad de nombrar dos o más asistentes. El §1899.1 del Código Civil alemán (BGB) prevé que el tribunal pueda nombrar a más de un asistente cuando, debido a las circunstancias del caso concreto, sea una medida necesaria para proteger mejor al asistido.

875 Un abogado puede ser idóneo para ejercer la asistencia, pero también un psicólogo o un trabajador social. El §1899.2 BGB impone que el consentimiento para la esterilización del asistido sea otorgado por un asistente especialmente designado. Pero quizá el factor más relevante, en la designación de asistente, sea la confianza que genera en el asistido. De acuerdo con las estadísticas publicadas por el Ministerio de Justicia alemán sobre los resultados que arrojan los procedimientos de jurisdicción voluntaria en materia de asistencia durante el período 1992 a 2007, más del 60% de los asistentes son familiares del asistido (cfr. www.bmj.bund.de).

reembolso y la indemnización serán a cargo del patrimonio de la persona protegida.

El contenido de la asistencia puede ser personal y/o patrimonial, debiendo el asistente en el ejercicio de sus funciones informar y escuchar al asistido si tiene suficiente conocimiento (art. 221-4 del Proyecto). Por consiguiente otra nota que la caracteriza es que no sólo se circunscribe a aspectos jurídicos, sino que abarca también otros asuntos, por ejemplo, los relacionados con la salud del asistido. En cuanto al ámbito personal, el asistente ha de velar por el bienestar de la persona asistida respetando plenamente su voluntad. No obstante, si esta última no es capaz de comprender ni de decidir por sí misma acerca de la conveniencia de someterse a intervenciones y tratamientos médicos, será el asistente quien será informado y quien deberá prestar el consentimiento (art. 226-2.2 del Proyecto)⁸⁷⁶. Respecto del ámbito patrimonial, la función del asistente es más limitada, pues el art. 226-2.3 del Proyecto parte de la premisa de que la persona asistida goza de capacidad cognitiva y volitiva. Por este motivo, establece la regla de que asistente y asistido han de realizar conjuntamente los actos jurídicos incluidos en el marco objetivo de la asistencia. Incluso prevé que la persona asistida pueda administrar su patrimonio sin contar con la participación o el asesoramiento del asistente. De ahí que sea razonable concluir que una disminución psíquica, que impida a la persona a proteger

⁸⁷⁶ No será necesario recabar el consentimiento del asistente en el supuesto de que la persona asistida, mientras gozaba de plena capacidad de obrar, hubiera otorgado documento de voluntades anticipadas estableciendo instrucciones sobre posibles tratamientos médicos a los que deba someterse en un futuro (art. 212-3 del Proyecto). En Catalunya, el documento de voluntades anticipadas se halla regulado en la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de autonomía del paciente y derechos de información y documentación clínica; y por Decreto 175/2002, de 25 de junio se crea el Registro de voluntades anticipadas.

realizar actos y celebrar negocios jurídicos que afecten a su patrimonio con un elevado grado de conocimiento, no ha de ser causa de constitución de la asistencia sino de la incapacitación.

Es muy importante que en el auto de constitución de la asistencia se fije con claridad y precisión su ámbito, pues de ello depende la validez de los actos que realice por su cuenta la persona protegida. De conformidad con el art. 226-3 del Proyecto, los actos jurídicos que esta última realice sin la preceptiva intervención del titular de la asistencia son anulables. La anulabilidad se declarará a instancia del titular de la asistencia y de la persona protegida si ésta ejerce la acción en el plazo de cuatro años desde la extinción de la asistencia.

El ejercicio de la asistencia constituye un deber de carácter personalísimo lo que comporta que el asistente sólo pueda otorgar poderes especiales para determinados actos o para una pluralidad de actos de la misma naturaleza o relativos a una misma actividad económica (art. 221-2 del Proyecto). Esta norma se halla ubicada en sede de Disposiciones comunes a las instituciones de protección de la personas y al no oponerse ni al fundamento ni a la finalidad de la asistencia cabe estimar que es aplicable a dicha institución. Asimismo, completan el régimen jurídico de la asistencia las medidas de control del funcionamiento de las instituciones de protección establecidas en el art. 221-5 del Proyecto incluido también en las Disposiciones comunes. Pero el específico ámbito subjetivo de aplicación de la asistencia conlleva que las medidas de control no deban decretarse de oficio por el tribunal competente. En cambio, sí pueden acordarse a instancia del titular de la asistencia, de la persona protegida y del Ministerio Fiscal. Son medidas innominadas pudiendo el tribunal decretar las que estime más apropiadas para controlar la buena praxis de la asistencia. No obstante, en el apartado 2 del art. 221-5 del Pro-

yecto se indican algunas medidas concretas que han guiar al tribunal en su decisión, entre las que cabe destacar la intervención de especialistas que lo auxilien en el seguimiento de la evolución y de las condiciones de vida de la persona protegida, así como en el control de la gestión de sus derechos y bienes.

El ámbito objetivo de la asistencia puede ser modificado por el tribunal a instancia de la persona protegida. La modificación puede consistir en el cambio de asistente y en la ampliación o reducción de sus funciones (art. 226-4 del Proyecto)⁸⁷⁷. Finalmente, en el art. 226-5, el Proyecto relaciona las causas que dan lugar a la extinción de la asistencia: muerte, declaración de muerte o ausencia de la persona protegida; desaparición de las circunstancias que la determinaron e incapacitación de la persona protegida.

Desde la perspectiva del derecho procesal, resulta sobremanera interesante analizar la sustanciación del expediente de jurisdicción voluntaria que finalizará con la emisión del auto en el que se nombrará asistente y se fijará el ámbito objetivo de la asistencia. Los preceptos que la regulan son los arts. 4.5º, 10.3, 63.18ª y 1811 a 1824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEC-1881). El promotor del expediente es la persona mayor de edad que requiere la asistencia para el cuidado de su persona y patrimonio. En el escrito de solicitud se expresarán las circunstancias personales de dicha persona y se consignarán los datos identificativos de los posibles interesados que hayan de ser citados. La necesidad de constitución de la asistencia deberá fundamentarse fáctica y jurídicamente. Asimismo, han de designarse

⁸⁷⁷ Aun cuando el Proyecto prevé la modificación de la asistencia no incluye ninguna norma acerca de su duración, separándose tanto de la Recomendación N° R (99) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (principio 14), como de la normativa alemana (§69 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria —FGG—) que establecen la duración limitada de las medidas de protección y su sometimiento a revisiones periódicas.

la persona o personas que, según la opinión del promotor, son las más adecuadas para ejercer las funciones de asistencia, pudiendo indicar aquéllas que han de ser, en todo caso, excluidas de tal ejercicio. Es conveniente también realizar las alegaciones oportunas respecto del ámbito objetivo de la asistencia. En virtud de lo establecido en los arts. 4.5º y 10.3º LEC-1881, el promotor no ha de estar representado por Procurador, pero sí asistido por Letrado⁸⁷⁸.

El tribunal competente para conocer de la solicitud de asistencia es el Juzgado de Primera Instancia (art. 85.2 Ley Orgánica del Poder Judicial) del domicilio del solicitante (art. 63.18ª LEC-1881). Este punto de conexión puede dificultar el acceso de la persona que necesita protección al Juzgado que tramita el expediente, por lo que habría de ser modificado estableciendo que la competencia territorial ha de venir determinada por el lugar de residencia habitual de dicha persona (cfr. art. 756 LEC 1/2000).

Aunque debe reconocerse que el expediente para la constitución de la asistencia está informado por el principio dispositivo, al menos en lo relativo a su inicio, la delimitación de su objeto y el reconocimiento al solicitante de la facultad de desistir del expediente, no puede negarse la presencia de un interés público inherente a cualquier instituto de protección de mayores de edad, pues de un lado trasciende los intereses individuales y, de otro, está comprometida la salvaguarda de derechos fundamentales. Por eso, cabe sostener que la intervención del Ministerio Fiscal ha de ser preceptiva, debiendo emitir un dictamen acerca

878 Si se entiende que la intervención del Letrado no ha de ser obligatoria deberá dictarse una norma similar a la contenida en el art. 1825 LEC-1881 y en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

de si procede la constitución de la asistencia (cfr. art. 1815 LEC-1881). El interés público impone además que se concedan poderes al Juez para acordar de oficio la práctica de las diligencias que estime oportunas, siendo ineludible oír a la persona o personas propuestas para ejercer la función de asistente y examinar por sí mismo al solicitante. Con base también en el interés público y en la necesaria celeridad en poner fin al expediente mediante una resolución que se pronuncie sobre la solicitud, ha de sostenerse en que la oposición planteada por alguno de los interesados no ha de convertir el contencioso el expediente, sino que ésta ha de tramitarse y resolverse en el mismo acto de jurisdicción voluntaria (cfr. disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996). El expediente finaliza por auto que, como regla, no tiene eficacia de cosa juzgada material y es recurrible en apelación (arts. 1819 y 1820 LEC-1881).

Un apunte final a la regulación de la asistencia por el Proyecto de Ley del Libro II del Codi Civil de Catalunya ha de versar sobre la modificación y la extinción de la asistencia. Los arts. 226-4 y 226-5 olvidan que en la jurisdicción voluntaria no es correcto hablar de partes⁸⁷⁹, en consecuencia la modificación o la extinción por desaparición de las circunstancias que la propiciaron, que ha de decretarse tras la tramitación del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, no tendrá lugar “a petición de parte”, sino simplemente a instancia de la persona protegida. Puede ser que vengan motivadas por variaciones trascendentes en los hechos que fundamentaron la constitución de la asistencia. En este caso, el asistente, que no es parte ni promotor del expediente, está obligado a comunicarlo al Juez quien, a su vez, deberá tras-

879 Ver por todos, FERNÁNDEZ, RIFÁ y VALLS, *Derecho Procesal Práctico*, (tomo IX), Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, p. 588.

ladar la información al Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima conforme a derecho, la incapacitación.

5. EL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LA PERSONA DISCAPACITADA O DEPENDIENTE

Asimismo, según la Exposición de Motivos⁸⁸⁰, en aras a proteger las necesidades vitales de las personas discapacitadas de cierta gravedad, y en el caso de una situación de dependencia igualmente severa (art. 227-1PCCCat.)⁸⁸¹, el Capítulo 7 del Libro II incorpora al derecho catalán la figura del patrimonio protegido, que, de acuerdo al artículo 227-2.1 del Proyecto, “comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por la persona constituyente, así como la de sus rendimientos y subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona beneficiaria.”

880 No obstante, no se trata de una figura ajena al Derecho Civil catalán, ya que, la *Llei* 22/2000, de 29 de diciembre, de acogimiento de personas mayores, y la *Llei* 11/2001, de 13 de julio, de acogimiento familiar de personas mayores, ya prevén esta posibilidad. Si bien en el Ordenamiento jurídico español no se recoge hasta la promulgación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria; a partir de la cual se incorpora al Código Civil la regulación del contrato de alimentos, ver en este sentido, PADIAL ALBÁS, Adoración. “La regulación del contrato de alimentos en el Código Civil”, *Revista de Derecho Privado* (Volumen VI), Madrid 2004, pp. 611-638. Sin embargo, como reconoce el legislador catalán en la Exposición de Motivos de este Proyecto, “a pesar de los beneficios de orden fiscal previstos por la legislación estatal, los casos en los que las familias catalanas han hecho servir este instrumento han sido pocos”.

881 Podrán ser beneficiarias “las personas con discapacidad psíquica igual o superior al 33% o con discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%. También pueden serlo las personas que se encuentren en situación de dependencia de grado II y III, de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención de las personas en situación de dependencia.

El patrimonio protegido constituye, según este mismo precepto, un patrimonio independiente, aunque sin personalidad jurídica, sobre el cual, el constituyente, el administrador, o la persona beneficiaria no ostentan la propiedad, ni la titularidad de ningún otro derecho real⁸⁸².

Es más con el objetivo de ofrecer una protección patrimonial a la persona beneficiaria, el patrimonio protegido no responde de las obligaciones de la persona beneficiaria, ni tampoco de las de la persona constituyente, o de quien realiza aportaciones al mismo (art. 227-2.2PCCCat.), ya que, únicamente queda vinculado por las obligaciones contraídas por el administrador para atender las necesidades vitales de la persona protegida.

En principio, como establece el artículo 227-3.1 del Proyecto, “cualquier persona, incluso la beneficiaria, puede constituir un patrimonio protegido”. Sin embargo, si persona constituyente no es la beneficiaria, la constitución del patrimonio protegido, que se formaliza mediante escritura pública, requiere la aceptación de la persona beneficiaria o la de sus representantes legales.

882 No obstante según el artículo 227-9 del Proyecto los bienes que integran el patrimonio protegido son inscribibles como tales en los registros públicos, en los que se harán constar los pactos y cláusulas de la escritura de constitución de trascendencia real. En este sentido, la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre 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 introduce algunos cambios, con la finalidad de que el Registro Civil pueda actuar en su ámbito como un mecanismo de publicidad fiable, y facilitar la efectiva puesta en práctica de la figura del patrimonio protegido. En este sentido, cabe destacar la mejora de la comunicación de la constitución del patrimonio protegido al Ministerio Fiscal para los fines de control que se persiguen, y la comunicaciones telemáticas en este ámbito, entre otras.

Por otra parte, en la escritura pública de constitución debe constar, al menos, dicha denominación de patrimonio protegido; además, de la persona constituyente y la beneficiaria en atención a sus circunstancias; la descripción de los bienes objeto de aportación⁸⁸³; así como, la persona designada para administrar el patrimonio protegido, y las personas ante las que se deberá rendir cuentas en caso de conflicto (art. 227-3.2 PCCCat.)⁸⁸⁴.

Al respecto, debemos tener en cuenta, que a raíz de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, el artículo 3.3 de la Ley 41/2003 establece que el notario deberá comunicar inmediatamente al Fiscal la constitución y el contenido de cada patrimonio protegido mediante firma electrónica avanzada⁸⁸⁵.

El Libro II diseña un régimen de administración del patrimonio protegido, así como de supervisión de la actividad del administrador, aparentemente de carácter dispositivo, y en defecto del que se puede determinar como consecuencia de la autonomía de la voluntad en la escritura de constitución⁸⁸⁶; además, el legislador catalán remite muchos aspectos relativos a la figura del administrador a la aplicación supletoria de las normas de este

883 Es más, como dispone el artículo 227-3 PCCCat. también debe constar la forma como se harán las aportaciones y por supuesto las sucesivas aportaciones.

884 Y según el mismo precepto, en dicha escritura se podrá hacer constar cualquier otra disposición referente al patrimonio protegido, y en especial las normas referentes a la administración y la destinación del remanente cuando éste se extinga.

885 Además, a raíz de esta última Ley 1/2009, de 25 de marzo, se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal.

886 En este sentido, el último párrafo del artículo 227-3.2 PCCCat. centra la importancia del contenido dispositivo de la escritura pública de constitución “en las normas de administración de los bienes que la integran, en las facultades de disposición y administración conferidas al administrador, y en las garantías que esta persona debe prestar”.

mismo Libro II, en materia de tutela (arts. 227-4.1.4, 227-6.4 PCC-Cat...).

Ahora bien, a tenor del artículo 227-4.5 del Proyecto, las normas de administración contenidas en la escritura de constitución deben adecuarse a la finalidad del patrimonio protegido, de lo contrario cualquier persona, o el Ministerio Fiscal, podrán solicitar a la autoridad judicial su modificación.

Por otra parte, como consecuencia de la autonomía de la voluntad que preside esta regulación, el capítulo 7 no impone ninguna limitación concreta a las facultades de administración, ni tampoco a las de disposición del administrador del patrimonio protegido; carencia que, a nuestro entender no logra subsanar la remisión a los artículos 222-39 a 222-45 del Proyecto, en materia de administración de los bienes de la persona tutelada del artículo 227-4.4 del Proyecto, dada la finalidad de orden público del patrimonio protegido: satisfacer las necesidades vitales de una persona gravemente discapacitada o dependiente⁸⁸⁷. Y en este mismo sentido, también consideramos insuficiente el carácter facultativo con el que se regulan en el artículo 227-5 del Proyecto las medidas de control del administrador⁸⁸⁸.

887 Si bien, la constancia registral prevista por el artículo 8 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre y, las modificaciones introducidas en este precepto por la reciente Ley 1/2009, de 25 de marzo persiguen precisamente la protección patrimonial de las personas con discapacidad.

888 Ya que el artículo 227-5 del Proyecto se limita a establecer que “en la constitución del patrimonio se podrán establecer las medidas de control de la gestión del administrador que se consideren convenientes, incluida la posibilidad de supervisar la administración del patrimonio protegido”; de modo que sólo si los beneficiarios son menores de edad o incapacitados la autoridad judicial podrá adoptar las medidas que estime necesarias para el buen funcionamiento de la administración del patrimonio protegido.

Por otra parte, a pesar de que en principio, la administración del patrimonio protegido corresponde a la persona física o jurídica designada en la escritura pública de constitución, en el caso de que no acepte, no pueda, o renuncie, deberá al juez nombrarlo, a solicitud de cualquier persona interesada o del Ministerio Fiscal (art. 227-4.1 PCCCat.).

Por supuesto, el constituyente también puede ser administrador, siempre que no sea a la vez el beneficiario del patrimonio protegido (art. 227-4.2 PCCCat.).

El administrador, está legitimado para defender procesalmente el patrimonio protegido, puede contraer obligaciones a cargo de dicho patrimonio en cumplimiento de la finalidad para la cual se constituyó, y debe conservar los bienes que lo integran, mantener su productividad y aplicarlos, directamente o por medio de sus rendimientos, a satisfacer las necesidades vitales de la persona beneficiaria (art. 227-4.3 PCCCat.).

Al respecto el artículo 227-6.1 del Proyecto regula la obligación de rendir cuentas de su gestión; en principio, anualmente ante la persona beneficiaria o sus representantes legales, o en su caso las personas encargadas de supervisar la administración (art. 227-6.2 PCCCat.); y finalmente cuando se extingue el patrimonio protegido⁸⁸⁹.

Según el artículo 227-7.1 del Proyecto, el patrimonio protegido se extingue por la muerte del beneficiario, así como por la pérdida de la condición de persona discapacitada o en situación de dependencia y, también voluntariamente por la renuncia de

889 No obstante, también con respecto a la redención de cuentas, el artículo 227-6,4 del Proyecto remite a la regulación de la tutela, en defecto de lo establecido en la escritura de constitución. Nuevamente sorprende el carácter dispositivo de una normativa que afecta a una cuestión, entendemos, de orden público.

todos los beneficiarios; finalmente por expiración del término o cumplimiento de la condición resolutoria establecida en la escritura.

No obstante, según el artículo 227-7.2 del Proyecto, la autoridad judicial puede acordar la extinción del patrimonio protegido, a instancia del constituyente o sus herederos, si el beneficiario incurre en causa de ingratitud, como si se tratara de una donación cualquiera (art. 531-15.1 Libro V CCCat.) y, nuevamente sorprende que el legislador prescinda de la finalidad de protección de la persona discapacitada del patrimonio protegido, cuya finalidad es la satisfacción de las necesidades vitales de una persona gravemente discapacitada o dependiente⁸⁹⁰.

La extinción del patrimonio protegido conlleva su liquidación (art. 227-7.2 PCCCat.), y la obligación de dar al remanente la finalidad prevista en la escritura de constitución. En todo caso, si dichas previsiones no se pudieran cumplir, el artículo 227-8 del Proyecto establece que “el remanente se ha de adjudicar a una entidad no lucrativa que tenga por finalidad la protección de personas discapacitadas o en situación de dependencia”⁸⁹¹.

Finalmente cabe destacar que la disposición adicional primera del Proyecto de Libro II prevé la creación de un Registro de patrimonios protegidos.

890 Ver PADIAL ALBÁS, Adoración, “La exención de prestar alimentos a la persona necesitada en el *Codi de Família*”, *Libro Homenaje al Profesor Dr. Don Eduardo Font Serra*, (tomo I), pp. 33-40.

891 En este sentido, debemos destacar que según el artículo 227-9 del Proyecto, deberán constar en los registros públicos, los pactos y cláusulas de la escritura de constitución relativas, entre otras, a la destinación prevista del remanente.

REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU UTILIDAD PRÁCTICA

M^a Dolores Palacios González
Profesora Titular de Derecho Civil

1. INTRODUCCIÓN

La posibilidad establecida por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que permite constituir un patrimonio de destino a su favor con la finalidad de asegurarles los medios necesarios para atender a sus necesidades vitales, fue saludada por la doctrina con excesivo optimismo. Se aludía sobre todo a que se estaba dando solución a la preocupación que suelen tener los padres de personas discapacitadas por la situación de éstas cuando ellos faltan. Parecía como si hasta entonces no hubiesen existido recursos jurídicos para afrontar esta situación y que el patrimonio protegido, por fin, les permitiría vivir tranquilos. Después se ha visto que esta figura no ha resultado demasiado eficaz, ya que desde la entrada en vigor de la Ley, hace más de cinco años, se han constituido muy pocos patrimonios de esta naturaleza.

Por supuesto, en el ámbito del Derecho civil ya existían medidas para proteger a los descendientes u otros familiares con discapacidad, tratándose además de medidas que en general no sólo abarcan el aspecto patrimonial sino también el personal. Seguidamente trataré de demostrar que lo que aporta la nueva figura queda casi limitado a una serie de incentivos fiscales en favor de los discapacitados y de las personas que constituyan o realicen aportaciones al patrimonio protegido, beneficios que, según han denunciado de manera unánime quienes se han ocupado de la cuestión, resultan bastante limitados⁸⁹². Sin perjuicio de ello, lo cierto es que la constitución de un patrimonio protegido es hoy un recurso que nos ofrece el ordenamiento y cuyas ventajas e inconvenientes conviene, por tanto, analizar, sobre todo en una óptica comparativa con otras medidas tendentes también a la protección patrimonial de las personas que tienen una discapacidad.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que pueden producirse distintas situaciones debido al hecho de que incapacitado y discapacitado no son sinónimos desde un punto de vista jurídico; mientras el incapacitado es quien ha sido declarado como tal por el juez al darse alguna de las causas recogidas en el artículo 200 del Código civil y que le impiden gobernarse por sí mismo, discapacitado, de acuerdo con la Ley 41/2003 y a efectos de la

892 En este sentido, la Disposición Final 2ª de 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), y precisamente con la finalidad de favorecer la constitución y el mantenimiento de patrimonios protegidos, establece que en un plazo de seis meses desde su entrada en vigor el Gobierno habrá de remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de Mejora del tratamiento fiscal de estas instituciones patrimoniales.

misma, será la persona afectada por una minusvalía igual o superior a los índices señalados en el artículo 2 de la norma, con independencia de que esté incapacitada o no, o de que concurra una causa de incapacitación.

2. CONSTITUCIÓN DE UN PATRIMONIO PROTEGIDO A FAVOR DE UN DISCAPACITADO NO INCAPACITABLE

En los casos en el que el discapacitado no es incapacitable, como sucede en la práctica totalidad de los supuestos de discapacidad física, no se entiende cuál puede ser el objetivo de constituir un patrimonio protegido. El único que podrá hacerlo será el propio discapacitado, pues en todo caso, y con independencia de las posibilidades de interpretación del artículo 3.1 a) de la Ley 41/2003 a las que nos referiremos más adelante, tiene “capacidad de obrar suficiente” para ello⁸⁹³. Si la razón de ser del patrimonio protegido es constituir un patrimonio separado y de destino sometido a un régimen de administración y control específicos para la protección de su titular, y si el constituyente discapacitado con capacidad de obrar suficiente se nombra a si mismo administrador no se ve qué ventajas se obtienen más allá de unos beneficios fiscales que hubieran podido concederse sin necesidad de crear una nueva figura jurídica⁸⁹⁴. Si el constituyente discapacitado nombra administrador a otra persona, aparte de que tampoco se entiende dónde está la protección que se ofrece, pues en el ámbito patrimonial ni siquiera es necesaria, la doctrina señala que se

893 Dice textualmente el artículo 3.1. a) que “*Podrán constituir un patrimonio protegido: a. La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente*”.

894 Pese a lo dicho, lo cierto es que un número significativo de los patrimonios protegidos existentes hasta el momento lo constituyen personas con discapacidades físicas (ej. ceguera) y, por tanto, no incapacitables.

está potenciando que personas que ni están ni van a estar incapacitadas puedan renunciar a administrar la totalidad o parte de sus bienes originando una situación de “representación legal”⁸⁹⁵. Se estaría, por tanto, posibilitando una autolimitación de la capacidad de obrar discutible a la luz de principios esenciales de nuestro ordenamiento. A decir de algunos autores, en este caso la figura del administrador no se encuadraría en la representación legal sino en la voluntaria⁸⁹⁶, pero si esto es así se habría creado una figura específica, el patrimonio protegido, para acudir en definitiva al nombramiento de un apoderado⁸⁹⁷.

Se ha argumentado que esta posibilidad de que sea el propio beneficiario con capacidad suficiente el que constituya el patrimonio protegido es adecuada en previsión de una futura incapacidad, integrando así la opción que establece la nueva redacción del artículo 223 del Código civil, concretamente en lo referido a la facultad de adoptar en documento público notarial cualquier disposición relativa a los bienes del eventual futuro incapaz. Pero si la Ley está pensando únicamente en este supuesto, además de que para él ya se ha recogido la figura más completa de la autotutela⁸⁹⁸, el patrimonio protegido quedaría únicamente como instrumento

895 DÍAZ ALABART, Silvia, ÁLVAREZ MORENO, M^a Teresa, *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, 2004, www.ibermutuamur/ibertalleres.com/web_juridica/inicial/html.

896 Vid. por ejemplo, SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2008*, Iustel, Madrid, 2008, p. 388.

897 La cuestión aún se complica más si se nombra, como se ha hecho en algún caso, al propio beneficiario como administrador y a un familiar como “curador”.

898 El discapacitado que cuando aún tiene suficiente capacidad prevé una futura incapacitación ya tiene la posibilidad de establecer quién quiere que sea nombrado tutor, previendo no sólo la futura protección patrimonial sino también, como será necesario en muchos casos, la personal.

de protección de los discapacitados incapacitables, reduciéndose notablemente la finalidad declarada por la propia la Ley.

3. CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO A FAVOR DE DISCAPACITADOS CON CAPACIDAD NATURAL LIMITADA, NO INCAPACITADOS

Para que pueda constituirse un patrimonio protegido en su favor, estas personas tienen que tener una minusvalía, que salvo excepciones será psíquica, y que por tanto tendrá que ser igual o superior al 33%⁸⁹⁹ por lo que en muchos casos no será necesaria únicamente protección en el ámbito patrimonial sino también en el personal. Además, previsiblemente serán personas pertenecientes a familias con recursos o posibilidad de procurárselos puesto que, en otro caso, no habrá con qué constituir una masa patrimonial.

Cuando se trate de un discapacitado menor de edad, los padres que ostenten la patria potestad pueden constituir un patrimonio protegido en su favor, con la administración y las reglas que prevean en la escritura de constitución, sin necesidad de incapacitarlo aunque esté incurso en causa para ello⁹⁰⁰. Únicamente habrán de tener en cuenta que pueden estar sujetos a mayores limitaciones, así como a la supervisión del Ministerio Fiscal y al control judicial⁹⁰¹. Una vez alcanzada la mayoría de edad, el dis-

899 Artículo 2.2. a de la Ley 41/2003.

900 A juicio de DÍAZ ALABART, Silvia y ÁLVAREZ MORENO, M^a Teresa, al no hacer la ley ninguna distinción también podrían constituir el patrimonio protegido los padres privados de la patria potestad (*op. cit.*). En mi opinión una interpretación lógico-sistemática del precepto lleva a considerar que el legislador se refiere a los padres que tengan la representación del hijo.

901 Las limitaciones de los titulares de la patria potestad para la administración de los bienes de los hijos, previstas fundamentalmente en el artículo 166 del Código civil

capacitado no sólo tendrá cubiertas sus necesidades vitales con los bienes y derechos distintos de que sea titular sino, además, con ese patrimonio. La doctrina ya ha puesto de manifiesto que si bien en un principio puede parecer una solución adecuada para quienes quieren eludir la incapacitación judicial buscando al tiempo dejar convenientemente protegidos a sus descendientes discapacitados en el ámbito patrimonial, al llegar la mayoría de edad se plantea el problema de que no es posible que sin intervención judicial puedan otras personas asumir una representación que no les ha sido conferida voluntariamente y, además, la constancia de la existencia de un patrimonio protegido a favor de un discapacitado psíquico pondrá de manifiesto que se trata de una persona en la que pueden concurrir los requisitos necesarios para la incapacitación, aunque sea parcial, por lo que puede ser necesario incoar el correspondiente procedimiento, máxime cuando previsiblemente se necesitará también protección personal⁹⁰².

Pensemos ahora en un discapacitado psíquico mayor de edad en el que concurre una causa de incapacitación de acuerdo con el artículo 200 del Código civil pero no se encuentra incapacitado bien porque nunca se ha considerado necesario al vivir protegido en el seno familiar o bien porque quienes habrían de

para los actos de disposición, son similares aunque algo más livianas que las que se les exigiría como administradores del patrimonio protegido de un menor cuando no se les haya eximido de la obligatoriedad de la autorización judicial prevista en los artículos 271 y 272 del Código civil; no obstante, en este último caso siempre cabría la posibilidad de excepcionar la autorización judicial para los supuestos que el juez considere, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.3 de la Ley 41/2003, aunque mi opinión no podría extenderse a los actos respecto de los cuales la ley exige autorización judicial en el ejercicio de la administración de los bienes de los hijos a los titulares de la patria potestad.

902 Cfr. DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *op. cit.*

instar la declaración de incapacidad han preferido no hacerlo⁹⁰³. Esta segunda es, por cierto, una situación bastante habitual, en la que muchas familias viven durante años hasta que en la madurez e incluso en la ancianidad, los padres se plantean qué va a ser de su hijo cuando falten.

En función de su limitación la persona estará más o menos necesitada de protección inmediata, bien sea completa o parcial, aunque en la mayoría de los casos sólo en teoría, puesto que los padres u otras personas estarán actuando como guardadores de hecho⁹⁰⁴. También en este supuesto, si tiene padres pueden plantearse constituir un patrimonio protegido en documento público y ordenar así jurídicamente la situación patrimonial del hijo con efectos inmediatos, o bien hacer testamento notarial⁹⁰⁵.

En el primer caso se plantean dos problemas, el primero relativo a la legitimación para la constitución del patrimonio y el

903 Hay que tener en cuenta que para muchas familias el proceso de incapacitación supone un reconocimiento explícito frente a terceras personas de una realidad difícil de asumir.

904 Les será aplicable, por tanto, el régimen previsto en los artículos 303 y 304 del Código Civil.

905 Aunque el artículo 3.3 de la Ley 41/2003 prevé como forma de constitución del patrimonio protegido solamente el documento público y la resolución judicial, en la primera posibilidad puede incluirse el testamento, máxime cuando el artículo 223 del Código civil permite a los padres, por este medio, “... ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados”. Sobre la posibilidad de constitución testamentaria del patrimonio protegido, puede verse, SERRANO GARCÍA, Ignacio, quien considera que en este caso debería de señalarse los bienes que lo integran y encargar al heredero o legatario su constitución (*op. cit.*, p. 423). También, PEREÑA VICENTE, Montserrat, *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del derecho civil*, Universidad Rey Juan Carlos. Servicio de Publicaciones, Madrid, 2006, p. 79; y SEDA HERMOSÍN, M.A., “Protección por terceros: Constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”, en *Discapacitado, Patrimonio Separado y Legítima, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, XX-2005, p. 140.

segundo a la protección del discapacitado, puesto que cuando falten los progenitores la existencia de un patrimonio protegido no solucionará la situación de quienes necesiten que alguien se ocupe también de su persona (v.gr. tratamientos médicos).

De acuerdo con el artículo 3.1 b. de la Ley 41/2003 la legitimación para constituir el patrimonio protegido corresponde a los padres, tutores o curadores cuando el discapacitado no tenga “capacidad de obrar suficiente”, pues en otro caso será la propia persona con discapacidad quien deba hacerlo. La cuestión radica en la interpretación del significado de la expresión entrecomillada, pues caben dos posibilidades: entender que salvo que se esté judicialmente incapacitado se tiene capacidad de obrar suficiente o entender, más adecuadamente desde mi punto de vista, que la falta de capacidad natural para entender y asumir la significación y efectos del acto concreto es lo que significa no tener capacidad de obrar suficiente⁹⁰⁶.

El discapacitado no incapacitado pero con capacidad natural limitada y, por tanto, quizá incurso en causa de incapacitación, habrá de acudir a presencia del notario. Éste puede advertir esa limitación o falta de capacidad natural suficiente, máxime cuando el certificado que acredita el padecimiento una discapacidad psíquica igual o superior al 33% será también indicio de esa carencia⁹⁰⁷.

906 Por el contrario y como acertadamente señala VIVAS TESÓN, Inmaculada, la exigencia de “capacidad de obrar suficiente” y no de “plena capacidad de obrar” permite que una persona con capacidad alterada o disminuida pueda ella misma intervenir en los procesos de constitución y aportaciones a su patrimonio protegido, *La protección económica de la discapacidad*, Biblioteca básica de practica jurídica, Bosch, Barcelona, 2009. En sentido similar, GARCÍA PONS, Antonio, *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pp. 110 y 112.

907 Vid. al respecto, RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, “La capacidad de obrar

En el caso de que el notario constate la falta de capacidad natural suficiente, caben también dos interpretaciones. Que sólo puedan constituirlo quienes ostenten la representación legal, en cuyo caso la posibilidad quedaría vedada hasta una eventual incapacitación⁹⁰⁸, o que los padres puedan hacerlo directamente. Esta posición, a la que es más proclive la doctrina, se fundamenta en argumentos diferentes como en el texto de la propia Ley 41/2003 —tanto en la Exposición de motivos cuando dice que

suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *RDP*, enero/febrero, 2006, p. 89. El autor distingue dos supuestos. El primero, que el beneficiario se reserve la administración de sus bienes, con lo que estima que bastaría con la capacidad para contratar o disponer, que identifica con que no se encuentre incapacitado judicialmente y sea mayor de edad o menor emancipado, si bien matiza seguidamente que “es razonable que, para las situaciones de emancipación o aquellas que incapaciten al sujeto limitadamente, se imponga una plena capacidad por las consecuencias dispositivas que pudieran derivarse de la administración del patrimonio protegido”. El segundo supuesto es el que se produciría cuando la administración se confiriese a un tercero, en cuyo caso mantiene que sólo podría constituirlo quien tiene capacidad para apoderar, que a su vez, sería quien tenga capacidad suficiente para la realización de los actos y negocios que van a ser encomendados a terceros.

908 De hecho, y aunque dudo que se haga así en la práctica, el Notario tendría que poner la situación en conocimiento del Fiscal para que éste valore la procedencia de instar la correspondiente incapacitación (artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Si el notario no advierte la falta de capacidad y autoriza el acto, cabrá su impugnación por falta de consentimiento de acuerdo con las reglas generales de los contratos. El hecho de que en la práctica probablemente dicha impugnación no se produzca no obsta para que desde un punto de vista jurídico sea inadecuada la realización de actos o contratos de eficacia claudicante. Sobre la impugnación de la constitución de un patrimonio protegido por quien no tiene capacidad suficiente, puede verse, RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, *loc. cit.*, p. 96. Por su parte, DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO postulan que a la vez que se tramita el proceso de incapacitación del hijo y, en su caso, la institución de guarda a que éste debe quedar sometido, el propio Juez podría decidir la constitución del patrimonio protegido, solicitado por los padres sobre la base de las amplias facultades de las que goza el Juez, no solamente respecto del incapacitado sino también del incapacitable sometido a guarda de hecho, de acuerdo con lo previsto en los artículos 216 y 158 del Código civil (*op. cit.*).

los beneficiarios del patrimonio lo son las personas con discapacidad con independencia de la situación de incapacitación, como en el artículo 3.1.b cuando se refiere a no tener “capacidad de obrar suficiente” y no a estar incapacitado judicialmente⁹⁰⁹—, o en el propio interés del hijo discapacitado⁹¹⁰. De todas formas, incluso quienes defienden esta posición consideran imprescindible, en todo caso, el consentimiento del discapacitado no incapacitado⁹¹¹, lo cual es algo difícil de entender pues si se valora que no tiene capacidad natural suficiente — y esa es la razón por la que no lo constituye directamente — en ningún caso podría otorgar un consentimiento eficaz o válido jurídicamente.

Si se tienen en cuenta únicamente criterios sistemáticos habría que concluir que el legislador legitima a los padres para los supuestos en que el hijo está incapacitado, pues lo hace junto con los “tutores o curadores”. Está pensando, en definitiva, en las situaciones de falta de capacidad de obrar plena como consecuencia de una incapacitación judicial. No obstante, una interpretación teleológica podría llevar a admitir la legitimación de los padres aún sin que estos tengan la representación legal del hijo, si se considera que es más beneficioso para sus intereses la constitución del patrimonio sin necesidad de proceder a la incapacitación o, cuanto menos, sin necesidad de esperar al que se culmine el procedimiento. Esta última interpretación se vería también avalada por la posibilidad, prevista en el apartado 3.c. del mismo artículo 3, y muy criticable desde mi punto de vista, de que pueda constituir el patrimonio protegido el guardador de

909 PEREÑA VICENTE, Montserrat, *op. cit.*, pág. 64.

910 DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *op. cit.*

911 DÍAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *op. cit.*

hecho de una persona con discapacidad psíquica⁹¹². Ciertamente se encuentra limitada a los bienes que los padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario⁹¹³, pero es totalmente ilógico que se permita al guardador de hecho de un discapacitado no incapacitado constituir el patrimonio en algún caso y, sin embargo, a los padres les esté vedada siempre esta posibilidad puesto que, por razones obvias, este apartado c) no puede nunca aplicarse a los mismos aunque ejerzan la guarda de hecho. En todo caso, y de acuerdo con el artículo 304 del Código civil, si los padres son guardadores de hecho, la constitución realizada en utilidad del discapacitado no podrá ser impugnada⁹¹⁴.

912 Además, esta posibilidad plantea otros problemas que han sido puestos en evidencia por la doctrina. Así, RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, señala la necesidad acreditar la guarda, postulando a su vez la posibilidad de acudir a un acta notarial, o el problema mayor que plantea su confrontación con el artículo 1259 del Código civil o con la obligación del guardador de hecho de promover la tutela (*loc. cit.*, p. 94). Ante estos y otros obstáculos autores como DÍAZ ALABART y MARTÍNEZ MORENO sencillamente niegan la mayor y defienden que, pese a la literalidad del precepto, el guardador de hecho no puede, por sí mismo, constituir un patrimonio protegido, sino únicamente instar la constitución (*op. cit.*).

913 Según el BOCG, Congreso de los Diputados, Núm. 154-5, de 10 de septiembre de 2003, pp.36-37, (recogida por GARCÍA PONS, Antonio, en *Las personas con discapacidad...*, *op.cit.*, pp. 106-107) esta previsión se introdujo para solucionar situaciones muy concretas, la de quien carece de capacidad suficiente pero no está incapacitado y resulta beneficiario, al fallecimiento de los padres, de pólizas suscritas por aquellos con una Mutualidad, por ejemplo.

914 Un último argumento a favor de la última posición, de carácter más general, es que se trata de una interpretación acorde con los postulados de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y, en particular, con la necesaria tendencia a restringir y suplir la capacidad de obrar de las personas con discapacidad sólo en la medida necesaria y suficiente para su protección, debiendo de buscarse alternativas de apoyo para el resto de las situaciones.

Si pese a que, como hemos visto, jurídicamente es muy discutible, se admite en la práctica la posibilidad de que sin necesidad de incapacitación judicial puedan los padres de un discapacitado psíquico no incapacitado pero carente de capacidad de obrar suficiente, constituir en su favor un patrimonio protegido, la cuestión estriba en determinar, en la práctica, si lo más adecuado es esto o instar la incapacitación, teniendo en cuenta los intereses en juego y, fundamentalmente, las necesidades de la persona con discapacidad.

4. CONSTITUCIÓN DE UN PATRIMONIO PROTEGIDO A FAVOR DE UN DISCAPACITADO INCAPACITADO

Si el discapacitado está incapacitado será la sentencia de incapacitación la que determine si tiene o no la capacidad de obrar suficiente que el artículo 3.1 de la Ley 41/2003 exige para la constitución del patrimonio protegido. En caso de que no la tenga la legitimación para constituirlo corresponderá al tutor, o a los padres en caso de minoría de edad o patria potestad prorrogada o rehabilitada⁹¹⁵, los cuales podrán aportar bienes propios o bienes que pueda tener el propio discapacitado. En el caso de los padres tienen dos opciones: otorgar escritura pública para constituir el patrimonio con efectos inmediatos o hacer testamento notarial con la finalidad de que se constituya al fallecimiento de los mismos.

⁹¹⁵ A juicio de DÍAZ ALABART, Silvia y ÁLVAREZ MORENO, M^a TERESA, al no hacer la ley ninguna distinción también podrían constituir el patrimonio protegido los padres cuyo hijo haya sido sometido a tutela o curatela de otras personas (*op.cit.*). En mi opinión, y pese a que en la práctica sí se están constituyendo patrimonios por los padres de personas en esa situación, ya se ha señalado que una interpretación lógico-sistemática del precepto lleva a considerar que el legislador se refiere a los padres que tengan la representación del hijo (vid. nota 8).

En el caso de que el discapacitado incapacitado esté sometido a curatela la legitimación es más discutible pues en principio la constitución de un patrimonio protegido no es un acto que, de acuerdo con las reglas generales que regulan esta institución, necesite la concurrencia del curador, a no ser que se diga así en la sentencia de incapacitación. Así las cosas la legitimación corresponderá, en primer lugar, al propio discapacitado. En todo caso y si de acuerdo con la sorprendente literalidad del artículo 3.1 a. de la Ley 41/2003⁹¹⁶ se considera necesaria la intervención del curador, ésta será siempre complementaria del acto realizado por el propio discapacitado, de acuerdo con las reglas de la curatela⁹¹⁷.

Según el artículo 3.3 b. de la Ley 41/2003 el constituyente al menos habrá de establecer “... *los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización...*”, lo que en ningún caso excluye que, directamente, pueda procederse al nombramiento de persona o personas concretas. Si se designa a sí mismo, no parece que la constitución del patrimonio tenga demasiado sentido, a salvo las consecuencias fiscales mencionadas anteriormente. Pero aún parece más ilógico el nombramiento de una tercera persona, lo cual únicamente estaría justificado cuando los padres o el tutor no se consideren capacitados para administrar los bienes del hijo o del pupilo, algo difícilmente pensable si tenemos en cuenta que esa circunstancia habrá sido valorada por el juez para nombrar tutor

916 El precepto confiere legitimación directa al curador al establecer que podrán constituirlo —el patrimonio— “*padres, tutores o curadores, cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente*”.

917 Sobre la cuestión, pueden verse en la misma línea, DÍAZ ALABART, S., ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *op. cit.* o RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, *loc. cit.*, p. 92, entre otros.

o para prorrogar la patria potestad. No parece admisible que si la responsabilidad de la guarda personal y la administración de los bienes, o solo esta última, ha sido atribuida por el Juez con la valoración imprescindible de todas las circunstancias concurrentes, los nombrados puedan luego deshacerse de ella por la vía de la constitución de un patrimonio protegido y el nombramiento de un administrador. A mayor abundamiento y en el caso del tutor, hay que tener en cuenta también el carácter personalísimo de la obligación de administración de los bienes del tutelado, sin perjuicio de que se permita la colaboración o auxilio de profesionales para llevarla a cabo⁹¹⁸. En definitiva, aunque en casos de una administración que lleve demasiado tiempo o que resulte especialmente compleja su ejecución podría delegarse en otras personas, lo que considero que no se puede hacer es transmitir la propia responsabilidad y convertir a otra persona, sin intervención judicial, en representante legal del hijo o tutelado, máxime cuando, además, la propia Ley prevé que si el administrador del patrimonio protegido no es el propio beneficiario no se requerirá el concurso de los padres o tutor para la validez y eficacia de los actos de administración⁹¹⁹.

Por lo que se refiere al curador, según la literalidad del art. 3.1.b. de la Ley 41/2003, no sólo estaría legitimado directamente para la constitución del patrimonio protegido⁹²⁰ sino también para estipular, en su caso, quién ha de administrarlo. Hay que tener en cuenta que esto tampoco es realmente posible porque el curador nunca es representante legal del sometido a curatela y, por tanto, si se designa a si mismo como administrador del

918 Cfr. DÍAZ ALABART, Silvia y MARTÍNEZ MORENO, María Teresa, *op. cit.*

919 Artículo 5.7 de la Ley 41/2003.

920 Ya hemos visto de acuerdo con las reglas generales de la curatela no cabe esta posibilidad.

patrimonio convirtiéndose en “representante legal” en lo que se refiere al mismo, se ampliarían sus facultades y se restringirían las del incapaz, en contra de lo previsto en la regulación de la curatela y en la propia resolución judicial en la que se haya instituido la misma. Si, por el contrario, designa a otra persona, se daría la incongruencia de que quien no es representante legal del discapacitado incapacitado podría, sin embargo, nombrar un representante legal que, además, y como sucedía con el tutor, no necesita contar con el curador para desempeñar sus funciones, a salvo la necesidad de recabar autorización judicial para la realización de los actos recogidos en los artículos 271 y 272 CC. Por tanto, si se configurase de este modo la administración del patrimonio protegido, el curador vería eliminadas sus funciones en todo aquello que quede integrado en el patrimonio protegido y las mantendrá en el resto (sean de carácter personal o patrimonial, pero al margen del patrimonio protegido). El discapacitado vería igualmente recortada su capacidad de actuar en relación con aquellos bienes que se integrasen en el patrimonio protegido, dado que quedarían sujetos a la gestión del administrador que sería su representante legal en ese ámbito⁹²¹.

Lo que aquí se observa es, indudablemente, lo poco cuidadoso que ha sido el legislador al realizar la reforma que ha dado vida a la figura del patrimonio protegido, pues es evidente que no se ha tenido suficientemente en cuenta el régimen general de las instituciones de guarda, propiciándose una importante falta de coherencia.

Una vez que el patrimonio protegido ha sido constituido, bien por los padres, por el tutor, por el propio discapacitado

921 Vid. al respecto, DÍAZ ALABART, Silvia y MARTÍNEZ MORENO, María Teresa, *op. cit.*

asistido por el curador, o incluso por el guardador de hecho, además del posible patrimonio personal administrado por los padres o por el tutor, o para cuya administración necesite del curador, existirá una masa patrimonial aparte con su propia administración que puede coincidir o no con la de quienes tienen la guarda legal⁹²². Los terceros que realicen negocios con el discapacitado incapacitado habrán de tener en cuenta qué bienes resultan afectados para ver si los padres o el tutor pueden actuar como representantes legales, si debe de hacerlo la propia persona asistida del curador, o el representante especial del patrimonio protegido en caso de que sea persona distinta de los padres o el tutor y el negocio afecte a los bienes incluidos en aquél. Además, hay que tener en cuenta que los bienes del patrimonio protegido están afectos a subvenir las necesidades vitales del discapacitado de las que tienen que ocuparse sus representantes legales. La indiscutible complejidad de una situación como la descrita y las dificultades que se pueden crear no parece que estén justificadas por los beneficios que la figura puede aportar.

Más lógico sería el caso en que los padres que tengan la patria potestad prorrogada o rehabilitada se planteasen constituir el patrimonio en testamento, para cuando hayan fallecido. Pero entonces, una vez que fallezcan y salvo que se estime procedente la curatela, va a ser necesario nombrar un tutor al discapacitado, figura con la que éste quedará debidamente protegido y no sólo en el ámbito patrimonial sino también en el personal, pudiendo además ser designado un tutor en ambos ámbitos o

922 Cabe también la posibilidad de que, de acuerdo con el artículo 227 del Código civil una persona haya dispuesto bienes a título gratuito a favor del incapacitado estableciendo reglas especiales de administración y designando a la persona que hay de ejercitarla.

uno para la persona y otro para los bienes. Además, los padres cuentan con la posibilidad prevista en el artículo 223, no solo de nombrar tutor, sino también de ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos incapacitados. Una vez más la figura del patrimonio protegido no parece que aporte nada nuevo.

5. ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO Y ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO DE LAS PERSONAS SOMETIDAS A TUTELA O A CURATELA

La excesiva complejidad del actual régimen de administración de los bienes del tutelado —sobre todo por la necesidad de pedir autorización judicial para todo acto de cierta importancia o de tramitar para cada uno un procedimiento de jurisdicción voluntaria— ha sido denunciada en múltiples ocasiones por la doctrina⁹²³. En cuanto a la administración del patrimonio protegido, aunque el artículo 5 de la Ley 41/2003 establece que las reglas recogidas en el documento público de constitución, salvo que el constituyente sea el propio beneficiario, han de prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, se permite que el juez lo excepcione en los supuestos que se considere convenientes⁹²⁴,

923 Vid. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Concepción de, quien propone y sugiere distintas actuaciones como la simplificación de esta regulación, volver a la tutela de familia frente a la tutela de autoridad descargando así al juez de su carga en estos supuestos, el control judicial posterior en vez de con anterioridad a la realización del acto de que se trate, que se afronte la anunciada reforma de la jurisdicción voluntaria. “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *RDP*, enero-febrero, 2006, pp. 33 ss.

924 La Ley establece que los constituyentes o el administrador pueden instarlo ante el Ministerio Fiscal para que, a su vez, lo solicite del juez competente (art. 5.1.3).

en atención las circunstancias concurrentes⁹²⁵. Además, la norma exime de la necesidad de subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido⁹²⁶. A la hora de decidir, por tanto, entre la opción de incapacitar a una persona y someterla a tutela o constituir en su favor un patrimonio

925 Estas circunstancias son la atención a la composición del patrimonio, las personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra de análoga naturaleza.

926 Artículo 5.1.2 párrafo tercero. No obstante la diferencia legal, algunas Audiencias Provinciales no exigen tampoco subasta pública para la enajenación de bienes del tutelado, postulando una interpretación del artículo 2011 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, vigente en esta cuestión, más favorable a los intereses del incapaz y acorde con el artículo 636 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, que admite alternativas a la subasta, todo ello en sintonía con el artículo 3.1 del Código civil y sin perjuicio de que la autoridad judicial acuerde las cautelas necesarias para la protección de los intereses del sometido a tutela. Así, Auto AP Albacete (Sección 2ª) de 23 de diciembre de 2004 (JUR 2005, 206105); Autos AP Barcelona Núm. 253/2004, 64/2005 y 67/2006 (Sección 18ª), de 1 de octubre, 14 de marzo y 7 de abril, respectivamente; Auto AP Albacete (Sección 2ª) de 23 de diciembre de 2004 (JUR 2005, 206105). Añadiendo el argumento de la aplicación analógica del artículo 5.2 de la Ley 41/2003, Auto de la AP de Cáceres 28/2004 (Sección 1ª), de 12 de marzo: *“en nada difiere la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de la de bienes de personas declaradas judicialmente incapacitadas, de modo que si, para aquellas es beneficioso el que se prescindá de la pública subasta en la enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para éstas...”*. En contra y sobre la base del carácter imperativo del artículo 2015 de la LECivil, Autos AP Lleida 14/2005 y 15/2005 (Sección 1ª), de 18 de marzo (AC 2005, 178 y 379), Auto AP Granada 337/2003, 1070). Todos ellos excepto el de la AP de Cáceres, recogidos por TORRES MATEOS, Miguel Angel, *Tutela, Curatela, Guarda de Menores o Incapacitados y Defensor Judicial*, Thompson-Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 265 ss. El Auto de la AP de Cáceres, recogido por MORETÓN SANZ, Mª Fernanda, *“Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal”*, RCDI, enero-febrero, 2006, núm. 687, p. 87. Como puede verse, la doctrina de las Audiencias Provinciales se encuentra dividida en este punto. Parece, no obstante, más razonable y acorde con la seguridad jurídica y nuestro sistema de fuentes mantener el requisito legal de subasta judicial hasta que sea suprimido por el legislador pues una interpretación finalista como la postulada, entendiendo que así se proteger mejor los intereses del incapaz, no puede llevar a la modificación ni a la derogación de la norma.

protegido, un factor que podría tenerse en cuenta es que, en principio, las restricciones y cargas a que está sometido el tutor son mayores que las del administrador de patrimonio protegido. No obstante, como puede verse, la diferencia entre ambos regímenes no es tampoco determinante.

Por otra parte, cabría también reflexionar acerca de si realmente, cuando se trata de personas incursas en causa de incapacitación, lo procedente es potenciar vías para relajar los controles, pues en la jurisprudencia aparecen casos abundantes en los que el juez no autoriza la venta de los bienes de tutelado por los tutores por la falta de utilidad, demostrada inutilidad e incluso por el perjuicio que el acto supone para el incapaz.

Además, ahí está la posibilidad de nombramiento de curador en los casos que se han dado en denominar de incapacidad parcial. No será necesaria entonces autorización judicial en ningún caso, sino sólo la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que haya establecido la curatela o, subsidiariamente, para los previstos en los artículos 271 a 273 del Código civil.

En cuanto al control y supervisión de la actuación del administrador del patrimonio protegido y a diferencia de lo que ocurre en la práctica de la tutela, no tendrá que rendir cuentas ante la autoridad judicial⁹²⁷, si bien la supervisión por parte del Ministerio Fiscal, algo que en la práctica no se ha podido ejercitar de manera rigurosa, no solo se mantiene sino que se refuerza⁹²⁸.

927 En contra LÓPEZ GALIACHO PERONA, Javier, quien defiende la aplicación al administrador del patrimonio protegido algunas de las reglas dirigidas al tutor, entre otras, las previstas en los artículos 274 y 280 a 285 del Código civil ("*Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado*", *RCDI*, nº 687, 2005, pp. 31 ss.).

928 Vid. art. 232 del Código civil y 7 de la Ley 41/2003.

6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS APORTACIONES AL PATRIMONIO PROTEGIDO

Las aportaciones al patrimonio protegido constituyen negocios jurídicos distintos al de constitución, sin perjuicio de que para poder constituirlo es necesario realizar una aportación inicial. En el caso de constitución del patrimonio por la propia persona con discapacidad, aportará bienes que le pertenecen. Si lo constituyen padres o tutores, o el incapacitado con asistencia del curador, podrán aportar bien bienes del propio discapacitado incapacitado o bien de los constituyentes o del curador. El guardador de hecho del discapacitado psíquico hemos visto que está legitimado para constituirlo con los bienes que los padres o tutores del discapacitado le hubieren dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquellos y en los que hubiera sido designado beneficiario. Por último, y en el caso de constitución judicial a instancia de persona con interés legítimo, se exige al mismo tiempo el ofrecimiento de una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para este fin, que en la mayoría de los casos serán bienes de la propia persona con discapacidad o de quien inste la constitución.

Las aportaciones no pueden someterse a término, habrán de hacerse a título gratuito y de acuerdo con la normativa reguladora del negocio concreto que se utilice, que en muchos casos será una donación. Volvemos aquí entonces a encontrarnos con el problema de la posible falta de capacidad natural del discapacitado, pues la donación exige aceptación del donatario que, en este caso, y dadas las formalidades de la constitución del patrimonio protegido, deberá constar en la escritura pública trate-se de bienes muebles o inmuebles. No obstante, si aplicamos en sentido contrario el artículo 626 del Código civil, los discapaci-

tados psíquicos no incapacitados podrán aceptar por si mismos las donaciones, siempre y cuando tengan una mínima capacidad natural de entender y de querer⁹²⁹. Además, y para aportaciones posteriores de personas con interés legítimo, tienen que consentir los padres, tutores o intervenir los curadores, si los discapacitados están incapacitados⁹³⁰, o los propios discapacitados en caso contrario, siempre que tengan capacidad natural suficiente.

En realidad, la cuestión determinante en este ámbito es, si en el caso de constitución de patrimonio protegido a favor de un discapacitado con capacidad natural limitada —en todo caso suficiente para aceptar donaciones no onerosas— y, por tanto, susceptible de ser incapacitado y sometido a tutela o a curatela, el régimen de las aportaciones tiene alguna ventaja, al margen de las fiscales ya mencionadas, que justifiquen el primer recurso.

Según el artículo 4.3 de la Ley 41/2003, quien aporte un bien o un derecho al patrimonio protegido podrá establecer el destino que deba darse a los mismos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido, siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes, y a salvo lo previsto en las normas civiles aplicables. Esto permite a los aportantes vincular en todo caso su aportación a la satisfacción de las necesidades del beneficiario en tanto en cuanto continúe estando discapacitado, de tal manera que si deja de ser una persona con discapacidad o fallece, se puede prever que los bienes o derechos no continúen perteneciendo a quien ya no cumple las condiciones de discapacidad previstas por la Ley, o que no pasen a los herederos.

929 Cfr. RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, *loc. cit.*, p. 95.

930 Para que los padres acepten aportaciones con carga o gravamen será necesaria autorización judicial (*ibidem cit.*, p. 95).

Pero la misma finalidad podría conseguirse en el supuesto de donaciones al patrimonio de un incapacitado sometido a tutela, estipulando la reversión para los mismos casos a favor del donante o incluso a favor de otras personas con las limitaciones que establece el Código civil para las sustituciones fideicomisarias, de acuerdo con el artículo 641 del Código civil.

7. CONCLUSIONES

Se ha tratado de demostrar que la figura del patrimonio protegido realmente resulta una aportación escasa desde la perspectiva de la protección de los discapacitados. Si un discapacitado tiene capacidad de obrar y, por tanto, puede gobernarse por sí mismo, las limitaciones que le pueda suponer su discapacidad deberán de atenderse por otros medios, como puede ser el nombramiento de un apoderado, y no restringiendo innecesaria e indebidamente su capacidad de manera indirecta.

Si se trata de un discapacitado psíquico con limitaciones de su capacidad natural que implican falta de capacidad suficiente y no está incapacitado, hemos visto que se plantean serios problemas tanto a la hora de constituir en su favor un patrimonio protegido como a la hora de aceptar las aportaciones que puedan hacerse al mismo. Además, posiblemente necesitará asistencia también en el orden personal. Si el discapacitado aún tiene capacidad por ser su enfermedad degenerativa, el artículo 223 le permite hacer una serie de previsiones que no solo incluyen la designación de tutor para cuando sea incapacitado sino también adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes. Si, por el contrario, es susceptible de incapacitación esta es, como hemos dicho, la opción que actualmente protege sus intereses de manera más completa, dada la posibilidad de

graduación y de someter al incapacitado bien tutela o bien curatela. La modificación de la regulación de la incapacitación y de las instituciones de guarda realizada en 1983, por supuesto que puede ser mejorable⁹³¹ pero también es cierto que puede cumplir adecuadamente con la finalidad para la que fue establecida. La posibilidad de que el Juez en la sentencia de incapacitación pueda determinar con la mayor flexibilidad la extensión y los límites de la incapacidad y el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado permite tener en cuenta la situación específica de las personas que, por tener limitada su capacidad natural o por cualquier otra razón, no puedan gobernarse por sí mismas según en qué ámbitos y para qué cuestiones. Otra cosa es que, en la práctica, la norma no se haya aplicado siempre adecuadamente.

El loable propósito de proteger a quienes lo necesitan y concretamente, en el caso que nos ocupa, a las personas que padecen alguna discapacidad, no ha sido afrontado por el legislador de la Ley 41/2003 con el detenimiento y profundidad que quizá hubieran sido necesarios. Advertidos defectos o carencias en las instituciones que existen en un determinado momento, la solución no está en superponer otras distintas sin la necesaria coherencia con las ya existentes, de manera que, como ocurre actualmente con el patrimonio protegido, haya que decidir con criterios confusos por cuál decantarse.

Además, en el caso concreto que nos ocupa, las dificultades que existen en la práctica para el control de las tutelas por la sobrecarga de trabajo de los jueces y de la Administración de justi-

931 Esperamos que esa mejora se produzca cuando, de acuerdo con la previsión de la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009 se aborde la reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar.

cia, se repetirán en caso de proliferación de patrimonios protegidos respecto de los cuales la sobrecarga la padecería el Ministerio Fiscal⁹³², que tampoco está sobrado de recursos.

Aunque deba potenciarse la autonomía de la voluntad en la actuación de cualquier persona, de acuerdo con la dignidad de la misma consagrada en el artículo 10 de la Constitución y con las previsiones de la Convención de Nueva York, no es necesario ni, desde mi punto de vista, eficaz, tratar de eludir la incapacitación en todo caso. Me sumo a la extendida opinión de la doctrina de que, bien entendida, es la institución más adecuada y completa para la protección de las personas que tienen alguna merma en la su propio autogobierno⁹³³. El problema es que socialmente se percibe como un riesgo para el mantenimiento de la dignidad de la persona⁹³⁴ cuando, por el contrario, es, o al menos debe ser, una medida de protección que, por tanto, garantiza la misma⁹³⁵.

A día de hoy la autotutela o el mandato preventivo, como recursos que ahondan en el reconocimiento de aquella autonomía,

932 AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Concepción de, *loc. cit.*, p. 15.

933 Vid, por todos, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de, y la doctrina que recoge (*loc. cit.*). En el trabajo citado puede verse un lúcido y detenido análisis sobre la necesidad y/o oportunidad de, frente a la creación de nuevas medidas, modificar la institución de la incapacitación para hacerla aún más flexible a las situaciones en que se tiene algún discernimiento.

934 Lo cierto es que quienes instan la incapacitación de un familiar aparecen como “sospechosos” de perseguir intereses espúrios, o cuando menos de “quitar de en medio” a la persona que se quiere incapacitar.

935 Como ya hemos dicho, es una medida que debe adoptarse sólo cuando sea absolutamente necesario y, probablemente, sería deseable que la situación en que la persona únicamente necesita la asistencia del curador deje de calificarse como “incapacitación”. Qué duda cabe además que a la hora de legislar en esta materia, resulta imprescindible analizar las distintas alternativas a la sustitución de capacidad que han ido apareciendo en el derecho comparado.

vienen a complementar adecuadamente el sistema, pero no puede decirse lo mismo de la figura del patrimonio protegido. Como creo haber demostrado, o al menos argumentado, la institución aporta poco en el ámbito patrimonial⁹³⁶ y nada en el personal; también es verdad que en esto último no se pretendía pero en la práctica muchas veces ambas necesidades aparecen unidas.

BIBLIOGRAFÍA

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, de, “¿Crisis de la incapacidad? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *RDP*, enero-febrero, 2006.

DÍAZ ALABART, Silvia, y ÁLVAREZ MORENO, M^a TERESA, *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, www.iber-mutuamur/ibertalleres.com, 2004.

GARCÍA PONS, Antonio, *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención internacional de 13 de diciembre de 2006*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

LÓPEZ GALIACHO PERONA, Javier, “Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado”, *RCDI*, enero-febrero 2006, núm. 687.

MORETÓN SANZ, María Fernanda, “Protección civil de la dis-

936 En otros ordenamientos en que existen figuras afines a la aquí estudiada, su verdadera relevancia estriba en la limitación de responsabilidad, que el patrimonio protegido introducido por la Ley 41/2003 no se da. Esas figuras constituyen, por tanto, verdaderos patrimonios separados, y evitan que los bienes vinculados a la satisfacción de las necesidades personales de los discapacitados puedan ser embargados por deudas de otro orden.

capacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad Horizontal”, *RCDI*, enero-febrero 2006, núm. 687.

PEREÑA VICENTE, Montserrat, *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del derecho civil*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2006.

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín M^a, “La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *RDP*, enero/febrero, 2006, pp. 83 ss.

SEDA HERMOSÍN, M.A., “Protección por terceros: Constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos”, en *Discapacitado, Patrimonio Separado y Legítima, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, XX-2005.

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

TORRES MATEOS, Miguel Ángel, *Tutela, Curatela, Guarda de Menores o incapacitados y Defensor Judicial*, Thompson-Aranzadi, Navarra, 2007.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, *La protección económica de la discapacidad*, Bosch, Barcelona, 2009.

LA CREACIÓN DE UN PATRIMONIO SEPARADO: ¿UNA VÍA PARA ESCAPAR DEL RIGUROSO CONTROL JUDICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN POR EL TUTOR DEL PATRIMONIO DEL TUTELADO?

Isabel Palomino Díez

Profesora de Derecho civil

1. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA TUTELAR Y SU “PECULIAR” CON LA AUTORIDAD JUDICIAL COMO ÓRGANO INTEGRANTE DEL MECANISMO TUTELAR

Es curiosa e ilustrativa la relación que, a lo largo de los años, ha mantenido la tutela como institución con la Autoridad judicial y con la familia, representantes, uno y otro, de los dos sistemas tutelares, el de familia y el de autoridad, cuyo mayor grado de perfección y, en consecuencia, su preferencia a la hora de ser instaurados en los ordenamientos positivos, ha sido una de las cuestiones más debatidas por la doctrina, convertido, de alguna forma, en dilema permanente y permanentemente insatisfecho.

En el planteamiento de la cuestión formulada, deben tomarse en consideración varios aspectos, que ponen de manifiesto la esterilidad de un extenso debate sobre este punto. En primer lu-

gar, y siguiendo aquí el parecer de LACRUZ/SANCHO⁹³⁷, la tajante contraposición tutela de familia *versus* tutela de autoridad resulta excesivamente *simplificadora* y hasta *oscurecedora* a la hora de enjuiciar y catalogar un determinado sistema positivo, lo que se relaciona directamente con la falta de pureza, inevitable por otro lado, a la hora de instaurar en los distintos ordenamientos jurídicos uno y otro sistema tutelar⁹³⁸ ya que, cuando la tutela es de familia, en mayor o menor medida, siempre se da entrada a la autoridad administrativa o judicial y, cuando lo es de autoridad, la familia tiene también su parcela más o menos importante de intervención.

Lo anterior aparece vinculado íntimamente a las otras dos consideraciones que creemos oportuno someter a valoración: De un lado, los sistemas de organización de la tutela *no son tan opuestos como puede creerse a primera vista, sino perfectamente conciliables entre sí y que el éxito (...) sería precisamente la armonización de las más opuestas tendencias, que, si es difícil, no es imposible*⁹³⁹. De otro, estimo evidente que no hay sistemas tutelares con ventajas absolutas y soluciones incontrovertibles para toda la problemática que conlleva la guarda y protección de la persona y de los bienes de los menores e incapacitados de forma que la institución tutelar pueda contar con las necesarias garantías y con el suficiente control, pero, al mismo tiempo, con una libertad de movimien-

937 *El nuevo régimen de la familia, III. Tutela e instituciones afines*, Madrid, Civitas, 1984, p. 51.

938 La falta de una pureza absoluta en la práctica convierte a estas categorías de tutela de familia y de autoridad en meros convencionalismos, o en simples pautas orientativas. En este sentido, LACRUZ/SANCHO y otros, *El nuevo régimen de la familia, III. Tutela e instituciones afines*, ob. cit., p. 37.

939 MARSÁ VANCELLS, P., "¿Tutela de familia? ¿Tutela de autoridad?", en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm.3, 1966, pp. 709-711, quien, además, entiende que la solución a este dilema no puede ser única para todos los ordenamientos del mundo.

tos que la convierta en un mecanismo ágil, rápido, sencillo, poco costoso y seguro.

Dicho lo anterior, procede una brevísima referencia, que no puede ser histórica dada la extensión de este trabajo, al paso, dentro de la normativa reguladora de la tutela en el Código civil, del sistema de tutela de familia al de autoridad, sin olvidar, reiteramos, que ni uno ni otro, como ahora veremos, se dieron con la pureza exigida por su mera formulación teórica⁹⁴⁰. Esta “pugna” entre órganos tutelares preferentemente familiares, o con un elevado grado de intervención de la Autoridad judicial, se ha puesto, por tanto, también de manifiesto en la evolución de nuestra regulación de la tutela.

1.1.LA TUTELA DE FAMILIA EN EL RÉGIMEN DEROGADO DEL CÓDIGO CIVIL DE 1889

Comencemos por la tutela de familia de la derogada normativa tutelar del Código civil, que intentó seguir el esquema

940 Estimamos los sistemas de tutela de familia y de tutela de autoridad como las dos orientaciones básicas en torno a las cuales se han ido agrupando las distintas legislaciones contemporáneas, siguiendo en el primer caso el modelo o prototipo del Derecho francés anterior a la reforma de 1964 con su tutor, protutor y Consejo de familia, y en el segundo, al Derecho alemán donde la tutela es desempeñada por un tutor bajo la vigilancia de un Tribunal de Tutelas. Lo que caracteriza al sistema de tutela de familia es que los órganos tutelares son familiares y es a aquélla a quien compete el control fundamental de la gestión tutelar, normalmente a través de un Consejo de familia o Asamblea de parientes, considerándose perturbadora la intervención del Juez en cuestiones que se estiman de carácter familiar; mientras que, en el sistema de tutela de autoridad, la tutela se entiende a cargo del Estado, o, cuando menos, es éste quien lleva a cabo el control y vigilancia supremos de la misma, bien a través de sus órganos administrativos, o bien por medio de la Autoridad judicial, que se convierte en el verdadero eje de la organización, reduciéndose las facultades o poderes de los familiares del sujeto a tutela que se atribuyen en gran medida al Estado.

fundamental del Proyecto de 1851⁹⁴¹ y las directrices del Código francés y otros europeos, lo que se percibe en el marcado carácter familiar de esta regulación del Código acerca de la tutela, en la que un órgano integrado fundamentalmente por parientes del pupilo como es el Consejo de familia se convierte en el eje del organismo tutelar.

Dos son las consideraciones que queremos hacer al respecto del extinto sistema de tutela familiar. Por un lado, la insistencia doctrinal y jurisprudencial en destacar el papel del Juez, que contaba aún, pese a una notable concentración de competencias en el Consejo de Familia, con algunas facultades y poderes de relevancia, aunque definidos de forma poco precisa en el ordenamiento⁹⁴²; y en convertir a la Autoridad judicial en un órgano más integrante del, ya por sí amplio, or-

941 Así se ordena expresamente en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, Base 1.^a y Base 7.^a.

942 La misma existencia del Consejo de familia necesitaba de la Autoridad judicial encarnada en el Juez Municipal (artículos (derogados) 293, 294, 296 y 300 C.c.). Por otra parte, los acuerdos del Consejo podían, con carácter general y con una sola excepción relativa a las resoluciones favorables al tutor adoptadas por unanimidad (artículo (derogado) 242 C.c.), recurrirse en alzada ante el Juez de Primera Instancia (artículo (derogado) 310 C.c.). Además, en virtud del derogado artículo 292 C.c., los Jueces, en función de los resultados derivados de su examen anual del Registro de las Tutelas, estaban facultados para adoptar las medidas que estimasen necesarias para proteger los intereses de las personas sometidas a tutela. Era relevante también el papel del Juez Municipal en la fase de constitución de la tutela ya que, por un lado, proveían al cuidado de las personas que habían de ser sometidas a guarda y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la Ley no hubiese otras personas encargadas de esta obligación (artículo (derogado) 203 C.c.) y, por otro, cuando el Juez tenía conocimiento de que existía en el territorio de su jurisdicción alguna persona que debía ser sometida a tutela estaba obligado a ordenar, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, la constitución del Consejo de familia (artículos (derogados) 293, 294, 296 y 300 C.c.).

ganismo tutelar⁹⁴³, aunque legalmente no aparecía configurado como tal⁹⁴⁴.

Lo expuesto en el párrafo anterior evidencia el afán por incorporar un elemento más propio de una tutela de autoridad a un sistema pretendidamente de tutela familiar que, en todo caso, fue ampliamente criticado casi desde su instauración, centrándose la mayor parte de las críticas en el inoperante Consejo de Familia. Esta figura responde al sistema de tutela de familia que buscó implantar el Código civil de 1889, siguiendo la pauta mar-

943 En este sentido, vid. la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1898. Por su parte, el Tribunal Supremo, en su labor de exégesis de la normativa tutelar, se ocupó de matizar los inconvenientes derivados del posible exceso de autoridad familiar; así, las SS TS de 7 de diciembre de 1901 (JC, 1901(2), núm. 137), de 4 de enero de 1902 (JC, 1902 (1), núm. 3), y de 17 de junio de 1943 (RJ 1943, 729) sientan la doctrina de la Autoridad judicial como órgano integrante del mecanismo tutelar; esta doctrina fue reiterada después en la STS de 28 de abril de 1965 (RJ 1965, 2373). Vid., asimismo, la famosa STS de 5 de marzo de 1947 (RJ 1947, 343), y la STS de 2 de julio de 1953 (RJ 1953, 2009). Así lo consideró también la RDGRN de 3 de mayo de 1946 (JC, 2.^a serie, tomo XIV, núm. 56). Dentro de la doctrina, entre otros, destaca CODERCH MANAU, S., *El Consejo de Familia en España*, Barcelona, 1893, pp. 79-84, concluyendo que *las disposiciones del Código demuestran que, por buenos que sean los deseos del legislador de dejar a la resolución de los Consejos los asuntos familiares, no podrá nunca prescindirse de la Autoridad judicial para la resolución de los conflictos...*; ESCOBAR DE LA RIVA, E., *La Tutela*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1943, pp. 17-21; GONZÁLEZ-ALEGRE, M: *Teoría de la tutela y formularios de su práctica*, Teruel, Editorial "Lucha", 1956, pp. 175-177. Frente a ellos, no entienden la Autoridad judicial como órgano de la tutela: SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, tomo quinto, volumen 2º, Madrid, 1912, 2ª edición reformada, corregida y aumentada, p. 1241; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., *La Tutela*, Barcelona, Bosch, 1954, pp. 177, 181 y 250; y O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "La llamada tutela de la Autoridad y la función del Juez", en *Curso de Perfeccionamiento sobre Incapacitación y Tutela*, Centro de Estudios Judiciales, Departamento de Publicaciones, 1985, pp. 97-98, quien lo considera exagerado

944 El derogado artículo 201 delimitaba los órganos que integraban el mecanismo tutelar cuando disponía que *la tutela se ejercerá por un solo tutor bajo la vigilancia del tutor y del Consejo de familia*, sin mencionar, como puede verse, a la Autoridad judicial.

cada por el Proyecto de 1851, que lo había tomado, a su vez, del Derecho francés⁹⁴⁵. Este órgano, cuya introducción estuvo acompañada de una fuerte polémica doctrinal, se convirtió en el eje de la primitiva normativa del Código acerca de la tutela.

Precisamente, en este punto se centra la segunda consideración a realizar: La derogada regulación de la tutela fue, desde el momento de su entrada en vigor, objeto de toda suerte de críticas y, en la práctica, su funcionamiento, en los escasos supuestos en que éste se ajustaba a derecho, resultaba ineficaz para tutelar adecuadamente los intereses de las personas necesitadas de esta protección. Por ello, la doctrina, si bien con orientaciones distintas, fue prácticamente unánime a la hora de entender necesaria una reforma de las normas de nuestro Código en lo que a las instituciones de guarda se refería. Dejando a un lado otras críticas que se hicieron a la normativa tutelar derogada, nos centraremos en aquellas que ponían en evidencia el fracaso del sistema de tutela familiar con el Consejo de Familia a la cabeza y, en consecuencia, se esforzaban por buscar otro sistema de tutela más eficiente que sustituyese al que se pretendía derogar, lo que acabó convirtiéndose en el nuevo y viejo a la vez debate sobre tutela de familia/tutela de autoridad.

En concreto, podemos resumir la valoración que se hizo del Consejo de Familia en su consideración como un órgano complejo, ineficaz, que raramente se reunía e inspeccionaba la gestión del tutor, o que, si lo hacía, no constituía más que una *garantía ilusoria* por la indiferencia y la falta de conocimientos técnico-jurídicos de sus miembros; órgano tutelar, en definitiva, con muy amplias facultades, pero carente, sin embargo, de la fuerza coer-

945 Vid. ampliamente acerca de este órgano de la tutela en CODERCH MANAU, S., *El Consejo de Familia en España*, Barcelona, 1893.

citiva necesaria para obligar al cumplimiento de sus acuerdos, para lo que se debía acudir a la Autoridad judicial.

Por lo que al debate apuntado se refiere, si bien es cierto que el sistema instaurado por el Código civil de 1889 se calificó de tutela de familia, nuestro cuerpo legal no pareció seguir un punto de vista exclusivamente familiar ya que la pretendida suprema autoridad del Consejo de familia quedaba un tanto mediatizada, como hemos tenido ocasión de comprobar, por las funciones que se atribuían a la Autoridad judicial. Era notable la división de opiniones que mantenía la doctrina sobre cuál era el sistema de tutela más eficaz y adecuado, y que, en definitiva, debía ser adoptado por nuestro Código civil en la deseada reforma de la normativa tutelar.

Una minoría de autores, dentro de la generalidad de la doctrina, parecían estar a favor de una tutela de familia, sin que tampoco pueda decirse, salvo alguna excepción⁹⁴⁶, que tales autores no criticasen lo complejo del sistema vigente y no estimasen necesaria alguna modificación normativa para limar imperfecciones y hacer el mecanismo tutelar más efectivo. Son diversos, en cada caso, los defectos que se pretenden corregir, pero siempre sin abandonar, en modo alguno, el principio de tutela familiar pues se consideraba inadmisibles volver al régimen jurídico derogado, a pesar de que el Consejo de familia no hubiera respondido a las esperanzas puestas en él⁹⁴⁷. Para algunos autores, la solución

946 MANRESA y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código civil español*, tomo II, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1890, p. 377, quien tiene palabras de elogio para el Consejo de familia.

947 En este sentido: MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil comentado y concordado extensamente, y totalmente revisado y puesto al día por F. Ortega Lorca*, tomo V, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1943, 5ª edición, pp. 340-361; y BORRELL y SOLER, A. M., *Derecho civil español*, tomo cuarto, Derecho de Familia, Barcelona, Bosch, 1954, p. 254 y pp. 208-209.

pasaba por mantener el sistema vigente de tutela de familia pero dando entrada a la Autoridad judicial como pieza fundamental del organismo tutelar en el sentido que ya venía sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en varias de sus sentencias, lo que suponía un acercamiento a rasgos propios del sistema de tutela de autoridad⁹⁴⁸.

La mayor parte de los autores eran partidarios de un sistema de tutela de autoridad, que será de hecho el que acabe por imponerse en la reforma de 24 de octubre de 1983, pudiendo distinguir dentro de esta corriente planteamientos más radicales⁹⁴⁹ de otros más moderados, que ceden mayores parcelas de intervención a la Autoridad judicial al tiempo que, o bien amplían la autonomía del tutor con el fin de remediar el exceso de la normativa vigente con el Consejo de Familia como órgano supremo de la tutela⁹⁵⁰, o bien mantienen la participación de la familia en el

948 Este era el parecer de VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, Derecho de Familia, Valladolid, 1938, 4ª edición, pp. 544-545. Para este autor no hay incompatibilidad entre el Juez y el Consejo de familia ya que si bien *los Jueces son aptos para las cuestiones jurídicas, no lo son tanto para las cuestiones de mera utilidad o de oportunidad de los actos de tutela*. En parecido sentido, se pronuncia SERRANO Y SERRANO, I., *Prólogo a la obra de LETE DEL RÍO, La responsabilidad de los órganos tutelares*, Valladolid, 1965, p. VII, X y XI, para quien, a pesar de que la normativa de la tutela falle en su aplicación práctica, parece más oportuno el sistema de tutela de familia, *si bien bajo la constante vigilancia de la Autoridad*.

949 En este sentido: MENÉNDEZ-PIDAL Y DE MONTES, F., "La mala fe en las relaciones tutelares", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1929, pp. 183 y 201, aboga por un sistema eficazmente intervencionista (...); CASTÁN TOBEÑAS, J., "Hacia un nuevo Derecho civil", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1933, p. 199; BONET RAMÓN, F., "El nuevo Libro I del Código civil italiano", en *Revista de Derecho Privado*, 1940, pp. 24-25; y BERCOVITZ, R., *La marginación de los locos y el Derecho*, Madrid. Ediciones Taurus, 1976, p. 208, para quien *la tutela ha de ser montada de modo ágil y eficaz. Para ello basta con una única persona y un rígido control judicial*.

950 Este es el parecer de CODERCH, *El Consejo...*, ob. cit., pp. 84-86, quien, sin manifestarse abiertamente a favor del sistema de tutela de autoridad, se decanta por una

mecanismo tutelar como Consejo asesor del Tribunal encargado de la tutela⁹⁵¹.

Por otra parte, y más adelante volveremos sobre esta cuestión, dentro de los partidarios del sistema de tutela de autoridad eran prácticamente mayoría los autores que propugnaban una especialización de los órganos judiciales encargados de la vigilancia y dirección suprema de la tutela como único medio de asegurar un adecuado cumplimiento de su misión.

1.2.LA TUTELA DE AUTORIDAD INSTAURADA POR LA LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TUTELA

Ciertamente, como hemos expuesto, frente al sistema de tutela de familia del Código civil de 1889 se alzaron, no sin razón, multitud de críticas, si bien la doctrina se hallaba dividida sobre cuál era el sistema más eficaz que debería ser adoptado por nuestro Código. En cualquier caso, a pesar de la mentada división de pareceres, la mayor parte de los autores abogaba por un cambio de sistema que llevara a implantar una tutela de autoridad en la necesaria reforma de la normativa tutelar. De hecho, todos los proyectos privados o trabajos prelegislativos oficiales que precedieron a la deseada reforma de 1983 reflejaron una tendencia a adoptar un sistema de tutela de autoridad otorgando importan-

mayor libertad de actuación del tutor cuando éste ha sido nombrado por el padre, madre, ascendiente o extraño que dejó bienes al menor, o cuando se trate de tutor legítimo o dativo que haya prestado fianza suficiente, considerando siempre necesaria la intervención de la Autoridad judicial.

951 Así, CARRETERO, A., *La problemática jurídica de los subnormales en España*, Madrid, Edersa, 1977, p. 105, es partidario de la intervención auxiliar de la familia, que ha de asistir al Juez; y ESCOBAR DE LA RIVA, *La Tutela*, ob. cit., pp. 24-29.

tes facultades al Juez⁹⁵². Consecuencia de ello es la dirección seguida en la reforma de la regulación de la tutela, que ya se puso de manifiesto en las correspondientes Exposiciones de Motivos que precedieron a los dos Proyectos de Ley de reforma del Código civil en materia de tutela, donde se declararon como nuevos principios básicos que la Ley adopta el de pluralidad de guarda legal y el de tutela judicial o de autoridad, y se señaló que las nuevas normas de la tutela no hacían sino traducir este sistema en el que se otorgan amplísimas facultades al Juez⁹⁵³.

Sin embargo, es muy posible que se haya exagerado en exceso el giro dado a la normativa tutelar por la reforma de 1983 en lo que a la intervención judicial se refiere, y ello porque el papel del Juez venía siendo relevante ya en la práctica anterior, lo que se deduce de algunos de los preceptos derogados del Código civil y, sobre todo, porque así había sido destacado de forma constante por la doctrina y la jurisprudencia.

Con la reforma de 1983, el artículo 216 C.c. ha venido a establecer con rotundidad que *las funciones tutelares estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*, lo que constituye la denominada por ROCA TRÍAS⁹⁵⁴ *cláusula de salvaguarda judicial*, también presente en la patria potestad, que atribuye un mayor protagonismo al Juez al estar configurada la tutela como un oficio que comporta un deber y al no existir el control familiar presente, al

952 Vid. el artículo 203 del Anteproyecto elaborado por D. p. Apalatequi y el artículo 286 del Anteproyecto SEREM.

953 Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, I Legislatura, núm. 202-I, de 24 de junio de 1981; y Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, II Legislatura, núm.4-I, de 27 de enero de 1983.

954 "Comentarios a los artículos 216 y 217", en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, M. Amorós Guardiola y R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinadores), Madrid, Tecnos, 1986, p. 234.

menos en teoría, en la anterior regulación. Junto al anterior precepto deben ser citados también los artículos 232 y 233 C.c., que traducen, con la ayuda de otras normas del vigente articulado⁹⁵⁵, el nuevo principio de tutela de autoridad.

No tenemos duda sobre que el sistema establecido por la Ley 13/1983 es, preponderantemente, de tutela de autoridad en su versión judicial, y lo es teniendo en cuenta el interés predominante en la necesidad de proteger a los menores e incapacitados, que ya no se configura como un interés exclusivamente familiar, sino que existe un determinante interés público que justifica la atribución de fundamentales funciones tutelares a órganos públicos (Autoridad judicial, Ministerio Público). Por tanto, la calificación de tutela de autoridad viene dada, mas que por las facultades que se atribuyen, respectivamente, a los órganos públicos y a la familia, por el predominante interés público que impregna el cuidado y protección de menores e incapacitados, lo que es un reflejo y una exigencia de nuestro texto constitucional.

Partiendo de este sistema de tutela de autoridad propio de la normativa tutelar vigente, debemos traer a colación dos aspectos, uno de ellos ya conocido y otro que representa el inevitable ciclo de cambio, crítica y nuevo deseo de cambio, aunque este pueda implicar, en cierta medida, una vuelta a lo que fue objeto de crítica en su momento. Me explico:

En primer lugar, la falta de pureza de los sistemas tutelares en su positivación vuelve a manifestarse, porque nuestro particular sistema de tutela de autoridad no ha supuesto en modo alguno un abandono radical y definitivo del papel de la familia en

955 Vid., entre otros, los artículos 224, 225, 228, 234, 235, 248, 256, 259, 260, 264, 271, 272, 274, 279 C.c..

la tutela de menores e incapacitados⁹⁵⁶; antes al contrario, al tiempo que se señala que el sistema instaurado por la Ley 13/1983 es el de tutela de autoridad, se pone de manifiesto el papel que las normas han reservado a la familia dentro de la organización de la tutela, concretamente en los artículos 223 a 226 C.c.⁹⁵⁷.

Si bien, es cierto que, con la reforma de la Ley 13/1983, se puso un mayor acento en la intervención de la Autoridad judicial y del Ministerio Fiscal, este último, sobre todo, a partir de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, la familia de la persona sujeta a tutela sigue teniendo, pese a todo, una relativa importancia en la organización de la tutela, y digo *relativa* porque está jurídicamente condicionada a la aceptación por el Juez de sus disposiciones

956 GARCÍA-CANTERO, G., "Los principios de la nueva normativa de la tutela", en *Estudios sobre la tutela*, dirigidos por G. García Cantero, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1986 (octubre), pp. 95-97, apunta las posibles razones del mantenimiento de la intervención de la familia en materia tutelar. Para LACRUZ/SANCHO y otros, *El nuevo régimen de la familia, III. Tutela e instituciones afines*, ob. cit., pp. 51-54, en el nuevo sistema de autoridad existe, más o menos soterrado, un ingrediente familiar, que se manifiesta en la delación tutelar con el mantenimiento de la presunción de interés y afecto en el familiar, en la patria potestad prorrogada y en el nuevo artículo 223 C.c.. Ahora bien, estos autores llegan en virtud de este precepto a unas conclusiones que nos parecen un tanto excesivas al entender que, al amparo del artículo citado, *los padres pueden prever para sus hijos una tutela tan de familia, casi, como la derogada*.

957 En este sentido, apunta PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1989, p. 560, que se ha exagerado el sentido autoritario de la reforma de 1983; así, los familiares más próximos tienen especiales deberes y facultades en relación con la constitución de la tutela; para la delación de la tutela se valoran especialmente las designaciones que hayan hecho los padres y los vínculos de familia; cuando la tutela corresponde a los padres "será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad; si corresponde al tío, puede estimarse conveniente que su cónyuge participe en la tutela, etc.. Así también, DE PRADA GUAITA, C.: "Organización de la tutela de hijos incapaces mediante documento público notarial", en *la Academia Sevillana del Notariado*, tomo IX, 1995, pp. 216-217.

hechas en testamento o en documento público notarial en relación con la tutela de sus hijos menores o incapacitados.

Posiblemente, la manifestación más contundente del papel de la familia del tutelado —en la actualidad, también de la intervención del futuro tutelado en la organización de su tutela— en el sistema de tutela judicial instaurado, sin que se contradiga por ello la esencia de éste, sea la contenida en el artículo 223 C.c.. El citado precepto se completa con lo previsto en los artículos subsiguientes (artículos 224-226 C.c.) en lo que se refiere a cómo vinculan al Juez, al constituir la tutela, las disposiciones paternas o maternas sobre la tutela de sus hijos menores o incapacitados, a la posible existencia de disposiciones en testamento o documento público notarial tanto del padre como de la madre del tutelado, y a la ineficacia de las mismas caso que el progenitor, en el momento de adoptarlas, estuviera judicialmente privado de la patria potestad. Asimismo, los artículos 245 y 246 C.c. son manifestación de este principio de autonomía de la voluntad de los padres, pero en el campo de las causas de inhabilidad para ser tutor, también limitada por el arbitrio judicial, pudiendo el Juez nombrar incluso a los excluidos expresamente por el padre o por la madre si así lo estima en beneficio del menor o del incapacitado.

En este punto, la doctrina civilista ha manifestado que *es en estos preceptos donde radica el que pudiéramos denominar sistema facultativo y limitado de tutela de familia*⁹⁵⁸; o bien que *nos hallamos ante una tutela testamentaria judicialmente homologada*⁹⁵⁹; o ante un

958 LACRUZ/SANCHO y otros, *El nuevo régimen de la familia III. Tutela e instituciones afines*, ob. cit., p. 85.

959 GARCÍA CANTERO, G., "El nuevo régimen jurídico de la tutela", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXVI, 1984, p. 414.

negocio jurídico de ordenación de la tutela en la medida que el régimen jurídico de la misma aparece ordenado no sólo por las normas legales, sino también por una serie de disposiciones que son negociales⁹⁶⁰. Como hemos apuntado, estos artículos son manifestación de un principio de “cierta autonomía de la voluntad” de los padres del tutelado, pero no propiamente de éste, lo que llegará más adelante con la introducción en el Código civil de la autotutela.

No cabe duda de la importancia de las disposiciones hechas por los progenitores acerca de la tutela de sus hijos menores o incapacitados, pero debemos tener presente que su eficacia no es absoluta. Aquéllas no vinculan, a la hora de constituir la tutela y nombrar tutor, de la misma forma que lo hacía la designación de tutor testamentario en el régimen derogado de la tutela y que permitía hablar propiamente de delación testamentaria (artículos 206-210 C.c. en la redacción derogada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre), sino que se supedita su efectividad al superior criterio del Juez, quien puede aceptarlas o rechazarlas⁹⁶¹. Visto así, las facultades que el artículo 223 C.c. concede a los padres de las personas que han de ser sujetas a tutela quedan un tanto mediatisadas por la que tiene el Juez de prescindir de las disposiciones

960 Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., “Comentario a los artículos 215 a 285 C.c.”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo IV, Madrid, Edersa, 1985, 2ª edición, p. 263, y en “Designaciones y disposiciones tutelares en testamento o documento público notarial”, en *Centenario del Código civil, II*, dirigidos y coordinados por Fco. Rico Pérez, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, Pinoso, Alicante, 1989, pp.285-286.

961 Ya en la Memoria-Exposición de Motivos del primer Proyecto de Ley de reforma, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, núm. 202-I, de 24 de junio de 1981, se decía al respecto que *el Juez adquiere un papel decisivo (...). La Autoridad judicial no estará, pues, sometida absolutamente a las disposiciones testamentarias....*

paternas o maternas si así lo estima conveniente en beneficio del menor o incapacitado (artículo 224 C.c.)⁹⁶². Pese a ello, entiendo que la incidencia real de estas previsiones de los padres ha de ser muy grande y ello porque el Juez ha de tener una justa causa para prescindir de las mismas debiendo motivar su decisión. En definitiva, la conveniencia del tutelado como criterio rector de la decisión del Juez y la motivación de ésta como criterio formal son los dos criterios que presiden los artículos 224, 225, 245 y 246 C.c., por los que la Autoridad judicial puede prescindir de las disposiciones paternas o maternas.

Analizado ya someramente nuestro sistema de tutela de autoridad y el papel que a la familia se reserva en él, debemos entrar en la segunda de las cuestiones que aún crítica y petición de reforma. Se critica, por un lado, la enorme presencia judicial en el funcionamiento de la tutela, lo que proporciona argumentos para reclamar, desde el ámbito notarial fundamentalmente, un refuerzo del papel de la familia y la creación y participación decisiva de órganos tutelares familiares.

En general, la doctrina valoró positivamente la reforma del Código civil en materia de tutela. Sin embargo, ya entonces y en lo que a este estudio interesa, fueron muchas las críticas al preponderante papel asumido con la reforma por el órgano judicial en tanto que las nuevas funciones tutelares que habían de desempeñar los Jueces iban a encontrarse y, a su vez, a provocar

962 Para CASTÁN VÁZQUEZ, "Comentario a los artículos 223 a 227", en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ob. cit., p. 290, cabe entender, pese a todo, que el legislador considera como regla general el que el Juez acepte las disposiciones de los padres y como una excepción su rechazo. De acuerdo con el fundamento del artículo 223 C.c. y con la vieja tradición de la tutela testamentaria hay que presumir que las previsiones de los padres respecto a la tutela de sus hijos son buenas.

una sobrecarga de trabajo en los Juzgados de Primera Instancia⁹⁶³ si se consideraba la cantidad y variedad de asuntos en los que ya tenían atribuida competencia, lo que habría de incidir negativamente en la efectividad de su misión de vigilancia y salvaguarda de la tutela, que, por su propia naturaleza, exige una dedicación minuciosa. Precisamente, para hacer frente a la posible falta de efectividad del órgano judicial como vigilante de la tutela, se propuso como solución el desarrollar aún mucho más el papel del Ministerio Fiscal en beneficio de la propia institución tutelar, lo que se llevará a cabo por Ley 11/1987, de 21 de noviembre, mientras algunos autores abogaban ya por la encomienda —alternativa, al menos— de algunas funciones de fiscalización y autorización, atribuidas al Juez por la reforma, a un órgano familiar sencillo y ágil⁹⁶⁴.

Más tarde, y particularmente en el momento presente, más de dos décadas después de la reforma, se han empezado a evidenciar con más fuerza los defectos de la misma centrados en gran medida en esa constante participación del Juez, y un sector importante de la doctrina comienza a reclamar modificaciones no sólo puntuales, sino de conjunto, para adaptar esta institución a los continuos e inevitables cambios sociales. De hecho, hay autores que buscan una mayor intervención de la familia en la con-

963 En este sentido, SERRANO ALONSO, E., "Relevancia de la intervención del Juez en la incapacitación, tutela y curatela", en *La Ley*, 1984-2, p. 1122. Esta cuestión también fue objeto de debate durante el proceso de elaboración de la ley, Diario de Sesiones del Senado, II Legislatura, Sesión Plenaria núm.28 celebrada el 21 de septiembre de 1983.

964 En este sentido, LACRUZ/SANCHO y otros, *El nuevo régimen de la familia, III. Tutela e instituciones afines*, ob. cit., p. 54, para lo que ponen como ejemplo a los parientes mayores en Navarra o la junta de parientes en Aragón, que, aunque de difícil trasplante al Código civil, podrían encauzarse a través de permitir, legalmente, la implantación negocial de un régimen de esta inspiración.

figuración de la tutela a través de dar una interpretación amplia, o un valor absoluto, a los artículos 223 y siguientes⁹⁶⁵; se pretende así una “restauración” en nuestro ordenamiento jurídico del derogado sistema de tutela familiar⁹⁶⁶. Se potencia sobre todo, y esto nos interesa resaltarlo por lo que diremos a continuación, sustituir la preceptiva autorización del Juez por la prestada por un órgano de fiscalización de origen familiar.

2. EL EXCESO DE INTERVENCIÓN JUDICIAL PREVIA EN LA ADMINISTRACIÓN POR EL TUTOR DEL PATRIMONIO PUPILAR

Una de las mayores críticas que cabe hacer al imperante sistema de tutela de autoridad es que existe un bloque excesivamente numeroso de actos necesitados de autorización judicial previa, lo que resta libertad de movimientos a la administración del tutor, quedando ésta reducida en su desarrollo, alcance y funcionalidad⁹⁶⁷. Así, esta limitada autonomía patrimonial del tutor ha sido criticada en particular en lo que a su repercusión en el ámbito mercantil se refiere. *Actos tan frecuentes en el tráfico*

965 En este sentido, DE PRADA GUAITA, “Organización de la tutela...”, ob. cit., pp.196-197; LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El Notario y la protección del discapacitado*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1997, pp. 172-173; y HEREDIA PUENTE, M. y FÁBREGA RUIZ, C.F., *Protección legal de incapaces*, Madrid, Colex, 1998, pp. 17-18.

966 LEÑA FERNÁNDEZ, R, en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, R. Martínez Díe (Director), Madrid, Civitas, 2000, pp.170-171, da los parámetros fundamentales de esta posible vuelta al sistema de tutela familiar. A propósito de la regulación catalana de la tutela en el Código de Familia, constata este autor (ob. cit., p. 171) que sigue casi todas las líneas por él propugnadas.

967 Así también, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil comentado y con jurisprudencia*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2001, 2ª edición, p. 345, refiere el escaso ámbito que tiene la función del tutor, al menos con autonomía, ya que cualquier acto que sea un tanto trascendente requiere autorización judicial.

comercial como tomar dinero a préstamo, enajenar valores mobiliarios —operación que puede ser beneficiosa cuando la decida el tutor y resultar inoportuna o, incluso, dañosa, cuando se otorgue la autorización, sobre todo si los títulos se cotizan en Bolsa—, celebrar contratos o actos inscribibles, le vienen prácticamente impedidos al tutor de un empresario incapacitado, pues la necesidad de previa autorización judicial equivale a la pérdida de la oportunidad de llevarlas a cabo, constituyendo un freno incompatible con el dinamismo de la actividad empresarial. Los efectos perturbadores pueden ser tales en algunos supuestos que determinen la extinción de la empresa, como sería en el caso de que la misma tenga por objeto prestar dinero o la compraventa de inmuebles⁹⁶⁸ —no podemos olvidar aquí que la autorización ha de ser para un supuesto concreto, no es posible autorizar genéricamente una especie de actos—.

Precisamente por todo ello, algunas de las más graves críticas doctrinales van dirigidas a la misma eficacia del sistema de tutela de autoridad, cuestionándose la virtualidad de la dirección y salvaguarda de la institución tutelar por parte de la Autoridad judicial. Muy duras, pero no exentas de razón en la justificación de su planteamiento, son las críticas formuladas por LEÑA FERNÁNDEZ⁹⁶⁹, para quien la limitación que conlleva la necesaria petición de autorización judicial obedece a un solo propósito cual es proteger al discapacitado evitando los abusos pa-

968 NICOLÁS MARTÍ, J., “La Ley de reforma del Código Civil en materia de tutela y la legislación mercantil”, en *La Ley*, 1984-3, pp. 811-812.

969 *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, ob. cit., pp. 153-154 y 168. Añade este autor (ob. cit., p. 168) que, en la práctica diaria, esa previa autorización judicial es vista más como un mero trámite burocrático, engorroso y entorpecedor, que como una eficaz garantía para el tutelado. En parecido sentido, se pronuncia DE PRADA GUAITA, “Organización de la tutela...”, ob. cit., pp. 196-197, para quien *hoy en día el desarrollo de la tutela es más lento y costoso que en el sistema anterior (...)*.

trimoniales de que puede ser víctima. Ahora bien, esta finalidad responde a una visión patológica del Derecho sin tener en cuenta que éste no puede construirse desde la patología sino desde la situación de normalidad, remitiendo aquélla al campo de la actuación judicial. Esta limitación del tutor para administrar el patrimonio del incapacitado da idea de la diferencia, en cuanto a agilidad y rapidez en la toma de decisiones, entre la administración del patrimonio de una persona capaz y la correspondiente al patrimonio del incapacitado.

Sin cuestionar en ningún momento el sistema de tutela de autoridad pero teniendo en cuenta la habitual lentitud de los trámites judiciales relativos a la tutela⁹⁷⁰, lo que constituye un grave inconveniente para un adecuado ejercicio de la misma —la tardanza en emitirse por el Juez la preceptiva autorización para la actuación patrimonial que pretende llevar a cabo el tutor puede dar al traste, en muchas ocasiones, con la propia posibilidad de realizarla—, estamos conformes con la necesidad de buscar una mayor simplicidad y flexibilidad en el ejercicio patrimonial de la tutela, siempre que se mantengan las suficientes garantías para el tutelado⁹⁷¹. Hay que tratar de facilitar el ejercicio de la tutela a los tutores y esto debe ser un principio que presida la configuración legal de la misma sin perjuicio del adecuado y más inmediato control judicial, que puede seguir existiendo, porque, a la

970 La lentitud de los trámites judiciales en materia de tutela no debe atribuirse a que resulte poco adecuado el sistema de tutela de autoridad, sino que, la mayor parte de las veces, es consecuencia de la notable falta de medios materiales y personales.

971 En aras de esta mayor simplicidad, SANTOS URBANEJA, F., "Incidencia del nuevo Código Penal y de la Ley de Protección del Menor en el contexto del incapaz", en *La persona con retraso mental*, Sevilla, Fundación Tutelar TAU, 1997, p. 494; y HEREDIA PUENTE/FÁBREGA RUIZ, *Protección legal de incapaces*, ob. cit., pp. 41-42, y en "Algunas ideas sobre el modelo institucional de protección de incapaces en el Derecho civil español", en *Poder Judicial*, núm. 48, 1997, pp. 509-510.

postre, todo ello ha de redundar en una mejor protección de los tutelados⁹⁷².

Una propuesta fundamental en este sentido es la de reducir los actos necesitados de autorización judicial previa a aquellos más relevantes, sustituyéndola en los de menor trascendencia económica por una mera “comunicación” al Juez⁹⁷³, así como permitir la posibilidad de control mediante la convalidación o aprobación posterior del acto realizado en situaciones de urgencia —a semejanza del internamiento urgente del artículo 763 LEC—, o cuando la naturaleza del acto lo haga conveniente —este sería ya el caso de la partición de la herencia y el de la división de la cosa común realizadas por el tutor, que sólo requieren, una vez practicadas, aprobación judicial (art. 272 C.c.)—.

En definitiva, lo que se propone es reducir el número de actos necesitados de previa autorización judicial cuando la misma no añade un componente de garantía mayor, sino que actúe en detrimento de la efectividad de la actuación tutelar y, asimismo, cuando aquélla es sustituible por otros instrumentos igualmente válidos de control (la referida comunicación al Juez, las rendiciones de cuentas). Asimismo, se propone dejar la iniciativa y posterior ejecución de los actos que no tengan una excesiva trascen-

972 Cfr. SANTOS URBANEJA, “Incidencia...”, ob. cit., p. 164.

973 Para SANTOS URBANEJA, “Incidencia...”, ob. cit., pp. 159-160, esta comunicación da al Juez la posibilidad de intervenir si estima que la operación no es conveniente y constituye una información relevante de cara a la posterior rendición de cuentas; en el mismo sentido, LEÑA FERNÁNDEZ, *El Notario...*, ob. cit., p. 189. En cualquier caso, queremos destacar la importancia que tiene la rendición de cuentas del art. 269.4º C.c. ya que, aun cuando no se considere necesaria la autorización judicial previa, el tutor no queda eximido de la posterior rendición de cuentas, que tiene, además, un carácter anual, y aquella rendición puede convertirse en un instrumento de control de la actividad tutelar perfectamente válido cuando se trata de actos de escasa trascendencia económica, incluso si vienen referidos a inmuebles.

dencia económica o personal en manos del tutor o tutores, solos o con la intervención de un sencillo órgano familiar, lo que ha de tener como necesaria contrapartida un efectivo y real control de la tutela por la autoridad.

3. LOS PATRIMONIOS SEPARADOS COMO POSIBLE SOLUCIÓN LEGALMENTE PREVISTA

No vamos a entrar a valorar aquí, tanto por la extensión del trabajo como por la propia complejidad del asunto, las posibilidades que puede ofrecer la autotutela al futuro incapacitado judicialmente (artículo 223, segundo párrafo, C.c.) o el testamento o el documento público notarial a los padres de menores o incapacitados (artículo 223, primer párrafo, C.c.) en la referencia concreta que hace el mentado precepto a las disposiciones sobre su persona y/o bienes —o la persona y/o bienes del tutelado—, y ello porque no queda claro en la norma que estas previsiones puedan hacerse al margen de la propia institución tutelar, ni se hace tampoco una referencia expresa a la administración o al nombramiento de administradores⁹⁷⁴.

Por ello, optamos por acudir a soluciones legales que, por lo que a la primera de ellas se refiere y sin dejar de suscitar una enorme problemática, recoge la posibilidad de designar un administrador y unas reglas de administración y, por lo que hace a la segunda, contiene no sólo una mención expresa y clara de admi-

974 Vid. al respecto GÓMEZ LAPLAZA, "Comentario al artículo 270", en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ob. cit., pp. 534-535; LACRUZ/SANCHO y otros, *El nuevo régimen de la familia III. Tutela e instituciones afines*, ob. cit., p. 119; GIL RODRÍGUEZ, "Comentario al artículo 270", en *Comentario del Código civil*, tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, p. 796; y LETE DEL RÍO, *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, tomo IV, ob. cit., p. 384.

nistrador de un patrimonio separado, sino que se ocupa también de la intervención judicial en dicha administración. En cualquier caso, mantengo que la creación de patrimonios separados por una u otra vía se presenta como una solución perfectamente factible para, no eliminar, pero sí modular la intervención constante de la Autoridad judicial en la administración del patrimonio del tutelado, incluso en el supuesto en que el administrador de este patrimonio sea el propio tutor.

3.1. EL ADMINISTRADOR EX ARTÍCULO 227 C.C.

El artículo de referencia permite a quien disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado que establezca las reglas de administración de los mismos y que designe a la persona o personas que hayan de ejercerla, con la salvedad de que las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor, que vendría a ejercer una tutela residual en lo relativo a los bienes objeto de la liberalidad. Son diversas las dudas que puede suscitar el contenido de este precepto, pero nos interesa, fundamentalmente, abordar una en concreto: ¿Es posible, en virtud de esta norma, la creación de un patrimonio separado de la administración legal del tutor para cuya gestión, entendida ésta en el más amplio sentido —cuestión que también resulta problemática—, no sea preceptiva la intervención judicial previa? Una respuesta afirmativa permitiría flexibilizar los rigores evidentes del régimen legal de la tutela.

Como punto de partida, entendemos que el supuesto de administración no constituye un supuesto de tutela —no es un tutor de bienes—, sino que se trata de la exclusión de la actuación del tutor en relación con determinados bienes, o derechos, atribuidos al tutelado a título gratuito, constituyéndose una especie

de patrimonio separado, por lo menos y en principio, a efectos de administración, cuyas reglas puede determinar el que hace la atribución.

Precisamente, el régimen aplicable al administrador del artículo 227 C.c. es aquel al que se hace referencia en el propio precepto, concretamente, las reglas que para la administración de los bienes dejados a título gratuito al menor o incapacitado haya establecido el disponente de los mismos, razón por la cual no parece que, en principio, sean de aplicación al administrador las preceptivas autorizaciones y aprobaciones judiciales previstas en los artículos 271 y 272 C.c.⁹⁷⁵, que sólo lo serán, por tanto, si así lo hubiese previsto expresamente el disponente. Cosa distinta son las funciones residuales sobre esos bienes que, no atribuidas al administrador, corresponden al tutor, en cuyo caso sí será de aplicación la normativa propia de la tutela.

En cuanto a las facultades que pueden tener cabida en las reglas de administración a las que se refiere el artículo 227 C.c., la doctrina se encuentra dividida. Así, para un sector doctrinal, el término administración empleado en el mentado artículo puede interpretarse como comprensivo de las facultades necesarias para una gestión económica completa, incluidos los actos de disposición⁹⁷⁶. Contrariamente, para otros autores —postura con la que, adelantamos, nos mostramos disconformes—, las compe-

975 GÓMEZ LAPLAZA, “Comentario al artículo 270”, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ob. cit., p. 534, estima que lo cierto es que, en base a la normativa de la tutela, no se impone a ese administrador la adopción de una serie de medidas ni de obligaciones que sí asume el tutor; ahora bien, a su parecer, obligaciones como la de hacer inventario (cuando parezca necesario) o la de rendir cuentas parecen ineludibles a todo administrador de bienes ajenos.

976 En este sentido, vid. por todos GÓMEZ LAPLAZA, “Comentario al artículo 270”, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ob. cit., p. 533.

tencias del administrador del artículo 227 C.c. estarán dirigidas en todo caso a la realización de actos de administración sobre los bienes dejados al menor o incapacitado, correspondiendo la representación del mismo al tutor y, por tanto, el ejercicio del poder de disposición mediatizado por la necesidad, en ciertos casos, de autorización judicial⁹⁷⁷.

Considero, en línea con la primera corriente doctrinal apuntada, que la facultad de disposición del administrador dependerá de lo establecido para el caso concreto por el disponente de forma que, si éste así lo desea, entendemos que el Código civil no impide al que deja bienes al pupilo a título gratuito conceder al administrador que designe facultades dispositivas, ya que el artículo 227 C.c. no establece ninguna limitación en este punto.

Siguiendo esta línea de pensamiento se plantea, como cuestión derivada, la interesante polémica acerca de si el disponente está legitimado, o no, para establecer que el administrador nombrado pueda obrar sin sujetarse a los límites que el tutor tiene, especialmente los derivados de los artículos 271 a 273 C.c.. En este punto, entendemos que la respuesta debe ser afirmativa, es decir, quien deja bienes a título gratuito al pupilo puede conceder *expresamente* al administrador designado facultades dispositivas

977 Así, GÓMEZ-OLIVEROS, J.M.^a, “Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1984-I (mayo-junio y julio-agosto), p. 643; de hecho, para este autor (ob. cit., p. 643) las funciones que excedan de la mera y ordinaria administración no es que no se le confieran al administrador, sino que si se le confiriesen sería impugnabile la concesión por excesiva; DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 236”, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ob. cit., p. 324; y ROGEL VIDE, C., “Comentario a los artículos 223 a 227”, en *Comentario del Código civil*, ob. cit., pp. 707-708; y SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J.M.^a, “La institución tutelar”, en *Instituciones de Derecho Privado*, J.F. Delgado de Miguel (Coord. Gral.), tomo IV, Familia, volumen 2.º, V.M. Garrido de Palma (Coord.), Madrid, Civitas, 2002, p. 467.

y de administración extraordinaria, relevándole, además, de la autorización judicial que imponen los artículos citados⁹⁷⁸.

Pero, qué ocurre si, atribuidas por el disponente facultades dispositivas al administrador, aquél no determina el modo de ejercicio de las mismas —por sí solo, con autorización o aprobación judicial, con asentimiento de determinadas personas—. La aplicación supletoria en este caso de la normativa tutelar, en concreto de los artículos 271 y 272 C.c., tiene más difícil encaje en los términos del artículo 227 C.c., que sólo habla de *funciones no conferidas*, no de formas de ejercicio no expresamente establecidas. La vigencia de un sistema de tutela de autoridad y la búsqueda del mayor beneficio para el menor o el incapacitado, principio rector en la materia a tenor de lo dispuesto en el artículo 216 C.c., que podría verse afectado por una disposición de sus bienes sin ningún tipo de control ni vigilancia, lo que dificultaría también una eventual exigencia de responsabilidad, favorecen la opción por la aplicación al administrador *ex* artículo 227 C.c., cuando el que dispuso de los bienes no haya establecido expresa, o inequívocamente, otra cosa, de la necesidad de recabar las autorizaciones judiciales en los supuestos del artículo 271 y la aprobación judicial en el caso del artículo 272 C.c.⁹⁷⁹.

978 En este sentido, entre otros, LETE DEL RÍO, “Comentario al artículo 227”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo IV, ob. cit., p. 277; MARTÍNEZ SANCHÍZ, J.A., “Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia”, en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 132, 1986 (abril-junio), p. 183; y ALBÁCAR/MARTÍN GRANIZO, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I (2), ob. cit., p. 1.892.

979 En este sentido, LEÑA FERNÁNDEZ, *El Notario...*, ob. cit., p. 203. Este es también el criterio de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de abril de 1993 (RJ 1993, 3002) en el supuesto de un administrador nombrado a tenor de lo establecido, en sede de patria potestad, en el artículo 164.1 C.c.. Mucho más claros son el artículo 169 CFC relativo a la administración especial, que, en su párrafo tercero, establece que *son aplicables a los titulares de la administración especial las normas rela-*

Es por todo lo dicho que el artículo 227 C.c. se puede convertir en una vía para eludir el control judicial en la administración y disposición de los bienes del tutelado si así lo quiere la persona que dispone de los mismos a título gratuito a favor del pupilo, sobre todo si estos bienes vienen a constituir la parte fundamental y más valiosa del patrimonio del menor o incapacitado.

2.2. EL PATRIMONIO SEPARADO EN LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Muy brevemente, uno de los objetos, posiblemente el principal a tenor de su denominación, de la Ley 41/2003 es la regulación de un patrimonio especialmente protegido, el cual queda inmediata y directamente vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad (artículo 5.4), favoreciéndose la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos al mismo, que se somete a un régimen de administración y supervisión específico.

tivas a la tutela en cuanto a aptitud, excusa y remoción de los tutores, así como en aquello que hace referencia a la administración y disposición de los bienes afectados y a la responsabilidad de quienes actúan de administradores patrimoniales, si se carece de otras previstas por el donante o causante; y el artículo 16.2 de la Compilación del Derecho civil de Aragón (redactado por Ley [Aragón] 3/1985, de 21 de mayo, sobre Compilación del Derecho civil de Aragón) que dispone en la materia que nos ocupa lo siguiente: *A los designados por quien dispuso a título lucrativo de bienes a favor del pupilo y no elegidos por el Juez, corresponde la administración de tales bienes, así como la disposición de los mismos conforme a esta Compilación y con iguales limitaciones y formalidades impuestas al tutor.* Vid. sobre el art. 16 de la Compilación aragonesa, MERINO HERNÁNDEZ, J.L., “Comentario al artículo 16 de la Compilación de Aragón”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XXXIII, volumen 1.º, Madrid, Edersa, 1986, pp. 213-221; y GARCÍA CANTERO, G., “Comentario al artículo 16”, en los *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por J.L. Lacruz Berdejo, Madrid, Trivium, 1988, pp. 535-545.

Pese a que los términos empleados en la Ley permiten deducir con mayor claridad posibles soluciones y se resuelven de manera expresa algunas de las cuestiones que son dudosas para el administrador *ex* artículo 227 C.c., lo cierto es que, como contrapartida, el ámbito de aplicación de la norma no permite abarcar todos los supuestos de tutela, razón por la cual todo lo que pueda decirse a continuación ha de entenderse con un alcance mucho más restringido, ya que no se prevé para cualquier menor o incapacitado.

Decimos esto porque, de acuerdo con la Ley 41/2003, los beneficiarios del patrimonio protegido que en ella se regula únicamente pueden ser personas con discapacidad afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al treinta y tres por ciento, o por una minusvalía física o sensorial igual o superior al sesenta y cinco por ciento (artículo 2.2), y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial del artículo 200 C.c. y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas. Obviamente, de los posibles beneficiarios de este patrimonio, interesan tan sólo a nuestro estudio las personas con discapacidad afectadas por los grados de minusvalía apuntados, bien que hayan sido incapacitadas y sujetas a tutela, o bien que, tratándose de menores no incapacitados, estén sometidos también a tutela.

El administrador del patrimonio protegido, que se nombrará de conformidad al procedimiento y a las reglas de designación establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución⁹⁸⁰ y, si ello no fuera posible, el Juez competente

980 En cuanto a la constitución, podrá constituir un patrimonio protegido, entre otros, el tutor cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente (artículo 3.1). Es más, cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar, en esta

proveerá lo que corresponda, a solicitud del Ministerio Fiscal (artículos 3.3 b) y 5.6), tendrá, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes de este patrimonio (artículo 5.7), entendido el término administración, como apunta la Exposición de Motivos de la Ley, en el sentido más amplio, comprensivo también de los actos de disposición —queda solucionada aquí de forma expresa la cuestión que al respecto se planteaba para el administrador del artículo 227 C.c.—.

Este administrador/es, en el supuesto que a nuestro estudio interesa, en el que no sólo el beneficiario del patrimonio no tiene capacidad de obrar suficiente, sino que, además, está sujeto a tutela, no tiene por qué ser el tutor/es —ni los padres, ni el curador— al que legalmente corresponde la administración del resto del patrimonio del tutelado. Esta afirmación lleva a considerar dos hipótesis posibles: 1) El administrador del patrimonio protegido es el propio tutor⁹⁸¹, que estaría gestionando, no como tutor, sino como administrador de un patrimonio protegido, ajustándose a las previsiones de la Ley 41/2003 que, de acuerdo con su artículo 1.2, se aplicarán con carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los Títulos IX y X del Libro I del Código civil y, en concreto, sujetándose al

hipótesis de falta de capacidad, del tutor la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin (artículo 3.2). Por lo que se refiere a las aportaciones al patrimonio protegido, cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento del tutor en el supuesto que nos ocupa, podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido, siempre a título gratuito y sin que se sometan a término (artículo 4.2).

981 El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el tutor que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido (artículo 3.2).

régimen de administración establecido por el constituyente del patrimonio, el cual tiene plenas facultades para establecer las reglas de administración que considere oportunas; 2) El administrador del patrimonio protegido es un tercero distinto del tutor; en este supuesto nos encontraríamos con que todos, o una parte, de los bienes del tutelado se encomiendan a la administración de otra persona independiente del tutor —supuesto equivalente al del artículo 227 C.c.— que actúa como representante legal, no existiendo en el presente caso funciones residuales atribuidas al tutor; al contrario, la administración se entiende en el sentido más amplio y, a tenor de lo establecido en el artículo 5.7 de la Ley 41/2003, estos actos de administración no requerirán el concurso del tutor para su validez y eficacia. Realmente, tanto en un caso como en otro nos encontramos ante una masa patrimonial excluida de la administración legal del tutor propiamente dicho —incluso, en los casos en que el tutor es también administrador del patrimonio protegido—⁹⁸².

Pero, la pregunta clave es: ¿Cuál es el papel que se le reserva al Juez en este *patrimonio especialmente protegido*? Hemos de decir que se mantiene la intervención judicial (artículo 5.2) ya que, cuando el constituyente del patrimonio no sea el propio beneficiario, las reglas de administración establecidas en el documento público de constitución deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado (artículos 271 y 272 C.c.). Sin embargo, esta autorización puede ser excepcionada en algunas hipótesis y esto sí puede entenderse como un reflejo de esa nueva corriente “desjudicializadora” a la que hemos hecho

982 De hecho, la propia Exposición de Motivos de la Ley dice que *los bienes y derechos que forman este patrimonio (...) se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico.*

referencia y, sobre todo, como un loable avance en el camino de la modulación, que no desaparición —que no entiendo oportuna— del control judicial constante en temas patrimoniales, de mayor, pero también de menor entidad. El número tercero del mismo artículo 5 establece, como una medida de flexibilización de este requisito —que no se prevé para el tutor—, que los constituyentes o el administrador puedan instar al Ministerio Fiscal que solicite del Juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos y, para ello, se valoran una serie de factores tales como la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza. Sin duda, de esta posibilidad deberá tomar cuenta el legislador en una futura y deseada reforma del Código civil en orden a reducir el número y la entidad de las actuaciones patrimoniales del tutor necesitadas de autorización judicial previa⁹⁸³.

983 No queremos dejar de apuntar como la Ley 41/2003 ha supuesto también un refuerzo importante de la autonomía de las personas que pueden ser incapacitadas judicialmente en un futuro con la introducción de la autotutela en el artículo 223 C.c.; así como se reconoce una más que destacable autonomía a las personas discapacitadas —no incapacitadas; reitero aquí lo dicho sobre el ámbito de aplicación de la Ley— que pueden, si gozan de la capacidad de obrar suficiente, constituir su propio patrimonio protegido (art. 3.1.a)), recibir de cualquier persona con interés legítimo la solicitud de constituirle un patrimonio de estas características (art. 3.2), o, una vez constituido éste, dar su consentimiento para que se puedan aportar bienes o derechos al patrimonio protegido (art. 4.2). Además, y esto tiene una relevancia notable en tanto se incardina en la temática de nuestro estudio en orden a la reducción de la intervención judicial, si el constituyente del patrimonio es el propio beneficiario del mismo, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, se sujetará a las reglas establecidas en el documento de constitución no siendo necesaria la autorización/aprobación judicial para los actos a que hacen referencia los arts. 271 y 272 C.c. cuando este beneficiario tenga suficiente capacidad de obrar (art. 5.1).

RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LOS PLANES DE PENSIONES Y OTROS SISTEMAS DE PREVISIÓN SOCIAL CONSTITUIDOS A FAVOR DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Cristina Pérez-Piaya Moreno

Profesora de Derecho Financiero y Tributario

I. REDUCCIONES POR APORTACIONES A SISTEMAS DE PREVISIÓN SOCIAL CONSTITUIDOS A FAVOR DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Es de público conocimiento que se suelen utilizar dos vías para proteger a las personas con discapacidad: una es el gasto público, mediante la concesión de una serie de prestaciones económicas, y la segunda es la utilización del sistema tributario, constituida fundamentalmente por los beneficios fiscales. En nuestro sistema tributario se han adoptado ciertas medidas que tratan de mejorar la fiscalidad de las personas discapacitadas y, por consiguiente, de favorecer su integración, pero ha sido en los últimos años cuando dichas medidas se han generalizado en casi todos los impuestos, estableciéndose beneficios fiscales por cada uno de los entes con poder tributario.

El art. 51 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, (LIRPF), recoge el régimen general de reducciones por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social, y el art. 53 del mismo texto legal hace lo propio con el régimen especial de reducciones también por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social pero constituidos a favor de personas con discapacidad.

Esta LIRPF viene a acabar con algunas de las deficiencias que caracterizaban a la antigua normativa, verbigracia la ampliación del ámbito subjetivo del régimen especial, puesto que las reducciones serán de aplicación cuando las personas con discapacidad tengan un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100, psíquica igual o superior al 33 por 100, así como cuando aquellas tengan una incapacidad declarada judicialmente con independencia de su grado. Previo a la entrada en vigor de esta ley —artículo 61 del derogado Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas—, el régimen especial que vamos a comentar sólo era de aplicación cuando los discapacitados tenían un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento⁹⁸⁴, lo que constituía una circunstancia ciertamente criticable⁹⁸⁵.

984 Sin embargo, y adelantándose a la reforma operada, la Dirección General de Tributos (DGT), basándose en el art. 12 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, extendió este régimen a las aportaciones a determinados sistemas de previsión social a favor de personas con una minusvalía psíquica del 33 por ciento. (Consulta vinculante de 1 de julio de 2005).

985 Vid. CALVO VÉRGEZ, J., en "Técnicas de apoyo a los discapacitados necesi-

Lógicamente, para poder beneficiarse de los diferentes beneficios fiscales establecidos en la normativa, incluido el que es objeto de este estudio, es necesario acreditar la condición de discapacitado, así como también un determinado grado de su minusvalía. Se trata este punto de un aspecto fundamental, ya que en caso de no poseer la acreditación quedará privado de los indicados beneficios. El art. 72 del Reglamento del IRPF, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, establece que la acreditación del grado de minusvalía se hará mediante certificado o resolución expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) o el Órgano competente de las Comunidades Autónomas. No será necesario este certificado por entenderse que la persona tiene ya acreditado un grado de minusvalía igual o mayor a un 33 por ciento en dos casos: a) Ser pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. b) Los pensionistas del sistema de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el tratamiento fiscal de las aportaciones a sistemas de previsión social, se requiere, tratándose de una minusvalía física o sensorial, un mayor grado, un 65 por ciento, por lo que en estos casos será necesario certificado del IMSERSO, o, mejor dicho, de los órganos competentes en materia de servicios sociales de las Comunidades Autónomas de residencia o los Servicios Provinciales del IMSERSO en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla⁹⁸⁶.

tados de asistencia externa", del libro *Situaciones de dependencia, regulación actual y nuevas perspectivas*, Ed. Thomson, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007. Pág. 194.

986 Vid. Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, que regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

En relación con la última categoría de personas a favor de las cuales se pueden realizar aportaciones objeto de reducción, *“personas que tengan una incapacidad declarada judicialmente con independencia de su grado”*, cabe decir que el grado de minusvalía que se tendrá en cuenta será igual o superior al 65 por ciento en todo caso⁹⁸⁷, aunque no alcancen dicho grado; de ahí que puedan beneficiarse del régimen fiscal que comentamos.

Ante la expresión utilizada por el texto normativo *“incapacidad declarada judicialmente”* la DGT interpreta que se refiere *“únicamente al ordenamiento civil, es decir, a la contemplada en el artículo 199 del Código Civil, pues sólo en dicha normativa 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”*, (Resoluciones de la DGT, núm. 1997, de 23 de noviembre de 2004, núm. 1629, de 9 de agosto de 2004, núm. 749, de 24 de marzo de 2004).

Aunque existe una doctrina que niega los beneficios fiscales si el contribuyente no posee el dictamen acreditativo de su minusvalía expedido por el órgano competente (o las equiparaciones de la minusvalía previstas en la ley) en la fecha del devengo del impuesto, se empiezan a oír voces⁹⁸⁸ que defienden que la

987 A partir del 1 de enero de 2000, a través de la disposición adicional duodécima de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, se llevó a cabo la equiparación a efectos fiscales a los incapacitados judicialmente con las personas con discapacidad con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100.

988 *Vid.* por ejemplo PÉREZ LARA, J. M., en *Práctico fiscal, Impuestos y discapacidad*, www.westlaw.es.

acreditación posterior no impide otorgarle efectos retroactivos siempre que exista constancia de la concurrencia de la minusvalía en los años anteriores y no hubieran prescrito, así como que la existencia de la minusvalía se puede probar por cualquier otro medio válido en Derecho, lo que, en nuestra opinión, resulta más acorde con el espíritu y finalidad de las medidas establecidas en favor de las personas discapacitadas.

En relación con el primer aspecto, la Ley 18/1991, y su Real Decreto 1841/1991, en su artículo 31, admitían que la condición de minusválido podía acreditarse ante la Administración Tributaria por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho. Bastaba entonces demostrar que las circunstancias de la minusvalía se reunían al concluir el período impositivo sin necesidad de acreditarla por los dictámenes de los órganos competentes (SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 14 de marzo de 2003, 31 de julio de 2003, de 15 de febrero de 2005 y de 11 de marzo de 2005, STSJ de Baleares de 22 de noviembre de 2002, STSJ de Andalucía, Sevilla, de 24 de diciembre de 2002 y STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2004; RTEAC de 5 de diciembre de 2002).

En la normativa del IRPF se produce una variación en la redacción, de forma que parecen limitarse los medios de prueba al certificado emitido por el IMSERSO u órgano competente de las Comunidades Autónomas y a las presunciones entre pensión de incapacidad y grado de minusvalía —véase la Resolución del TEAC de 17 de febrero de 2005—, pero dicha normativa, en nuestra opinión, lo que está manifestando es la necesidad de tener la condición de minusválido para poder acogerse a los beneficios que se recogen. Si bien es cierto que tal circunstancia se podrá acreditar mediante las posibilidades enumeradas en la ley, nada impide, a nuestro juicio, que se pueda acreditar por otros medios de prueba, ya que la única finalidad perseguida por el legislador

es que el contribuyente, a quien van dirigidos los beneficios fiscales, fuera discapacitado en la fecha del devengo del impuesto, y esta circunstancia puede ser probada por cualquier medio admitido en Derecho.

Junto a lo anterior, también nos vemos obligados a sostener que si la prueba o la acreditación de la minusvalía se obtiene en un ejercicio posterior a aquél en que hubieran podido aplicarse los beneficios fiscales, debe tener efectos retroactivos siempre que no hubiera concurrido la prescripción, y siempre que en dicha acreditación quede constancia del momento en que el contribuyente se encontró en una situación de desvalor por la minusvalía. Lo verdaderamente trascendente no es estar en posesión de un dictamen que acredite la correspondiente discapacidad, sino que el contribuyente, a la fecha del devengo del impuesto, padezca una minusvalía que le otorgue el derecho a acogerse a los beneficios establecidos por el legislador, es decir, que en el momento de producirse el devengo del impuesto el contribuyente sea discapacitado. Ante estas circunstancias tendrá derecho a la rectificación de la autoliquidación presentada y a la devolución correspondiente, STSJ de Castilla y León, Burgos, de 15 de febrero de 2005 y de 11 de marzo de 2005. No obstante, sería deseable una unificación de criterios que otorgara la necesaria seguridad jurídica en un problema de tan alta importancia.

Vistas las personas a cuyo favor se han de realizar las aportaciones o contribuciones para beneficiarse de este régimen, resta decir que quienes no alcancen los grados de minusvalía señalados sólo podrán ser beneficiarios de planes de pensiones ordinarios (de la prestación o de la aportación), siendo objeto del mismo tratamiento fiscal que el resto de beneficiarios.

II. APORTACIONES

Las cantidades aportadas darán derecho a reducción de la base imponible por el importe aportado durante el período impositivo cuando de hallen destinadas a planes de pensiones a favor de personas con discapacidad (no sólo las aportaciones hechas por los partícipes, sino también las contribuciones del promotor que le hubiesen sido imputadas), a mutualidades de previsión social, a planes de previsión asegurados, a planes de previsión social empresarial y a seguros de dependencia que cumplan los requisitos del art. 51 y Disposición Adicional décima de la LIRPF. La novedad radica en las aportaciones a mutualidades de previsión social y a los seguros de dependencia, seguros privados que cubren exclusivamente el riesgo de gran dependencia⁹⁸⁹.

Las aportaciones pueden ser realizadas por el propio partícipe afectado por una discapacidad, pudiendo aplicarse una reducción equivalente a la cantidad en que consistió la aportación en la base imponible de su declaración-liquidación. Ésta es una de las diferencias más significativas con respecto a las aportaciones a los patrimonios protegidos de personas con discapacidad, ya que en este caso, si el propio titular del patrimonio realiza las aportaciones, no tendrá derecho a reducción alguna, lo que resulta, como mínimo, criticable⁹⁹⁰.

989 De acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas .

990 Esta diferencia de trato resulta cuando menos sorprendente, a la vez que injustificada. Así lo creen, PÉREZ HUETE, J., en "Régimen fiscal del patrimonio protegido de los discapacitados", Documento de trabajo nº 29/2004, Instituto de Estudios Fiscales. Pág. 6. y PÉREZ-PIAYA MORENO, C., en "Tratamiento fiscal de las aportaciones a patrimonios protegidos", Capítulo de la obra colectiva *Libro Homenaje al Profesor D. César Albiñana García-Quintana*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008. En esta última obra se aducía que "No se entiende que la ley permita la creación del patrimonio protegido por el propio

También darán derecho a reducción este tipo de aportaciones si quien las satisface tiene una relación de parentesco con la persona discapacitada en línea recta o colateral hasta el tercer grado inclusive, es cónyuge de éste o le tuviese a su cargo en régimen de tutela o acogimiento. Las precisiones que cabe hacer aquí son las siguientes: en el primer caso el parentesco tiene que venir dado por consanguinidad, no siendo suficiente la existencia de afinidad; en el segundo caso, se entiende que se es cónyuge mientras no exista divorcio (RDGT 6/02/2002⁹⁹¹). Si bien consideramos lógico el criterio tendente a no excluir de la norma al cónyuge separado pero aún no divorciado de la persona con discapacidad, no podemos prestar nuestra aquiescencia al primero de los criterios enunciados. En efecto, la DGT, en contestación a consulta de fecha 10 de febrero de 2000, y apoyándose en la jurisprudencia mantenida por el Tribunal Supremo, sostiene que *“cuando la ley habla de parentesco, sin mayor especificación, debe entenderse que se refiere exclusivamente al parentesco por consanguinidad y queda excluido el de afinidad. Por tanto, cabe entender que*

beneficiario, siempre y cuando tenga capacidad de obrar, y sin embargo no le otorgue ningún beneficio fiscal por la aportación, inicial o no, de bienes o derechos a dicho patrimonio”. A mayor abundamiento, es conveniente tener en cuenta lo suscrito por ENTRENA PALOMERO, B., *“Debemos cambiar la perspectiva que... se tiene de las personas con discapacidad, como meros beneficiarios de mecanismos de protección que anulan su capacidad de decisión... Pensemos que, en muchas ocasiones el dinero de que disponen es el que han obtenido con su trabajo... o de su pensión no contributiva. De este dinero pueden tener ahorros, u aportarlos a su patrimonio protegido, bien constituido por ellos o por otra persona”*. En *“El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”*, capítulo de la obra colectiva *Los derechos de las personas con discapacidad, Vol. II, Aspectos económicos y patrimoniales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007. Pág. 995.

991 En este sentido, la DGT sostiene: *“En cuanto a la extensión del término «cónyuge» que puede realizar aportaciones, dado que la normativa financiera y fiscal no especifica nada al respecto, habrá de acudir a las normas civiles, según las cuales el matrimonio no se disuelve hasta el divorcio, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 85 del Código Civil, por lo que cabe entender que el cónyuge separado legalmente queda comprendido en la expresión «cónyuge»”*.

*los parientes por afinidad no pueden realizar aportaciones a planes de pensiones en favor de minusválidos en grado superior al 65 por 100, en los términos establecidos por la disposición adicional decimoséptima mencionada*⁹⁹². Se trata del mismo criterio utilizado para el caso de aportaciones a patrimonios protegidos, y si ya criticamos con motivo de aquel estudio esta discriminación⁹⁹³, no podemos por menos que hacer lo mismo en estas líneas. La diferencia de trato que se establece carece, en nuestra opinión, de justificación, a la vez que desincentiva la realización de aportaciones a planes de pensiones a personas afectadas por alguna discapacidad. Convenimos con CALVO VÉRGEZ que *“la regulación de estos planes no debería restringir el círculo de personas que pueden realizar aportaciones”*, por el contrario, cualquier persona que quisiera efectuar estas aportaciones debería no sólo poder hacerlo sino también beneficiarse de las reducciones previstas legalmente⁹⁹⁴. La eliminación de este tipo de límites que siguen poblando la regulación de los sistemas de previsión social ha de constituir una demanda generalizada en tanto en cuanto se quieran materializar los objetivos previstos en la Exposición de Motivos de la LIRPF. En concreto, ésta señala que *“con el objeto de mejorar la cohesión social y de atender los problemas derivados del envejecimiento y la dependencia se incentivan aquellos instrumentos destinados a proporcionar unos ingresos complementarios de las pensiones públicas o a la cobertura de determinados riesgos”*, y es este incentivo a que se refiere la ley el

992 Equivalente a la Disposición Adicional décima de la vigente Ley 35/2006, de 28 de noviembre.

993 Vid. PÉREZ-PIAYA MORENO, C., en “Tratamiento fiscal de las aportaciones a patrimonios protegidos”, *Op. Cit.*

994 CALVO VÉRGEZ, J., en “Técnicas de apoyo a los discapacitados necesitados de asistencia externa”, *Op. Cit.* Pág. 197. Vid. también FERNÁNDEZ LÓPEZ, R. I., en “Planes de pensiones y patrimonio protegido de los discapacitados: análisis comparativo de su régimen tributario”, *Revista Técnica Tributaria*, Ed. AEDAF, nº 65. Pág. 23.

que corre el riesgo de desvanecerse si limitaciones como la comentada siguen subsistiendo.

Las aportaciones realizadas tendrán como destinataria a una persona designada previamente como beneficiaria de manera única e irrevocable para cualquier contingencia. Cabe añadir que las aportaciones realizadas por parientes a favor del minusválido conforme a lo previsto en este artículo, sólo podrán generar, en caso de muerte de este último, prestaciones de viudedad, orfandad o a favor de quienes las hubiesen realizado, en proporción a la aportación de éstos.

Pues bien, las aportaciones realizadas podrán ser objeto de reducción en la base imponible de la declaración-liquidación de quien las efectuó con los siguientes límites máximos:

III. LÍMITES

El art. 53 de la ley 35/2006 ha fijado el límite de las aportaciones realizadas a planes de pensiones a favor de personas con discapacidad con las que existe relación de parentesco o tutoría en 10.000 € anuales, aumentando en 2.000 € el límite previsto con la normativa anterior. El propio partícipe discapacitado podrá realizar sin embargo aportaciones hasta un máximo de 24.250 € anuales. Esta cantidad constituye también el límite para el caso de que sean varias las personas que realicen aportaciones, incluido el partícipe⁹⁹⁵. Por lo tanto el conjunto de reducciones que se apliquen con base en las aportaciones destinadas a una misma

⁹⁹⁵ Cabe tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurría con el derogado TRLIRPE, art. 60, el límite de las aportaciones a este tipo de planes no repara en la edad del partícipe discapacitado. Sí se discrimina en función de la edad en la regulación del límite de reducción por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social ordinarios, art. 52.1 de la Ley 35/2006.

persona con discapacidad nunca podrá exceder de 24.250 €. Sin embargo, hemos de tener claro que esto no es óbice para que las personas que realicen las aportaciones puedan hacer lo mismo con sus propios planes de pensiones y otros sistemas de previsión social.

Cuando opere el límite conjunto por provenir las aportaciones de más de una persona, habrán de ser objeto de reducción, en primer lugar, las aportaciones realizadas por la propia persona con discapacidad, y en segundo lugar, si no se hubiese alcanzado el límite señalado, las aportaciones realizadas por las otras personas mencionadas a su favor de forma proporcional.

En caso de que las cuantías anuales aportadas a favor de la persona con minusvalía superaran los 24.250 €, se incurriría en infracción muy grave en los términos previstos en el art. 35.3, n), del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (TRLRFPF), no cabiendo la posibilidad de que puedan reducirse el exceso quienes hicieron las aportaciones⁹⁹⁶. En este artículo se prevé la imposición de una sanción muy grave a la entidad gestora del plan que acepte aportaciones a éste, a nombre de un mismo partícipe, por encima del límite previsto, *“salvo que dichas aportaciones correspondan a la transferencia de los derechos consolidados por alteración de la adscripción a un plan de pensiones o a las previsiones de un plan de reequilibrio formulado conforme al régimen transitorio aplicable en cada momento”*.

Por su parte, señala el art. 36.4 del TRLRFPF, modificado por la Disposición Final quinta de la Ley 35/2006, que la inobservan-

996 Vid. CALVO VÉRGEZ, J., en “Técnicas de apoyo a los discapacitados necesitados de asistencia externa”, *Op. Cit.* Pág. 198.

cia por el partícipe del límite de aportación previsto, salvo que el exceso sobre tal límite sea retirado antes del día 30 de junio del año siguiente, *“será sancionada con una multa equivalente al 50 por 100 de dicho exceso, sin perjuicio de la inmediata retirada del citado exceso del plan o planes de pensiones correspondientes”*. En un último inciso el precepto añade: *“Dicha sanción será impuesta en todo caso a quien realice la aportación, sea o no partícipe, si bien el partícipe quedará exonerado cuando se hubiera realizado sin su conocimiento”*.

La amenaza de sanción en estos casos, a juicio de quien escribe estas líneas, es desproporcionada. Hubiera bastado con que cada sujeto que efectuó aportaciones redujese proporcionalmente la deducción practicada en su base, no pudiendo aducirse el argumento de las dificultades que implican los problemas de comunicación entre las personas que realizaron las aportaciones, puesto que debido al estrecho margen que ofrece la ley en cuanto a las personas que pueden practicarse reducciones por aportaciones a estos planes, únicamente partícipe y familiares (en sentido amplio), las posibilidades de comunicación, en nuestra opinión, son más abundantes en un ámbito tan reducido.

Incluso, como está previsto en la regulación de las aportaciones a patrimonios protegidos, podría haberse optado porque las cantidades que excedieran el límite previsto pudieran ser reducidas en los cuatro períodos impositivos siguientes, teniendo preferencia las reducciones de los ejercicios más antiguos frente a las más recientes⁹⁹⁷. Esta opción, que haría necesaria una reforma del TRLPFP, se muestra más acorde con el objetivo de la LIRPF de impulsar aquellos instrumentos destinados a facilitar a las personas con discapacidad unos ingresos adicionales a los constituidos por las pensiones públicas o por la cobertura de de-

997 Vid. art. 54.2 de la LIRPF.

terminados riesgos. No en vano, esta última solución sí se ha previsto para el caso de que no se pudiesen practicar las reducciones por insuficiencia de la base imponible, aumentando el período en que se pueden practicar a cinco años⁹⁹⁸.

Esta diferencia de trato a quien realiza aportaciones a un patrimonio especialmente protegido o a un plan de pensiones, y en definitiva, a la persona discapacitada, no encuentra ninguna justificación. Si bien es cierto que este último quedará exonerado de la imposición de una sanción si las aportaciones causantes del exceso de límite se hubieran hecho sin su conocimiento, no podemos por menos que, desde estas líneas, demandar un trato más benévolo a las personas que realicen aportaciones a planes de pensiones constituidos a favor de un discapacitado. De lo contrario se estará consiguiendo desincentivar la creación y mantenimiento de este tipo de productos, conllevando en fin, serias desventajas para las personas con discapacidad.

IV. PRESTACIONES

Las prestaciones son recibidas por el contribuyente discapacitado una vez han tenido lugar las contingencias cubiertas por los planes de pensiones y por los otros sistemas de previsión social. Tales contingencias se hallan reguladas en los artículos 7 y 13⁹⁹⁹ del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, que aprueba el reglamento de planes y fondos de pensiones, refiriéndose respectivamente a los planes de pensiones ordinarios y al régimen especial para personas con discapacidad. De acuerdo con esta normativa son susceptibles de cobertura:

998 *Vid.* art. 53.1.c) de la LIRPF.

999 Ambos preceptos han sido modificados por la Disposición Final primera del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

- La jubilación o situación asimilable de la persona con discapacidad. En el caso de que la discapacidad le hubiera impedido trabajar se entiende producida la contingencia, pudiendo por lo tanto percibir la prestación, a partir de que el contribuyente cumpla los cuarenta y cinco años, siempre que carezca de empleo u ocupación profesional.
- Incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo y gran invalidez. Aclara el art. 13 que también podrá ser objeto de cobertura el agravamiento del grado de discapacidad del partícipe que le incapacite de forma permanente para el empleo u ocupación que viniese ejerciendo, o para todo trabajo, incluida la gran invalidez sobrevenida en los casos en que no sea posible el acceso a prestación conforme a un Régimen de la Seguridad Social.
- Fallecimiento de la persona con discapacidad. Conviene tener presente que estas aportaciones, cuando son realizadas por las personas que se apuntaron en el apartado II, podrán generar, a su vez, y cuando acaezca la contingencia, prestaciones de viudedad, orfandad o a favor de quienes las hubiesen realizado y en proporción a las mencionadas aportaciones¹⁰⁰⁰.

1000 CALVO VÉRGEZ, J., conviene con ALONSO MURILLO, F., que “esta regla viene, de alguna manera, a jerarquizar la relación de parentesco, generando el fallecimiento del discapacitado prestaciones por discapacidad, y si esta no resultara posible, prestaciones por orfandad o, en su defecto, el derecho a prestaciones a favor de los parientes que hayan realizado aportaciones al Plan de Pensiones y en proporción a éstas”. Vid., respectivamente, “Técnicas de apoyo a los discapacitados necesitados de asistencia externa”, *Op. Cit.* Pág. 192 y *Los sistemas privados de pensiones en la imposición estatal sobre la renta (IRPF e Impuesto sobre Sociedades)*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000. Pág. 89.

- Jubilación¹⁰⁰¹ del cónyuge o de uno de los parientes del discapacitado en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, del cual dependa o de quien le tenga a su cargo en régimen de tutela o acogimiento.
- Fallecimiento del cónyuge de la persona con discapacidad, o de uno de sus parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive de los cuales dependa o, en último lugar, de quien le tuviese a su cargo en régimen de tutela o acogimiento.
- Dependencia severa o gran dependencia del partícipe regulada en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, introducida por la letra d) del art. 8.6 del TRLPFP, en su redacción dada por la Disposición Final quinta de la Ley 35/2006.

Las prestaciones recibidas por el contribuyente con discapacidad son calificadas de rendimientos del trabajo personal, siéndoles de aplicación, desde la entrada en vigor de la Ley 35/2006, el siguiente régimen:

Cuando las prestaciones son en forma de renta el art. 7.w) declara exentos los rendimientos del trabajo derivados de ellas hasta un importe máximo anual de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM), mejorando sustancialmente la reducción anterior que ponía el límite en dos veces el IPREM. Es necesario tener en cuenta que este límite se predica del conjunto de los rendimientos derivados tanto de las aportaciones a patrimonios protegidos como de las aportaciones a pla-

1001 Conforme a lo dispuesto en el art. 7 del RD 304/2004.

nes de pensiones y otros sistemas de previsión social, de manera que la persona con discapacidad debe sumar ambas cantidades y tributar sobre lo que exceda del triple del IPREM.

Si con la normativa derogada cuando las prestaciones lo eran en forma de capital, y siempre que hubieran transcurrido más de dos años desde la primera aportación, existía una reducción del 50 o del 40 por ciento¹⁰⁰² de las cantidades percibidas dependiendo del grado de minusvalía, la actual normativa ha eliminado tal reducción, eliminando el atractivo fiscal de este tipo de prestaciones e incentivando la percepción de la prestación en forma de renta¹⁰⁰³. La nueva ley, mostrándose respetuosa con los derechos adquiridos, ha establecido en su Disposición Transitoria Duodécima un régimen transitorio que permite a los beneficiarios de las prestaciones derivadas de contingencias sucedidas con anterioridad al 1 de enero de 2007 aplicar la reducción prevista en el art. 17 del derogado TRLIRPF, vigente a 31 de diciembre de 2006. En la misma disposición se prevé que el beneficiario de las prestaciones derivadas de contingencias acaecidas después del 1 de enero de 2007 podrá, por la parte que corresponde a las aportaciones hechas hasta el 31 de diciembre de 2006, aplicar el régimen financiero y la reducción prevista en el extinto art. 17 del TRLIRPF vigente a 31 de diciembre de 2006. Por lo tanto, a partir del año 2007 resulta obligado diferenciar la parte del capital percibido procedente de aportaciones hechas con anterioridad a 1 de enero de 2007 (capital al que es aplicable al menos la reducción del 40 por ciento, un 50 por ciento los beneficiarios en las condiciones del art. 17 del antiguo TRLIRPF, siempre que hubie-

1002 Art. 17 antiguo TRLIRPF.

1003 Vid. CALVO VÉRGEZ, J., en *Técnicas de apoyo a los discapacitados necesitados de asistencia externa*", del libro *Situaciones de dependencia, regulación actual y nuevas perspectivas*, Op. Cit. Pág. 187.

ran transcurrido más de dos años desde la primera aportación a planes de pensiones, mutualidades de previsión social y planes de previsión asegurados constituidos a favor de personas con minusvalía) y la parte del capital que procede de aportaciones efectuadas a partir de esa fecha, en la que no será de aplicación reducción alguna.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO MURILLO, F.: *Los sistemas privados de pensiones en la imposición estatal sobre la renta (IRPF e Impuesto sobre Sociedades)*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.
- CALVO VÉRGEZ, J.: “Técnicas de apoyo a los discapacitados necesitados de asistencia externa”, Capítulo de la obra colectiva *Situaciones de dependencia, regulación actual y nuevas perspectivas*, Ed. Thomson, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- ENTRENA PALOMERO, B.: “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, capítulo de la obra colectiva *Los derechos de las personas con discapacidad, Vol. II, Aspectos económicos y patrimoniales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, R. I., en “Planes de pensiones y patrimonio protegido de los discapacitados: análisis comparativo de su régimen tributario”, *Revista Técnica Tributaria*, Ed. AEDAF, nº 65.
- PÉREZ HUETE, J.: “Régimen fiscal del patrimonio protegido de los discapacitados”, Documento de trabajo nº 29/2004, Instituto de Estudios Fiscales.
- PÉREZ LARA, J. M.: *Práctico fiscal, Impuestos y discapacidad*, www.westlaw.es.

- PÉREZ-PIAYA MORENO, C.: "Tratamiento fiscal de las aportaciones a patrimonios protegidos", Capítulo de la obra colectiva *Libro Homenaje al Profesor D. César Albiñana García-Quintana*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008.

¿REALIZA EL GUARDADOR DE HECHO UNA FUNCIÓN QUE LE LEGITIMA PARA LA OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN JURÍDICA Y ECONÓMICA DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS?

Joaquín María Rivera Álvarez
Profesor Contratado Doctor de Derecho civil

1. HISTORIA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA Y CUESTIONES QUE PLANTEA

La Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley 8 de junio del 1957, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonio protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad plantea una serie de disposiciones que afectan directamente a la regulación jurídica de la guarda de hecho. Entre ellas, aparece una 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), en donde, en el párrafo 3 se nos dice:

“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 patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones”.

Como se ve, del texto podría deducirse lógicamente que el guardador de hecho está legitimado para obtener información que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones, al igual que en el caso de los tutores o demás representantes legales. Si bien en el texto no se identifica cuales son éstas en contradicción con el párrafo 1 de la disposición —que tratan de la legitimación del Ministerio Fiscal para obtener también dicha información—. El Ministerio Fiscal puede obtener dicha información con el fin de cumplir sus obligaciones en “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”.

El texto de la norma es producto de los cambios introducidos al Proyecto de Ley original en el Congreso de Diputados, Disposición adicional tercera, a partir de diversas enmiendas: a) La enmienda núm. 3 del Grupo Parlamentario Mixto, en donde, sin hacer alusión a los guardadores de hecho, se introducía el numeral 3 para facilitar la información general patrimonial, para la persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar; todo ello, a partir de las dificultades que tenía para obtenerla de diversos organismos públicos —Oficina de Averiguación Patrimonial, por ejemplo—, especialmente, en los casos de inventario de bienes al inicio de la tutela, rendición de cuentas

anuales y final¹⁰⁰⁴. B) la enmienda transaccional tercera del grupo mixto, reflejada en el Informe emitido por la ponencia que varió el texto remitido al Senado ya que aparecía como Disposición adicional única y no como disposición adicional tercera, tal como aparece en la actualidad y, por otra parte, introduce la figura del guardador de hecho como mejora técnica¹⁰⁰⁵.

Las preguntas que, a continuación, se nos ofrecen son las siguientes: ¿Realmente para el legislador el guardador de hecho realiza propiamente funciones o resultó de una incorrección nacida de su inclusión asistemática dentro de un precepto nacido propiamente para la tutela y demás guardas legales?, ¿Si así fuera, estas funciones o seudofunciones justifican que estuviera le-

1004 Se dice exactamente en la Justificación —véase *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, Núm. 5-5 de 13 de Octubre de 2008, p. 2: "El principal motivo de esta modificación es que las personas físicas y jurídicas con responsabilidades en la atención a dependientes se encuentran con muchas dificultades para obtener información patrimonial de ciertos organismos públicos necesaria para desenvolver sus funciones. Por ejemplo, para obtener información de la oficina de Averiguación Patrimonial hay que solicitarlo al juez para que éste la oficie. En estos trámites se pierde tiempo y el tutor tiene la obligación de presentar el inventario de bienes del/de la tutelado/a en el plazo de sesenta días. La información sobre los bienes y las cuentas de los/as tutelados/as es fundamental para sus tutores en tanto que son estos los encargados de la administración de su patrimonio. Esta responsabilidad no se puede ejercer correctamente si no se cuenta con la información completa sobre el mismo. Estas dificultades añadidas llevan a los tutores a que tengan que buscar la información en cada una de las entidades bancarias consultando la existencia de cuentas pertenecientes a los/as tutelados/as, de la misma manera sucede con los bienes inmuebles para los que es necesario recurrir a los departamentos de catastro de las oficinas municipales sin poder acceder a la información de las oficinas centrales del Catastro. La información patrimonial también es importante para elaborar los informes de rendición anual y final de cuentas, ya que en ellas se tienen que reflejar las modificaciones patrimoniales que se pudieron producir en el transcurso del año".

1005 *En Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Comisiones, Año 2008, IX Legislatura, Núm. 147, de 19 de noviembre de 2008, pp. 6-7.*

gitimado para obtener información de los organismos públicos y en qué ocasiones?

2. EL GUARDADOR DE HECHO Y “SUS FUNCIONES”: LA REGULACIÓN JURÍDICA ACTUAL Y LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA NUEVA REGLA

2.1. Debemos partir de la consideración de la guarda de hecho como una situación en la que una persona sea física o jurídica, ampara a personas incapaces naturales o incapacitados; en éste último caso cuando, por cualquier causa, los guardadores legales no pueden o no quieren ejercer sus funciones¹⁰⁰⁶. En ella el guardador o guardadores de hecho, a pesar de no tener atribuidos poderes por el Ordenamiento Jurídico, realiza, de facto, actos de protección, cuidados y atenciones permanentes e integrales con relevancia en la esfera personal y patrimonial a la persona incapaz o incapacitada¹⁰⁰⁷. Lo dicho no es óbice para que, en fun-

1006 En un trabajo anterior, (RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: “Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho”, *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006, número especial) propusimos que se distinguiera la situación de los guardadores de hecho de la descrita en el Art. 308 del Estudio (“...cuando se estuviera ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por una causa de inhabilidad legal, o hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales, o hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él”) ya que determina una serie de situaciones irregulares producidas a partir de la existencia de una tutela legalmente establecida, mientras que en la situación de guarda de hecho, desde el inicio, hay una falta o insuficiencia de representación. De esta forma, la aplicación de las reglas de la tutela se nos ofrece en la segunda situación incondicionada y por lo tanto, no hay la limitación que veremos.

1007 A partir de FÁBREGA RUIZ, C.F.: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Madrid, Fundación Aequitas-Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 2006, pp. 8-9; GÓMEZ COLILLA, E.-RIVERA ÁLVAREZ, J.M.-SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: “Capítulo VI: Instituciones clásicas de protección y guarda de menores”, *Los menores en protección*, Barcelona, Grupo Difusión, 2007, p. 377.

ción de los vínculos existentes entre guardador e incapaz, puedan existir una serie de deberes; ya, el legal de alimentos (Art. 142 y ss del Cc) ya, el de ayuda y socorro mutuo entre esposos (Arts. 67 y 68 del Cc); ya, sean los derivados de la relación parental (Art. 154 del Cc). Sin embargo, la existencia de dichos deberes no confiere derechos o facultades al sujeto no guardador fuera de propios de su relación parental o matrimonial¹⁰⁰⁸.

Este último extremo no siempre se entiende fácilmente por el legislador, especialmente, cuando está en el entorno de los servicios sociales. Así, en el caso del Art. 7.3º del Decreto 176/2000, de 15 de mayo, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales, se nos dice: “El ingreso en establecimientos residenciales de personas que no pueden manifestar libremente su voluntad, ya sea 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 indica a continuación: a) Cónyuge o pareja

1008 Así en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alava (Sección 1ª) de 17 de abril del 2002 (Aranz. Civ. 2002\1499), en un caso en donde se nombra tutores a los padres de la mujer hospitalizada, y no al marido, a pesar de las obligaciones de éste e inclusive de la convivencia mutua hasta el accidente de tráfico. También interesa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 15 de junio de 1992 (Aranz. Civ. 1992\845) en donde la tía es nombrada tutora de la sobrina al ser su guardadora de hecho no obstante el internamiento de la madre. De igual manera en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de marzo de 1992 (Aranz.Civ. 1992\516) en un caso parecido, si bien es el padre el que se opone, sin perjuicio de que en todas las decisiones se obra conforme con el interés del menor objetivamente comprobado. Por último, cuando no hay causa de privación de la patria potestad, no se produce el nombramiento de tutor, aunque sea el guardador de hecho, como ocurre en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª) de 17 de marzo de 2004 (JUR2004\129314): un caso en donde la tía paterna es la que la ejerce y no la madre, ya que no hay propiamente situación de desamparo.

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". De tal norma se deduciría que el director del establecimiento no tiene la guarda de hecho si intervienen dichas personas y aunque la guarda efectiva y personal del sujeto corresponda al personal del establecimiento e, incluso, se desentendieran los parientes y allegados o el anterior guardador de hecho, de la atención de otros aspectos. Y ello, por que les presupone como guardadores de hecho; siendo dicha apreciación incorrecta por cuanto es la labor realizada en el presente y, previsiblemente, en el futuro, la que determina la guarda de hecho; para ello, debemos diferenciar la atribución de derechos y obligaciones de los cónyuges, hijos, hermanos, ascendientes con la realización efectiva de la atención y cuidado¹⁰⁰⁹.

Por lo tanto, en general, nos encontraremos con que el guardador de hecho no tiene poderes y facultades propias atribuidas por el Ordenamiento y, por tanto, no puede entenderse que ejerce función alguna a partir de dicho apoderamiento. De ahí que inicialmente diremos que no puede atribuirse al guardador de hecho el cumplimiento de funciones y debe entenderse que la construcción lógica gramatical de la Disposición adicional única

1009 SANTOS URBANEJA, F.: "Pautas y actuaciones en caso de personas mayores que no puedan valerse por sí mismas", *Portal Mayores*, Informes Portal de Mayores, Núm. 24, 17/10/2004, p. 11.

de la reforma es producto de la incorrección técnico jurídica del legislador.

Lo cual no evita que, dada la labor que realiza el guardador de hecho de atención personal y patrimonial en favor del sujeto incapaz o incapacitado, ésta sea conocida por los órganos encargados de la vigilancia, protección y control de las situaciones de falta de capacidad y tenga validez o relevancia para el Derecho siendo valorada positivamente por él¹⁰¹⁰. De ahí que, DÍAZ ALABART y otros¹⁰¹¹, hayan distinguido dos fases en la situación legal de guarda de hecho: “en primer lugar, la guarda de hecho sin más, verdadera situación de hecho, que, por serlo no puede tener una regulación que indique como ha de desarrollarse, sino que únicamente produce ciertas consecuencias jurídicas, primordialmente a favor del guardado; en segundo lugar, la “guarda de hecho” cuando se comunica a la autoridad judicial a partir de ese momento ya la situación no sólo es de hecho, sino que adquiere otras características que la acercan a las de los cargos tutelares, en los que es esencial el control judicial”.

Una vez conocida la situación por el Juez, por el Ministerio fiscal o por las entidades públicas que tengan atribuida la protección de incapaces (Art. 239 del Cc)¹⁰¹², la labor del sujeto guardador de hecho podrá ser valorada y ser objeto de control y vigilancia. En función de ello el guardador es sometido a una serie de obligaciones, tal como veremos a continuación. Esta es

1010 ROGEL VIDE, C.: *La guarda de hecho*, Madrid, Ed. Tecnos, 1986, p. 95.

1011 *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Madrid, Ibermutuamur, 2004, p. 70.

1012 Ver el Art. 254 del Código de Familia de Cataluña en donde se nos dice: “1. El guardador o guardadora de fet ha de posar en coneixement de l'organisme competent en protecció de menors, si es tracta de menor, o de l'autoritat judicial o del ministeri fiscal, en altre cas, el fet de l'acolliment”.

la razón por la cual podemos concluir que, desde una perspectiva lógica-sistemática, es razonable la atribución/legitimación del guardador de hecho para solicitar la información jurídica y económica que se predica en la Disposición adicional única.

Por otra parte, es cierto que, en determinadas situaciones puede que no tengan conocimiento de dicha situación el Juez, Ministerio Fiscal y entidades públicas referidas. Y a pesar de ello, el guardador de hecho, con objeto de “acreditar” su situación, puede pretender que se le reconozca como tal. En este punto, diferentes autores, predicen que se puede acreditar la situación de guarda de hecho, por un procedimiento de jurisdicción voluntaria, expediente informativo del Ministerio Fiscal o acta notarial de notoriedad¹⁰¹³. Y de esa manera, como se verá, podrá realizar determinadas actuaciones, como veremos a continuación en la constitución del patrimonio protegido (Art. 3.1. de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) y solicitud del reconocimiento de la situación de dependencia (Art. 28.1 de la ley 39/2006, de 14 de diciembre). Ahora bien, también puede pretender dicha acreditación para el reconocimiento de situaciones¹⁰¹⁴ o la realización de determinados actos, como son los de la defensa procesal de la persona incapaz o incapacitada¹⁰¹⁵. Pero, a los efectos del ple-

1013 FÁBREGAS RUIZ, C.F.: Ob.cit., pp. 15-27.

1014 Véase un caso de adopción sin propuesta previa de la Entidad Pública en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª) de 31 de marzo del 2004 (JUR 2004\181881).

1015 Esencialmente ver la relevancia de su posición en el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) de 20 de mayo del 2002 (RTC 2002\202), en un caso de denegación de la legitimación/intervención de los guardadores de hecho en un expediente de adopción de su pupilo. También ver el caso de impugnación del testamento del guardador de hecho de uno de los sucesores (Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaen (Sección 3ª) de 12 de mayo del 2004 (Aranz. Civ. 2004\948) o de promoción de la incapacitación de la persona incapaz, como en el caso de la Sentencia

no reconocimiento de su situación, no hay que olvidar, especialmente en aquellos ordenamientos que imponen la obligación de comunicación de la situación a los jueces y ministerio fiscal, que el incumplimiento de dicho deber puede determinar que no sea reconocida dicha situación a los efectos de pretender, por cuenta del beneficiario, un derecho o un bien¹⁰¹⁶. Lo cual es criticable por cuanto no se impone expresamente en dichas regulaciones el pretendido efecto deslegitimador.

2.2. Algunos autores señalan que, en el momento de que tomen conocimiento los órganos públicos de vigilancia, protección y control de la existencia de la situación, debe aplicarse a él, el régimen general de la tutela, salvo cuando no sea inadecuado o

de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) de 19 de junio del 2007 (Aranz. Civi. 2007\2052).

1016 Así en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 26 de junio del 2000 (Aranz. Civ. 2000\1212) en un caso de acción de repetición por los alimentos legales en donde se declara: "...carece la parte actora en el caso de autos de derecho alguno para repetir los alimentos prestados a su madre contra los restantes hijos de la misma, por cuanto en su calidad de guardadora de hecho, con carácter previo a decidir por sí sólo el ingreso de la anciana en una residencia geriátrica, debió poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal o del Juez para que se hubiera dotado a la presunta incapaz del régimen tutelar previsto en la ley, con plena garantía para los derechos de la misma y con la pertinente organización de la administración de su patrimonio a cuyo cargo han de atribuirse con carácter previo los gastos o, cuando menos, debió reclamar de sus hermanos judicial o extrajudicialmente, pero en forma fehaciente, la aportación alimenticia suplementaria que resultase procedente. La omisión de tales deberes legales ha situado la reclamación en el ámbito de lo inatendible, puesto que la inexplicada gestión de las pensiones de la causante y del patrimonio mobiliario e inmobiliario de la misma por la propia actora, mejorada incluso respecto al resto de los hermanos en la herencia; hacen presumir que compensó la diferencia entre el coste de la residencia geriátrica con el disfrute y disposición de tales bienes, sin perjuicio de que, en cualquier caso, en el momento de la división y liquidación del patrimonio relicto de la madre pueda hacer valer el crédito que pueda ostentar contra la herencia yacente por los alimentos y gastos de última enfermedad que acredite".

contradictorio con el régimen del Arts. 303 y 304 del Cc¹⁰¹⁷. Así claramente se veía en el famoso *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*¹⁰¹⁸ realizado por DÍEZ PICAZO y otros, en donde, en el propuesto Art. 307 se decía: “quien, careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses, quedará por este hecho sometido a las obligaciones y deberes que la ley impone a los tutores”. Y por tanto, dicho guardador se verá sometido, especialmente y respecto al aspecto patrimonial, a las obligaciones más relevantes de la tutela, cuales son las de rendición de cuentas, atribución de la responsabilidad por los actos que causen daño al patrimonio del beneficiario del cuidado —a partir de la diligencia expresada en el Art. 270 del Cc—. Esencialmente, para llevar a cabo una rendición de cuentas propiamente dicha, se ha de partir de los bienes, derechos y obligaciones existentes de la persona beneficiaria, por lo que, naturalmente, se debe imponer el inventario de bienes muebles y descripción de inmuebles¹⁰¹⁹.

FÁBREGA RUIZ¹⁰²⁰ indica que se deduce de la regulación en

1017 Ibidem, p. 98.

1018 Madrid, Fundación General Mediterránea y Dirección General de Servicios Sociales-SEREM, 1977, p. 61.

1019 En la línea de ÁLVAREZ LATA, N.-SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, La Coruña, Fundación Paideia, 1999, pp. 193-194.

1020 Ob. cit., p. 30. Hoy en día dicha naturaleza transitoria aparece en el Art. 142 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona de Aragón que dice: “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”.

el Código civil que la situación de la guarda de hecho es o se desea provisional, ya que las medidas a adoptar por el Juez son dirigidas a vigilar al guardador y a “regularizar la tutela”. Como veremos más tarde el Derecho aragonés plantea la misma naturaleza transitoria. Refuerza esta conclusión lo dispuesto en el Art. 229 del Cc; que impone a “la persona bajo cuya guarda se encuentra el menor o incapacitado” la obligación de constituir la tutela, bajo la “sanción” de responder de los daños y perjuicios causados. Esta afirmación es correcta sin perjuicio de considerar que, primero, no se puede hablar propiamente de regularización genéricamente ya que el Art. 304 del Cc sólo es una excepción material a las pretensiones concretas de anulación de los actos realizados por el guardador o una pretensión declarativo-constitutiva frente a los que niegan la validez del acto. Sólo podría entenderse como tal si, en función de las posibilidades de que el sujeto guardador de hecho sea considerado como persona adecuada para ser tutor —a partir de las prerrogativas del juez del Arts. 234 y 235 del Cc—, se regularice la situación constituyendo la tutela y nombrándole tutor. Segundo, como nos indica la mejor doctrina, la no constitución de la tutela por el guardador no debe suponer, a priori, una falta por la cual el Juez debe preterirle dentro del grupo de sujetos llamados a la tutela y, sólo, lo hará si efectivamente la falta de constitución es causa adecuada de la producción de un daño en la esfera patrimonial del sujeto o un perjuicio en la esfera personal. Así parece entenderse en el caso del Código de Familia catalán o de la Ley de derecho de la persona de Aragón, ya que no se determina claramente una situación por la cual directamente no pueda en el futuro designarse a la persona guardadora como futura tutora o curadora, aun existiendo una norma que exige del guardador de hecho, la comunicación de la situación al órgano competente de la protección de los menores, en el caso de que se

trate de menores, y al juez o al ministerio fiscal, en el caso de presuntos incapaces mayores de edad —véase el Art. 254.1 del CFC y Art. 143 de la LDPA—. La idea mostrada por DÍAZ ALABART y otros de que “el no notificar puede ser una circunstancia que el Juez tome en consideración a la hora de designar la persona que haya de ejercitar la guarda del incapacitado, pues podría considerarse que eso sea un indicio (a sumar a otros posibles) de que no es la persona más adecuada para ocuparse de la guarda legal del incapacitado¹⁰²¹”, debe modularse como veremos. Y ello dado que no siempre, ni siquiera, en la práctica judicial, se considera como resultado final que deba constituirse la tutela.

2.3. SE DEBE EXAMINAR CUIDADOSAMENTE LAS REACCIONES JURÍDICAS PREVISTAS POR EL CÓDIGO CIVIL

— La primera, a partir de la atribución de la función de control y vigilancia genérica de las tutelas y demás guardas legales a los Jueces y Tribunales (Art. 216 del Cc), el Art. 303 del Código Civil, indica que “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228 cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”. Dicha obligación de información debe relacionarse con las obligaciones, anteriormente descritas, de rendición de cuentas e inventario, si bien en el sentido de “darse la información más completa posible en el plazo más breve”¹⁰²².

1021 Ob. cit., p. 75.

1022 DÍAZ ALABART, S. y otros: Ob. cit., p. 75.

— La segunda, a los fines de salvar los problemas que se originarían si se aplicara indiscriminadamente el precepto del Art. 1259 del Cc en la situación, se establece en el Art. 304 del Cc, una norma sin duda excepcional que plantea la eficacia de los actos de relevancia jurídica que realice el guardador de hecho “en interés del menor o presunto incapaz”, cuando hubieran redundado en su utilidad¹⁰²³. De esta forma que, en concreto, el Ordenamiento permite su eficacia respecto de cada uno de los actos de relevancia patrimonial —sin distinguir entre administración ordinaria o extraordinaria— que ejecute el guardador de hecho si se realizaron y redundaron en utilidad del beneficiario del cuidado y protección¹⁰²⁴. Creemos que no es necesario que actúe el guardador en nombre y por cuenta del sujeto beneficiario, ya que, de

1023 DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado (Notas de teoría y dogmática)”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVIII, Fascículo I, enero-marzo 2005, p. 39, AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Incapacitación y Mandato*, Madrid, La Ley, 1ª ed., 2008, p. 152.

1024 Debemos indicar que dicha regulación legal, en relación a la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona, esta mediatizada por el Art. 145 que nos dice: “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”. También de la misma manera el Art. 256 del Código de Familia catalán, que se refiere a la administración ordinaria de los bienes. Recuérdense que, en el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, el Art. 309, proponía la limitación del objeto de los actos válidos a los de naturaleza conservativa.

Si bien, para los fines de este trabajo no tiene gran interés, si lo tiene respecto a la integración del concepto de necesidad aparecido en la norma aragonesa como nuevo requisito, a parte del de utilidad, para controlar la actuación del guardador de hecho, ya que: si es necesario pero inútil, si será considerado eficaz; y si es innecesario pero útil, será eficaz.

no hacerlo así, al obrar en nombre propio el guardador, y siendo los bienes o derechos afectados los del propio sujeto beneficiario, no habría otra esfera patrimonial a la que imputar los efectos que ésta —si nos fijamos en la relación interna de los dos sujetos—; todo ello, sin perjuicio, en la esfera externa, de los dispuesto en el Art. 1717 del Cc. Configurándose la regla como una excepción material a cualquier pretensión de invalidez/anulabilidad que se procurara “ex post” por los representantes legales del ya incapacitado o por éste si recupera su capacidad, sin perjuicio de la posibilidad de que el guardador de hecho esté interesado en pretender judicialmente o notarialmente o administrativamente la validez del acto realizado¹⁰²⁵. Si no se pudiera pasar el “test” del Art. 304 del Cc, el acto del guardador de hecho sería considerado ineficaz en la esfera patrimonial de la persona beneficiaria conforme al Art. 1259 del Cc y, por tanto, no podría imputarse sus efectos a ésta. En el Derecho aragonés, el Art. 145 de la Ley 13/2006, entiende y califica estos actos como anulables.

— La tercera, permite que, en los casos en que el guardador de hecho sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, pueda reponerse de ellos con cargo a los bienes del tutelado, “de no poder obtener por otro medio su resarcimiento” —Art. 306, en relación con el Art. 220 del Cc—.

1025 A partir de DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, Introducción. Teoría del Contrato*, Madrid, Ed. Civitas, 5ª ed., 1996, p. 428. Si bien, para ver las diferentes posiciones, el trabajo reflejado anteriormente RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: “Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho”. Esta limitación de la naturaleza de la regla del Art. 304 del Cc se ve, por ejemplo en algunos casos: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) de 1 de febrero del 2005 (Aranz.Civ. 2005\505), en un caso en donde la representante legal sólo demandó la nulidad de acto a la entidad bancaria en un caso de rescate por su hermana guardadora de hecho de su madre del plan de pensiones.

Es evidente que, en relación con la primera reacción, inicialmente, a los efectos del objeto de estudio, la nueva Disposición adicional única permite al guardador de hecho, a los efectos de procurar al Juez el detalle de la situación de los bienes, derechos y obligaciones del menor o presunto incapaz, solicitar información a los organismos públicos, tanto jurídica como económica dirigida a conocer la situación patrimonial y contable de éste. Norma que viene a asistir al cumplimiento de lo indicado en el Art. 303 del Cc ya que no se trata de dar una información sobre los actos concretos de naturaleza patrimonial que haya realizado el guardador sino de darla, en el entorno o conjunto de los bienes, derechos y obligaciones del sujeto beneficiario. Para lo cual, la máxima obtención de datos ayuda también al Juez a conocer hasta que punto es necesario la adopción de medidas de control previas, inclusive a la apertura inmediata del procedimiento de modificación de la capacidad y constitución de tutela u otra guarda legal, finalmente, si dicha constitución es absolutamente necesaria. Desde el punto de vista de arbitrar correctamente la medida, deberá el guardador de hecho claramente identificar en su solicitud dicha finalidad, incluyendo en la misma la resolución o acto judicial en donde se le reclama dicha información, con objeto de que en el procedimiento administrativo concreto pueda justificar la legitimación activa.

En el mismo sentido predicado en el párrafo anterior, en relación con el Código de Familia de Cataluña, también podrá utilizarse dicha Disposición adicional única, a los fines del cumplimiento de la obligación de rendición de cuentas, una vez extinguida la situación de guarda de hecho, tal como nos indica el Art. 258.2¹⁰²⁶. Y ello en tanto que no se puede entender dicha

1026 “En acabar la guarda de fet, l'autoritat judicial, atesa la durada de la guarda, pot disposar que el guardador o guardadora de fet li reti comptes de la seva gestió”.

rendición de cuentas sin la pesquisa de los bienes, derechos y obligaciones que tiene el sujeto atendido.

2.4. En el ámbito del patrimonio protegido regulado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, el guardador de hecho podrá constituirlo, tal como nos indica el Art. 3.1.c) (“El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado a título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquellos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código civil”). Es cierto que dicha norma es considerada como un exceso verbal que debe interpretarse restrictivamente entendiendo que el guardador de hecho puede promover las medidas de protección adecuadas¹⁰²⁷; es decir, siguiendo dicho razonamiento, sería más razonable creer que el guardador pueda solicitar al propio sujeto beneficiario cuando tuviera capacidad de obrar suficiente o a sus padres, tutores o curadores, cuando no tenga capacidad de obrar suficiente —o en última instancia al juez—, la constitución del patrimonio protegido, si bien no sobre la base de la aportación de bienes y derechos, sino sobre lo que hubieran dejado los padres o tutores a título hereditario o sobre las pensiones constituidas. Sin duda dicha restricción de la norma sería razonable si bien no ha sido seguida inicialmente por el resto de la doctrina y práctica. Sin embargo, como dice SERRANO GARCÍA¹⁰²⁸ no permitiría la constitución del patrimonio protegido y dejaría sin sentido lo preceptuado, teniendo presente la norma

1027 DÍAZ ALABART, S. y otros: Ob. cit., pp. 127-130.

1028 *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, Iustel, 2008, p. 406.

sobre aportaciones; por otro lado, critica la concreción con la que el legislador para pretender dar solución a un problema tan específico, el de pensión de mutualidad de la que resulte beneficiario un discapacitado psíquico que no tiene formalmente constituida la tutela¹⁰²⁹. Por ello debemos concluir que se trata de una norma excepcional tanto respecto a la situación objetiva descrita como del sujeto apoderado para la constitución¹⁰³⁰ que sólo podría planearse “siempre que resulte acreditada la guarda fáctica, la procedencia de los bienes afectos en los términos señalados por la norma y la utilidad del acto constitutivo, todo ello sin perjuicio de la puesta en conocimiento al Ministerio Fiscal de tal situación de hecho”—se entiende por el Notario autorizante—¹⁰³¹.

Si partimos de que es posible la constitución del patrimonio protegido deducimos que también puede, en virtud de dicha atribución, fijar las reglas de su administración y fiscalización,

1029 Según el Texto remitido al Senado, que ha introducido tal posibilidad, a partir de la Enmienda Núm. 41 del Grupo Parlamentario Catalán, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 154-5; cuya justificación esta en que “se da la circunstancia de que hay muchas personas con discapacidad psíquica, mayores de edad, que no están incapacitados judicialmente. Algunas de ellas, pueden ser beneficiarias de pólizas suscritas por sus padres con una Mutualidad, por ejemplo. Se puede plantear la situación de que al fallecer los padres la pensión o la cantidad que la Mutualidad aporte no puedan ser incorporadas al patrimonio protegido ya que no tienen ni padre ni tutor (no están incapacitados). En este caso, la figura del guardador de hecho con capacidad para crear un patrimonio protegido solucionaría esta situación”.

1030 RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: “La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2006, pp. 93-94.

1031 MARTÍNEZ DIE, R.: “La Constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, en GARRIDO MELERO, M.-FUGARD ESTEVILL, J.M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, Tomo II, Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales*, Barcelona, Ed. Bosch, 2005, p. 175.

realizar el inventario de los bienes y designar un administrador, notarialmente. De ahí, de nuevo, pueda producirse la utilidad de la nueva Disposición adicional única, con objeto de procurar, con carácter previo a la constitución, de los bienes, derechos y, especialmente, de las pensiones sobre las que arbitrar la constitución del patrimonio protegido. Si bien, a partir de sólo considerarse bienes y derechos objeto de constitución, los recibidos de los padres y tutores, difícilmente, no podrá propiamente obtenerse dicha información a partir de los datos patrimoniales de la persona beneficiaria hasta el momento de la aceptación de la herencia o de la delación, en el caso de los legados, y de la regulación registral de lo recibido.

2.5. Por último, conviene tener presente que, en la actualidad, algunas reglamentaciones de procedimiento del reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones y servicios derivados de dicha situación, expresamente, legitima al guardador de hecho para que pueda solicitar por el beneficiario el inicio del procedimiento, superando el modelo establecido por la propia Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia en su Art. 28.1 (“El procedimiento se iniciará a instancia de las persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación...”). Norma que ya fue criticada por FÁBREGA RUIZ por, aparentemente, restringir la capacidad de actuación del guardador, en consonancia con el Libro Blanco de la Dependencia¹⁰³². No obstante, la Ley no se planteó las situaciones en las que el sujeto no tiene capacidad natural para gobernarse y tampoco, por

1032 *La guarda de hecho y la nueva ley de asistencia a la dependencia*, documento inédito, 2008, p. 3.

ende, se han constituido instituciones legales de guarda. Por eso se debe aceptar, en general, que el guardador de hecho pudiera estar legitimado para actuar (Art. 303 del Cc). Así lo entiende tácitamente la Resolución de 16 de julio del 2007 del IMSERSO (en adelante RPIMSERSO) al presentarnos un modelo específico para rellenar por el guardador de hecho. También, en Vizcaya, el Art. 6 del Decreto Foral 74/2007, de 24 de abril permite expresamente a los guardadores de hecho su presentación por cuenta del beneficiario. Más complejo es el caso de Castilla La Mancha en donde se nos dice que, en caso de falta de representación, lo podrá instar el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes o hermanos de la persona presunta incapaz; ante la inactividad de estos, señala al guardador de hecho — de forma técnicamente muy incorrecta— o por cualquier persona que tenga parentesco, amistad o vecindad (Art. 10.2 del Decreto 307/2007, de 18 de diciembre). En el caso de la Orden de 15 de mayo de 2007, del Departamento de Servicios Sociales y Familia, de Aragón, en el Art. 6, entre los documentos a incorporar, se señala “la declaración del guardador de hecho, y en el modelo de solicitud, en los anejos, aparece junto con las circunstancias del representante legal, la posibilidad de indicar que se es guardador de hecho. De la misma manera en el caso de la Comunidad de Madrid, en donde ni en la Orden 2386/2008, de 17 de diciembre, de la Conserjería de Familia y Asuntos Sociales.

Pues bien, el guardador de hecho que realiza la solicitud, deberá incluir los datos relativos a la capacidad económica del beneficiario, que son determinantes, como nos dicen los Arts. 14.7 y 33 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, para la participación de los beneficiarios en la financiación de los servicios y prestaciones de la ley. A los fines de presentar la documentación

necesaria, se debe tener presente la Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre determinación de la capacidad económica del beneficiario y sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En ella se nos dice que la capacidad económica se determina conforme a la renta y patrimonio del beneficiario. Y para conocer cual es ésta se estará a las declaraciones fiscales de la última anualidad.

De lo que se deduce que el guardador de hecho, al estar legitimado por la Disposición adicional única, podrá obtener de de la Agencia Estatal de la 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 dicha documentación para incorporar cuando les sea requerido.

Cabe que, en relación con la solicitud de otro tipo de prestaciones sociales, por ejemplo, las derivadas de la invalidez, en su modalidad contributiva y no contributiva —también puede darse con relación a otras prestaciones—, dentro de la Seguridad Social o del sistema de prestaciones sociales de la Red general de Servicios sociales, quepa la misma argumentación que la dada en este momento.

3. INCONVENIENTES A LA PERMANENCIA O PROLONGACIÓN DE LA SITUACIÓN DE GUARDA DE HECHO EN SITUACIONES DONDE EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD Y CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA NO SE ENTIENDE, POR DIFERENTES MOTIVOS, IMPRESCINDIBLE. NECESIDAD DE REFORMA LEGAL

3.1. Diferentes autores, desde distintas ópticas, encuentran que la incapacitación y, por ende, la constitución de la tutela no debe ser siempre el resultado final de la situación de guarda de hecho cuando por tienen escasa relevancia las incumbencias patrimoniales que han de resolverse y están cubiertas las atenciones personales; de ahí que digan que no tiene sentido la institucionalización de la situación¹⁰³³. Con independencia de la crítica de dichas opiniones, lo cierto y verdad es que, en la práctica judicial efectivamente no siempre se da, a partir del conocimiento de la situación, la incapacitación y la constitución de la tutela. De forma que la situación de la guarda de hecho puede pervivir y no tiene por ende finalmente la naturaleza provisional o transitoria que específicamente ya esta contenida en algunas regulaciones forales —véase el Art. 142 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de la persona de Aragón—.

También, convendría preguntarse si, en función de las atribuciones que tiene el Juez —Art. 303 del Cc—, puede darse la posibilidad en todo momento de requerir a este sujeto información sobre la situación de la persona y bienes sin llevar a efecto

1033 DÍAZ ALABART, S. y otros: Ob. cit., pp. 71-72. SANTOS URBANEJA, F.: “Causa y motivo 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, pp. 30-33.

la apertura de un procedimiento de modificación de capacidad y constitución de la tutela. Algunos autores incluso entienden que es posible que puedan establecerse medidas de control, como pueden ser la necesidad de rendir cuentas y dar información temporalmente más allá de las de carácter provisional que se arbitra en el Art. 762.1 de la LEC y Art. 299 bis del Cc que se encuadran dentro del procedimiento de modificación de la capacidad¹⁰³⁴.

Entendemos que, inicialmente, no es posible conjugar el principio de interés del sujeto incapaz o incapacitado, cuando el juez no introduzca, junto con las medidas a adoptar, las medidas necesarias para promover la modificación de la capacidad y la constitución de la tutela o curatela o prorroga o rehabilitación de la patria potestad. Sin embargo, la exigencia de rapidez en la adopción de medidas puede derivar en que estas se ofrezcan independientemente de las obligaciones que impone al Juez el Art. 228 del Cc y al Ministerio Fiscal el Art. 757.2 de la LEC de constitución de tutela o demás guardas legales y promoción de la incapacitación. Y así lo permite claramente el Art. 216 del Cc, cuando lo requiera el interés del beneficiario.

Por ello, criticamos que se pueda utilizar no sólo la Disposición adicional única sino también la nueva redacción que se propone en el Art. 38. 6º de la Ley del Registro Civil, en donde se puede anotar, a petición del interesado del Ministerio Fiscal, con valor simplemente informativo, “la existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz”. Si se parte del mantenimiento de la guarda de hecho cuando no sea precisa la modificación de la capacidad, se puede reforzar la institucionalización de la figura y perpetuación de la situación de la guar-

1034 FÁBREGAS RUIZ, C.F.: Ob. cit., p. 36.

da de hecho en contra de los intereses de la persona incapaz o incapacitada, tal como ya veía AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ¹⁰³⁵.

3.2. Por ello se podría aprovechar la ocasión dada por la reforma para realizar una modificación de nuestra legislación en materia de modificación de la capacidad más profunda. Para ello se debe utilizar lo dispuesto en la Disposición final primera de la Ley 1/2009 que prevé que el Gobierno realice en el plazo de seis meses, “la reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasaran a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar”, para adaptarla a las previsiones del Convenio Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas, el 13 de diciembre del 2006.

Y ello, teniendo en consideración varias cuestiones:

1º) Que la permanencia de situaciones no plenamente institucionalizadas en las que se faculte al guardador de hecho para la obtención de información jurídica y económica sobre la situación patrimonial y contable, no respeta plenamente el derecho de privacidad que impone el Convenio referido, en el Art. 22.2 (“Los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”). Y, si bien, hay una limitación funcional en la facultad que tiene el guardador de hecho, no debemos dejar de resaltar que el conocimiento de informaciones con publicidad restringida y protegida por la Legislación

1035 Ob. cit., p. 157, en la nota 222: “Una vez más incide el legislador en la idea de consagrar al guardador de hecho como órgano estable en la protección de las personas faltas de capacidad sin acometer la reforma de los correspondientes preceptos del Código civil”.

de Protección de Datos, ya general o específica, podría no estar conforme con la capacidad residual del sujeto incapaz o incapacitado, siendo que éste administra el consentimiento a la cesión de datos, como se ve en dicha legislación.

2º) Por cuanto la permanencia de situaciones no plenamente institucionalizadas determina un régimen en donde las obligaciones, tanto de tipo personal, como patrimonial son fragmentarias y el control judicial es difuso y arbitrariamente constituido; siendo, casi siempre, ex post de la actuación de los guardadores de hecho.

De forma que, se debe aprovechar las circunstancias de la reforma legal, para definitivamente:

A) Obligar, de conformidad con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, a todo guardador —sea de hecho o derecho— a procurar, tanto respetar la autonomía y capacidad residual del sujeto beneficiario a la hora de adoptar decisiones relevantes en su vida —por ejemplo, en el ámbito de las prestaciones y servicios de la ley de dependencia, la opción por un servicio residencial o un centro de día o una prestación de asistencia personal— y a formar y educar para el mantenimiento de la autonomía residual o la recuperación de la capacidad —en la línea descrita por el Art. 12 de la Convención—.

También, conviene que, con independencia de la situación de constitución de la tutela o demás guardas legales y promoción de modificaciones de capacidad, se establezcan y desarrollen una serie de derechos de las personas incapaces y, correlativamente una serie de obligaciones de guardadores tendentes a desarrollar lo dispuesto en el Convenio de las Naciones Unidas; como hace el Código civil francés, respecto a la elección del lugar de residencia del sujeto, mantenimiento de éste y de su mobilia-

rio, mantenimiento de cuentas corrientes y depósitos y otros¹⁰³⁶. Nuestra legislación todavía es bastante fragmentaria. Así debemos recurrir en ocasiones a legislaciones fragmentarias para abstraer principios generales de nuestro Ordenamiento, como hace PEREÑA VICENTE¹⁰³⁷: “la posibilidad de tener que abandonar la vivienda no es aconsejable para la estabilidad emocional de la persona protegida. Así lo reconoce implícitamente la propia Ley de Dependencia al consagrar, como ya hemos visto, como uno de los principios inspiradores la permanencia de la persona en el entorno en el que desarrolla su vida” —se entiende el Art. 3 j. de la Ley 39/2006—, quejándose la autora que no se haya llegado al extremo del Derecho francés.

B) Crear instituciones que, diluyendo el peso de las responsabilidades patrimoniales comience a conjugar la atención personal con la creación de obligaciones, legales o convencionales, que supongan además de la asistencia patrimonial limitada a determinadas incumbencias de administración ordinaria —gestión de cuentas corrientes y productos financieros, pago de impuestos, arrendamiento de inmuebles..., etc.—. Siendo, desde la perspectiva nuestra, necesario un modelo de guarda intermedia de atención preferentemente personal que supere la naturaleza excesivamente patrimonializada de nuestras instituciones tutelares, especialmente de la curatela, y que instaure, inclusive, un modelo que no suponga una modificación de la capacidad.

Así claramente en el Código civil francés, a partir de la Ley

1036 Ver, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I: “La Protección de las personas mayores en el Derecho civil francés”, en *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias, Tomo I*, Cizur-Menor, Ed. Aranzadi, 2008, pp. 545-546 referidos a los Arts. 415, 459.2, 427 del Cc francés.

1037 *Dependencia e incapacidad, Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, Fundación Aequitas, 2008, p. 40.

2007-203, 5 de marzo, en donde, se mantiene medidas que no imponen una modificación de la capacidad del sujeto y que sólo atienden a la realización de actos de conservación y gestión de negocios en materia de salud, de naturaleza provisional y urgente como es el caso de la salvaguardia de justicia mediante en nombramiento de un mandatario especial por el juez (Art. 434 del Cc francés) o, en el caso de las medidas de acompañamiento social del Código de Acción Social, a través de diferentes figuras — el contrato de acompañamiento social personalizado o la posibilidad de pago directo de las prestaciones dirigidas a conseguir habitación al sujeto— se asegura el mantenimiento de la vivienda del sujeto. Especialmente destaca la primera ya que persigue el restablecimiento de las condiciones de la gestión autónoma del sujeto beneficiario, de forma que supone una ayuda de los servicios sociales a la gestión de las prestaciones sociales mediante un acompañamiento social individualizado¹⁰³⁸.

Y todo ello, sin perjuicio que, transitoriamente, se pueda atribuir a determinados sujetos que, efectivamente, sean guardadores de hecho el poder para realizar los actos indispensables para conservar el patrimonio del sujeto, como se hace en el Código civil francés, Art. 436, 3º párrafo¹⁰³⁹. Con ello se supera la naturaleza regulativa y procesal del Art. 304 del Cc. De esta manera se podría hablar propiamente de función que realizar por el guardador de hecho. Y en atención a ella, obraría más propiamente lo dispuesto en la nueva Disposición adicional única de la ley.

1038 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I: Ob. cit., p. 577.

1039 “Quienes están legitimados para pedir la constitución de la curatela o de una tutela tendrán la obligación de realizar los actos de conservación indispensables para la permanencia del patrimonio de las personas protegidas desde que tengan conocimiento de la urgencia de la medida de protección. Las mismas disposiciones son aplicables a la persona o establecimiento que aloja a la persona para su guarda”.

PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE GUARDA LEGAL A LOS PADRES DEL HIJO MAYOR DE EDAD INCAPACITADO

Blanca Sánchez-Calero Arribas

Profesora Contratada-Doctora de Derecho civil

1. INTRODUCCIÓN

La incapacitación supone, en lo que respecta a la capacidad de obrar de la persona, una limitación de la misma, pero no idéntica para todos los incapacitados¹⁰⁴⁰. Así, el artículo 760.1 de la LEC, reproduciendo el derogado artículo 210 del Código civil, dice que “la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (...)”.

Junto a la tutela y la curatela, el Código civil recoge, en el artículo 171, la posibilidad de una patria potestad sobre los hijos mayores de edad incapacitados, considerada como una de las novedades más importantes introducidas por la Ley 11/1981, de

1040 DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, Tecnos, 2001, p. 240.

13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio¹⁰⁴¹.

Cuando los llamados a ejercer la institución de guarda de los incapacitados mayores de edad son los padres de éste, pueden hacerlo como tutores, curadores o titulares de la patria potestad rehabilitada, según que concurran o no los requisitos recogidos en el Código civil para la rehabilitación de la patria potestad, es decir, dándose dichos requisitos, los padres serán titulares de la patria potestad sobre el hijo mayor incapacitado, en caso contrario, procederá su nombramiento como tutores o curadores, dependiendo del grado de incapacitación de aquél.

Esta situación provoca una serie de problemas a la hora de aplicar las distintas figuras de guarda legal a los padres del incapacitado mayor de edad que serán expuestos en las páginas que siguen, distinguiendo para ello, por un lado, los supuestos en los que el régimen de guarda más adecuado para el incapacitado es un sistema de representación legal, y, por otro, aquéllos en los que lo más conveniente es el establecimiento de un régimen de asistencia.

1041 Con anterioridad se propuso la inclusión de la patria potestad prorrogada (no se hacía referencia a la rehabilitada) en el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, dirigido por DÍEZ-PICAZO, en el que intervinieron también BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS y CAFARENA, patrocinado por el Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (SEREM) y el Patronato para la ayuda a subnormales de la Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977.

El texto del artículo 171, redactado conforme a la citada Ley de 1981, fue modificado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, la cual suprimió la referencia a que los hijos hubieran sido incapacitados *por deficiencias o anomalías psíquicas o por sordomudez*. Finalmente, la redacción actual se debe a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que incluyó la *curatela* como régimen de posible constitución si, una vez extinguida la patria potestad prorrogada, subsistiere el estado de incapacitación, pues la redacción anterior únicamente hacía referencia a la tutela.

2. LOS PADRES COMO REPRESENTANTES LEGALES DE SUS HIJOS MAYORES INCAPACITADOS

En cuanto representantes legales de los hijos mayores de edad incapacitados, serán o bien tutores, o bien titulares de la patria potestad, lo cual dependerá, como decíamos, de que se den o no los requisitos para que la patria potestad sea rehabilitada. El ostentar uno u otro cargo tiene importantes consecuencias prácticas.

2.1. EL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO CIVIL

La posibilidad de rehabilitar la patria potestad que los padres ostentaron en un momento anterior sobre sus hijos, extinguida por la llegada de éstos a la mayoría de edad, se haya recogida en el artículo 171 del Código civil, incluido en el Capítulo IV (“De la extinción de la patria potestad”) del Título VII (“De las relaciones paterno-filiales”) del Libro I (“De las personas”), a cuyo tenor:

“La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente Título.

La patria potestad prorrogada terminará:

1º Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.

2º Por la adopción del hijo.

3º Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.

4º Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda”.

Como puede observarse, este artículo recoge dos figuras, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. La primera tiene lugar de forma automática cuando el hijo, incapacitado durante la menor edad¹⁰⁴², llega a la mayoría de edad, sin necesidad de que concurra ningún requisito adicional; por el contrario, la segunda, objeto del presente estudio, se produce cuando el hijo mayor de edad es incapacitado, exigiéndose, además, que el mismo sea soltero y viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos¹⁰⁴³.

El Código civil habla de patria potestad prorrogada para referirse a ambas figuras (“la patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas...”), lo cual no es correcto, pues se trata de dos instituciones diferentes, que atienden a situaciones distintas¹⁰⁴⁴.

1042 Dice el artículo 201 del Código civil: “Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”.

1043 Sobre la patria potestad rehabilitada vid. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad”, *Act. Civ.*, núm. 9, primera quincena de mayo de 2005, pp. 1029-1044.

1044 MARTÍN GRANIZO, M., *La incapacitación y figuras afines*, Colex, Madrid, 1987, págs. 166 y 171, y VENTOSO ESCRIBANO, A., “Patria potestad: apunte histórico y su prórroga o rehabilitación”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, p. 495.

Esta novedad introducida en la citada Ley de 1981 tuvo y sigue teniendo una gran aceptación por parte de la doctrina, que le ha dedicado numerosas alabanzas¹⁰⁴⁵. Indiscutiblemente, supone un gran acierto establecer la posibilidad de prorrogar o rehabilitar la patria potestad de los padres cuando se produce la incapacitación del hijo, lo cual evita la constitución del organismo tutelar, a diferencia de lo que ocurría con el régimen anterior.

No obstante, respecto de la patria potestad rehabilitada, hemos de apuntar la existencia de ciertos problemas prácticos, derivados, fundamentalmente, de la exigencia por parte del artículo 171 del Código civil de unos determinados requisitos.

2.2. REQUISITOS PARA LA CONCURRENCIA DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA

Según el párrafo primero del artículo 171 del Código civil, para poderse rehabilitar la patria potestad es preciso que se produzca la declaración de incapacitación del hijo mayor de edad y, además, que éste sea soltero y viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos.

La mayoría de edad del hijo constituye el elemento diferenciador respecto de la prórroga de la patria potestad. De los restantes requisitos, la incapacitación de aquél no plantea proble-

1045 Así, por ejemplo, CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 2º, Madrid, Edersa, 1982, p. 258: "supone una completa novedad y puede ofrecer considerable utilidad"; DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", *AAMN*, T. XXV, p. 418: "norma que merece toda clase de elogios"; URIBE SORRIBES, A., "La representación de los hijos", *AAMN*, T. XXV, p. 259: "importante innovación digna de aplauso"; MONTÉS, V. L., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 1142: "figura de gran interés práctico".

mas directamente relacionados con la rehabilitación de la patria potestad, por ello vamos a centrar nuestra atención en la soltería del hijo y en la convivencia con sus padres.

2.2.1. Soltería del hijo

La doctrina considera lógico este requisito porque el matrimonio del incapacitado termina con la patria potestad¹⁰⁴⁶. No obstante, la justificación del mismo no es tan sencilla, porque, como afirma VENTOSO ESCRIBANO, “el hecho de que el matrimonio acabe con la patria potestad no sería especial obstáculo, pues no olvidemos que estamos tratando de su rehabilitación, y por hipótesis se tiene que dar siempre una causa de extinción de la patria potestad: la mayoría de edad”¹⁰⁴⁷.

El requisito de la soltería —dice LÓPEZ PÉREZ— “presupone que el presunto incapaz no haya contraído matrimonio, ni canónico ni civil, con independencia del desenvolvimiento que haya podido tener el matrimonio: con fallecimiento del otro cónyuge o declaración de fallecimiento; o con otras circunstancias de incapacidad o ausencia, etc. Siendo indiferente también el divorcio o la separación de los cónyuges. Sin embargo parece que al menos desde un punto de vista estrictamente legal, en presencia de matrimonio nulo, se daría el requisito de la soltería, sin perjuicio de otros efectos que se puedan producir, (art. 79 y 98). Incluso con la existencia de hijos, y siempre que se haya actuado de buena fe”¹⁰⁴⁸.

1046 DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, ob. cit., p. 418, y MONTÉS, V. L., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 1144.

1047 VENTOSO ESCRIBANO, A., ob. cit., p. 510.

1048 LÓPEZ PÉREZ, J., *Prórroga y rehabilitación de la patria potestad*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 70.

Ciertamente, el artículo 171 es de aplicación en los casos de matrimonio anulado, ya que la situación es semejante a la de soltería, pero no comparto la interpretación tan estricta que realiza el autor, en base al tenor literal del precepto. Cabe preguntarse entonces qué ocurre en el caso de matrimonios disueltos por divorcio o por muerte o declaración de fallecimiento del cónyuge pues, aun no existiendo vínculo matrimonial, no puede decirse que estemos ante una persona soltera.

El requisito de la soltería responde a la preferencia que el cónyuge tendría para hacerse cargo de la guarda legal del incapacitado, como tutor, si conviviere con él (art. 234.2º C.c.)¹⁰⁴⁹, de modo que, de no haber introducido este requisito de la soltería, los padres, a través de la rehabilitación de la patria potestad, desplazarían al cónyuge del ejercicio de la tutela¹⁰⁵⁰.

Partiendo de esta idea, VENTOSO ESCRIBANO considera que probablemente la solución más idónea para los casos de disolución del matrimonio por divorcio o fallecimiento del cónyuge hubiera sido rehabilitar también la patria potestad, ya que si se considera beneficiosa la figura no hay razón para, en tales casos, no dar origen a la misma, y tener que acudir a la institución tutelar, donde también serán llamados los padres, equiparando, de este modo, a la persona divorciada o viuda con la soltera. Sin embargo, entiende que ni remotamente el cónyuge separado puede equipararse con el soltero¹⁰⁵¹.

1049 SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000, p. 116.

1050 VENTOSO ESCRIBANO, A., ob. cit., pp. 508 y 509.

1051 VENTOSO ESCRIBANO, A., ob. cit., p. 509. En el mismo sentido, CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 576.

En mi opinión, el razonamiento de este autor es correcto, salvo en lo referente al cónyuge separado.

Según el artículo 234 del Código civil, “para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. 2º Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3º A los padres (...)”, preferencia del cónyuge del tutelado establecida —dice LETE DEL RÍO— en justa correspondencia con los deberes de ayuda y socorro recíproco a que se encuentran obligados mutuamente marido y mujer (arts. 67 y 68 C.c.), añadiendo que la convivencia requerida es la conyugal, por lo que habrá que identificarla con la comunidad de vida en la que se realizan los deberes y finalidades del matrimonio, es decir, se está excluyendo al cónyuge separado legalmente o de hecho, así como también el supuesto contemplado en el artículo 87, párrafo 1º, del Código civil, de reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio por causa de necesidad, intento de reconciliación o interés de los hijos¹⁰⁵².

En consecuencia, si el incapacitado y su cónyuge se hallan separados legalmente o de hecho, este último no podrá ser nombrado tutor de aquél, por lo que el nombramiento recaerá en los padres. Y si no se considera lógico tener que acudir a la institución tutelar en los casos de disolución del matrimonio en los que serían llamados los padres, el mismo razonamiento cabe aplicar en el caso del cónyuge separado. Por ello, considero más acertada la opinión de SANCHO GARGALLO, en cuya virtud “este requisito de la soltería cabría mitigarlo, y admitir también la rehabilitación siempre y cuando, sobre la base de la previa convi-

1052 LETE DEL RÍO, J. M., “Nombramiento de tutor”, *Act. Civ.*, nº 16, 19 al 25 de abril de 1999, pp. 406 y 407.

vencia, no existiere cónyuge a quien correspondiere legalmente la tutela (art. 234. 1º CC)¹⁰⁵³.

Esta es la solución adoptada por el artículo 161 del Código de Familia de Cataluña: “*Rehabilitación*.— La declaración judicial de incapacidad de los hijos mayores de edad o emancipados, ellos mismos no han designado un tutor o una tutora, de acuerdo con lo establecido en el artículo 172¹⁰⁵⁴, o bien si no es procedente la constitución de la tutela a favor del cónyuge o de la persona de sexo distinto con quien convive en relación estable de pareja, o de los descendientes y viven aún el padre o la madre que eran los titulares de la patria potestad, supone la rehabilitación de esta potestad, que debe ejercerse, de acuerdo con las excepciones que pueda establecer la resolución judicial, como si se tratara de un menor”.

La referencia de este artículo a la pareja de hecho y a los descendientes del incapacitado se debe a que el artículo 179.1 del Código de Familia de Cataluña, relativo al orden de la delación de la tutela dativa, equipara a aquélla con el cónyuge, y concede

1053 SANCHO GARGALLO, I., ob. cit., p. 116.

1054 Art. 172. *Declaraciones hechas por uno mismo*. 1. Cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva.

2. Los nombramientos y las exclusiones pueden ser impugnados por las personas llamadas por la Ley para ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión.

preferencia a éstos sobre los ascendientes, siempre que sean mayores de edad¹⁰⁵⁵.

2.2.2. Convivencia del hijo con sus padres o con cualquiera de ellos

Coincide la doctrina en interpretar el requisito de la convivencia con cierta flexibilidad y amplitud. DE PRADA entiende que dicho requisito es más discutible que el de la soltería, “pues pueden darse supuestos en que el hijo, en beneficio suyo, se encuentre en Colegios o Instituciones, lo que no justifica el privar al padre de su patria potestad. Creemos que habrá que interpretar el precepto en el sentido más que de una convivencia bajo el mismo techo de seguir el incapaz bajo la guarda y custodia del padre, aunque realmente esté internado en algún establecimiento”¹⁰⁵⁶.

1055 Art. 179. *Orden de la delación*. 1. Para el ejercicio de la tutela o, en su caso, para la administración patrimonial, debe preferirse: a) En la tutela del incapacitado, a su cónyuge o la persona con quien el incapacitado convive en relación estable de pareja. b) A los descendientes del incapacitado, si son mayores de edad o, de otro modo los ascendientes, y, en este caso, si son el padre y la madre, supone la prórroga o rehabilitación de la potestad de los dos o de cualquiera de ellos (...).

1056 DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, ob. cit., pp. 418 y 419. En el mismo sentido, MONTÉS, V. L., ob. cit., p. 1144; VENTOSO ESCRIBANO, A., ob. cit., p. 511; LÓPEZ PÉREZ, J., ob. cit., pp. 70 y 71; SANCHO GARGALLO, I., ob. cit., p. 116; LETE DEL RÍO, J. M., “El proceso de incapacitación”, *Act. Civ.*, núm. 43, 19 al 25 de noviembre de 2001, nota a pie 83, p. 1501; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil*, Madrid, La Ley, 2001, p. 260, y *Compendio de Derecho Civil*, T. IV, Madrid, Edersa, 2001, 5ª ed., p. 292.

VENTOSO ESCRIBANO pone también el ejemplo de un hijo mayor de edad que viva independientemente de sus padres, a veces contra su voluntad (v. gr.: funcionario destinado fuera de su habitual localidad), que por accidente pierde sus facultades y es incapacitado; en opinión del autor no hay razón de fondo para no dar lugar a la rehabilitación de la patria potestad si, como es muy posible, se reintegra a la casa familiar (ob. cit., p. 511). En el mismo sentido, CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, *Comentario del Código Civil*, cit., p. 576.

La SAP de Toledo de 28 de noviembre de 2001 dice que “el requisito de la convivencia del art. 171 del C.C., no puede ser entendido en su sentido literal, pues ello dejaría fuera de la posibilidad de prórroga [debería decir rehabilitación], precisamente los casos más graves de incapacidad, es decir, aquellos como el presente, en que el sujeto, por su grave estado de retraso o de enajenación, requiera de su internamiento en centro adecuado. Evidentemente el sentido del requisito de la convivencia se refiere a que el incapacitado no conviva con otra persona distinta de sus padres (por ejemplo con un hermano, con una pareja de hecho, etc.), supuestos en los que la rehabilitación podría no tener sentido, pero sin duda se comprenden en el precepto los incapaces que ingresados en un centro han convivido hasta entonces con sus padres, pues si no, prácticamente quedaría desprovisto de contenido”¹⁰⁵⁷.

Esta interpretación flexible del requisito de la convivencia me parece acertada, aunque, quizás, lo más adecuado sería suprimir este requisito, como ocurre en la Ley 67 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra y en el artículo 161 del Código de Familia de Cataluña, que omiten cualquier referencia a la convivencia.

Una concepción amplia de la convivencia mitiga el problema planteado pero, mientras no se reforme la normativa, existe la posibilidad de que, ante un mismo supuesto de hecho, se dicten resoluciones judiciales en distinto sentido, lo que propicia situaciones de inseguridad jurídica. De hecho, podemos citar algunas resoluciones judiciales que se muestran contrarias a la

1057 Fundamento de derecho 2º, *tirantonline.com*, ref. 141002. En el mismo sentido, la SAP de León de 7 de diciembre de 2001 (JUR 2001\110924), fundamento de derecho 3º.

rehabilitación de la patria potestad a los padres y favorables a la constitución del organismo tutelar a favor de los mismos, por entender que no concurre el requisito de la convivencia al estar los incapacitados internados o ingresados en centros especializados o en hospitales; así, la SAP de Murcia de 20 de mayo de 1999, la SAP de Vizcaya de 1 de septiembre de 1999, la SAP de Murcia de 21 de septiembre de 1999 y el AAP de Cádiz de 12 de marzo de 2002¹⁰⁵⁸.

Esto nos lleva a otra reflexión: Si la convivencia no se exige para prorrogar la patria potestad, no se entiende por qué ha de establecerse para rehabilitarla, pues resulta que, si un menor está internado en un centro especializado y se le incapacita, automáticamente se prorroga la patria potestad de los padres cuando llegue a la mayoría de edad pero, si en vez de ser menor es mayor de edad, no se puede rehabilitar la patria potestad de los progenitores del incapacitado.

A la supresión del requisito de la convivencia podría objetarse que daría lugar a la obligación de rehabilitar la patria potestad en supuestos en los que, por las circunstancias del caso, no sería conveniente; por ejemplo, si el incapaz convive con un hermano o con un descendiente. Sin embargo, hemos de advertir que el Juez no está obligado a rehabilitar la patria potestad si considera que, atendiendo a las circunstancias del caso, no es lo más beneficioso para el incapacitado.

En este sentido, el artículo 162 del Código de Familia de Cataluña, titulado *Constitución de la tutela o de la curatela*, dice que "la autoridad judicial, no obstante lo dispuesto en los artículos

1058 JUR 1999\144937, AC 1999\2075, JUR 1999\273459 y JUR 2002\139094, respectivamente.

160 y 161 [prórroga y rehabilitación de la patria potestad, respectivamente], dada la edad y situación personal y social del padre y de la madre, el grado de deficiencia del hijo o hija incapaz y sus relaciones personales, puede no acordar la prórroga o rehabilitación de la potestad y ordenar la constitución de la tutela o de la curatela”.

No existe en nuestro Código civil una norma similar, pero los órganos jurisdiccionales, atendiendo al beneficio del incapacitado, deben adoptar las medidas necesarias para proteger sus intereses. Como ejemplo, podemos citar la SAP de Madrid de 3 de noviembre de 1998¹⁰⁵⁹, cuyo fundamento jurídico 2º establece:

“El artículo 171 CC, que contempla la figura de la rehabilitación de la patria potestad, remite para su ejercicio a lo que la sentencia disponga y subsidiariamente a las reglas del título VII del CC «de las relaciones paterno-filiales». Y en su primer artículo, el 154, no define con rasgos precisos cuál es el fin de la patria potestad pero sí cómo debe ser ejercida, no coincidiendo plenamente con la razón de ser de la figura jurídica de la incapacitación, pues mientras la patria potestad, de inicio tiene una función a desarrollar en tanto en cuanto el hijo adquiere su propia independencia al llegar a la mayoría de edad y con ella su plena capacidad de obrar, con repercusión en el mundo del derecho, e incluso de preparación para conseguir su independencia personal en todos los órdenes, la incapacitación, que requiere de pronunciamiento judicial, viene motivada por una carencia, siempre provocada por una deficiencia física o psíquica que impide a la persona gobernarse por sí misma. Esta situación legalmente sancionada puede ser revisada en cualquier momen-

1059 AC 1998\2471.

to, pero requerirá de un nuevo procedimiento que declare su extinción, siendo condición indispensable para la declaración de incapacidad el carácter de la persistencia, es por ello, que se ha dicho que en tanto en cuanto la figura de la patria potestad responde a la protección de unos intereses de los hijos, hasta que éstos puedan desenvolverse por sí mismos, fijándolo en los 18 años de edad, quien deba proteger los intereses de un incapaz, deberá estar dotado de unas cualidades que en un principio no tiene establecido «a priori» la fecha de su extinción, por lo que deben ser examinadas con suma cautela las posibilidades de cara al futuro de continuar con su función.

En el caso sometido a la consideración de la Sala, nos encontramos, con un incapaz, diagnosticado de esquizofrenia, con síntomas activos crónico delirantes-alucinativos, no respondiendo al tratamiento, que cuenta con 55 años, y una madre de 83 años, que aun cuando pueda gozar de buena salud, y pueda atender materialmente a su hijo, en el quehacer cotidiano, no parece dispuesta, y esta apelación es prueba de ello, a asumir las responsabilidades, que la rehabilitación de la patria potestad, ineludiblemente conllevan, (...) y a la que no se puede imponer tan importante carga¹⁰⁶⁰.

Por tanto, los órganos jurisdiccionales deben rehabilitar la patria potestad siempre que se den los requisitos del artículo 171 del Código civil, salvo que, en casos excepcionales, convenga constituir el organismo tutelar a favor de personas distintas de los progenitores, en cuyo caso, la resolución judicial que no

1060 Vid. también la SAP de Girona de 14 de julio de 1999 (AC 1999\7735), la SAP de Vizcaya de 29 de enero de 2001 (JUR 2001\101449), SAP de Barcelona de 12 de mayo de 2005 (JUR 2005\170090), SAP de La Coruña de 7 de junio de 2006 (JUR 2006\195334) y el AAP de Madrid de 16 de julio de 2008 (JUR 2008\300272).

declare la rehabilitación de la patria potestad deberá motivar la decisión.

2.3. IMPORTANCIA Y FINALIDAD DE LA REFORMA ENCAMINADA A LA SUPRESIÓN DE LA DOBLE POSICIÓN EN LA QUE PUEDEN ENCONTRARSE LOS PADRES RESPECTO DE SUS HIJOS MAYORES DE EDAD INCAPACITADOS

La reforma del artículo 171 del Código civil en lo relativo a los requisitos para la rehabilitación de la patria potestad, expuesta en el apartado anterior, produciría un aumento de los casos en los que procedería dicha rehabilitación, lo cual debe entenderse no como una imposición u obligación de otorgar siempre a los padres la potestad de sus hijos incapacitados, sino como una medida para evitar la doble posición en la que los padres pueden encontrarse respecto de los mismos con la regulación actual: como titulares de la patria potestad si concurren los requisitos del artículo 171 del Código civil, o como tutores si no se dan tales requisitos.

En mi opinión, si la guarda y custodia de un incapacitado debe recaer sobre sus padres, no tiene sentido constituir el organismo tutelar a favor de los mismos, lo lógico será recuperar la patria potestad que en un momento anterior ostentaron sobre los mismos. Cosa distinta es que, por las circunstancias del caso, deba o convenga otorgar la guarda y custodia del incapacitado a persona distinta de los progenitores a pesar de la existencia de éstos, en cuyo caso, deberá procederse a constituir la tutela. En este sentido, el artículo 179 del Código de Familia de Cataluña, relativo al orden de preferencia para el nombramiento de tutor, dice en su número primero, apartado b), que "(...) si son el padre y la madre, supone la prórroga o rehabilitación de la potestad de los dos o de cualquiera de ellos".

Para algunos autores, el problema planteado no tiene especial trascendencia. Así, VENTOSO ESCRIBANO afirma que “aunque hoy la cuestión no tiene tanta importancia, a pesar de ser diferente el régimen jurídico de la patria potestad y el de la tutela, no hay que olvidar que antes de la reforma de la tutela en 1983 ésta no era conjunta de los padres, y por ello uno de éstos se vería excluido de actuar una función protectora respecto de su hijo”¹⁰⁶¹.

Por otro lado, MARTÍN GRANIZO dice: “tampoco creemos que existan diferencias notables entre una y otra institución (la tutela y la patria potestad rehabilitada), habida cuenta de lo dispuesto en el citado art. 171, inciso tercero, del párrafo primero.

El único problema que en nuestro modo de ver podría presentarse es el relativo a la fianza que el tutor habrá de constituir si el Juez lo estimare conveniente o necesario para los intereses del tutelado (art. 260), así como el de la obligación de hacer inventario (arts. 262 y ss.), todo ello de acuerdo con lo dispuesto en la Disp. Transitoria Primera de la Ley 13/1983.

Mas tampoco ello constituye un verdadero problema en orden al mantenimiento de la tutela o de su sustitución por la patria potestad rehabilitada, dado que: a) En el supuesto de conversión de aquélla en ésta, su ejercicio habría de acomodarse “a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente en las reglas del presente título” (art. 171, párr. 1º, inciso tercero); b) en el referido título (el VII del Libro I) se contienen entre otras disposiciones, las siguientes:

1º Posibilidad de adoptar el Juez entre otras medidas, a instancia del hijo, cualquier pariente o el Ministerio Fiscal, las

1061 VENTOSO ESCRIBANO, A., ob. cit., p. 509.

medidas cautelares convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo (art. 158, núm. 1º), medidas entre las cuales pueden incluirse la prestación de fianza y el inventario.

2º La prestación de la fianza o caución que aparece específicamente prevista en el art. 167 C.C.

3º El artículo 168, al autorizar a los hijos para exigir a sus padres la rendición de cuentas, deja claramente abierto el camino, en el caso que ahora estamos contemplando, de exigir el Juez a los padres en la patria potestad rehabilitada la confección del oportuno inventario.

No vemos por tanto diferencias importantes entre una y otra institución, la tutela y la patria potestad rehabilitada; mejor dicho, no las vemos si las contemplamos desde el punto de vista de su eficacia y garantía respecto del sujeto a ellas; mas sí creemos que existen, si la observación de una y otra figura la realizamos con un criterio que pudiéramos calificar de moral y afectivo, en cuanto para la idiosincrasia hispana actual y dejando a salvo los cambios que la misma pueda experimentar al correr de los tiempos, es evidente que siempre será preferible ejercer la patria potestad que la tutela respecto de un hijo¹⁰⁶².

Discrepo de las afirmaciones transcritas, puesto que las diferencias entre ser tutor de un hijo incapacitado o ser titular de la patria potestad sobre el mismo no se reducen al ámbito moral y afectivo, sino que trascienden del mismo y se extienden al ámbito del ejercicio de la patria potestad y de la tutela, sobre todo en lo concerniente a los controles exigidos en uno y otro caso.

1062 MARTÍN GRANIZO, M., ob. cit., p. 168.

No vamos a entrar en el análisis de cada una de las diferencias entre la patria potestad rehabilitada y la tutela, sólo decir que en relación al inventario, éste se establece como una obligación en la tutela y como una posibilidad en la patria potestad; y, como ejemplo muy significativo de las diferencias existentes en los controles establecidos para el ejercicio de uno u otro cargo, los actos para cuya realización los titulares de la patria potestad y los tutores necesitan autorización judicial.

Si comparamos los actos para los que los padres de un menor de edad necesitan autorización judicial (art. 166 C.c.¹⁰⁶³) y los actos para los que un tutor la precisa (art. 271¹⁰⁶⁴), observamos

1063 Dice este artículo: “Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros”.

1064 Según este artículo, “el tutor necesita autorización judicial:

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

2º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

3º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

4º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.

5º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.

que aquéllos son menos que éstos. La diferencia de tratamiento en uno y otro caso reside en la mayor desconfianza que produce la institución tutelar respecto de la patria potestad, porque, lógicamente, se entiende que los padres velarán más por los intereses de sus hijos que cualquier otra persona, aun cuando ésta sea un familiar. Entonces, ¿cuál es la justificación de que los padres deban someterse al régimen de la patria potestad en unos casos y al de la tutela en otros?; por ejemplo, ¿por qué los padres de un hijo soltero incapacitado no necesitan autorización judicial para entablar demanda en nombre de su hijo o para dar y tomar dinero a préstamo y los padres de un incapacitado divorciado o viudo sí? A mi juicio, no existe razón alguna para esta diferencia de trato, por ello considero conveniente una reforma de los requisitos de la rehabilitación de la patria potestad, para restablecer ésta siempre que, atendiendo a las disposiciones legales aplicables y al interés del incapacitado, corresponda a los padres la guarda y custodia del mismo, lo cual concuerda con el fundamento de la patria potestad prorrogada que se halla —dicen los autores del *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*¹⁰⁶⁵, y que la SAP de Murcia de 6 de junio de 2000¹⁰⁶⁶ aplica a la patria potestad rehabilitada— en que “siendo la patria potestad el poder tuitivo por excelencia, lógico y justo es que cuando, llegada la mayoría de edad, o en el caso de incapacitación de un

6° Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.

7° Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.

8° Para dar y tomar dinero a préstamo.

9° Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

10° Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado”.

1065 Ob. cit., pág. 24.

1066 JUR 2000\282699, fundamento de derecho segundo.

menor de edad, subsisten las causas de incapacitación y vive el titular de la patria potestad, sea éste, y ningún otro, quien, en base al mismo título que se prorroga, siga encomendado de la guarda y custodia del incapacitado, su representación legal y la administración de sus bienes e intereses, a no ser que haya tenido lugar la suspensión o privación de la patria potestad, o contraiga matrimonio el incapacitado, en cuyo caso entrarán en juego los otros institutos tutelares”.

La posibilidad de que los padres sean tutores de sus hijos incapacitados provoca que en muchas ocasiones, aun dándose los requisitos del artículo 171 del Código civil, los Juzgados de Primera Instancia declaren la constitución del organismo tutelar en vez de rehabilitarse la patria potestad, lo que obliga a interponer recurso de apelación, normalmente por el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad, solicitando que la Audiencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del Código civil, declare la rehabilitación de la patria potestad (por ejemplo, SAP de Jaén de 4 de marzo de 1998, SAP de Soria de 12 de marzo de 1998, SAP de Jaén 16 de febrero de 1999, SSAP de Murcia de 23 de marzo de 1999, de 6 de junio de 2000 y de 22 de septiembre de 2001, y SAP de Toledo de 12 de marzo de 2004¹⁰⁶⁷).

3. LOS PADRES COMO ASISTENTES DE SUS HIJOS MAYORES INCAPACITADOS

Cuando, en virtud de la graduación de la incapacidad, lo que procede no es un régimen de representación legal, sino de asistencia, es decir, de complemento de capacidad, el Código ci-

1067 AC 1998\660, AC 1998\677, AC 1999\3679, JUR 1999\133065, JUR 2000\282699, JUR 2001\327398 y JUR 2004\112320, respectivamente.

vil establece el nombramiento de un curador. Así, el artículo 287 de dicho Texto legal dispone que “...procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento”.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la patria potestad rehabilitada “se ejercerá —dice el artículo 171 del Código civil— con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente Título” (es decir, del Título VII: “De las relaciones paterno-filiales”).

En consecuencia, la extensión de la patria potestad rehabilitada dependerá del grado de discernimiento del incapacitado y del tipo de incapacitación, total o parcial, que se haya establecido en la sentencia de incapacitación.

Antes de la reforma del artículo 171 por la Ley Orgánica 1/1996, se planteaba la cuestión de si era posible rehabilitar la patria potestad con un contenido similar al de la curatela.

La duda surgía porque, por un lado, el antiguo artículo 171 Código civil, en su último párrafo, decía que “si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela”, y, por otro, el artículo 222.3 somete a tutela a “los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela”.

Algunos autores se mostraban partidarios de rehabilitar la patria potestad en supuestos de incapacitación parcial en los que no se requería un sistema de representación. En opinión de DE PRADA, el Juez “podrá graduar la incapacidad y, en función de ésta, permitir al deficiente o sordomudo realizar determinados

actos o incluso, creo, llegar a establecer para él un *status* similar al del emancipado limitando la patria potestad a completar su capacidad en supuestos de especial importancia”¹⁰⁶⁸.

En contra, VENTOSO ESCRIBANO afirmaba que prorrogar o rehabilitar la patria potestad con un contenido semejante al de la curatela “sería desnaturalizar aquella institución. Si una resolución judicial estableciera tal sistema deberíamos preguntarnos qué se ha constituido: no hay duda que la resolución diría que una patria potestad, pero nos tememos que de tal sólo tendría el nombre, y desde luego entendemos que lo mejor sería llamar a las cosas por su auténtica nomenclatura”¹⁰⁶⁹.

Con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/1996 parece que se ha solucionado el problema, ya que ha introducido la curatela como posible régimen a constituir si permanece la incapacidad una vez extinguida la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

Así, la SAP de Murcia de 12 de diciembre de 2001¹⁰⁷⁰ dice en su fundamento de derecho cuarto: “estamos ante una enfermedad incapacitante, pero sólo parcial, para actos de contenido patrimonial y algunos muy concretos de la esfera personal, por lo que debe rehabilitarse la patria potestad en los padres de la incapaz, ya que es soltera y convive con ellos en el mismo domicilio, pues, tras la reforma del último párrafo del artículo

1068 DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, ob. cit., p. 419. En el mismo sentido, GÓMEZ-OLIVEROS, J. M.^a, “Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre”, *RCDI*, núm. 562, 1984, mayo-junio, pp. 634 y 635, y GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C., *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 693, también en *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Madrid, Cívitas, 1992, p. 236.

1069 VENTOSO ESCRIBANO, A., ob. cit., p. 515.

1070 *Tirantonline.com*, ref. 140786.

171 llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, se ha de entender resuelta en dicho sentido la polémica anterior sobre si era posible o no la rehabilitación de la patria potestad en caso de incapacidad parcial, existiendo pronunciamientos de Tribunales contrarios a ello, aunque ahora se menciona expresamente la curatela como una de las medidas a adoptar cuando cesa la patria potestad prorrogada, lo que evidencia la posibilidad de adoptar tal medida (prórroga de la patria potestad) en los casos de incapacidad parcial¹⁰⁷¹.

Hemos de preguntarnos si, atendiendo a la finalidad de la patria potestad rehabilitada, la solución adoptada por el legislador es la más acertada.

Como vimos anteriormente, el fundamento de la patria potestad prorrogada o rehabilitada es que, incapacitados los hijos, sean los titulares de la patria potestad o los que en su día lo fueron, y ningún otro, quienes sigan o vuelvan a quedar encomendados de la guarda y custodia de los mismos, su representación legal y la administración de sus bienes.

Parece, por tanto, que se está pensando en un sistema que conlleva la representación legal del incapacitado, es decir, susti-

1071 Son numerosas las Sentencias de Audiencias Provinciales que, tras graduar la incapacidad y declarar la necesidad de una mera asistencia o complemento de capacidad, rehabilitan la patria potestad de los padres, añadiendo que sólo puede constituirse la curatela cuando no sea posible dicha rehabilitación, por ejemplo: SAP de León de 19 de noviembre de 1998 (AC 1998\2073), SAP de Toledo de 21 de enero de 1999 (AC 1999\95), SAP de Madrid de 11 de marzo de 1999 (AC 1999\805) y la SAP de Barcelona de 9 de abril de 2003 (AC 2003\2026).

No obstante, alguna resolución de manera aislada (vid. SAP de Madrid de 10 de enero de 2003, AC 2003\92882) constituye la curatela en lugar de rehabilitar la patria potestad de los padres a pesar de concurrir los requisitos del artículo 171 del Código civil.

tución de la voluntad de éste por otra persona, lo cual concuerda con la remisión a la normativa relativa a la patria potestad sobre menores no emancipados del Título VII del Código civil, cuyo Capítulo II lleva por título “De la representación legal de los hijos”. La curatela, en cambio, se caracteriza por ser un régimen de asistencia, o sea, el curador complementa la capacidad del incapacitado, no sustituye su voluntad, y, además, por limitarse fundamentalmente a asuntos patrimoniales, no afectando a la esfera personal del incapacitado.

A juicio de GUILARTE MARTÍN-CALERO, en la reforma de 1996 “debiera haberse suprimido el inciso final del número tercero del artículo 222 del Código civil. No alcanzo a comprender ni la necesidad ni la utilidad de una patria potestad de contenido asistencial; si cada institución dispensa una protección diversa, no hagamos cumplir a la patria potestad una función que ya cumple la curatela, pues si la patria potestad puede ejercerse en forma asistencial, lo mismo debería predicarse de la tutela, y de esta manera suprimase la curatela para los incapacitados y prorroguese la tutela con un contenido asistencial. Esta interpretación, desde luego, no responde a aquel principio fundamental, pilar de la Reforma del 83, denominado principio de pluralidad de guarda que preveía una variedad de instituciones, precisamente, por ser varias, también, las situaciones que requerían una protección diversa. Por ello, el legislador del 83 instauró la curatela como una institución alternativa a la tutela (art. 277.2 y artículo 292 del Código civil), ésta, al igual que la patria potestad, implica representación legal y administración de bienes, aquélla asistencia a determinados actos de la vida civil del curatelado.

Por ello, entiendo que si los límites de la incapacitación determinados en la sentencia que la declara exigen para la adecua-

da protección del incapacitado la creación de un marco de representación y administración legal, deberá rehabilitarse la patria potestad, siempre y cuando concurren los requisitos establecidos para ello en el artículo 171 del Código civil; si, por el contrario, únicamente se requiere la asistencia a determinados actos, deberá optarse por la constitución de la curatela¹⁰⁷².

Pero lo cierto es que en nuestro ordenamiento es posible una patria potestad con contenido asistencial, y ello no sólo por la reforma del año 1996, de la que claramente se deduce esta solución, sino, además, por la propia configuración de la patria potestad prorrogada, que se produce de manera automática. Si incapacitado un menor de edad se prorroga automáticamente la patria potestad, independientemente del grado de incapacidad del hijo, el mismo criterio ha de seguirse para la rehabilitación, pues lo contrario carecería de toda lógica jurídica.

La citada autora parece darse cuenta de este inconveniente, aunque no lo dice expresamente, pues a su opinión anterior añade: "Por lo que se refiere a la prórroga de la patria potestad, consecuencia de una incapacitación durante la minoría de edad, creo que ésta únicamente será intentada por los diligentes padres cuando la deficiencia o anomalía que padezca el menor de edad sea de tal entidad que exija idéntica protección por razón de edad que por razón de incapacitación. Piénsese que la incidencia de la deficiencia psíquica en la capacidad de autogobierno del presunto incapaz puede ser difícilmente apreciable durante la minoría de edad, donde el grado de discernimiento por razón de aquélla, en ocasiones, podrá oscurecer o dificultar la determinación de la capacidad de autogobierno que, en su día, va a presentar

1072 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid, Mc Graw Hill, 1997, p. 242.

el incapacitado; por ello, entiendo preferible limitar la declaración de incapacitación durante la menor edad a los supuestos de oligofrenias profundas o comas irreversibles y, sin embargo, nada establece el Código civil que permita mantener tal tesis restrictiva y, en este sentido, podrá ser interesada la incapacitación durante la minoría de edad de persona que alcanzada la mayoría de edad, precisará la protección que, en nuestro Ordenamiento dispensa la curatela"¹⁰⁷³.

Una reforma dirigida a restringir los supuestos de incapacitación de menores de edad no me parece una medida acertada. Esta incapacitación está establecida en interés de los propios menores, y su limitación iría en perjuicio de éstos. Como es sabido, los menores de edad tienen la llamada capacidad natural, que va aumentando en función de la edad y que les permite realizar actos válidos en el tráfico jurídico, los cuales van siendo de mayor importancia cuanto más se acercan a la mayoría de edad. Obviamente, un menor incurso en una causa de incapacitación no podrá realizar los mismos actos que un menor de su misma edad que no lo esté, de ahí la importancia de la incapacitación de los menores.

Otra posible solución sería limitar la prórroga automática de la patria potestad a los incapacitados totales, pero tampoco me convence esta posibilidad, porque supondría tener que constituir la curatela cuando el menor alcanzase la mayoría de edad. De esta forma, si, solicitada la incapacitación de un menor de edad, el Juez la declara porque considera que la causa de incapacitación persistirá una vez alcanzada la mayoría de edad, pero la establece parcialmente y entiende que, en función de las circunstancias de la enfermedad, el menor necesitará cuan-

1073 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., ob. cit., pp. 242 y 243.

do sea mayor un sistema de asistencia, llegada la mayoría de edad se extinguiría la patria potestad, y los padres pasarían a ser curadores del incapacitado, para complementar su capacidad en los casos que sea preciso. Entonces, surge el problema de si sería preciso solicitar la constitución de la curatela, lo que no parece tener mucho sentido, o se pasaría automáticamente a ella; estaríamos, en este último caso, ante un supuesto similar al del menor emancipado, pues se extingue la patria potestad, y los padres pasan a asistir al menor en los actos recogidos en el artículo 323 del Código civil, pero obsérvese que, cuando se trata de un menor emancipado, no estamos ante un sistema de curatela, pues, según el artículo 286.1º del mismo Código, se sujetarán a ella “los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley”.

Por lo general, la idea de patria potestad va ligada a la de representación legal, y tiene sentido como institución correlativa a la tutela cuando los sujetos a ella son menores de edad.

Hoy en día, se considera a la patria potestad como un conjunto de poderes dirigidos al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los progenitores¹⁰⁷⁴. En el caso de los hijos menores no emancipados, como contenido de esta potestad, el Código civil establece el deber de representarlos en el artículo 154.2º, derecho-deber desarrollado posteriormente en el artículo 162. Pero nada impide que, en el caso de mayores de edad incapacitados, se establezca un contenido diferente, en el sentido de reducir las obligaciones de los padres, y sustituir la facultad de representación por la de asistencia.

1074 DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, Madrid, Tecnos, 2001, 8ª ed., p. 261.

Esta solución no es contraria a la esencia de la patria potestad, como lo demuestra el hecho de que, en el Derecho Aragonés, a partir de los catorce años de edad se remplace el sistema de representación legal por uno de asistencia¹⁰⁷⁵. El problema está, a mi modo de ver, en la remisión del artículo 171 del Código civil a las normas relativas a la patria potestad de menores no emancipados.

El artículo 171 manda que la patria potestad rehabilitada se ejerza conforme a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación y, en lo que ésta no prevea, en las normas relativas a la patria potestad sobre los menores no emancipados. Pues bien, de todos es sabido que las sentencias que declaran la incapacitación no suelen ser muy exhaustivas y, en la mayoría de los casos, se limitan a determinar si la incapacitación es total o parcial, de forma que cuando surja cualquier duda sobre el ejercicio de la patria potestad rehabilitada habrá que acudir, por mandato del artículo 171, a las reglas de la patria potestad sobre menores no emancipados pero, al ser incapacidad parcial y haberse establecido un régimen de asistencia, estas reglas no sirven para atender de forma adecuada las situaciones que puedan plantearse. De ahí que, para evitar cualquier tipo de problema, lo más acertado sería añadir, en el citado artículo, una remisión en los casos de incapacidad parcial a las normas de la curatela, para todo aquello no previsto en la sentencia de incapacitación¹⁰⁷⁶.

1075 El artículo 2.3 de la Ley 13/2006, de 17 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón dispone que "la representación legal del menor termina al cumplir los catorce años; desde entonces, su capacidad se completa con la asistencia".

1076 Concretamente, el artículo 290 del Código civil establece: "Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial".

Finalmente, partiendo de la posibilidad de rehabilitar la patria potestad con un contenido asistencial, ha de ponerse de manifiesto la necesidad de la supresión en materia de guarda legal en régimen de asistencia o complemento de capacidad de la doble situación en la que pueden encontrarse los padres respecto de sus hijos mayores de edad incapacitados, como titulares de la patria potestad, si se dan los requisitos del artículo 171 del Código civil, o como curadores, en caso contrario, por las razones expuestas anteriormente respecto de los supuestos de representación legal. Si los padres son designados por el Juez para completar la capacidad de su hijo mayor de edad incapacitado, no tiene sentido que en unos casos lo hagan como curadores y en otros como titulares de la patria potestad.

4. CONCLUSIÓN

La patria potestad rehabilitada, establecida en el artículo 171 del Código civil, es una institución de gran utilidad práctica, que proporciona una solución acertada al problema de la guarda y custodia de los hijos mayores incapacitados, evitando la constitución del organismo tutelar. Ahora bien, la necesidad de concurrencia de unos determinados requisitos, la soltería del hijo y la convivencia con los padres, hace que la institución sea aplicable en menos casos de los que debiera, de ahí la necesidad de una reforma del citado artículo 171 en este punto, para que la rehabilitación de la patria potestad se establezca siempre que, por aplicación de las disposiciones legales pertinentes, la guarda del incapacitado corresponda a los padres. Y me refiero a guarda en sentido amplio, comprensiva tanto de una guarda consistente en un régimen de representación como en uno de asistencia, en consonancia con lo dispuesto en la vigente regulación. No obstante, considero conveniente la inclusión en el artículo 171 de

una remisión a las normas de la curatela para los casos en que proceda un régimen de asistencia, pues éste se aviene mal con la normativa de la patria potestad sobre menores no emancipados, a la que el artículo 171 se remite para todo aquello no previsto en la sentencia de incapacitación.

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

Inmaculada Vivas Tesón

Profesora Titular de Derecho civil

1. INTRODUCCIÓN

1.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Si existe un sector de la población (alrededor de un 8,5%, esto es, 3,8 millones de personas residentes en hogares españoles, de entre los cuales 2,30 millones de mujeres frente a 1,55 de hombres)¹⁰⁷⁷ que sufre y necesita de la ayuda y apoyo de todos, éste es, sin lugar a dudas, el de las personas con discapacidad (menores, medianas y, muy especialmente, mayores, teniéndose

¹⁰⁷⁷ Cifras extraídas de la reciente Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD), del Instituto Nacional de Estadística de 4 de noviembre de 2008. Interesante es también la consulta de JIMÉNEZ LARA, A./HUETE GARCÍA: A.: *Los discapacitados en España: Datos estadísticos. Aproximación desde la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2003.

en cuenta el progresivo envejecimiento demográfico¹⁰⁷⁸) y, no se olvide, de sus familiares, que viven con enorme angustia y preocupación el futuro de sus seres queridos.

Hasta hace poco tiempo, en nuestro Código civil, encontrábamos sólo la incapacitación judicial¹⁰⁷⁹ de la persona y el consiguiente sometimiento a un régimen de guarda como único instrumento jurídico protector de la persona y de su patrimonio, pero dicha institución, como ha quedado largamente demostrado en la práctica, no se ajusta plenamente a todas y cada una de las situaciones en las cuales puede encontrarse una persona con discapacidad, no siendo siempre el mejor modo de dotarla de protección legal.

Afortunadamente, el legislador se ha dado cuenta de todo ello (*¡no siempre sucede!*) de ahí que, en los últimos años, desde 2003 (declarado “*Año Europeo de las personas con discapacidad*” por Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001¹⁰⁸⁰), nos haya obsequiado, en cumplimiento del deber de los poderes públicos de amparar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos en situación de vulnerabilidad social, impuesto por el art. 49 de la Constitución de 1978¹⁰⁸¹, con una profusa

1078 V. VILLAGRASA ALCAIDE, C.: *El envejecimiento de la Población y la Protección Jurídica de las Personas Mayores*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona 2002, ALONSO PÉREZ, M., MARTÍNEZ GALLEGU E. M^a y REGUERO CELADA, J. (coords.): *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004 y LASARTE ÁLVAREZ, C., MORETÓN SANZ, M^a F., y LÓPEZ PELÁEZ, P.(coords.): *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007.

1079 Preferimos ver la incapacitación en términos positivos como una forma de “*capacitación*”, expresión muy gráfica utilizada, con gran acierto, en ÁLVAREZ LATA, N./SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, A Coruña, 1999, pág. 141.

1080 Publicada en el DOCE, Serie L, núm. 335, de 19 de diciembre de 2001.

1081 El citado precepto constitucional dispone: “*Los poderes públicos realizarán una*

normativa con el fin de facilitar y mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad a través de medidas jurídicas que permitan brindarles autonomía y bienestar económicos. La reciente ratificación¹⁰⁸², por parte de España, de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (y de su Protocolo Facultativo)¹⁰⁸³ confirma su firme compromiso por promover la plena integración de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos de la sociedad.

Inicialmente, los familiares de una persona con discapacidad se preocupan por atender, de un modo especial, sus cuidados físicos y/o psíquicos, su personalidad y vida afectiva, su adecuada formación académica, desarrollo de aficiones y el logro de una óptima relación social. Conforme el tiempo va pasando y tales necesidades van siendo cubiertas, se hacen, con tremenda inquietud, la siguiente pregunta: "Y cuando nosotros faltemos, ¿qué será de él/ella?". Dicha etapa de la vida, la adulta, es, probablemente, la más larga, razón por la cual la seguridad económica reviste una capital importancia.

*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". Para un estudio detallado de sus antecedentes y significado, vid. DE LORENZO, R./PALACIOS, A.: "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I Aspectos jurídicos, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J.L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, págs. 63-79.*

1082 BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, entrando en vigor en España el día 3 de mayo.

1083 V. CABRA DE LUNA, M. A./BARIFFI, F./PALACIOS, A.: *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Colección La Llave, Madrid, 2007 y RUBIO TORRANO, E.: "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Aranzadi Civil*, 2008, núm. 14, págs. 11-13.

Pues bien, dentro del espectacular avance legislativo experimentado en la materia, en España, destaca, especialmente, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria (en adelante, LPPD), que entró en vigor al día siguiente de su publicación¹⁰⁸⁴, la cual se ocupa de la tutela económica de la persona con discapacidad en su vertiente jurídico-privada (por tanto, al margen de que el Estado despliegue la necesaria función asistencial cuando proceda a través de prestaciones sociales, subvenciones, ayudas, etc.), operando, en nuestro Ordenamiento, significativas modificaciones en instituciones clásicas y creando *ex novo* instrumentos negociales de enorme calado jurídico.

Dicha Ley permite planificar el bienestar económico de las personas con discapacidad adoptando soluciones de protección patrimonial que, en el futuro, puedan, eficazmente, complementar los ingresos económicos que ellas mismas obtengan por su trabajo o por prestaciones públicas de diversa índole¹⁰⁸⁵ y, por consiguiente, permitirle vivir mejor su vida adulta.

1084 BOE núm. 277, de 19 de noviembre.

1085 Como afirma GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: "Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado", en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. por J. PÉREZ DE VARGAS, La Ley-Actualidad, Madrid, 2007, pág. 115, "las medidas recogidas en esta Ley están presididas por una idea base: la necesidad de complemento de las medidas públicas y privadas en la protección de los discapacitados. En los últimos tiempos parecía haber un predominio de las medidas públicas de protección sobre las privadas. El legislador, consciente del grave problema derivado del creciente número de discapacitados, constatando que el Estado y, en general, las Administraciones Públicas no pueden atender todas las crecientes necesidades de estas personas necesitadas de un modo adecuado, vuelve sus ojos —no necesariamente misericordiosos— al propio patrimonio del discapacitado y de sus familiares, establece y potencia medidas propias del Derecho privado".

No es preciso, pues, esperar a formularse angustiosamente la pregunta: “¿qué será de él/ella cuando no pueda hacerme cargo o me muera?”, para iniciar la planificación económica de su etapa adulta, pues este proyecto de futuro puede comenzarse desde la niñez o adolescencia de la persona con discapacidad, contando, incluso, con algunas (aunque ridículas y, por tanto, escasamente incentivadoras) ventajas fiscales.

Tales valiosos recursos legales encierran, en sí mismos, una gran potencialidad que debe ser plenamente disfrutada en beneficio de las personas con discapacidad, si bien, con la perspectiva que proporciona el paso ya de cinco años desde la aprobación de la LPPD, aquéllos son aún muy desconocidos. Es absolutamente necesario que las personas con discapacidad y sus familiares (con gran frecuencia y comprensiblemente, muy desorientados en este campo) conozcan adecuadamente las distintas herramientas privadas de tutela patrimonial¹⁰⁸⁶ que el Derecho Civil ofrece a fin de garantizar una mayor y mejor calidad de vida a las personas con discapacidad.

Junto a, entre otras, la autotutela, el mandato preventivo, la legitimación activa de una persona para instar su propia incapacitación judicial y la consagración legal del contrato de alimentos, se rompe con la, hasta entonces, “cuasisagrada” intangibilidad de la legítima al permitirse gravar el tercio de legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente, introduciéndose, como novedad

1086 LEÑA FERNÁNDEZ, R.: “Posibilidades en materia sucesoria que, a favor de la persona con discapacidad, ofrece la Ley 41/2003”, en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J.L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, págs. 887-960, las califica, de manera enormemente gráfica, de “instrumentos que, al modo de rampas y ortopedias jurídicas, faciliten el tránsito de la persona con discapacidad por el mundo del derecho patrimonial” —pág. 891—.

muy destacada (carente de antecedentes en nuestro Derecho), la figura jurídica del patrimonio protegido a favor de una persona con discapacidad, bien psíquica (33%), bien física o sensorial (65%), con independencia de que concurran o no en el sujeto las causas de incapacitación judicial contempladas en el art. 200 C.c., presupuesto, en cambio, necesario, como acabamos de señalar, para gravar la legítima¹⁰⁸⁷.

1.2. UN NECESARIO APUNTE LEGISLATIVO

Antes de entrar en materia, debemos dar cuenta, aun de manera sucinta, de dos cuestiones legislativas.

La Exposición de Motivos de la LPPD establece que *“la regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8ª de la Constitución española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo 13.2 del Código civil”*.

Lo así dispuesto podría pasar desapercibido si no fuera por lo que después en el articulado de la LPPD, en concreto, el art. 1, apdo. 2º, se preceptúa: *“El patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil”*.

1087 Con algún pormenor, hemos tenido ocasión de estudiar éstas y otras medidas de tutela patrimonial en nuestro reciente trabajo *La protección económica de la discapacidad*, Bosch, Barcelona, 2009.

Surge, de inmediato, una pregunta: ¿a qué se refiere la Ley cuando habla de “*aplicación preferente*” de esta norma sobre la regulación de la incapacitación?, ¿en qué lugar quedan los Derechos civiles autonómicos que hayan regulado o regulen (la EM habla, inexplicablemente, en pasado, excluyendo aquellas normas que, tras la entrada en vigor de la LPPD, puedan ser aprobadas) la cuestión?

Con el fin de clarificar adecuadamente tales cuestiones, el Parlamento de Cataluña no dudó en promover un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 1, apdo. 2º de la Ley, recurso núm. 1004/2004 que, siendo admitido a trámite por el Tribunal Constitucional mediante Providencia de 13 de abril de 2004¹⁰⁸⁸, está, hoy, pendiente de resolución.

Por otra parte, hemos de realizar otro apunte legislativo, puesto que ha sido recién publicada 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 y de la normativa tributaria con esta finalidad¹⁰⁸⁹.

Con dicha reforma se pretende, de una parte, convertir el Registro Civil en un mecanismo fiable de publicidad que permita supervisar la efectiva aplicación de la normativa relativa a la incapacitación judicial de personas que no pueden gobernarse por sí mismas, así como facilitar la efectiva puesta en práctica de la

1088 BOE núm. 102, de 27 de abril de 2005.

1089 BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2009.

figura del patrimonio protegido como mecanismo de protección patrimonial de las personas con discapacidad; de otra, resolver algunas (no todas, perdiéndose, en nuestra modesta opinión, una magnífica oportunidad para ello) de las dudas que ha generado la aplicación de la LPPD en sus cinco años ya de vigencia¹⁰⁹⁰.

1.3. UNA PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

Aunque con suma brevedad, nos gustaría subrayar la especial trascendencia que reviste el uso de una precisa terminología a la hora de hablar o escribir sobre discapacidad.

No se trata de utilizar un lenguaje políticamente correcto, tan de moda en nuestros días, sino de construir pensamiento y cultura a través de la palabra, superando viejos prejuicios y estereotipos que, tal vez, sin ser siquiera conscientes de ello (de ahí, esta llamada a la reflexión), aparecen en el lenguaje de uso común de nuestra vida cotidiana.

Utilizamos diariamente, con extrema ligereza, los términos “*subnormal*” (dando por sentado, la persona que habla, su condición de “*normal*” en relación a sus capacidades), “*retrasado mental*”, “*tonto*”, “*mutilado*”, “*deficiente*”, “*minusválido*” (esto es, “*que vale menos*”), “*inválido*” (o lo que es lo mismo, “*no válido*”), “*lisiado*” y muchos más vocablos similares, sin duda alguna, epítetos poco respetuosos y discriminatorios hacia las personas con discapacidad y que denotan cierta actitud y valoración negativas o despreciativas, etiquetándolas como si fueran personas

1090 Así lo señala LEÑA FERNÁNDEZ: “Posibilidades en materia sucesoria que, a favor de la persona con discapacidad, ofrece la Ley 41/2003”, cit.: “la Ley es muy imperfecta, con demasiadas imprecisiones, lagunas clamorosas y una evidente cortedad de alcance en las soluciones planteadas” —pág. 888—, pese a lo cual muestra una posición sumamente favorable: “aprecio en ella su apertura a espacios de libertad” —pág. 889—.

“de segunda categoría” dignas de lástima. Ello es debido, con toda probabilidad, a una enorme ignorancia y a una absoluta falta de sensibilidad y respeto al ser humano.

Todas las personas somos iguales con independencia de que tengamos o no discapacidad; por tener discapacidad no se deja de ser persona. Por consiguiente, debemos empeñarnos en eliminar cualquier connotación peyorativa, ofensiva e hiriente a la hora de designar el hecho de la discapacidad.

Así las cosas, debe prevalecer lo esencial, la condición de persona, sobre lo añadido o circunstancial, la discapacidad, evitándose, en lo posible, sustantivizar situaciones adjetivas de la persona, lo que conduce a un estúpido encasillamiento y consiguiente marginación social (blancos/negros; ricos/pobres y, por lo que ahora nos atañe especialmente, capacitados/discapacitados).

De acuerdo con ello, se recomienda algo tan sencillo como utilizar la expresión *“persona con discapacidad”* en lugar de *“discapacitado”*, al igual que *“persona en situación de dependencia”*, abandonando la calificación de *“dependiente”*. El esfuerzo es pequeño y, sin embargo, el resultado enorme.

Nuestro legislador, quien, naturalmente, también ha experimentado una evolución terminológica¹⁰⁹¹, se ha percatado de la enorme importancia de un cuidadoso uso del lenguaje en el entorno de la discapacidad y, así, ya la LPPD lleva por rúbrica *“Protección patrimonial de las personas con discapacidad”* (no *“discapacitadas”*), y en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de

1091 A título de ejemplo, el legislador constituyente utilizó en el art. 49 la palabra *“disminuidos”* y en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (conocida como LISMI) se inclinó por *“minusválidos”*.

Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia¹⁰⁹², en su Disposición Adicional 8ª, establece que las referencias contenidas en los textos normativos a los “*minusválidos*” y a las “*personas con minusvalía*”, se entenderán realizadas a “*personas con discapacidad*”, y que dicho término será el utilizado para denominarlas en las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas.

Se trata, sin duda, de un importantísimo avance del cual debemos felicitarlos.

2. DISCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN

La LPPD contempla diversas herramientas jurídicas que el Derecho civil proporciona para proteger a la persona con discapacidad, si bien lo hace con escasa claridad, puesto que algunas de ellas están previstas para cualquier persona (siendo la LPPD sólo la ocasión para tipificarlas legalmente), otras son aplicables a la persona con discapacidad, con independencia de que haya sido o no declarada judicialmente incapacitada, incapacitación que, en cambio, es presupuesto necesario para otras medidas negociales previstas en la Ley.

En consecuencia, podemos encontrarnos personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, personas con discapacidad no declaradas judicialmente incapaces e incapacitados judicialmente que pueden haber tramitado la declaración de discapacidad o minusvalía administrativa o no, al no alcanzar el grado suficiente para ello pero sí en cambio padecer una enfermedad persistente que les impide autogobernarse. Así:

1092 BOE núm. 299, de 15 de diciembre.

- Discapacidad+no incapacitación judicial (se presume su plena capacidad de obrar).
- Discapacidad+incapacitación judicial.
- Incapacitación judicial+no discapacidad.
- Incapacitación judicial+discapacidad.

Ello crea cierta confusión que aquí, en lo posible, pretendemos evitar con la ayuda del siguiente cuadro:

	Capacidad	Discapacidad* *certificado administrativo o resolución judicial	Incapacitación judicial* *sentencia firme
<i>Autotutela</i>	X* *si bien, en previsión de una incapacitación judicial		
<i>Mandato preventivo</i>	X* *si bien, en previsión de una incapacidad (judicial o no) sobrevvenida		
<i>Alimentos</i>	X		
<i>Patrimonio protegido</i>		X	
<i>Sustitución fideicomisaria</i>			X
<i>Indignidad</i>		X	
<i>Legado legal de derecho de habitación sobre la vivienda habitual</i>		X	
<i>Reducción del legado de finca que no admite cómoda división</i>	X		
<i>Facultad del cónyuge para mejorar</i>	X		
<i>Gastos no colacionables</i>		X	

Como puede comprobarse, algunas de las medidas ofrecidas por la LPPD requieren, únicamente, que la persona tenga una discapacidad, que, a efectos de la Ley, sólo lo es la afectada por una minusvalía (sin que se establezca ningún requisito legal en cuanto al tiempo de duración de ésta):

1. psíquica igual o superior al 33%.
2. física o sensorial igual o superior al 65%.

Podría decirse que el gran mérito del legislador ha sido introducir, por vez primera, en el Derecho civil el término *discapacidad* (debidamente acreditada), el cual, colocándose junto al único existente hasta el momento, *incapacitación judicial*, va a producir efectos civiles de gran trascendencia.

Sin embargo, se echa de menos, desde el punto de vista técnico, una redacción rigurosamente elaborada, razón por la cual las numerosas imprecisiones del legislador nos provocan dudas e interrogantes.

3. LA TRASCENDENCIA CIVIL DE LA ACREDITACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA MINUSVALÍA

De la segunda columna del cuadro superior puede fácilmente vislumbrarse que varias de las medidas patrimoniales previstas en la LPPD requieren, tan sólo, que la persona a las que va destinada acredite, debidamente, tener una discapacidad.

Por consiguiente, no es preciso que en la persona concurren las causas de incapacitación previstas en el art. 200 C.c., ni tampoco haber sido declarada judicialmente incapacitada, de modo que puede tratarse tanto de una persona con discapacidad incapacitada judicialmente o no.

Sí, en cambio, debe ser suficientemente acreditado el grado de minusvalía legalmente establecido, a tenor del art. 2.3 de la LPPD, a través de certificado reglamentario o resolución judicial firme.

Conforme a dicho precepto, basta con la “incapacitación administrativa”, esto es, con acreditar suficientemente el grado de minusvalía exigido *ex lege*, a través de certificado reglamentario expedido por la Administración Pública correspondiente¹⁰⁹³.

De este modo, la LPPD ha dado entrada en el Derecho civil a un término propio del Derecho Administrativo, “*minusvalía*”, y, conforme a ello, una valoración exclusivamente administrativa de carácter técnico¹⁰⁹⁴ va a conllevar importantes efectos civiles¹⁰⁹⁵, entre los cuales, el que nos resulta más llamativo es la

1093 V. RD. 1971/1999, de 23 de diciembre sobre el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (BOE núm. 22, de 26 de enero de 2000), posteriormente modificado por el RD. 1169/2003, de 12 de septiembre (BOE núm. 238, de 4 de octubre) y por la Disp. Fin. 3ª del RD. 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad (BOE núm. 45, de 21 de febrero). Para un estudio pormenorizado, vid. SALAZAR MURILLO, J.: “Reconocimiento legal de la discapacidad”, en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I, *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J.L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, págs. 735-777.

1094 Concretamente, la resolución de la solicitud se funda en el reconocimiento por un Equipo de Valoración y Orientación (más conocido como EVO) del Centro Base correspondiente, el cual está formado por un médico, un psicólogo y un trabajador social y en la emisión de un dictamen técnico-facultativo en el que se expresa el porcentaje de la minusvalía mediante la aplicación de baremos contemplados en el RD. 1971/1999, concretamente en el Anexo I.

1095 Con anterioridad a la LPPD, la obtención del certificado administrativo de minusvalía era útil, exclusivamente, para acceder la persona y/o sus familiares a un amplio abanico de ayudas y beneficios sociales y económicos relativos a los programas y servicios de salud, educación, empleo, ocio, adquisición y adaptación de la vivienda, transporte, atención personal, prestaciones económicas (ej. pensiones no contributivas de jubilación e invalidez —con el 65% de minusvalía— y prestación familiar por hijo

atribución automática de la condición de representante legal a un tercero a quien se designe en el documento público constitutivo del patrimonio protegido administrador del mismo, sin que, como estamos acostumbrados (vgr. para la designación del tutor, del defensor judicial o el del representante del ausente), exista intervención judicial alguna en su nombramiento, lo que es, cuanto menos, insólito.

Así lo establece, con absoluta claridad, el art. 5.7 de la LPPD, referido a la administración del patrimonio protegido:

“7. El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia”.

Y en lógica concordancia con dicho precepto, el art. 8 (en su nueva redacción dada por la Ley 1/2009, de 25 de marzo), establece:

“1. La representación legal a la que se refiere el artículo 5.7 de esta Ley se hará constar en el Registro Civil, en la forma determinada por su Ley reguladora”.

De este modo, cualquier persona (una o varias), física o jurídica (pues nada se especifica en la Ley) distinta al beneficiario y de quien ostente su guarda legal en su caso¹⁰⁹⁶, que sea nombrada en el documento público constitutivo del patrimonio protegido

a cargo) y deducciones y exenciones fiscales (ej. deducciones en el IRPF y exención del Impuesto de matriculación y circulación en la compra de vehículos).

¹⁰⁹⁶ Según dispone el art. 3.2. *in fine* de la LPPD: *“El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido”.*

administradora del mismo, adquiere automáticamente la condición de representante legal (por tanto, se trata de sustitución y no de mera asistencia del titular del patrimonio), parcialmente equiparada a la del tutor en el art. 5 LPPD, pero, a diferencia de éste, sin haber sido designado judicialmente como tal¹⁰⁹⁷ y encontrando las normas de su actuación en un documento público notarial y no en la Ley, lo que, realmente, se asemeja más a un representante voluntario que a uno legal¹⁰⁹⁸.

Repárese en que la gestión del administrador, en el marco del patrimonio protegido, es completamente autónoma e independiente, pues, tal y como establece el legislador en el art. 5.7 *in fine*, “no requerirá el concurso de los padres o el tutor para su validez y eficacia”. Sí deberá contar con la preceptiva autorización judicial de los arts. 271 y 272 C.c. (más o menos suavizada *ex* art. 5.3 LPPD), pero sólo cuando el constituyente del patrimonio protegido sea una persona diferente al propio beneficiario, pues si éste, con capacidad de obrar suficiente, es quien lo constituye, tiene entera libertad para establecer en el documento constitutivo las reglas de administración que desee, sin que la Ley exija, en tal caso, recabar autorización judicial alguna para realizar determinados actos de administración¹⁰⁹⁹.

1097 Sí, en cambio, es nombrado judicialmente (interviniendo en el procedimiento sumario el Ministerio Fiscal) el “*amministratore di sostegno*” de la Ley italiana 6/2004, de 9 de enero (*Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all’istituzione dell’amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizioni e di inabilitazione, nonche’ relative norme di attuazione, di coordinamento e finali*), figura ésta con la que encontramos ciertas similitudes.

1098 Precisión que, con gran acierto, realiza PEREÑA VICENTE, M.: *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil*, Madrid, 2006, pág. 96.

1099 Al respecto, PEREÑA VICENTE: *Op. Cit.*, págs. 84-85, se plantea qué suce-

Sin salir de nuestro asombro, nos planteamos la cuestión de por qué el legislador no se ha limitado a permitir el nombramiento de un administrador del patrimonio protegido sin llegar más allá, contemplando la fiscalización y control directos de sus actuaciones por parte del propio beneficiario-constituyente con capacidad de obrar suficiente o de sus padres o tutor en su caso (ello sólo es posible si se ha previsto así expresamente en el documento constitutivo), como un simple supuesto de representación voluntaria. Teniéndose en cuenta que la administración ha de entenderse en sentido amplio, incluyendo, por consiguiente, los meros actos de conservación y administración así como los actos de disposición¹¹⁰⁰ y gravamen¹¹⁰¹, ¿qué ha llevado al legislador a dar un paso tan arriesgado creando, incluso, un nuevo supuesto de representación legal? Si pretendía atribuirle la condición de representante legal, ¿por qué no ha previsto su designación en un procedimiento judicial con intervención del Ministerio fiscal?

dería si el beneficiario-constituyente, con posterioridad, perdiese la capacidad de obrar, en cuyo caso, el administrador, pese a la incapacitación de aquél, seguiría sin precisar la preceptiva autorización judicial. En tal caso, la autora encuentra semejanza entre dicho supuesto y el mandato preventivo, considerando aplicable el art. 1732 C.c.

1100 Dada la disparidad de criterios detectados en la práctica en cuanto a qué se entiende por “actos de disposición” de determinados bienes integrantes del patrimonio, la Ley 1/2009, de 25 de marzo, recién aprobada, introduce un nuevo párrafo en el art. 5.2 de la Ley con la siguiente redacción: “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.”.

1101 Así lo precisan, DÍAZ ALABART, S./ÁLVAREZ MORENO, M^a. T.: *La protección jurídica de las personas con discapacidad: (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Ibermutuamur y Associació Catalana Naibu, 2004, en http://www.ibermutuamur.es/ibertalleres/web_juridica/inicial.htm., tomando como base la propia Exposición de Motivos de la Ley.

Conforme a lo dispuesto por la LPPD, si la persona con discapacidad no está incapacitada judicialmente y, por tanto, se presume su plena capacidad de obrar, o bien está incapacitada pero la sentencia le permite administrar su patrimonio por sí sola o con el complemento de un curador, desde que se nombre documentalmente al administrador de su patrimonio protegido perderá *ope legis* (salvo lo que, al respecto, se hubiera reservado explícitamente en el documento constitutivo) y de manera irrevocable sus facultades de administración (tanto ordinaria como extraordinaria) sobre el mismo, pasando ésta a ser competencia exclusiva de su nuevo representante legal, quien, para su actuación, no debe siquiera contar con la voluntad del beneficiario¹¹⁰². Estaríamos ante un extraño supuesto de persona con plena capacidad de obrar con representante legal (si bien su actuación representativa se circunscribe, exclusivamente, al ámbito del patrimonio protegido)¹¹⁰³, y todo ello, recuérdese, por imperativo legal como consecuencia derivada de la mera obtención de un certificado administrativo (no judicial) de minusvalía.

1102 A lo que sí obliga el art. 410 del *Codice civile*.

1103 Para PEREÑA VICENTE: *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil*, cit., pág. 97, “no es posible admitir que si una persona mayor de edad, con plena capacidad de obrar, decide nombrar un administrador de una parte de su patrimonio que ha aislado y dotado de un régimen específico de administración quede privado de la posibilidad de revocar ese poder si no se ha reservado expresamente dicha facultad. Sería algo así como una suerte de mandato irrevocable, con todos los problemas que éste plantea. Por todo ello, entendemos que, a pesar de la literalidad de este precepto, el administrador no tendrá la consideración de representante legal cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar”. En defensa del legislador, la autora considera que éste, a la hora de redactar el art. 5 de la Ley, tan sólo tuvo presente a la persona con discapacidad incapacitada judicialmente, “olvidándose de la posibilidad de que a pesar de que el discapacitado tenga capacidad, puede constituir el patrimonio pero no quiere administrar el patrimonio, es decir, decide nombrar un administrador” —pág. 98—.

Entendemos y compartimos que la Ley pretenda crear la figura jurídica del administrador con el fin de proteger especialmente el patrimonio protegido de la persona con discapacidad y sin necesidad de recurrir a su incapacitación judicial, pero ello ha de lograrlo con fórmulas e instrumentos tuitivos que limiten, lo menos posible, su capacidad de obrar y sobre los cuales, además, se adopten las necesarias cautelas y garantías.

Podemos encontrarnos también el supuesto de una persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio sujeta a una institución de guarda legal (llamémosla “tradicional”), de modo que tendrá dos representantes legales, uno para la gestión del patrimonio protegido y otro para la del patrimonio personal de la persona con discapacidad (por tanto, no se trata ni de la concurrencia de un tutor y un administrador como se prevé en el art. 227 C.c., ni de la tutela dual del art. 236 C.c.)¹¹⁰⁴. Sus actuaciones son completamente separadas e independientes, pero lo cierto es que, dado el silencio legal al respecto, existe una evidente comunicación de responsabilidad por deudas entre ambos patrimonios *ex art.* 1911 C.c.¹¹⁰⁵, el protegido y el personal, lo que conlleva que la administración de un patrimonio pueda repercutir perjudicialmente en el otro, lo cual obligaría, según creemos, a que se contemplara legalmente una actuación coordinada y conjunta de ambos, en aras de la protección de los intereses de la persona con discapacidad.

1104 Así lo ponen de relieve DÍAZ ALABART/ÁLVAREZ MORENO: *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, cit., http://www.ibermutuamur.es/ibertalleres/web_juridica/inicial.htm.

1105 Rotunda se muestra, al respecto, MORETÓN SANZ, M^a F.: “Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal”, en *RCDI*, núm. 687, 2005, pág. 77.

Siendo ello así, la pregunta que nos surge de inmediato es: ¿quién controla directamente la prudencia, transparencia y buen hacer de este nuevo representante legal que es el administrador del patrimonio protegido?

Pues únicamente el Ministerio fiscal, a tenor de lo dispuesto por el art. 7.2 LPPD: *“Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio o sus padres, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente”*.

Por tanto, ante cualquier discrepancia o irregularidad en relación a la gestión del patrimonio protegido por parte del administrador, quien lo designó en el documento constitutivo del patrimonio lo único que puede hacer es ponerlo en conocimiento y manos del Ministerio Fiscal.

4. DUDAS ACERCA DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA DISCAPACIDAD

El art. 2.3 de la LPPD establece que el grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o *“por resolución judicial firme”*.

De entrada, es curioso que el tenor de dicho precepto difiera del que presenta el art. 1.2, *in fine* de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (más conocida como LIONDAU)¹¹⁰⁶, según el cual *“la acreditación del*

1106 BOE núm. 289, de 3 de diciembre.

grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá valor en todo el territorio nacional”¹¹⁰⁷.

No alcanzamos muy bien a comprender la alusión del art. 2.3 LPPD a la determinación judicial del grado de minusvalía, puesto que no se sabe de qué orden jurisdiccional debe provenir dicha resolución, si de lo social —en vía de impugnación de una previa reclamación administrativa de minusvalía—¹¹⁰⁸, o de lo civil —si el juez que conoce de un procedimiento de incapacitación judicial tiene competencia para reconocer y graduar la discapacidad del demandado—.

Consideramos que el legislador debió haber precisado más, puesto que, con su parquedad, ha contribuido a dar mayor confusión, si cabe, a la ya existente con anterioridad a la promulgación de la LPPD, sobre todo, teniéndose en cuenta que dicha Ley ha asociado al grado de minusvalía efectos civiles.

Realizando una búsqueda jurisprudencial, detectamos que son numerosos los casos judiciales motivados por la pretensión del demandante de obtener la declaración de minusvalía como consecuencia inexorable del reconocimiento previo de incapacidad total permanente para su profesión habitual, pese a que la declaración de incapacidad permanente total y la de minusvalía son cuestiones distintas.

1107 El desarrollo reglamentario de la LIONDAU lo lleva a cabo el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre (BOE núm. 3000, de 16 de diciembre), cuyo art. 2, dedicado a regular la acreditación del grado de minusvalía, no menciona, en ningún momento, la resolución judicial.

1108 Para un estudio exhaustivo, vid. LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Criterios judiciales sobre la determinación del grado de minusvalía”, en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, págs. 779-810.

Así, el Juzgado de lo social núm. 4 de Madrid, en su Sentencia de 8 de marzo de 2001¹¹⁰⁹, en cuyo pleito el demandante, tras ser declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, conductor de autobuses, solicitó el reconocimiento de la condición de minusválido, siéndole denegada por Resolución de la Dirección General de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid al presentar un grado de minusvalía del 5% por pérdida de agudeza visual binocular leve por trastorno de refracción y acomodación de etiología idiopática, que no superaba el 33% para el reconocimiento de la condición de minusválido y, tras agotar la vía administrativa, recurre a la judicial, declara en su FJ 2º no acoger la pretensión del actor por las siguientes razones:

“1ª. La calificación del grado de minusvalía responde a criterios específicos, diferenciados de los aplicables en la valoración de la incapacidad permanente en su modalidad contributiva.

De conformidad con el artículo 4.1 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, la calificación del grado de minusvalía responde a criterios técnicos unificados, siendo objeto de valoración tanto las discapacidades que presente la persona —al margen de su incidencia en su capacidad para su trabajo habitual o para cualquier tipo de trabajo—, como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social.

Por su parte, y a tenor de lo previsto en los artículos 136.1, 137 y 143 de la Ley General de la Seguridad Social, 3.1 a) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio y 10.1 de la Orden de 18 de enero de 1996 la calificación de la incapacidad permanente en su modalidad contributiva

1109 AS\2001\1103.

se realiza teniendo en cuenta la incidencia de las lesiones o enfermedades que presenta el trabajador en su capacidad para desarrollar un determinado trabajo o todo tipo de actividad laboral.

2ª En consecuencia, y como dispone el artículo 4.2 del Real Decreto 1971/1999, la calificación del grado de minusvalía es independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas.

3ª Ni el Real Decreto 1971/1999 ni la Orden 710/2000, de 8 de mayo, de la Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, contemplan la homologación de los distintos grados de incapacidad permanente a un determinado grado de minusvalía con independencia del resultado de la aplicación de los baremos establecidos en el Real Decreto.

4ª La pretensión carece de fundamento legal, pugna con la configuración del grado de minusvalía en el RD 1971/1999, y consagraría situaciones de desigualdad carentes de justificación objetiva, en contra de lo previsto en el artículo 1 «in fine» de la citada norma, al posibilitar que personas, como el actor, 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 servicios establecidos en favor de las personas que realmente acreditan el grado de minusvalía del 33%.

El demandante, en su condición de incapacitado permanente total tiene los derechos que le reconoce el ordenamiento jurídico como consecuencia de dicha situación —como los que a efectos fiscales se contemplan en el artículo 67 del RD 214/1999, de 5 de febrero— pero tal condición carece de incidencia en la determinación del grado de minusvalía, que debe fijarse en atención a los baremos establecidos en el RD 1971/1999, cuya aplicación no vulnera el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras restrictivas de derechos fundamen-

tales, pues el actor formuló su solicitud el 29 de mayo de 2000, en fecha en que se encontraba en vigor la citada norma”.

Con la misma pretensión pero con un iter judicial distinto, como enseguida veremos, nos encontramos con el caso enjuiciado por la STSJ de Castilla y León (Sala de lo social), de 14 de octubre de 2004¹¹¹⁰.

La demandante fue declarada en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de enfermedad profesional (en concreto, asma profesional por inhalación de penicilium), tras lo cual solicitó la declaración de minusvalía en un grado al menos del 33%, que le fue denegada.

Tras agotar la vía administrativa, interpone demanda sobre reconocimiento de grado de minusvalía y, sorprendentemente, el Juzgado de lo Social la estima parcialmente, en el convencimiento de que existe una absoluta equiparación entre incapacidad permanente total y el reconocimiento de un grado de minusvalía igual o superior al 33%, declarando, en consecuencia, a la actora afecta de una minusvalía del 33%.

La demandada, la Gerencia de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León, interpone recurso de suplicación sobre la base de no existir una declaración genérica de minusvalía para los trabajadores afectos de incapacidad permanente.

En concreto, la cuestión controvertida en el litigio giró en torno a la interpretación del art. 1. 2 de la ya citada LIONDAU, conforme al cual *“A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%. En todo caso, se con-*

1110 JUR\2005\74491.

siderarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33% 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”.

El TSJ de Castilla y León, estimando el recurso, aclara la confusión en su Sentencia:

“Tanto la demanda como la sentencia parten de una consideración parcial de la norma (...). Ciertamente la interpretación aislada e individualizada del párrafo inicial lleva a la interpretación patrocinada por la demandante y acogida en la sentencia de instancia pero no cabe llegar a la misma conclusión si atendemos, como debe ser, al precepto en su conjunto, cuyo objeto es delimitar el concepto de personas discapacitadas “a los efectos de la Ley”, es decir, a los efectos exclusivos y en el ámbito específico de la misma, que se concreta en las medidas de fomento, defensa e igualdad de oportunidades que establece. Sólo para estas medidas se dispone la equiparación referida y sólo por considerarlas como personas con discapacidad y no por el hecho de ser minusválidas. Ello implica que la equivalencia entre incapacidad permanente total y el reconocimiento de un grado de minusvalía igual o superior al 33% queda limitada para los casos dispuestos en la Ley 51/03 y no con un afán de generalidad, que extendería tal efecto a cualesquiera otros ajenos a dicho texto (fiscales, laborales, etc.) que la Ley no contempla, por lo que ni es precisa una declaración de minusvalía ya que se trata de un efecto automático ex lege derivado de la declaración de incapacidad permanente total, ni procede realizar tal declaración de minusvalía en el procedimiento administrativo derivado del RD 1971/1999, cuyo único objeto es determinar el grado de minusvalía del interesado en función de los criterios establecidos en el Anexo I, independientes de eventuales reconocimientos de invalidez

y del grado de la misma. En este sentido debe indicarse que el único objeto de la norma interpretada es, como resulta de la Exposición de Motivos, definir quienes son los titulares de los derechos reconocidos en la Ley, que no agotan todos los que genera la minusvalía y, por tanto, no tiene el alcance ni la intención de generalidad que le atribuye la sentencia recurrida que, por tanto, debe ser revocada”.

Lo curioso es que no ha sido este caso el único en el cual un Juzgado Social ha llevado a cabo una exégesis parcial del art. 1.2 de la LIONDAU.

De idéntico modo, STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 14 de diciembre de 2006¹¹¹¹, el actor, a quien se le había reconocido el grado de minusvalía en la vía administrativa del 16% cuya valoración no discutía, pretendía se le reconociese el grado de minusvalía igual o superior al 33% por el sólo hecho de tener concedida una incapacidad permanente total, alegando, para ello, vulneración del art. 1.2 de la LIONDAU, demanda que fue estimada por la sentencia de instancia. Sin embargo, como se encarga de aclarar el TSJ, la equiparación prevista en el precepto que se dice infringido no supone una nueva vía para acceder al grado de minusvalía por estar vigente la Ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos que en su art. 7.2 establece que el grado de minusvalía debe reconocerse por la administración y conforme a los baremos previstos en el Real Decreto 1971/1999.

Con posterioridad, insisten en la no equiparación automática ni absoluta de la situación de incapacidad permanente total con la minusvalía del 33% conforme a una interpretación literal del citado precepto, entre otras, las SSTSJ de Asturias (Sala de lo

1111 JUR 2007\113063.

Social), de 3 de noviembre de 2006¹¹¹² y 4 de mayo de 2007¹¹¹³, 6 de julio¹¹¹⁴ y 23 de noviembre del mismo año¹¹¹⁵; la STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2006¹¹¹⁶; la del TSJ de Navarra de 20 de junio de 2006¹¹¹⁷; la del TSJ de Castilla y León de 28 de marzo de 2007¹¹¹⁸; las del TSJ de Murcia de 22 de octubre y 26 de noviembre de 2007¹¹¹⁹, de 23 de enero de 2008¹¹²⁰.

Criterio radicalmente opuesto, esto es, a favor del reconocimiento automático del grado de minusvalía por aplicación del art. 1.2 LIONDAU¹¹²¹, es el mantenido por las SSTSJ del País Vasco de 25 de abril, 16 de mayo y 27 de junio de 2006¹¹²² y por las del TSJ de Extremadura de 28 de febrero de 2005¹¹²³, 21 de diciembre de 2006¹¹²⁴ y 12 de marzo y 12 de junio de 2007¹¹²⁵.

Precisamente, contra este último fallo, se interpone recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los arts. 216 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral, en el cual se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada

1112 RJ 2007\2143.

1113 AS 2007\2094.

1114 AS 2007\2832.

1115 AS 2008\684.

1116 AS 2007\266.

1117 AS 2006\2374.

1118 AS 2007\2089.

1119 JUR 2008\84327 y 479042, respectivamente.

1120 JUR 2008\124833.

1121 V. VALDÉS ALONSO, A.: "Minusvalía e incapacidad: sobre la automaticidad del reconocimiento de minusvalía al incapacitado permanente total", en *Relaciones Laborales: Revista crítica de Teoría y Práctica*, núm. 1, 2008, págs. 543-547.

1122 AS 2006\2023 y AS 2007\774 y 1003, respectivamente.

1123 JUR 2005, 90828.

1124 AS 2007\338.

1125 AS 2007\2145 y JUR 2007\286147.

por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007¹¹²⁶, así como infracción del art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 3 de diciembre de 2003.

La Sala de lo Social del TS, en su reciente Sentencia de 29 de septiembre de 2008¹¹²⁷, se ha pronunciado al respecto, zanjando, finalmente, la cuestión con las siguientes palabras:

“Existe la contradicción que se alega y el recurso debe ser estimado, como propone el Ministerio Fiscal, porque la pretensión impugnatoria se ajusta a la doctrina ya unificada por la sentencia de contraste y por otras resoluciones posteriores entre las que pueden citarse las de 29 de mayo, 5 de junio y 6 de noviembre de 2007. En estas sentencias se establece que la equiparación que se contiene en el número 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, que considera afectados en grado igual o superior al 33% a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, no puede desvincularse del ámbito que fija ese mismo precepto. Por ello, esa equiparación se limita únicamente “a los efectos de esta Ley” y no a todos los efectos previstos en la Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos (LISM), 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

1126 RJ 2007\3539.

1127 JUR 2008\351489.

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. En definitiva, como se dijo en aquellas sentencias, no se pueden confundir los dos planos legales, por lo que no es posible derivar de la indicada previsión legal la equiparación automática de un 33% de minusvalía que el demandante pretende le sea reconocida por el hecho de haber sido declarado incapaz permanente total para su profesión habitual” (FJ 2º).

Resuelta, pues, la polémica, y dada la irrupción *ex lege* del término administrativo “minusvalía” en el Derecho civil, cabría la pregunta de si tiene el juez civil competencia para determinar el grado de minusvalía.

La cuestión se nos plantea al representarnos el supuesto de un Juez de Primera Instancia que conozca la incapacitación judicial de una persona que no ha realizado los trámites oportunos para obtener el certificado administrativo de minusvalía y ordene, de oficio, la constitución de un patrimonio protegido a favor del incapacitado¹¹²⁸, lo que no podría llevarse a cabo por no reunir el requisito de minusvalía contemplado en el art. 2.2. ¿Podría, en tal caso, quedar determinado el grado de minusvalía exigido por la LPPD en la sentencia civil de incapacitación?¹¹²⁹.

1128 Si bien es cierto que la LPPD no contempla la legitimación del juez para constituir directamente (sí indirectamente, ante la negativa injustificada de los padres o tutor de constituirlo, a instancias de un tercero) el patrimonio protegido, creemos que no habría inconveniente alguno para ello, aunque, para disipar cualquier duda al respecto, debería incluirse explícitamente en el art. 3 de la Ley entre las personas legitimadas para la constitución directa del patrimonio protegido.

1129 Téngase en cuenta que la aplicación de baremos no es desconocida para el juez civil, que los aplica en materia de responsabilidad civil en el ámbito de la circulación de vehículos a motor.

Considerando la finalidad del procedimiento judicial de incapacitación, nos inclináramos por una respuesta negativa¹¹³⁰.

No obstante, en aras de la protección del interés de la persona declarada judicialmente incapaz pero sin discapacidad administrativamente acreditada, quien, tras la sentencia de incapacitación, debería iniciar los trámites previstos en el RD. 1971/1999, de 23 de diciembre para obtener el reconocimiento formal de su minusvalía¹¹³¹ (los cuales pueden durar, dependiendo de la Co-

1130 En línea con GALLEGO DOMÍNGUEZ: “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”, cit., pág. 126.

1131 En opinión de DÍAZ ALABART/ÁLVAREZ MORENO: *La protección jurídica de las personas con discapacidad: (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, cit., http://www.ibermutuamur.es/ibertalleres/web_juridica/inicial.htm., ello no sería necesario, puesto que consideran que “no presenta ningún problema que a los incapacitados judicialmente se les considere “discapacitados” en el sentido de la LPPD (independientemente de que tengan o carezcan de la certificación administrativa de minusvalía), y por tanto puedan ser titulares y beneficiarios de un patrimonio protegido, separado del personal”. Ambas autoras añaden: “el mero hecho de declarar las limitaciones de capacidad (mayores o menores) de una persona y la necesidad de someterla a una institución de guarda (tutela, patria potestad prorrogada o rehabilitada, o curatela) debe ser considerado como requisito suficiente para estimar que el incapacitado es un discapacitado que puede beneficiarse de la constitución de un patrimonio protegido.

Llama la atención que la LPPD no haya hecho referencia alguna a la equiparación entre incapacitación judicial y discapacidad, al igual que dispone la LIRPF. A pesar de dicho silencio, como ya hemos señalado con anterioridad, todo incapacitado es un discapacitado, (pero no viceversa), por lo que podrá ser beneficiario de la protección patrimonial que otorga esta Ley”.

En nuestra opinión, compartimos la opinión de las autoras acerca de la equiparación entre incapacitación judicial y discapacidad a efectos de la LPPD. Lo contrario llevaría al absurdo de que la nueva causa de indignidad prevista por la LPPD e introducida en el art. 756.7 C.c., por la cual se impide que puedan heredar a una persona con discapacidad (por tanto, no necesariamente incapacitado judicialmente) los parientes que no le hayan prestado las atenciones debidas durante su vida, implicaría que negarle atenciones debidas a una persona declarada judicialmente incapaz sin certificado administrativo de discapacidad no es causa de indignidad sucesoria, como si el incapacitado judicialmente

munidad Autónoma de que se trate, de 3 a 6 meses), no vemos obstáculo insalvable que impida que, concurriendo las circunstancias para ello y excepcionalmente (no, por tanto, como regla general), el grado de minusvalía resulte concretado en la sentencia que lo declare incapaz, si bien estamos convencidos de que no estaba pensando justamente en la jurisdicción civil el legislador cuando redactó el párrafo 1º del art. 2 de la LPPD.

fuera de peor condición que la persona que tiene una discapacidad y no ha sido sometida a un procedimiento judicial de incapacitación.

