

COLECCIÓN CIVIL

Director: *Xavier O'Callaghan Muñoz*

LA LEY Derecho de familia

REVISTA JURÍDICA SOBRE FAMILIA Y MENORES

Edición electrónica:
<http://laleyfamilia.laley.es>

NÚMERO 2

ABRIL DE 2014

A FONDO

« Los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad »

ESTUDIOS DE JURISPRUDENCIA

« Diversos intereses confluyentes en el ejercicio de la acción de divorcio por los tutores »

LISTAS DE COMPROBACIÓN

« Instrumentos de protección en previsión de una pérdida progresiva de la capacidad »



MONOGRÁFICO
« Protección jurídica de personas vulnerables »



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

LA LEY Derecho de familia tiene como objetivo aunar trimestralmente Estudios monográficos sobre temas relevantes de la materia objeto de análisis y como consecuencia de la combinación que se fomenta entre profesionales del Derecho y el ámbito académico, formular conclusiones que sirvan para el mejor entendimiento de la normativa existente, la doctrina imperante y la jurisprudencia aplicable. El público al que se dirige es amplio, dado el perfil de la revista, y comprende tanto a los profesionales del Derecho como al ámbito universitario.

LA LEY Derecho de familia

DIRECTOR

Xavier O'Callaghan Muñoz

CONSEJO EDITORIAL (por orden alfabético)

José Enrique Cachón Blanco (Notario. Madrid)
Silvia Díaz Alabart (Catedrática de Derecho Civil UCM)
Javier Fernández Costales (Catedrático de Derecho Civil. Universidad de León)
María Paz García Rubio (Catedrática de Derecho Civil. Santiago de Compostela)
Ramón Herrera Campos (Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Almería)
Juan Antonio Xiol Rius (Magistrado del Tribunal Constitucional)

CONSEJO ESPECIALIZADO (Por orden alfabético)

María Mercedes Alberruche Díaz-Flores (Profesora de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos)
Ana Isabel Berrocal Lanzarot (Profesora de Derecho Civil. Universidad Complutense. Madrid)
Carmen Callejo Rodríguez (Profesora de Derecho Civil. Universidad Complutense. Madrid)
Jesús Flores Rodríguez (Profesor de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid)
Eva María Martín Azcano (Profesora de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos Madrid)
Jesús A. Messía de la Cerda Ballesteros (Profesor de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid)

REDACCIÓN EDITORIAL

Directora de publicaciones: Marta Tovar (martatovar@wke.es)
Redactora: Marian Ameal Suárez (aameal@wke.es)
Jefa de publicaciones: Chelo Canseco Dean (ccanseco@wke.es)
Redactora: Ana Gómez Megías (amgomez@wke.es)
Redactora: Pilar Muñoz Mendo (pmmendo@wke.es)

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Wolters Kluwer España, S.A., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones.

El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Los artículos publicados en esta revista son sometidos a un sistema de arbitraje externo.

Edición electrónica: <http://laleyfamilia.laley.es>

© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ISSN: 2341-0566

Diseño, Preimpresión e Impresión por Wolters Kluwer España, S.A.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP) no sujeta a control obligatorio de difusión por ser la presencia de publicidad inferior al 10 por 100 de la paginación total.

APP

ASOCIACION DE PRENSA PROFESIONAL

	 Edición: C/ Collado Mediano, 9 28231 Las Rozas (Madrid) Tel.: 902 250 500 Fax: 902 250 502 http://www.laley.es
---	---

A FONDO

Los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad	2
<i>Ángel Luis Campo Izquierdo</i>	
La incapacitación como procedimiento necesario en la defensa de nuestros mayores.....	8
<i>Gloria Díaz Pardo</i>	
La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas	23
<i>Ana Isabel Berrocal Lanzarot</i>	
La hipoteca inversa como instrumento de protección de las personas dependientes	41
<i>María Rosario Martín Briceño</i>	
La protección del discapacitado en el ámbito de la propiedad horizontal.....	55
<i>Vicente Magro Servet</i>	
Prodigalidad y protección de los hijos menores en el ámbito patrimonial.....	63
<i>Teresa Echevarría De Rada</i>	

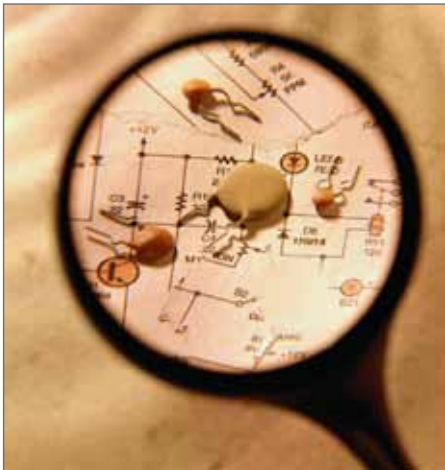
ESTUDIOS DE JURISPRUDENCIA

De nuevo sobre la incapacitación judicial y la adecuación de los regímenes de guarda tradicionales	76
<i>Eva María Martín Azcano</i>	
Diversos intereses confluyentes en el ejercicio de la acción de divorcio por los tutores	85
<i>María Núñez Núñez</i>	
El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de las personas discapacitadas	92
<i>Mercedes Alberruche Díaz-Flores</i>	
La no discriminación a trabajadores no discapacitados al cuidado de una persona con discapacidad en la jurisprudencia del TJUE	102
<i>Vicente Magro Servet</i>	
Remoción improcedente del tutor del incapacitado por rendición extemporánea de cuentas.....	108
<i>Jesús Flores Rodríguez</i>	
La figura de la incapacitación a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad	115
<i>M.ª del Carmen Cazorla González-Serrano</i>	

PRÁCTICA PROFESIONAL. LISTAS DE COMPROBACIÓN

Instrumentos de protección en previsión de una pérdida progresiva de la capacidad	124
<i>Ana Isabel Berrocal Lanzarot; Carmen Callejo Rodríguez</i>	
El nombramiento de defensor judicial	129
<i>Soraya Callejo Carrión</i>	
Procesos relativos a la capacidad de las personas	130
<i>Mercedes de Prada Rodríguez</i>	

En la página web (<http://revistas.laley.es>) podrá acceder a los contenidos completos de aquellos documentos reseñados en las distintas secciones.



Los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad

ÁNGEL LUIS CAMPO IZQUIERDO

Magistrado de Familia, Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Gijón



FICHA TÉCNICA

«Judicial proceedings on capacity in light of the New York Convention on the rights of persons with disabilities»

Resumen: La Convención de Nueva York va teniendo poco a poco entrada y reflejo en nuestro ordenamiento jurídico, como se ve en el reciente RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Ya va siendo hora de que se realice la modificación y adaptación del Código Civil y la LEC a la misma. Se nos vuelven a poner de relieve los principios que deben regir la actuación de los operadores jurídicos, sociales y sanitarios cuando tratamos el tema de la discapacidad, que ya desde hace años y de forma reiterativa ha puesto sobre el tapete el TS. Ya no se debe hablar de incapacidades y/o incapaces, sino de personas con cierta discapacidad que precisan de determinados apoyos para poder ejercer en plenitud su capacidad. Estos apoyos pueden ser temporales o duraderos en el tiempo, de mayor o menor intensidad, pero procurando siempre en la medida de lo posible que con ello no se sustituya la voluntad y actuación de la persona con discapacidad, sino que se trabaje al lado de ellos y en su beneficio.

Palabras claves: discapacidad, igualdad, derechos humanos, accesibilidad, independencia, sensibilización, dignidad.

Abstract: Gradually the New York Convention is starting to enter and form part of our legal system, as may be seen in the recent Royal Legislative Decree 1/2013 of 29 November. Amendment and adaptation of the Civil Code and Civil Procedure Act to comply with the said Convention are now overdue. Once again the principles that ought to govern the activities of the legal, social, and healthcare institutions when dealing with the issue of disability have been highlighted, and the Supreme Court has raised this issue for some years now on repeated occasions. It is no longer disabilities and/or handicaps that are to be addressed, but persons with a particular disability who require certain support in order to be able to exercise their capacity in full. This support may be temporary or long-standing, with greater or lesser intensity, but they must always seek, in so far as is possible, not to replace the will and actions of the person with a disability, but rather to work with them and for their benefit.

Keywords: disability, equality, human rights, accessibility, independence, awareness, dignity.

Es norma común en todos los ordenamientos modernos la fijación de un límite de edad para adquirir la plena capacidad de obrar atendiendo al hecho de que el ser humano ha de experimentar un progresivo desarrollo físico y mental antes de alcanzar la educación y madurez suficientes para acomodar su comportamiento a las pautas y mecanismos propios de la sociedad en la que ha de desenvolverse; entretanto, la respuesta jurídica a dicha situación está constituida por la institución de la patria potestad.

No obstante, también ha sido necesario prever que personas que han superado ese límite biológico carezcan, en todo o en parte, por razones físicas o psíquicas, de aquella madurez y entendimiento, creando a este fin una pluralidad de instituciones tutelares que puedan suplir eficazmente aquellas deficiencias en interés precisamente de quien las padece.

En este sentido, nuestro Código Civil en su art. 199 sienta que nadie puede ver modificada su capacidad de

obrar sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley, y en el art. 200 configura como causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Asimismo, el art. 215 del mismo cuerpo legal, teniendo en cuenta que aquellas enfermedades o trastornos pueden originar deficiencias de muy diferente intensidad a las que, como es lógico, deben darse respuestas diferentes, establece 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 la tutela, la curatela y el defensor judicial. Por su parte, el art. 760 de la LEC establece que el juez que declare la modificación de la capacidad de obrar está obligado a determinar la extensión y límites de esta, así como el régimen de tutela o de guarda a que ha de quedar sometido.

Esta normativa ha quedado un poco obsoleta tras la aprobación de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el 13 de diciembre de 2006. Y España la ha firmado y ratificado, más su Protocolo facultativo, en mayo de 2008; por lo que la misma forma parte ya del ordenamiento jurídico español. Pese a ello, y la doctrina que viene aplicando el TS desde hace varios años sobre graduación de la capacidad en estos procesos judiciales, lo cierto es que **la Convención sigue siendo una desconocida y su aplicación no es todo lo correcta que debería ser**; seguimos hablando de procesos de incapacitación, aplicando en un altísimo porcentaje la incapacitación total y aplicando como medida de protección la tutela. Siendo ya urgente que el legislador realice la oportuna reforma legislativa para adaptar de forma íntegra todas nuestras normas a dicha Convención y no de forma parcial y lenta como viene haciendo en estos últimos cinco años, siendo el último peldaño el RD Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Quedando aun pendiente, y para bastante tiempo, la reforma del Código Civil y de la LEC, que son claves para avanzar adecuadamente en este camino. Recordar al legislador que al menos tiene en su poder ya una **Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la LEC para su adecuación al art 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad**, realizada por la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de obrar del Real Patronato sobre Discapacidad.

La primera cuestión que se nos plantea es **cómo llamamos a estos procesos judiciales**. Varias han sido las propuestas, y así vemos: a) Procesos de incapacitación; b) Proceso de modificación de la capacidad de obrar (es la terminología prevista en la ley 1/2009 de 25 de marzo, disposición final primera); c) Proceso para determinar la

capacidad de obrar; d) Proceso de adecuación de la capacidad jurídica de obrar; e) Proceso de provisión de apoyos para la toma de decisión. Yo creo que la solución es bien sencilla, se debería llamar simplemente **procesos sobre la capacidad de D/D.^a**, pues no dejan de ser procesos judiciales en los que se va a discutir, examinar y decidir si la persona tiene o no limitaciones para ejercer plenamente su capacidad y, en su caso, qué tipo de apoyos necesita.

Pese a que la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad forma ya parte del ordenamiento jurídico español, ésta sigue siendo una desconocida y su aplicación no es todo lo correcta que debería ser

Todo ello desde la perspectiva de cómo ha ido evolucionando esta materia en nuestro ordenamiento jurídico, pasando de un sistema de sustitución a un sistema de apoyos. Es decir, se ha ido pasando de una fase peyorativa (se hablaba de subnormales), a una visión médica (enfermedad, minusvalía, etc.), a una visión normalizada y para llegar a un sistema en que se contempla la diversidad funcional. Por lo tanto, hoy en día debemos hablar de **diversidad, de normalidad de la diferencia, ciudadanía plural, verdadera igualdad de oportunidades** y no de incapaces, sino de personas con una diversidad funcional, su discapacidad, debido a la cual precisan unos apoyos. Dejemos de hablar por tanto de incapaces, discapaces, enfermos mentales, minusválidos, dependientes, discapaces intelectuales, discapaces físicos, discapaces psíquicos. Y hablemos sin más de personas, que tienen dificultades para ejercer plenamente su capacidad de obrar.

Estos procedimientos sobre la capacidad, no se conciben, o al menos no se debían concebir, como una forma de atacar al enfermo o sustraerle sus bienes o derechos; sino como una medida para mejorar su protección y seguridad, separándole de los perjuicios que para sí mismo, su forma de vida, atención a sus necesidades o simplemente la gestión de sus intereses patrimoniales, pudiera causarle la adopción de decisiones inadecuadas o la ausencia de iniciativa alguna por su parte cuando le convenga adoptar alguna decisión, debido a esa diversidad funcional.

De ahí que sea muy importante saber **«para que y por qué» se inicia el proceso** y si la estimación de esta pretensión va a suponer algún beneficio a la persona. Estas dos cuestiones se las debe plantear quien presente la demanda, así como los fiscales y los jueces, sabiendo que si con la sentencia no se genera un real y práctico beneficio a la persona con discapacidad, algo se ha hecho mal.

En este sentido, la función del juez no es solo la de árbitro o director del proceso, sino que también pasa a ser activo integrante del mismo, sin ser una parte procesal, pero interesado en la aportación de todo el material probatorio: informes, audiciones de parientes, examen personal de la persona con discapacidad, a fin de obtener una imagen real de lo que sucede y adoptar las medidas de apoyo adecuadas.

A la hora de tomar la decisión, el juez debe valorar, con la ayuda de todos los intervinientes en el proceso:

1. Autonomía personal o aptitud para realizar por sí solo funciones de nutrición, aseo, cuidado personal, seguridad, etc.

2. Autonomía doméstica o aptitud para afrontar situaciones para las cuales el sujeto ha sido instruido previamente sin necesidad de ser estimulado cada vez que se enfrenta a ellas, reconociendo dichas actuaciones como idénticas a aquellas para las que tiene esquemas de conducta establecidos.

3. Autonomía social, cuando el sujeto es capaz de afrontar situaciones nuevas, esto es, es capaz de adaptarse, adquirir experiencia y utilizarla. Un sujeto con autonomía social, puede adaptarse, dirigir sus actividades hacia una meta, controlar impulsos, presentar proyectos de futuro etc.

De ahí la importancia de que exista una buena colaboración entre todos los operadores jurídicos (médicos - forenses, psiquiatras, neurólogos..., trabajadores sociales, letrados, fiscales, familiares etc.) para obtener la máxima información veraz del caso. En estos procesos debemos intentar llegar a la verdad material y no limitarnos a resolver conforme a la verdad formal de los autos.

A la hora de tomar el juez la decisión, y los letrados y/o fiscales redactar el suplico de sus demandas, deben tener presente que La Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad establece:

1. En su art. 1, que el propósito de dicha convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.

2. En sus arts. 8 y 9 regula de forma clara la obligación de los Estados de fomentar la toma de conciencia respecto de las personas con discapacidad, su accesibilidad y potenciación de las medidas necesarias para que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida.

3. En su art. 12 establece la obligación de respetar, en la medida de lo posible, la capacidad jurídica y la capa-

cidad de obrar de las personas con discapacidad, adoptando las medidas necesarias para respetar y que puedan ejercer, como las personas capacitadas, sus derechos y su autonomía de la voluntad.

4. En sus arts. 17 y siguientes se establecen también medidas inherentes a la protección de las personas con discapacidad, en cuanto a su integridad personal, su libertad de desplazamiento, su derecho a vivir de forma independiente, a ser incluidos en la comunidad, a la movilidad personal, a la libertad de expresión, de opinión, al acceso a la información, respeto a la privacidad, a la salud, a la habilitación y a la rehabilitación, a un nivel de vida adecuado y a la protección social, a la participación en la vida política y pública, en la vida cultural de su comunidad y en la sociedad en que vive, al esparcimiento, al deporte, a las actividades recreativas, etc.

En una palabra, esta Convención pone de relieve la **necesidad de que se produzca en nuestra sociedad, y en especial en el ámbito jurídico, un cambio de conciencia y sensibilización en orden a las personas con discapacidad**. Es decir, los procesos encaminados a privar o limitar totalmente la capacidad de obrar de una persona, deben ser el último remedio al que acudir para protegerla; debiendo acudir antes a otras medidas previas siempre que sea posible como; testamento vital, instrucciones previas, patrimonios protegidos, mandatos prorrogables, hipoteca inversa, curatelas, asistente, etc.

Los procesos encaminados a privar o limitar totalmente la capacidad de obrar de una persona, deben ser el último remedio al que acudir para protegerla, debiendo acudir, siempre que sea posible, a otras medidas previas

Asimismo, y una vez que se deba acudir al proceso judicial de modificación de la capacidad de obrar, se debe tener en cuenta que este es una medida que existe en nuestro ordenamiento para proteger a la persona con discapacidad, y no para proteger o mejorar las condiciones de vida de sus familiares o entorno social. De ahí que, insisto, como medida de protección, debe obedecer a: 1. un por qué; 2. un para qué; y 3. una extensión y límites adecuados al grado de discapacidad. Es decir no es válido, como ocurre en la mayoría de los casos, partir de solo dos posibilidades: a) privación absoluta de la capacidad de obrar para gobernar su persona y administrar sus bienes y b) una modificación parcial, pero absoluta para administrar sus bienes. Lo que se debe hacer al iniciar un proceso de modificación de la capacidad de obrar, es tener presente que todos los profesionales que intervenimos en el mismo, somos modistos/

sastres de alta costura, y estamos haciendo un traje o un vestido único para esa persona, de tal forma que **el apoyo que se pida y que se conceda, debe ajustarse perfectamente a esa persona, y solo y exclusivamente a ella.** Cada persona con discapacidad, necesita su especial medida de protección; con fijación de los apoyos obligatorios que requiera para el ejercicio de su capacidad y que por sentencia se deben definir acorde con el art 760 LEC.

Recientemente la **Ley 27/2007, de 23 de octubre**, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas con discapacidad auditiva y sordociegas y el **Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre**, han procedido a adaptar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, del que forma parte dicha Convención, a las directrices que contiene la misma, derogando las Leyes 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y 48/2007, de 26 de diciembre, sobre régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Así, incluyen ya el **paso de un sistema sanitario a un sistema social**; introducen el concepto y definición de persona con discapacidad, en los mismos términos que recoge la Convención, estableciendo claramente que nuestro ordenamiento jurídico, y por ello los diferentes operadores jurídicos y la Administración Pública en general, deben tener en cuenta los siguientes principios:

1. el respeto a la dignidad inherente a la persona con discapacidad,
2. el respeto a la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, de dichas personas,
3. el respeto a la independencia de cada ser humano,
4. la no discriminación, por razones de discapacidad,
5. su participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad,
6. la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y
7. la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad de la condición humana.

De ahí que **la medida de apoyo por excelencia a la luz de la Convención deba ser la curatela y no la tutela**, sin perjuicio de que si el caso lo exige se puedan adoptar apoyos permanente y totales, como es la tutela.

Una de las cuestiones que considero está íntimamente ligada con los principios recogidos en la Convención

y en el RD Legislativo 1/2013 (art 3) es la pregunta de **¿dónde se debe hacer la exploración judicial de la persona, cuya capacidad se esta valorando?**

Hay varias posibilidades:

- a) En la sede judicial o en su domicilio y entorno habitual.
- b) Antes de la vista o en la vista.
- c) Solo por el juez, en presencia del fiscal, en presencia también del facultativo que va a realizar el informe.

Creo que la persona, cuya capacidad está siendo valorada y enjuiciada, tiene derecho a saber todo lo referente al proceso judicial, de ahí que entiendo que esa exploración debe hacerse en la vista, grabándola y permitiendo la intervención de todas las partes; al igual que esa persona tiene derecho a conocer todas las actuaciones judiciales y todo lo que ocurre en esa vista.

El RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, ha procedido a adaptar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno a las directrices contenidas en la Convención de Naciones Unidas, incluyendo en paso de un sistema sanitario a un sistema social

Si es importante tener en cuenta uno de los mayores errores que entiendo tiene nuestro sistema, es la **forma en que el órgano judicial se comunica con la persona con discapacidad** para emplazarla, explorarla, informarle de sus derechos y notificarle las resoluciones judiciales. Por mi experiencia, entiendo que se hace de una forma autónoma, sin tener en cuenta su discapacidad, por lo que surgen importantes dudas de si es consciente del objeto de esas actuaciones y comunicaciones judiciales y, por tanto, si está en condiciones de actuar en consecuencia. Para evitar estas situaciones, entiendo que incorrectas, se deberían instaurar sistemas y turnos especiales, tanto en los juzgados como en los colegios profesionales, donde se debería cuidar la formación especializada de dichos profesionales, así como de jueces y fiscales.

Relacionado con este punto, está la cuestión de designar defensor judicial a la persona con discapacidad, que no se persona, cuando la demanda es instada por el Ministerio Fiscal. Pues en los demás casos, la defensa del discapaz, que no se persona, la lleva el Ministerio Fiscal. Pues bien, en esos casos, entiendo que es muy peligroso y gravoso el designar como defensor judicial a los familiares, que por lo general no tienen la formación jurídica ni habilidades necesarias para actuar en ese cargo. Por ello, soy partidario,

como así se hace en los juzgados de familia de Gijón, de que el nombramiento de defensor recaiga en instituciones públicas, en mi caso la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, en la persona del Defensor del Anciano, o bien en un letrado del turno de oficio especializado, o bien en instituciones privadas expertas y conocedoras del mundo de la discapacidad (asociaciones, fundaciones etc).

En cuanto a la **demanda**, entiendo debería ir siempre acompañada de una extensa documental, realizada por profesionales, en concreto: a) un informe social, b) un buen informe médico, de ámbito psiquiátrico o neurológico, junto con el del forense y c) un informe detallado sobre la situación económica de esa persona.

En estos momentos, la ley permite no solo decidir en sentencia sobre la extensión de la capacidad, sino también ya fijar en la misma las medidas de apoyo que se consideren pertinentes. Y entiendo que también pueden ser debatidas y resueltas, por tanto, dentro del mismo proceso y su posterior sentencia, todas aquellas cuestiones, que, en un futuro más o menos próximo, pueden dar lugar a expediente de jurisdicción voluntaria para obtener autorizaciones judiciales a fin de realizar algunas de las actividades previstas en el art 271 del Código Civil y/o similares; tales como arrendamientos, disposición de planes de pensiones, realización de obras importantes, ejercer la acción de separación o divorcio etc.

La actuación del juez, y de los letrados a la hora de redactar sus respectivas sentencias o demandas, entiendo que debería comenzar con el estudio y respuesta a las dos preguntas antes mencionadas de «**para que y por qué**» y luego con una reflexión y concreción sobre:

A) Enfermedad o deficiencia psíquica que le afecta, determinando la clase de la misma y pronóstico.

B) Efectos de la referida enfermedad o deficiencia, en cuanto se refiere a la capacidad de la persona con discapacidad, para el adecuado gobierno de su esfera personal y patrimonial, con delimitación de las habilidades funcionales a las que afecta, y referidos principalmente a las siguientes áreas, es decir cómo interactúa y le limita esa discapacidad en su concreto entorno social:

1. Habilidades de la vida independiente:

– autocuidado: aseo personal, vestirse, comer, desplazamiento etc;

– instrumentales cotidianas: comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonar, respuesta ante la necesidad de ayuda etc.

2. Habilidades económico-jurídico-administrativas:

– conocimiento de su situación económica;

– capacidad para tomar decisiones de contenido económico: seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos etc;

– capacidad para otorgar poderes a favor de terceros;

– capacidad para realizar disposiciones testamentarias;

– capacidad para el manejo diario de dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor.

3. Habilidades sobre la salud:

– manejo de medicamentos;

– seguimiento de pautas alimenticias;

– autocuidado: cuidado de heridas, úlceras etc;

– consentimiento del tratamiento;

4. Habilidades para el transporte y manejo de armas:

– capacidad para la conducción de vehículos;

– capacidad para el uso de armas;

5. Habilidades en relación con este procedimiento:

– conoce el objeto del procedimiento;

– conoce sus consecuencias;

6. Capacidad contractual:

– conoce el alcance de préstamos, donaciones, cualesquiera actos de disposición patrimonial, etc.

A continuación fijar las medidas de apoyo que le ayudarán a ejercer de forma plena su capacidad en esas esferas de su vida diaria:

1. Autorización de ingreso en centro residencial.

2. Fijación de la persona que puede tomar decisiones en materia de salud, cuando él o ella no puedan. Si bien actualmente no sería preciso en función de lo dispuesto en los arts 5 y ss de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente.

3. Fijación de los apoyos que precise a nivel económico, para administrar sus bienes, realizar gestiones ante la Administración u organismos privados de cara a solicitar las ayudas que por su situación pudiera obtener, firmar documentos de los que puedan derivarse obligaciones personales y/o económicas, intervención en procesos judiciales como demandante o demandado. En función del caso concreto se fijará tutela o curatela.

4. Concreción de las actuaciones que pueda hacer por sí solo, sin intervención del tutor o curador, como gastos de bolsillo.

5. Establecer si puede realizar disposiciones testamentarias. En muchos casos, basta con limitar la posibilidad de hacer testamento ológrafo, y en las demás actuaciones exigir unas garantías como intervención de notario y previo informe favorable de dos médicos (psiquiatras o neurólogos) que acrediten su capacidad para ello.

6. Que la Administración Pública (estatal, autonomía o local) tenga en cuenta la discapacidad, concretada en sentencia, de dicha persona, de cara a posibles ayudas personales o económicas que pueda percibir.

7. Si puede ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo. Entiendo que es suficiente en la mayoría de los casos prever de cara a posibles manipulaciones el voto por correo, pues en los demás casos el respectivo colegio electoral, con intervención del presidente de la mesa electoral y con las garantías que reconoce la legislación aplicable (art. 87 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General) adoptarán las medidas que se precisen en cada caso.

8. Si se puede seguir siendo titular de las licencias de caza, de armas o del permiso de conducir, así como sus futuras renovaciones.

A la hora de fijar estas medidas de apoyo, se debe concretar: a) las razones por las cuales se ha designado a esa persona y b) que dichas medidas de apoyo se ejercerán con sujeción a lo establecido en los arts. 259 y ss del Código Civil y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España en noviembre de 2007, y entrada en vigor en mayo de 2008. En concreto y en aplicación del art. 12 de la misma, se recuerda al tutor que entre sus obligaciones está el intentar en la medida de lo posible que la persona cuya capacidad de obrar ha sido modificada, total o parcialmente, vaya recuperando la misma, solicitando en su caso vía judicial su rehabilitación, total o parcial.

Sabiendo a la hora de fijar los apoyos que:

- Lo importante no es hacer las cosas por el otro.
- Lo importante no es hacerles irresponsables.
- Lo importante no es protegerles aislándoles en una jaula de cristal.
- Lo importante no es impedirles hacer nada, para evitar que se equivoquen o se perjudiquen en el aspecto personal o patrimonial.
- Lo importante no es proteger a la familia.
- Lo importante es hacer que se crean que son personas, en su plenitud, porque lo son.

– Lo importante es respetar su dignidad como personas.

– Lo importante es que tienen capacidad jurídica y capacidad de obrar, igual que todas las demás personas.

– Lo importante es saber qué mecanismos de apoyo necesitan para ejercer su capacidad de obrar.

– Lo importante es no hacer las cosas por ellos o en sustitución de ellos, sino con ellos.

– Lo importante es saber cómo viven, qué tienen, qué necesitan.

– Lo importante es conseguir que se integren en igualdad de condiciones en la sociedad como las demás personas sin discapacidad.

Para finalizar, y a fin de que la sentencia se cumpla en todos sus términos, se deberán librar los pertinentes oficios a entidades bancarias, censo electoral, organismos públicos etc.

CONCLUSION

- Lo importante no es la discapacidad que tiene una persona, sino cómo interactúa esa discapacidad con las diversas barreras que la sociedad y quienes la componemos ponemos a esas personas para que participen plena y efectivamente, en un régimen de igualdad de condiciones con los demás.

- Noticia leída en la prensa «Mi hijo siempre tendrá autismo, si no pudiera ir a una escuela ordinaria ¿cómo podría ser aceptado después en la sociedad? Sus compañeros de clase hoy, serán los adultos del mañana, que tendrán empresas, negocios...».

- No apliquemos la Convención por fases, forma parte ya de nuestro ordenamiento jurídico y como tal debe ser aplicada en toda su integridad.

- La solución no es esconder a las personas con discapacidad, aislarlos en sus domicilios o centros residenciales, prohibiéndoles o impidiéndoles hacer aquello que pueden realizar. Lo que debemos hacer, cumpliendo y aplicando esta Convención, es ayudarles y enseñarles a realizar todo lo que puedan, con la supervisión, consejo y apoyo de otras personas, instituciones o autoridades públicas.

- Si siempre actuamos igual, seguiremos cometiendo siempre los mismos errores, por lo que ten cuidado con el presente que construyes, debe parecerse al futuro con que sueñas.

La incapacitación como procedimiento necesario en la defensa de nuestros mayores

GLORIA DÍAZ PARDO

*Profesora de Derecho Civil
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rey Juan Carlos*



FICHA TÉCNICA

«Incapacity as a necessary procedure for the defence of the elderly»

Resumen: Reflexión acerca de una situación actual y creciente como es la gran cantidad de personas que con el avance de la edad ven mermadas sus capacidades intelectuales. Consideramos que un procedimiento protector de tales personas es el de la declaración de incapacitación, necesario para que sus intereses no se vean perjudicados. La importancia y trascendencia de este tradicional procedimiento no excluye la existencia de otras medidas de protección que también se proponen como complementarias y/o alternativas, según los casos. Todo ello teniendo en cuenta que en nuestro panorama social no sólo existe la figura del incapacitado, sino otras que han de diferenciarse a fin de recibir la oportuna protección: el discapacitado, el minusválido y el dependiente.

Palabras clave: Incapacitado, discapacitado, dependiente, responsabilidad, procedimiento de incapacitación, derecho de alimentos, acogimiento familiar.

Abstract: Under the title Incapacity as a necessary procedure for the defence of the elderly we aim to reflect on a current and growing situation which is the large number of people whose advancing age impairs their intellectual faculties. We consider that a procedure for protecting these persons would be a declaration of incapacity, and that this is necessary for their interests not to be prejudiced. The importance and significance of this traditional procedure does not exclude the existence of other protection measures also being proposed as complementary and/or alternatives, as the case may be. All of this taking into account the fact that our social panorama does not just envisage the existence of incapable persons, but of others who must be distinguished in order to receive the protection they need: the disabled, the handicapped, and dependent persons.

Keywords: Incapable person, disabled person, dependent person, responsibility, incapacity procedure, right to food, family care.

N. de A: Este trabajo se integra en la actividad desarrollada por el Grupo de Investigación «Familia y Derecho» (FYDE), 2013-198, de la Universidad Rey Juan Carlos.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PERSONAS A LAS QUE VA DIRIGIDO EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN
- III. SUJETOS LEGITIMADOS PARA INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN
- IV. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS
- V. MEDIDAS ALTERNATIVAS Y/O COMPLEMENTARIAS A LA INCAPACITACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, el mecanismo legal de protección ante la falta de capacidad ha venido siendo en nuestro ordenamiento jurídico la declaración de incapacitación. Sobre el papel, y desde el punto de vista de un jurista, esta es la vía adecuada y que mejor garantiza la defensa de los intereses de aquellas personas que carecen de plena capacidad de obrar. Pero en la práctica, en el día a día, y sobre todo dentro del ámbito familiar, esta figura y el camino a seguir para obtener la declaración de incapacitación se aprecian con desconfianza y se tiende a evitar. Ello por motivos

sentimentales, pues siempre resulta doloroso declarar incapacitado a una persona a la que nos une un vínculo afectivo, por motivos de desconocimiento, y por miedo a iniciar un entramado jurisdiccional que además implicará un desembolso de contenido económico.

Esta situación en la actualidad adquiere especial trascendencia en el hecho de que nuestra población está sufriendo un progresivo envejecimiento, en el dato objetivo del aumento de la esperanza de vida y de las expectativas biológicas de sobrevivir un elevado número de años. Este aumento de la esperanza de vida está llevando, como consecuencia, el incremento de enfermedades degenerativas cognitivas, como el Alzheimer¹ o la demencia senil, **pues la mayor supervivencia a veces implica el coste de un deterioro neurológico conducente a la merma en el discernimiento** y al consiguiente riesgo que ello supone a la hora de realizar actos con eficacia jurídica. En este panorama, reflejo de una situación real, cotidiana y en aumento, nos planteamos la relevancia que adquiere el hecho de iniciar el procedimiento para declarar a la persona incapacitada, procedimiento que ni mucho menos resulta novedoso pero que sí adquiere una especial dimensión. Desde antiguo una de las soluciones propuestas jurídicamente en defensa de los intereses de las personas con capacidad disminuida ha sido este procedimiento, pero también históricamente se ha recelado mucho de esta solución por los familiares del afectado, tanto por el hecho de tener que acudir a la vía judicial como por el doloroso trance de tener que limitar la capacidad de obrar de su familiar.

Ante esta creciente realidad que se nos plantea, desde estas líneas intentaremos clarificar la relevancia y necesidad de la declaración de incapacitación como principal garantía jurídica en aras a evitar la desprotección de las personas más débiles (en concreto del sector de población considerado tercera edad), y mostrarlo no como un procedimiento «limitador» sino como un escudo protector ante la falta de discernimiento del afectado; el procedimiento de incapacitación será conveniente a fin de evitar el desamparo y olvido de los mayores y para conseguir que sus intereses personales y patrimoniales se vean debidamente protegidos con las máximas garantías que ofrece nuestro ordenamiento.

Pero también somos conscientes de que no debe ser la única salida ante posibles supuestos como los planteados, y por ello debemos dar soluciones jurídicas que puedan llegar a ser alternativas y/o complementarias al procedimiento de incapacitación.

II. PERSONAS A LAS QUE VA DIRIGIDO EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN

1. Requisitos legales

Cuando se plantea la incapacitación es porque la persona sufre una merma en su capacidad de obrar, pero no es suficiente el padecimiento de cualquier deficiencia sino que he de reunir necesariamente los presupuestos previstos en el art. 200 del Código Civil.

De acuerdo con el contenido de este artículo, en primer lugar, ha de tratarse de una **enfermedad persistente, no meramente transitoria o accidental, ha de tener un carácter duradero en el tiempo** y que no se prevea una curación a corto plazo.

Es interesante en este punto la definición que la OMS propone del término *salud*: «Estado de completo bienestar físico, mental y social; y no solamente la ausencia de enfermedad».

También cabe destacar la descripción que este mismo Organismo ofrece respecto a los conceptos *enfermedad* y *deficiencia*.

Enfermedad se estima que es la «Alteración estructural o funcional que afecta negativamente al estado de bienestar. Ello en relación con la enfermedad o deficiencia padecida».

Deficiencia se considera «Toda pérdida o anomalía, permanente o temporal, de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Incluye la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida de una extremidad, órgano o estructura corporal, o un defecto en un sistema funcional o mecanismo del cuerpo.

La deficiencia supone un trastorno orgánico, que produce una limitación funcional que se manifiesta objetivamente en la vida diaria. Se puede hablar de deficiencias físicas, sensoriales, psíquicas.

- Físicas: afectan a personas con problemas con amputaciones, malformaciones, parálisis, pérdidas de movilidad o enfermedades crónicas, que impiden llevar una vida normal o hacen necesario el uso de determinadas ayudas técnicas.

- Sensoriales: afectan a personas con problemas de visión, audición o lenguaje.

- Psíquicas: afectan a personas con enfermedades o trastornos mentales, como quienes padecen Síndrome de Down».

Las enfermedades incapacitantes ¿han de ser enfermedades crónicas? En la mayoría de los casos así será de facto, pero la respuesta a esta cuestión no ha de ser necesaria y obligatoriamente afirmativa. La enfermedad incapacitante no se exige que sea incurable —pudiera darse el caso de que tuviera sanación o mejoría—, pero sí ha de tener inexcusablemente un carácter de *permanencia*. De esta manera, el procedimiento de incapacitación queda excluido para enfermos de carácter transitorio o que sufren una crisis de manera accidental. Puede que haya ciclos en la enfermedad, momentos en que la persona ve disminuida o mermada considerablemente su capacidad intelectual, en cuyo caso no puede ser declarada incapacitada al no tratarse de una situación que se considere habitual, buscando para ellos otras soluciones que les amparen.

El hecho de que la persona padezca deficiencias transitorias, y que no pueda ser incapacitada, no es óbice para negarles protección jurídica, al contrario, se prevén mecanismos de protección en los diferentes ámbitos jurídicos

El hecho de que la persona padezca deficiencias transitorias, y que no pueda ser incapacitada, no es óbice para negarles protección jurídica, al contrario, se prevén mecanismos de protección en los diferentes ámbitos jurídicos. Así, si en esos momentos en que su capacidad no está al 100 % celebra un contrato que resulta perjudicial para sus intereses, podría ser objeto de invalidación a través de la correspondiente acción (de nulidad si la capacidad es inexistente, o de anulabilidad si la capacidad está reducida y el consentimiento no es válido). Igualmente, si en el ámbito de las relaciones personales da el consentimiento sin estar en plena capacidad para ello, ese consentimiento podrá invalidarse para protegerle de comportamientos con efectos jurídicos que pudieran resultar perjudiciales para sus intereses (a modo de ejemplo, podría pensarse en las consecuencias derivadas de un consentimiento matrimonial otorgado en un momento de crisis de la enfermedad transitoria). El consentimiento en sede negocial se exige que sea consciente y libre, por lo que entendemos que si la persona tiene algún tipo de enfermedad *discapacitante* ello necesariamente ha de tenerse en consideración por el ordenamiento jurídico para protegerle y evitar consecuencias no deseadas y que resulten contrarias a sus intereses.

La gran mayoría de las personas que pasan por un proceso de incapacitación es por el padecimiento de una enfermedad persistente de *carácter psíquico*, mas

el legislador no limita a estos casos la viabilidad del procedimiento, declarando explícitamente en el citado art. 200 que pudiera tratarse también de enfermedades de *carácter físico*. En la práctica esta posibilidad resulta residual, máxime en los casos de personas de avanzada edad, pero es legalmente admisible.

Llegamos así al siguiente requisito recogido en el Código Civil: la enfermedad que cumpla con lo antedicho, además, y de manera concurrente, ha de resultar **inhabilitante para el sujeto**; parafraseando al propio legislador, *ha de impedir a la persona gobernarse por sí misma*.

Este requisito da una especial dimensión a la enfermedad incapacitante ya que la persistencia de la misma no es suficiente, la enfermedad puede ser incluso crónica pero no por ello necesariamente incapacitante.

Hay casos de enfermedades que están controladas a través de medicación y tratamientos y de esta manera el enfermo puede desarrollar normalmente su vida cotidiana. Encontramos otras enfermedades en un grado leve de discapacidad que no inhabilitan a la persona en ese momento actual. Dentro de estas últimas ubicamos las enfermedades degenerativas que en su fase inicial no son incapacitantes pues se manifiestan esporádicamente, y sólo implican pequeñas consecuencias no significativas en el discernir de la persona (ello podría suceder, por ejemplo, con la fase inicial del Alzheimer).

Si la persona no está disminuida «hoy» en su capacidad, si puede realizar perfectamente actos con eficacia jurídica, pero se le diagnostica el padecimiento de una enfermedad degenerativa que se prevé que progresivamente va a conducirlo a la disminución de la consciencia, ¿debe esperarse necesariamente a estar en una fase más avanzada de la enfermedad para declararle incapacitado? Del tenor literal del art. 200 así ha de interpretarse; si actualmente no está impedido para gobernarse por sí mismo, a fecha de hoy no puede ser declarado incapacitado. Pero ¿y si el propio interesado manifiesta ante el Tribunal su deseo y necesidad de ser declarado incapacitado, para participar activamente en el procedimiento antes de que no pueda hacerlo? La persona enferma tiene mecanismos de protección alternativos a la incapacitación y que puede accionar en el momento en que la enfermedad aún no ha avanzado, pero pedir la incapacitación sin cumplir con los requisitos legales, como medio de protección futuro entendemos que no es la solución adecuada. Y no lo es porque la incapacitación implica una restricción limitativa de la capacidad de obrar, y ello es lo suficientemente grave para reducirse a los casos estrictamente previstos en la ley. Por tanto, si la persona hoy no tiene desarrollada la enfermedad, ha de esperar

a que así suceda para someterse al procedimiento de incapacitación.

2. Incapacitado, discapacitado y dependiente

En este punto, nos cuestionamos si los términos que hemos manejado hasta este momento (*incapacitado - discapacitado*) son equivalentes e intercambiables, o si hacen referencia a situaciones jurídicas separadas y que han de ser diferenciadas. La respuesta ha de ir dirigida en el segundo sentido. *Incapacitado* y *discapacitado* son conceptos que hemos utilizado para situaciones no necesariamente coincidentes y con significados e implicaciones jurídicas diferenciadas. Frecuentemente, se intercambian y se utilizan de manera indistinta, pero en base al rigor jurídico hemos de saber diferenciarlos y marcar las características propias de cada uno de estos supuestos.

Incapacitado es quien se somete a un proceso para limitar la capacidad de obrar, por las circunstancias enunciadas en el apartado anterior. Rigurosamente, ha de cumplir con los requisitos del art. 200, que hemos expuesto previamente, y pasar por la vía judicial para así ser declarado a través de sentencia.

Una persona que vaya a ser declarada incapacitada ¿ha de estar además *discapacitada*? Ello no se menciona en el art. 200 como requisito adicional, pero antes de dar una respuesta se hace preciso dotar de contenido al concepto de *discapacitado*.

La OMS define **discapacidad** como «Toda restricción o ausencia debida a una deficiencia, de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen considerado normal para el ser humano». Puede ser temporal o permanente, reversible o irreversible. Es una limitación funcional, consecuencia de una deficiencia, que se manifiesta en la vida cotidiana. Para la OMS, la persona no «es» discapacitada, sino que «está» discapacitada, por lo que la discapacidad se tiene.

Las discapacidades se pueden aglutinar en tres troncos principales: de movilidad o desplazamiento, de relación o conducta y de comunicación. En la actualidad, se está redefiniendo el término discapacidad, como falta de adecuación entre la persona y su entorno, más que como una consecuencia derivada de la deficiencia de las personas.

Para ser declarado *discapacitado* no es necesario acudir a un procedimiento judicial, pero sí cumplir con unos requisitos que se contemplan en diferentes cuerpos normativos.

Siguiendo el contenido de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC, de la LEC y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, para que un sujeto sea declarado discapacitado ha de sufrir una minusvalía, física o sensorial; si es física ha de ser igual o superior al 65 %, y si es física igual o superior al 33 %.

Para obtener la declaración de discapacitado no es necesario acudir a un procedimiento judicial pues en ningún caso podrá ser por sí misma restrictiva de la capacidad de obrar

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad², determina igualmente la discapacidad en función del grado de minusvalía que afecte al individuo. Para fijar la correspondiente minusvalía, y correlativamente la consiguiente declaración de discapacitado, no es necesario acudir a procedimiento judicial alguno, pues son declaraciones que manifiestan una limitación que afecta a la persona pero en ningún caso podrán ser por sí mismas restrictivas de su capacidad de obrar³.

Si revisamos cómo se conceptualiza el término *minusvalía* por la Organización Mundial de la Salud, encontramos que se considera así «La situación desventajosa en que se encuentra una persona determinada, como consecuencia de una deficiencia o discapacidad que limita, o impide, el cumplimiento de una función que es normal para esa persona, según la edad, sexo y los factores sociales y culturales». Además, afirma este mismo organismo, que una persona es minusválida cuando ve cercenadas oportunidades que sí tiene el resto de la comunidad, y que son esenciales para un normal desenvolvimiento. La OMS estima que la situación de minusvalía puede incluir 3 diferentes factores como son:

1. La existencia de una desviación respecto a la norma.
2. Su relevancia en función de factores culturales; no se hace la misma valoración del concepto en todas las culturas.
3. Suele implicar una desventaja que puede ser de independencia física, de movilidad, de ocupación y de integración social.

Como acabo de manifestar, la declaración de la discapacidad no ha de pasar necesariamente por la vía ju-

dicial, siendo la vía administrativa la que se utiliza para ello⁴ y siendo la jurisdicción social la competente para resolver los conflictos que pudieran suscitarse en esa declaración.

Ahora bien, **una persona no discapacitada que se somete a un procedimiento de incapacitación ¿puede ser declarada discapacitada además de incapacitada en dicho procedimiento?** ¿o deben seguirse 2 procesos distintos para ser declarado discapacitado e incapacitado? Ello puede tener relevancia desde muchas perspectivas. Pensemos, por ejemplo, en la necesidad de tener reconocida una determinada minusvalía para poder obtener una subvención, o para conseguir beneficios fiscales. Lo habitual será seguir la vía administrativa para la declaración de la discapacidad, pero la cuestión es si el Tribunal civil tiene competencia para declarar la minusvalía. Ordinariamente, habría que responder que esa no es competencia suya, debiendo seguir los trámites administrativos oportunos, así como acudir a la jurisdicción de lo social cuando proceda, pero nos preguntamos si de manera extraordinaria se podría reconocer esta competencia al juzgador civil en sede de procedimiento de incapacitación. En este punto la doctrina no es pacífica y está dividida⁵.

El hecho de ser declarado incapacitado no implica necesariamente que esa persona esté discapacitada, pues el grado de minusvalía pudiera ser inferior al exigido para ello, con lo que nos podríamos encontrar con una persona incapacitada no discapacitada. Ello no será algo frecuente, pues cuando se declara la incapacitación lo habitual es que el grado de discapacidad sí sea el exigido por la normativa para así ser considerado.

Sobre la competencia o no de del Juzgado de 1.ª Instancia para así declararlo, desde un punto de vista estrictamente riguroso no nos parece que sea la sede adecuada para ello; ahora bien, desde el punto de vista práctico y para facilitar la declaración de las diferentes situaciones a los ciudadanos, sí sería conveniente admitir esta posibilidad. No cualquier juzgador en sede civil debería poder declarar una discapacidad, para evitar injerencias innecesarias, pero **sí sería conveniente reconocer esta función a los Tribunales de 1.ª Instancia especializados en materia de incapacitación**, limitando dicha posibilidad a los procedimientos específicos en los que se sigan posibles declaraciones de incapacitación⁶. De esta manera, se evitaría iniciar tramitaciones posteriores a los familiares de ese enfermo unificando ambas declaraciones en un solo procedimiento; redundar en este punto el hecho objetivo de que prácticamente todos los incapacitados cumplen sobradamente los requisitos para ser declarados discapacitados.

En caso de afirmar la premisa contraria pudiera suceder que un incapacitado, así reconocido en la oportuna sentencia, y con una declarada enfermedad incapacitante en un grado de incapacidad elevado, no tuviera la consideración de discapacitado por no haber obtenido paralelamente el certificado de minusvalía preciso para ello, hecho que parece no tener mucho sentido y que incluso podría contravenir el principio general de la buena fe. Esta posible circunstancia ha sido abiertamente criticada por un amplio sector doctrinal⁷, llegando algunos autores a abogar por la equiparación entre incapacitado declarado judicialmente y discapacitado⁸, lo cual parece cobrar un sentido práctico a tener en consideración.

Pero hay que ser prudentes con esta última afirmación, y no darle un sentido bidireccional, es decir, no podemos afirmar lo contrario: no basta con ser declarado discapacitado para a su vez ser considerado incapacitado. La declaración de una minusvalía con relevancia para ser discapacitante no es argumento necesario para limitarle en su capacidad de obrar, para ello necesariamente ha de pasar por el procedimiento judicial oportuno: por el procedimiento de incapacitación.

Respecto al término **dependiente** tenemos que acudir a la normativa administrativa para conocer su significado.

En Resolución del Consejo de Europa de 18/09/1998⁹, se define la situación de dependencia de la siguientes manera: «...estado en que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o 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».

Lo relevante para ser declarado dependiente es que la persona necesite asistencia para realizar actos de la vida cotidiana, pudiendo ser una persona plenamente capaz a efectos jurídico-civiles

En la Comunidad Autónoma de Madrid encontramos una definición de incapacitado en la Ley 11/2003, de 27 de marzo, en el art. 62, dentro del Título VI que se destina concretamente a la atención social de la dependencia; en dicho artículo se establece literalmente lo siguiente: «A los efectos de esta Ley, se entiende por dependencia la situación en 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 para realizar los actos corrientes de la vida diaria».

Los requisitos que se exigen, por tanto, para ser considerado dependiente no son coincidentes con los que enumera el art. 200 del Código Civil en materia de incapacidad, y que ya hemos visto.

Conforme a la normativa citada, la persistencia o perdurabilidad de la enfermedad no se exige como requisito necesario para poder ser declarado dependiente. No obstante, teniendo en cuenta que la declaración del sujeto como dependiente habilita a que se inicie la programación de ayudas asistenciales, las enfermedades que a ello conducen sí han de tener un carácter de cierta persistencia, pues una enfermedad meramente pasajera o temporal no será estimada como suficiente para que se proceda a la declaración de dependencia. Ello no quiere decir que la enfermedad sea incurable, pero aunque no se exija en el tenor literal de la Ley sí se desprende del espíritu de la misma.

Tampoco se exige que la persona no pueda gobernarse por sí misma. De hecho, en el art. 66 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, se admite que el dependiente pueda decidir por sí mismo respecto a la declaración de dependiente, lo cual nos revela el importante dato de que el hecho de que se declare dependiente no implica necesariamente que tenga limitada su capacidad de obrar.

Lo relevante para ser declarado dependiente es que la persona necesite asistencia para realizar actos de la vida cotidiana, lo cual no implica la necesidad de ser representado en todos los casos, puede tratarse de una movilidad reducida pero no por ello una capacidad de obrar reducida. El dependiente puede ser una persona plenamente capaz a efectos jurídico-civiles ya que la declaración de dependencia no es por sí sola causa incapacitante. Si el dependiente no tuviera su capacidad plena debería iniciarse el oportuno procedimiento para limitar la capacidad y nombrarle a quien le representara, esto es, debería iniciarse el procedimiento de incapacidad (el art. 66 pfo. 4.º de la Ley 11/2003 reenvía al sistema de servicios sociales a los dependientes que no sean capaces de la adopción de decisiones en relación a la declaración de su situación como *dependiente*).

Igualmente, la situación de dependencia no ha de coincidir necesariamente con la declaración de discapacidad, aunque hay una gran probabilidad práctica de que coincidan ambas situaciones (sobre todo será frecuente que el dependiente sea a su vez discapacitado). Pero legalmente no se exige que para ser declarado dependiente previamente el sujeto haya sido declarado discapacitado, pues ni siquiera se exige por la Ley que esté en posesión de un certificado de minusvalía. Para mayor abundamiento, el hecho de que sea declarado discapaci-

tado no significa *per se* que automáticamente se le considere dependiente, y deberá iniciar el oportuno trámite administrativo para así ser declarado.

De esta manera, nos encontramos ante **3 figuras diferentes, que cubren aspectos jurídicos distintos y con una función tuitiva también diversa.**

Nuestro estudio se centra en la figura del *incapacitado*, cuya protección jurídica va destinada a los actos que puede llevar a cabo o no como consecuencia de una deficiencia en su capacidad de obrar, y en la posible repercusión negativa que tuviera ese comportamiento en su patrimonio y en su esfera personal.

La protección del discapacitado tiene un acentuado carácter administrativo, con un aspecto más patrimonial que personal, y con la previsión de la concesión de una serie de ayudas para mitigar los efectos negativos que su enfermedad pudiera ocasionarle.

En el caso del dependiente, también estamos en un ámbito de marcado carácter administrativo con ayudas fundamentalmente de carácter asistencial, con el objetivo de ayudar a que el día a día de ese enfermo y de su familia sea más llevadero y pueda llegar a normalizarse una situación que está inhabilitando a la persona a realizar actos de la vida cotidiana.

III. SUJETOS LEGITIMADOS PARA INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN

1. Cuestiones generales

Antes de entrar a analizar el tema de la legitimación, poner de manifiesto que para que se proceda a la incapacidad es preciso que esta situación sea previa y necesariamente solicitada ante la autoridad judicial. Toda declaración de incapacidad ha de realizarse por la vía judicial, sin que los informes médicos o las declaraciones de los familiares sirvan «*per se*» para proceder a la incapacidad. Con ello se está asegurando la protección efectiva del presunto incapaz, pues el procedimiento cuenta con las garantías legales para evitar abusos ante situaciones particulares (la incapacidad no puede ser una salida para retirar del tráfico jurídico a personas únicamente por el hecho de alcanzar una edad avanzada o por sufrir problemas de carácter eventual).

El procedimiento concluirá con la sentencia de incapacidad, en la que se limitará la capacidad de obrar de esa persona cuando sea pertinente; pero en cada caso, en cada sentencia, y para cada individuo, se establecerán los límites específicos que procedan, que no serán idénti-

cos a los de otra persona que haya pasado por ese mismo procedimiento. Además, es importante tener en cuenta el dato de que el contenido de la sentencia es revisable, por lo que se podrá graduar el grado de incapacidad de esa persona, tanto para aumentar los límites en su capacidad de obrar como para reducirlos o incluso reactivar su plena capacidad si hay circunstancias que justifiquen su plena recuperación. Esta posibilidad permite incapacitar a una persona con una deficiencia de grado leve, sin tener que esperar a que sea completamente inhabilitante y, si se prevé que la enfermedad tiene carácter progresivo, la revisión de la sentencia ajustará la limitación de capacidad a cada momento.

Poner de relieve que con la declaración de incapacidad se producirá un cambio de estado civil, consecuencia directa de la limitación de la capacidad de obrar. Por esta razón, entre otras, es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, tal y como se manifiesta expresamente en el art. 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con la presencia del Ministerio Fiscal se garantiza la adecuada observancia del cumplimiento de los requisitos necesarios para la declaración de incapacidad y se refuerza su protección.

2. Legitimación activa

A continuación pasaremos a analizar la cuestión relativa a la legitimación activa, es decir, estableceremos qué sujetos están legitimados para iniciar el procedimiento de incapacidad. Para conocer este dato debemos consultar la ley procesal. Es importante tener presente que este **procedimiento siempre ha de ser iniciado a instancia de parte, sin que haya posibilidad de que sea iniciado de oficio**¹⁰. Por ello, es fundamental conocer quiénes están habilitados legalmente para solicitar judicialmente la incapacidad de otro, si están únicamente legitimados o también y a su vez están obligados a ello, y si el propio sujeto interesado puede ser el que personalmente haga la oportuna solicitud ante el juzgado.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, regula esta cuestión en el art. 757¹¹, modificado por la Ley 41/2003, 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 este artículo se fija quiénes tienen legitimación para promover este proceso.

En esta Ley se cita en primer lugar al cónyuge o quien esté en situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes y hermanos del presunto incapaz.

Seguidamente, se habilita al Ministerio Fiscal para que lo inste en caso de inexistencia de los anteriores o, si existiendo alguno de ellos, no lo hubieran promovido.

En el pfo. 3.º se establece que cualquier persona co-nocedora de una posible causa incapacitante podrá comunicárselo al Ministerio Fiscal. Además se establece, en este mismo apartado 3.º, que las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran una posible causa de incapacidad, *deberán* comunicárselo al Ministerio Fiscal.

Nos encontramos en este artículo con diferentes grupos de personas:

- quienes *tienen legitimación* para iniciar por sí mismas el procedimiento (cónyuge, pareja de hecho, descendientes, ascendientes y hermanos), legitimación que parece derivarse del estrecho vínculo familiar que les une al presunto incapaz;

- quienes no están legitimadas para iniciar el procedimiento por sí mismas (entrarían aquí parientes colaterales distintos de los hermanos, o amigos y conocidos del afectado, así como cualquier otra persona) pero que *sí pueden ponerlo en conocimiento* del Ministerio Fiscal si entienden que hay motivos para declarar la incapacidad;

- el *propio Ministerio Fiscal*, que siempre está legitimado como parte activa si entiende que hay motivos legales para declarar la incapacidad;

- las *autoridades y cargos públicos* que por su función conocieran de una posible causa de incapacidad deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

3. Obligación de interponer la acción

Hasta aquí se han citado en la Ley procesal a las personas como legitimadas, bien para el inicio de la acción o bien para la puesta en conocimiento de ello ante el Ministerio Público, pero no se les impone explícitamente obligación de ello, lo cual tiene especial trascendencia en el caso del primer grupo mencionado —cónyuge, pareja de hecho, descendientes, ascendientes y hermanos— esto es, de quienes están más cerca de esa persona y están unidos a ella por especiales vínculos afectivos, sentimentales, familiares y jurídicos.

Sin embargo, en la redacción del pfo. 3.º del art. 757, dentro del grupo de legitimados a iniciar el procedimiento indirectamente (a través de la comunicación al Ministerio Fiscal) sin que haya vínculo consanguíneo ni familiar con el afectado, y en base a su categoría de funcionario o autoridad pública, sí se establece expresa-

mente que los allí enumerados «...deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal», lo cual indica que sí se les impone el deber de comunicar la posible situación de incapacidad de la persona.

Del tenor literal del art.757 parece desprenderse esta dualidad en cuanto a la responsabilidad en el ejercicio de la acción, estando *facultados* los familiares más cercanos a promoverla pero sin que se desprenda que tengan obligación de ello (pues se establece en el art.757.2 que el Ministerio Fiscal actuará cuando no lo hayan hecho los familiares mencionados), y estando *obligados* los funcionarios y cargos públicos a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal a pesar de no estar legitimados para interponer directamente la acción. **Esta disparidad en materia de obligatoriedad, en cuanto a la actuación en el inicio del procedimiento, nos sorprende, y por ello acudimos a analizar qué sucede en este mismo ámbito en sede de tutela, por tratarse de una materia con un trasfondo coincidente con el aquí tratado.**

Una interpretación conjunta de los preceptos civiles y procesales nos conduce a afirmar que sí hay deber jurídico de iniciar el procedimiento de incapacidad por parte de los familiares enumerados en el art. 757.1.º de la LEC

En el art. 229 del Código Civil se recoge expresamente la *obligación* que tienen determinadas personas de promover la constitución de la tutela. Son, en particular, los familiares llamados a ella y el guardador del menor o incapacitado. Si acudimos al art. 234 del Código Civil, observamos que los sujetos llamados a ser tutores coinciden básicamente con las personas enumeradas en el pfo. 1.º del art. 757 de la LEC. Este dato refuerza el asombro que nos produce una posible afirmación como la anterior, conforme a la cual se estime que los familiares citados en el art. 757.1 de la LEC no están obligados a promover la acción de incapacidad. Parece contradictorio que sí estén obligados a promover el nombramiento de tutor y no a iniciar el procedimiento de incapacidad, máxime cuando la declaración de incapacidad llevará como consecuencia necesaria el nombramiento de un representante legal –un tutor– en la práctica totalidad de los procedimientos (quedan excluidos los casos de prórroga de la patria potestad).

Por ello, una interpretación conjunta de los preceptos civiles y procesales nos conduce a afirmar que sí hay deber jurídico de iniciar el procedimiento de incapacidad por parte de los familiares enumerados en el art. 757.1.º de la LEC. Para reforzar esta afirmación

hemos de recordar el contenido de un artículo hoy derogado, como es el art. 214 del Código Civil, hoy vacío de contenido, pero cuya redacción nos indica el espíritu y finalidad perseguida por el legislador en esta materia. En dicho derogado artículo se establecía expresamente la obligación de estos familiares de instar el procedimiento de incapacidad cuando hubiera causa que así lo justificara.

Retomando el pfo. 3.º del art. 757 de la LEC, en su segunda parte, es interesante tener en consideración el deber que se impone a funcionarios y cargos públicos de comunicar la posible incapacidad al Ministerio Fiscal. Esta obligación no es excluyente de la impuesta a los familiares del pfo. 1.º, sino concurrente; se aplicará haya o no familiares que deban iniciar el procedimiento. En el caso de las personas mayores, el ámbito de aplicación de este precepto adquiere especial relevancia, pues habitualmente serán personas con enfermedades más o menos crónicas y en contacto más o menos continuado con personal sanitario, especialmente con médicos de medicina general o de alguna especialidad concreta. En caso de que haya un médico con categoría de funcionario que tenga un seguimiento continuado de la evolución y estado de esa persona, a ellos parece que se podría extender esa obligación. Igualmente, será extensible a los centros en los que resida de manera habitualmente el enfermo (centros de día o residencias de permanencia continua) siempre que, de igual manera, se trate de empleados públicos que son a los que va referido la 2.ª parte del pfo. 3.º del art. 757. En caso de no tener esa condición de empleado público cesa la obligación convirtiéndose en una facultad potestativa, al amparo de lo recogido en la primera parte de ese mismo precepto.

4. Legitimación del presunto incapaz

Además de todos los sujetos mencionados como legitimados directos e indirectos, no hemos olvidar otra importante posibilidad que se recoge en primer término en el art. 757 de la LEC, y que se incorporó con la modificación acaecida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad¹²: el propio interesado, presunto incapaz, también está legitimado para promover activamente el procedimiento. En este caso es absolutamente impropio hablar de obligación o deber de ello, pues a nadie se le puede exigir que sea consciente de una situación tan delicada como es la falta de capacidad en su propia persona, pero resultaría sorprendente no reconocerle la facultad de solicitar a través de la vía judicial que se declare su incapacidad cuando haya causa que así lo justifique. Además hay que poner en relación esta

circunstancia con el hecho de que igualmente se le reconoce en la citada Ley de protección patrimonial del discapacitado, la posibilidad de nombrar al tutor que le representará, a través de la figura conocida como autotutela (su art. 9.º1 modificó la redacción del art. 223 del Código Civil a estos efectos). Con ello se está dando al futuro incapaz la posibilidad de no esperar a que sean otras personas las que propongan su propia incapacidad y a decidir quién es la persona más adecuada, según su propio criterio, para representarle una vez se declare la incapacidad.

Respecto a esta posibilidad nos preguntamos **en qué fase de la enfermedad puede el interesado solicitar al juez la declaración de incapacidad**: ¿puede hacerlo en una fase inicial? ¿ha de esperar a que la enfermedad esté en una fase avanzada? Como en cualquier supuesto de incapacidad, y el caso de que sea el interesado el legitimado activo no es excepcional, para que se proceda a la incapacidad han de darse los requisitos del art. 200 del Código Civil, con el cumplimiento de los mismos de la manera que ya hemos expuesto. Por tanto, ha de tratarse de un caso en que ya haya padecimiento de la enfermedad, que ya esté diagnosticada y que el sujeto se vea afectado por ella tal y como recoge nuestro legislador. Si la enfermedad no está diagnosticada, o no está afectando en ese momento presente a la capacidad de la persona, la incapacidad no es procedente, pues si puede «gobernarse por sí misma» no hay causa de incapacidad que justifique la limitación en la capacidad de obrar. Hemos de recordar que la incapacidad no es un mecanismo de prevención de los efectos perjudiciales derivados de posibles enfermedades incapacitantes futuras, es un procedimiento limitativo de la capacidad y que procede restrictivamente cuando se den en la actualidad las causas legales, no siendo una de ellas la posible enfermedad o el posible desarrollo futuro de la misma.

En el caso de una enfermedad degenerativa en fase inicial, de la que sea consciente el sujeto y conforme a la cual se prevea que en el futuro será causa incapacitante, el propio sujeto sí tiene a su alcance la posibilidad de acudir a esta incapacidad voluntaria y junto a ella a la figura de la autotutela. Son dos supuestos diferentes pero difícilmente escindibles. Si el sujeto nombra a quien será su futuro tutor de ello se deduce que prevé que va a ser incapaz, pues el tutor como cargo representativo tiene cabida en los casos de limitación de capacidad, y para los mayores la vía de limitación de la misma se reduce a la incapacidad vía judicial. ¿Se puede nombrar tutor sin estar incapaz? No, salvo el caso de los menores de edad. Para que se nombre ese tutor que ha

sido elegido por el sujeto, primero hay que proceder a la declaración de incapacidad.

Entendemos que en el caso de que el afectado no quiera proceder al nombramiento de tutor mediante la potestativa figura de la autotutela, pero sí quiera ser sometido a un proceso de incapacidad, podrá iniciarlo independientemente de que previamente haya elegido o no quien será su tutor.

IV. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

Como consecuencia del incumplimiento del que hemos considerado *deber* de promover la declaración de incapacidad, en caso de que el presunto incapaz sufriera daños –personales o patrimoniales– entendemos que esos sujetos obligados que no iniciaron el procedimiento, debiendo hacerlo, son los que asumirán el coste de la indemnización de esos daños, ello en *aplicación directa* del art. 229 del Código Civil. También nos plantearemos la oportunidad de asumir por estos mismos sujetos la indemnización de los daños causados a terceros por la persona con la enfermedad incapacitante.

1. Responsabilidad por daños causados al presunto incapaz

Específicamente, el art. 229 es un precepto situado en sede de tutela y destinado a los supuestos en los que los obligados a promover la constitución de la tutela no hayan procedido a cumplir con su obligación, mas consideramos que es aplicable de igual manera a los casos que aquí nos ocupan, es decir, a la constitución y declaración de la incapacidad¹³. Hay que considerar que en buena parte de casos ambas situaciones serán coincidentes, pues el nombramiento de tutor, en un número considerable de supuestos, será la consecuencia derivada del procedimiento de incapacidad¹⁴. Además, las materias de tutela e incapacidad tienen una identidad de razón: proteger a la persona con capacidad limitada, siendo éste el fundamento principal de ambas instituciones, razones por las cuales mantenemos que el art. 229 *tiene aplicación directa para los casos en que quienes deban promover la incapacidad se hayan mantenido inactivos* no iniciando el procedimiento.

El art. 229 del Código Civil va destinado a los sujetos obligados a promover la tutela y, por extensión, se consideran obligados a ello los parientes llamados a ser tutores, que son los recogidos explícitamente en el art. 234 del mismo cuerpo legal. Los designados en el art. 234 del Código Civil coinciden básicamente con los enumerados en el art. 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a excepción de la pareja *more uxorio*, que sí se reconoce

expresamente en la ley procesal pero que el Código Civil no lo incluye en el art. 234. Para la constitución de la incapacidad debemos estar al contenido del art. 757, por lo que los obligados son los allí mencionados y a ellos se extenderá el contenido obligacional del art. 229 del Código Civil, por lo que también alcanza a la pareja de hecho la responsabilidad en él recogida.

El contenido del art. 229 implica un grado de responsabilidad importante en el ejercicio del deber mencionado –iniciar el procedimiento de incapacidad–, y abre una vía resarcitoria por los daños causados en el incumplimiento del mismo

El contenido del art. 229 implica un grado de responsabilidad importante en el ejercicio del deber mencionado –iniciar el procedimiento de incapacidad–, y abre una vía resarcitoria por los daños causados en el incumplimiento del mismo.

La responsabilidad y consecuente indemnización de la que trata este precepto va orientada inicialmente a los daños sufridos por el propio sujeto que debe ser incapacitado, pero dudamos si puede extenderse a los daños causados a terceros por acciones u omisiones del presunto incapaz.

En los procesos de incapacidad la obligación de resarcimiento recae en las personas que describimos en el epígrafe anterior como obligadas a promover el procedimiento: cónyuge o pareja de hecho, descendientes, ascendientes, hermanos y las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de su cargo, conocieran la posible causa de incapacidad; a todas ellas alcanza la responsabilidad por daños del art. 229. Se trata de una responsabilidad de carácter solidaria, para algunos es una responsabilidad por culpa, mientras que otros afirman que se trata de una responsabilidad objetiva. En torno a este tipo de responsabilidad surgen algunos interrogantes: ¿la ausencia de culpa puede alegarse por el desconocimiento de la causa incapacitante para así exonerarse de responsabilidad? ¿la solidaridad que se menciona en este precepto entre qué sujetos surge, entre los obligados, o entre el obligado y el sujeto afectado de la causa de incapacidad?

En cuanto a la primera cuestión acerca de si **el desconocimiento de una posible causa incapacitante es motivo para liberar al obligado de responsabilidad, la respuesta inicial debe ser negativa**, pues sería una excusa fácilmente alegable para liberarse de responsabilidad. Esta afirmación debe ser matizada en función de la en-

fermedad que afecte al sujeto: si la enfermedad está en un grado que hace patente las limitaciones de esa persona, la excusa no procede, pero si la enfermedad se encuentra en un estado inicial que no muestra los síntomas de manera habitual, o no son fácilmente perceptibles, la responsabilidad no se puede atribuir a los familiares. Cosa distinta sucede con los funcionarios y/o autoridades públicos que estén en contacto con esta persona y que por razón del cargo deban promover la acción de incapacidad. En estos casos la observancia de los síntomas de enfermedad del sujeto podría estar dentro de las funciones de estos colectivos (médicos, asistentes sociales, directores de residencias..., todos ellos dentro de la categoría de empleados de carácter público), por lo que la liberación de responsabilidad no será procedente si la enfermedad ya está afectando a la capacidad de obrar del sujeto, aunque sea en un estado inicial.

Respecto a la segunda cuestión, sobre quién **queda unido por el vínculo de la solidaridad establecido expresamente en el art. 229 del Código Civil**, hay dos posibilidades: que se refiera a la responsabilidad que une a los diferentes obligados entre sí, o que vaya destinada a la responsabilidad entre el obligado y el potencial incapacitado.

De lo que se trata en este artículo es de proteger a la persona que tiene su capacidad de obrar mermada, de protegerla de eventuales daños que pueda sufrir por no estar incapacitada cuando debería estarlo. Si lo que se persigue es la protección del presunto incapaz, ello nos lleva a afirmar que el legislador en este artículo está pensando en potenciales daños causados en su persona y/o patrimonio por no estar incapacitado, por lo que la responsabilidad por los daños causados deberá recaer en esas personas que no han promovido la acción debiendo hacerlo, y será entre ellas entre quienes surgirá un vínculo de responsabilidad solidaria¹⁵. De esta manera, en caso de existir varios obligados de manera concurrente, a cualquiera de ellos se les puede reclamar que responda íntegramente de los daños causados, y así los intereses del presunto incapaz quedan protegidos de manera reforzada.

2. Responsabilidad por daños causados por el presunto incapaz

La dicotomía planteada anteriormente recobra sentido para aquellos otros casos en los que el daño se ha causado por el propio sujeto presuntamente incapaz a los bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de terceros. Es aquí donde analizaremos si tiene aplicación a estos supuestos el contenido del art. 229 y si la solidaridad en él recogida va referida a los obligados conjuntamente

a iniciar el procedimiento entre ellos o conjuntamente con el autor del daño —con el presunto incapaz—.

La acción de un sujeto afectado por una enfermedad incapacitante puede ocasionar daños de diferente índole (imaginemos que la enfermedad le lleva a agredir físicamente a otras personas, o a atentar contra sus bienes), y el sujeto afectado podrá iniciar una reclamación por la vía de la responsabilidad extracontractual. Los daños que puede ocasionar el presunto incapaz serán de esta índole —extracontractual—, pues difícilmente estará en situación de causar un perjuicio económico patrimonial de naturaleza contractual (a diferencia de lo que sí puede sucederle a él).

Cuando se demuestre que la persona está en situación de ser incapacitada, pero no se ha iniciado el procedimiento legal oportuno para ello, es cuando podría entrar en juego la responsabilidad del art. 229, y esa responsabilidad de nuevo se aplicaría solidariamente a los diferentes sujetos obligados a iniciar la acción de incapacitación, quedando excluido de responsabilidad el enfermo. Si la persona actúa causando daño a otro, pero ese daño no es producto de una actitud culposa ni dolosa, sino que es resultado de la enfermedad que padece, esa persona no será responsable del daño ocasionado y la responsabilidad podría derivarse a las personas que están obligadas a promover la incapacitación, a las cuales debería acudir el perjudicado por el comportamiento del sujeto que debería haber sido incapacitado. Esta hipótesis nos parece jurídicamente viable, pero **difícilmente aplicable en la práctica, por cuanto implica extender la responsabilidad por hecho ajeno a familiares y demás obligados a promover la incapacitación**, que en muchos casos no habrán iniciado el procedimiento por desidia, negligencia, o incluso atendiendo a intereses propios, pero que en otros casos no lo habrán hecho por cuestiones de carácter sentimental o por no entender que ése sea el momento oportuno.

A los no incapacitados se les presume capaces y, por tanto, responsables de las consecuencias derivadas de sus actos, pero si se demuestra que el comportamiento obedece a una enfermedad, esa persona podrá liberarse de responsabilidad

Hay autores que no extienden esta responsabilidad a los daños causados a terceros por el presunto incapaz, y lo limitan a los daños causados a él¹⁶. De mantener esta afirmación, si el daño lo ocasiona el sujeto como conse-

cuencia de su enfermedad y, por tanto, no es responsable de ese daño al no haber culpa, el resultado de no aplicar el art. 229 más allá de los daños causados al propio sujeto incapacitante sería la ausencia de responsabilidad.

El art. 229 no establece expresamente a qué casos de responsabilidad va dirigido y, como hemos dicho, no vemos inconveniente desde el punto de vista jurídico para que se aplique también a los daños ocasionados por la acción del sujeto que debiendo estar incapacitado no lo está por falta de acción de los obligados a ello. De esta manera, la extensión de la responsabilidad reforzaría la obligación de promover la incapacitación cuando procediera. La dificultad a la hora de llevar a la práctica esta reclamación la encontramos en torno a la prueba de la situación en que se encontraba el sujeto cuando cometió el acto originador del daño, a la fase de la enfermedad o a la inminente e imperiosa necesidad de promover el procedimiento de incapacitación; dificultades probatorias que no deberían ser tales cuando la persona esté ingresada en un centro con profesionales públicos encargados de su cuidado, atención y seguimiento.

A esto hay que añadir la necesidad de conocer la causa originadora del daño, cuál es el motivo que lo ha ocasionado, pues que haya un sujeto potencialmente susceptible de incapacitar no significa que sea automáticamente inimputable desde el punto de vista del surgimiento de la responsabilidad civil. Para ser declarado imputable civilmente se ha de tener cierta capacidad, por lo que a los que no tienen autogobierno de su persona se les considera inimputables (menores e incapacitados)¹⁷. A los no incapacitados se les presume capaces y, por tanto, responsables de las consecuencias derivadas de sus actos, pero si se demuestra que el comportamiento obedece a una enfermedad, esa persona podrá liberarse de responsabilidad. Esta situación, que es aceptada doctrinal y jurisprudencialmente, no encuentra reflejo legislativo, ni en el Código Civil ni en leyes especiales, a diferencia de lo que sucede en los Códigos Civiles de países como Italia y Argentina, en los que se considera expresamente inimputables a los menores y a los afectados de enfermedades incapacitantes¹⁸. Es cierto que la inimputabilidad puede deducirse del contenido del **art. 1903 de nuestro Código Civil en relación a la responsabilidad por hecho de otro que asumen padres, tutores o guardadores, mas este artículo va referido a los casos en que la incapacitación ya esté determinada y se haya nombrado un tutor, sin poderse aplicar directamente a los casos en que la enfermedad exista pero no haya declaración de incapacitación**, lo cual sería sumamente conveniente. Una vez declarado incapacitado ya no hay duda sobre su inimputabilidad,

que no ha de ser absoluta sino que dependerá de los límites establecidos en la propia sentencia, y el tutor –o en su caso los padres– asumirán la responsabilidad de los comportamientos dañosos del incapacitado. La problemática se mantiene cuando se está en una fase previa, en la que no hay incapacidad pero sí enfermedad y el presunto incapacitado causa daño a terceros.

Volviendo al art. 229 del Código Civil, y teniendo en cuenta que va referido expresamente a la constitución de la tutela, hay que manifestar las diferencias entre la necesidad de nombrar un tutor –hecho que resultará fácilmente constatable– y la necesidad de iniciar un procedimiento de incapacidad. En estos últimos supuestos, primero habrá que probar que el sujeto necesita ser incapacitado por darse las causas legales para ello, y que esas causas existían cuando se ocasionó el daño al tercero, y esta prueba puede resultar más complicada, por lo que la practicidad de la medida resarcitoria de daños en tales casos –repercutibles a los obligados a iniciar el procedimiento de incapacidad en vez de al causante directo– de nuevo puede verse altamente dificultada.

V. MEDIDAS ALTERNATIVAS Y/O COMPLEMENTARIAS A LA INCAPACITACIÓN

Una vez hecho un repaso a las cuestiones más trascendentes en cuanto al proceso de incapacidad, y siendo éste la vía de protección más contundente que puede obtener una persona con una enfermedad limitativa de su capacidad de obrar, y especialmente idóneo para las personas mayores con enfermedades neuronales degenerativas, hemos de tener presente que existen otras medidas de caución que pueden adoptarse de manera complementaria a la incapacidad, y que en algunos casos pudieran ser una alternativa a la misma. Pasamos a analizarlas.

1. Medidas cautelares

Pensando en la protección personal del propio sujeto incapacitante, y teniendo en cuenta el eventual riesgo para los terceros de sufrir daños provocados por la enfermedad se puede instar el **internamiento** de esa persona enferma a instancia de los familiares o de las autoridades que prevean el posible peligro.

En casos de esta índole, si ya se hubiera procedido a la incapacidad, el consentimiento a efectos del internamiento corresponderá concederlo al designado tutor. Pero en aquellos otros en que no haya sido declarada la incapacidad, el consentimiento, en primer término, ha

de darlo voluntariamente el sujeto afectado por la patología. Si ese sujeto no está en condiciones de saber, entender y querer el significado del internamiento, o si se niega a ello de forma consciente, la manera de conseguir que sea ingresado con el objetivo de obtener la necesaria protección para sí y para terceros, es mediante la obtención de la autorización judicial.

Ante una situación de urgente necesidad se puede practicar el internamiento en el centro pertinente y, si hay negativa al ingreso, a posteriori obtener el permiso del juez. De no haber premura en el ingreso en el centro hospitalario, se deberá pedir previamente al juez el consentimiento que justifique y legitime ese ingreso que el paciente no quiere o no puede consentir.

Si la autoridad judicial, por ejemplo durante la tramitación de una posible incapacidad (o en cualquier otra circunstancia), observa que hay motivos que justifiquen el internamiento, podría actuar de oficio ordenando que se practicara el ingreso en el centro que correspondiera; y de igual manera podría proceder de oficio para establecer las medidas cautelares que estime oportunas en defensa de los intereses personales, familiares y patrimoniales del presunto incapaz.

2. Declaración de dependencia

Cuando la enfermedad es discapacitante pero no incapacitante no procederá la incapacidad, pues esta situación está reservada para los casos más extremos. No por ello la persona va a quedar desamparada, puesto que hay otras garantías de protección para el enfermo en el que no concurren causas incapacitantes. Para ello se habilita la normativa sobre dependencia y sobre discapacidad, recordando que las situaciones discapacitantes no han de ser necesariamente incapacitantes, y los mayores no incapacitados pueden precisar de ayuda, asistencia y auxilio, y ello se puede proporcionar a través de la declaración de dependencia. A través de esta declaración el enfermo con dificultades que sea declarado dependiente podrá solicitar las ayudas pertinentes que habilite la legislación en materia de dependencia, así se intentará normalizar su día a día y facilitarle la movilidad, tanto a él como a la familia que en su caso asuma la ayuda y asistencia a esa persona.

No obstante, esta declaración de dependencia, así como las ayudas que se derivan de la misma, no son incompatibles con la declaración de incapacidad. Puede darse la circunstancia, muy frecuente en personas mayores, de que el incapacitado a su vez sea una persona en situación de dependencia, en cuyo caso habrá que solicitar la oportuna declaración para tener acceso a las ayudas derivadas de ese reconocimiento, pues, como ya expu-

simos en líneas precedentes, la declaración de incapacidad en la actualidad no lleva incurso la declaración de dependencia, tratándose de dos situaciones diferenciadas y que no han de darse concurrentemente (aunque ya expresamos que en el caso de mayores incapacitados por enfermedades neurológicas degenerativas la dependencia es una realidad que se aprecia prácticamente en todos los casos, que es una consecuencia directa de la enfermedad y de la incapacidad para regir su persona).

3. Declaración de prodigalidad

La declaración de prodigalidad no puede incluirse como una medida alternativa u opcional para los casos de declaración de incapacidad. La prodigalidad no implica ni conlleva limitación en la capacidad de obrar (de ahí que no se nombre tutor sino curador), y está pensada como un mecanismo de protección del patrimonio del declarado pródigo, pero para que ese patrimonio pueda cubrir el pago de alimentos a los familiares que en ese momento estén en situación de reclamarlos.

La declaración de incapacidad en la actualidad no lleva incurso la declaración de dependencia, tratándose de dos situaciones diferenciadas y que no han de darse concurrentemente

Puede que una persona esté procediendo a un gasto incontrolado, continuo y duradero que haga peligrar su economía, pero no por ello se le incapacitará, pues recordemos que para que se proceda a la incapacidad han de cumplirse los requisitos del art. 200 del Código Civil, y ese gasto no tiene por qué obedecer a una enfermedad de las que trata éste artículo. En tales casos, se acudirá a un procedimiento distinto, al de prodigalidad. Pero como hemos manifestado, se trata de supuestos inicialmente distintos a los que aquí tratamos y que en esencia no tienen que ver con la protección de los mayores que sufren enfermedades degenerativas conducentes a la limitación o falta de capacidad, por lo que lo hemos descartado como medida adicional o complementaria a la incapacidad.

4. Derecho de alimentos

El derecho de alimentos puede surgir por la necesidad del mayor enfermo —que puede estar ya incapacitado o no, puede ser dependiente o discapacitado— de recibir ayuda por tener una insuficiencia patrimonial para hacer frente a los gastos ordinarios y a los posibles desembolsos precisos como consecuencia de su enfermedad.

Este derecho de alimentos puede derivarse de una situación surgida legalmente, en función de lo previsto en el Código Civil en los arts. 142 y siguientes, o también puede derivarse de un contrato de alimentos, posibilidad que se recoge en el art. 1791 y siguientes del Código Civil y que fue reconocida a través de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Esta figura, de relativamente reciente reconocimiento, aumenta las posibilidades de protección patrimonial de las personas en situación de desprotección, como pudiera ser el caso de las personas mayores. De esta manera, en el caso de no tener familiares obligados al pago de alimentos, o si existieran pero no estuvieran en disposición económica de asumir esa carga, se admite la posibilidad de pactar un contrato de alimentos con personas ajenas al círculo familiar marcado en la obligación legal de alimentos, y también se perfila como una alternativa al contrato de renta vitalicia.

Antes de la incorporación actual del contenido de los arts. 1791 y siguientes del Código Civil, la obligación de pagar alimentos podía surgir en base a un pacto a tal efecto reconocido en el art. 153 del Código Civil. Una de las diferencias entre el contenido de este precepto y el recogido en el art. 1791 y siguientes, es la duración de la obligación derivada del pacto. **En el caso de pacto conforme al art. 1791 y siguientes, el contrato surgido tendrá carácter vitalicio** —la vida del alimentista será la que marque el período de duración—, y en el caso de que el pacto se haga conforme al art. 153, y conforme al principio de autonomía de la voluntad del art. 1255 del Código Civil, no hay exigencia alguna de que el período de duración dependa necesariamente de la vida del alimentista¹⁹. Nos encontramos, por tanto, ante contratos cercanos pero no exactamente coincidentes en cuanto a características y contenidos, lo cual amplía las posibilidades de protección del incapacitado.

Como medidas alternativas a las propuestas en este apartado se puede asegurar unos ingresos a ese mayor a través de una renta vitalicia o por medio de un contrato vitalicio. La hipoteca inversa es una alternativa factible pero no muy recomendable por el riesgo que supone.

5. Acogimiento familiar

En cuanto a la figura del acogimiento familiar contamos con una normativa autonómica que lo regula, y así cada CCAA determina las condiciones que han de concurrir para que procedan ayudas a este tipo de acogimiento.

Se está pensando específicamente en aquellos mayores que quedan desamparados y necesitan ayuda asistencial, un lugar para vivir y, en cualquier caso, una compañía. Para evitar institucionalizar el acogimiento y que

sean las instituciones públicas las que se ocupen del mayor, en definitiva una persona jurídica con el desarraigo e impersonalización que ello supone, es una buena alternativa promover e incentivar la figura del acogimiento familiar.

En la normativa de la Comunidad Autónoma de Madrid se establecen una serie de requisitos para que procedan las ayudas al acogimiento familiar. Son requisitos de carácter económico, personal, médico y familiar; no cabe aplicar la ayuda por encima de un umbral de renta, tampoco a mayores con determinadas enfermedades, o cuando entre acogedor y acogido hay una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el 2.º grado.

La limitación en cuanto a los familiares entendemos que tiene razón de ser en consonancia con el hecho de que ascendientes y descendientes, así como hermanos, están obligados a prestarse alimentos, por lo que la ayuda y protección a ese mayor se impone por ley en los casos pertinentes en relación a esa otra figura. De tratarse de parientes por afinidad no hay derecho de alimentos derivados de la obligación legal, por lo que esta limitación en la ayuda no parece tener mucha lógica.

Hablamos de parentesco por afinidad para unir a cada uno de los cónyuges con el pariente consanguíneo del otro (la limitación va hasta el segundo grado, por lo que, por un lado, incluye a los que se conocen como yernos, nueras, y/o suegros), y ello mientras el matrimonio está vigente. En estos casos, vigente el vínculo matrimonial, primaría la obligación del pariente consanguíneo de cubrir la necesidad de alimentos de su familiar directo, habría un auxilio conforme a las obligaciones derivadas de ese vínculo creado por la generación.

En el caso de estar ante una situación de crisis matrimonial conducente a una separación legal o de hecho, pudiera darse la circunstancia de que se quisiera ocupar voluntariamente el yerno o nuera de ese mayor, pero de nuevo al estar el *hijo* vivo, y estar vigente el vínculo matrimonial, desplazaría el supuesto y la ayuda derivada de un posible acogimiento familiar no procedería.

Si la crisis matrimonial lo que origina es el divorcio, o si se produce el fallecimiento del hijo (o la declaración de fallecimiento), al romperse el vínculo matrimonial deja de haber parentesco por afinidad con el mayor y, en caso de acogerle, sí sería procedente la ayuda por acogimiento familiar siempre que se dieran el resto de requisitos.

Otro supuesto hipotético de parentesco por afinidad hasta el 2.º grado sería el de los cuñados, pero de nuevo

el parentesco consanguíneo de los *hermanos* desplazaría el supuesto al poder exigir el cumplimiento de la obligación de prestar alimentos a su hermano.

Fuera de estos parientes no hay obligación de prestar alimentos, por lo que no hay deber jurídico de ayudar y asistir a ese familiar mayor que necesita asistencia. Para promover que se reciba en el hogar a ese mayor se arbitran este tipo de ayudas a través de la concesión de incentivos económicos. No hay duda de que en caso de que no proceda la ayuda por no cumplirse los requisitos se podrá ayudar altruistamente a ese mayor, o sino en caso contrario será la Administración quien deba prestarle asistencia, pero la promoción de ayudas, máxime en tiempos de crisis, es una medida que facilita la integración del anciano en el hogar familiar, y asegura una vida más confortable en esa recta final.

NOTAS

- 1 El Tribunal Supremo en sentencia de 19/05/1998 cataloga la enfermedad de Alzheimer como «... una enfermedad de carácter evolutivo y progresivo», y por tanto una enfermedad de carácter incapacitante.
- 2 BOE n.289 de 3 diciembre.
- 3 Tanto esta Ley como la 41/2003 remiten, para la fijación de los cauces a través de los cuales se acreditará la discapacidad, al RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusválido.
- 4 RD 1791/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, con la modificación a su Anexo I a través del RD 1169/2003 de 12 de septiembre, donde se establece que tienen esta competencia los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a los que se les hubieran transferido las funciones en materia de calificación de grado de discapacidad y minusvalía, o del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales.
- 5 En sentido afirmativo, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinado por PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J, La Ley, Madrid, 2006, pág. 126.
- 6 Los juzgados de 1ª Instancia se han especializado en esta materia; en Madrid tenemos para estas cuestiones los Juzgados de Tutelas e Incapacitaciones. Ello refuerza la garantía tuitiva, y habilita a una mayor celeridad.
- 7 SERRANO GARCÍA, I.: «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», R.J.N., octubre-diciembre 2004, págs. 251-52.

- 8 CORDERO CUTILLAS, I.: «Discapacidad e incapacidad judicial en el Derecho civil: ¿conceptos sinónimos?», *Estudios financieros*, números 55-56, año 2005, pág. 7 y ss.
- 9 Resolución 98 – 9.
- 10 Aquí encontramos una diferencia importante con el procedimiento para constituir la tutela. El nombramiento de tutor puede instarse de oficio por la autoridad judicial, tal y como se recoge explícitamente en el art. 228 del CC.
- 11 Quedan derogados por la nueva ley procesal los art. 202 a 214 del CC que venían regulando esta cuestión.
- 12 Recordar que con la Ley de reforma del CC en materia de tutela en el año 1983, no se admitía legalmente ni la incapacidad voluntaria ni la autotutela. Con la modificación de los arts. 223, 234 y 239 del CC por la Ley 41/2003, es cuando ambas posibilidades quedan legalmente admitidas.
- 13 DE COUTO GÁLVEZ, R., MIRAT HERNÁNDEZ P., ARMENDÁRIZ LEÓN C., *La protección jurídica de los ancianos. Procedimiento de incapacidad e instituciones tutelares que los protege. El internamiento involuntario y su incidencia penal*, Colex, Madrid 2007, pág. 39 y ss.
- 14 Queda al margen el nombramiento de tutela en casos de menores (menores que se quedan sin padres por haber muerto o haber sido declarado fallecidos ambos, cuando los padres son privados de la patria potestad, o mayores que fueron incapacitados durante la minoría de edad y se les prorrogó la patria potestad y ahora los padres fallecen, son declarados fallecidos o no pueden ejercer sus funciones).
- 15 LETE DEL RÍO J.M., *Comentarios a los artículos 228 a 230 del Código Civil, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo IV, EDESA, Madrid, 1985, pág.285.
- 16 ROGEL VIDE C., *Comentario del artículo 229, Comentario del Código Civil, Tomo I*, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág.712.
- 17 DE SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 70 y ss.
- 18 En concreto, se recoge esta cuestión en el art.1706 del Código Civil argentino y en el art.2046 del Codice civile italiano.
- 19 DÍAZ PARDO G., *Derecho de alimentos a favor del discapacitado: efectos de su incumplimiento, La encrucijada de la Incapacidad y la Discapacidad* dirigido por PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ J., La Ley, Madrid 2011, pág. 126 y ss.

La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM



FICHA TÉCNICA

«The autonomy of the will and the instruments for the protection of disabled people»

Resumen. La compatibilidad de las normas de incapacitación contenidas en el Código Civil y la LEC con la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con discapacidad ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo en la sentencia del Pleno, de 29 de abril de 2009 y en otras posteriores, sin perjuicio de la necesidad de acometer reformas en este ámbito. Especialmente, desde el modelo de apoyo y asistencia que propugna la citada Convención, se ha considerado a la curatela como instrumento de protección más idóneo de la persona y patrimonio del discapacitado.

Palabras clave. Incapacitación, discapacitado, curatela, convención ONU, modelo apoyo.

Abstract. The compatibility of the rules governing incapacity contained in the Civil Code and the Civil Procedure Act with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities has been established by the Supreme Court in the judgement of the Plenary Session of 29 April 2009 and in other subsequent judgements, without prejudice to the need to undertake reforms in this area. In particular, with regard to the support and assistance model proposed in the said Convention, guardianship has been considered to be the most suitable instrument for the protection of disabled persons and their assets.

Keywords. Disability, disabled person, guardianship, UN Convention, support model.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS
- II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CURATELA A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS
- III. LA CURATELA Y LA ASISTENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La autonomía de la voluntad ha tenido tradicionalmente especial operatividad en el campo del derecho patrimonial –contrato y testamento– y no tanto con la misma dimensión en el ámbito del derecho de familia, especialmente, en lo que representa el estatuto jurídico de la persona. Sin embargo, paulatinamente se han

ido ampliando las posibilidades de decidir sobre asuntos reservados a este ámbito, que hasta ahora quedaban al margen de la libertad del individuo. Fruto de tal cambio es la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad que introduce un nuevo sistema de protección sin incapacitación para personas en razón de su discapacidad con relevancia en el ámbito del Derecho civil. Este sistema no depende de la incapacitación, ni constituye un estado civil, y se aplica a quienes estén afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% (art. 2.2). Se tiende hacia un sistema más flexible de protección de las personas con discapacidad, en el que aparte de contener una regulación del patrimonio protegido, posibilita **que cualquier individuo pueda organizar de forma anticipada su situación personal y/o patrimonial ante una eventual pérdida progresiva de la capacidad me-**

diante instrumentos como la autotutela y su reflejo en la delación de la tutela, o los apoderamientos o mandatos preventivos –la previsión de no extinción automática del mandato en caso de incapacidad o para el caso de incapacidad (art. 1732.2 del Código Civil)-.

Ahora bien, el Código Civil parte de una presunción general de capacidad de obrar de la persona, que solo desaparece cuando se incapacita a la persona por las causas establecidas en el art. 200 y mediante la correspondiente sentencia judicial (art. 199)¹. Son causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí mismo. El término **persistencia** supone que la enfermedad o deficiencia se extiende en un período de tiempo que, puede ser lo suficientemente amplio para justificar la medida². En cuanto al **autogobierno**, desde el punto de vista médico se indica que tiene tres dimensiones:

1. la patrimonial –autonomía e independencia en la actividad socioeconómica—;

2. la adaptativa e interpersonal –entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria de forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural—;

3. 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 y autocuidado-³.

En todo caso, la incapacidad no es uniforme, sino que la sentencia que, limita la capacidad de la persona, debe atender a su grado de discernimiento y establecer a qué régimen de protección queda sometido el incapacitado. Por tanto, la incapacidad supone una limitación a la capacidad de obrar, graduable en la propia sentencia (art. 760.1 de la LEC); de tal manera que, a partir de ella el incapacitado carece de la aptitud necesaria para realizar de manera válida y eficaz los actos referidos en la sentencia⁴.

De ahí que, la apreciación de la concurrencia de causa de incapacidad exija la proporcionalidad entre la medida adoptada y la incidencia que pueda tener la enfermedad o deficiencia en la capacidad natural de entender y querer de la persona que sufre la incapacidad, además de su revisión⁵. En este contexto, la limitación que sufre el incapacitado necesariamente ha de ser sustituida o completada por otra persona. Por eso la sentencia de incapacidad somete al incapacitado al ámbito de poder de otra persona: tutor que la representa (art. 267 del Código Civil); o curador que, le asiste y completa su

capacidad limitada (arts. 287 y 289 del Código Civil); o patria potestad en función de prórroga o rehabilitación (art. 171 del Código Civil) con contenido de tutela o curatela.

De todas formas, el hecho de incapacidad no varía la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina un cambio en su forma de ejercicio; de ahí que, deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del incapacitado, y la necesidad de adaptación al caso concreto. Sobre tales bases, la regulación del Código Civil en materia de incapacidad se ha visto influenciada por la **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad** y su Protocolo Facultativo fueron aprobados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Ambos textos se refieren a los derechos de las personas con discapacidad y, asimismo, recogen las obligaciones de los Estados partes para promover, proteger y asegurar tales derechos inherentes a la dignidad de las personas. España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, mediante el correspondiente Instrumento de ratificación, entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. De conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1.º de la Constitución Española, y en el art. 1.5 del Código Civil, la Convención pasa a formar parte de nuestro Derecho positivo, debiendo servir incluso de amparo interpretativo de las normas internas⁶.

El objetivo principal de la Convención no es otro que el de promover, defender y garantizar el «goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad», así como «el respeto de su dignidad inherente» (art. 1.1 de la Convención). Este nuevo instrumento supone la asunción del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y, asimismo, determina la necesidad de disponer de una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas.

El hecho de incapacidad no varía la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina un cambio en su forma de ejercicio, por lo que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del incapacitado

Se considera personas con discapacidad «a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o

sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 1.2). Entre los grupos de personas a los que se refiere la Convención se encuentran personas dependientes, que sólo necesitan asistencia para actividades cotidianas, pero no requieren para nada una sustitución de la capacidad; discapacitados que no tengan necesidad de ningún complemento de capacidad; incapacitados judicialmente, o incapaces que simplemente requieren un complemento por falta de las facultades de entender y querer. Se puede considerar tal definición como un concepto mínimo y abierto, pues, en el Preámbulo de la Convención se indica que «se reconoce, además, la diversidad de las personas con discapacidad», y asimismo, se señala que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que con las demás» (letra e)), al tiempo que reafirma «la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejercen plenamente y sin discriminación» (letra c))⁷.

La Convención adopta el modelo «social de discapacidad» que sustituye al «modelo médico o rehabilitador», actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se le confiere únicamente un carácter residual; por lo que, en consecuencia, se veda el modelo de sustitución en la toma de decisiones y se permite «apoyo o asistencia» en dicha toma de decisiones. Sobre tales bases, el art. 12 de la propia Convención, tras afirmar en el apartado primero que «las personas con discapacidad tienen derecho en todas las partes al reconocimiento de su personalidad jurídica», **obliga a los Estados Partes a revisar los sistemas legales de guarda vigentes en cinco puntos fundamentales:**

1. Al afirmar que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de hombres y mujeres, en todos los aspectos de la vida. Si bien, el concepto de capacidad jurídica es más amplio que la simple capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones. Por lo que, engloba tanto la titularidad como el ejercicio, esto es, nuestra capacidad jurídica y de obrar.

2. La consagración y reafirmación del derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas con discapacidad no deben recibir un trato discriminatorio por motivos de discapacidad.

3. El establecimiento de un sistema de apoyos para el ejercicio normalizado de la personalidad y la capacidad jurídica, como único admisible en lo sucesivo. De forma que, la prestación de asistencia necesaria para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, parte fundamentalmente del supuesto de la plena capacidad jurídica, incluso cuando la persona necesite asistencia para ejercerla.

4. La adopción de salvaguardas como garantía de un funcionamiento regular de los mecanismos de apoyo, basadas siempre en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona que, eviten situaciones de abuso e injusticias y permitan el acceso de las personas con discapacidad a derechos patrimoniales básico en igualdad de condiciones con el resto de la población. Las salvaguardas han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias y han de estar sujetas al control de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

5. Revisión de los ordenamientos nacionales que restringen la capacidad jurídica por razón de discapacidad⁸.

Precisamente los ajustes razonables definidos por el art. 2 de la Convención como «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales», exige una adaptación y revisión transversal de toda la legislación española vigente, que ha de incluir la modificación y/o derogación de las normas de Derecho interno que entren en contradicción con la Convención.

Siguiendo los imperativos de ésta, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010 se aprobó el **Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad** y se encomendó en diversos departamentos ministeriales que impulsaran las reformas comprometidas en tal Acuerdo. A tal efecto se dispuso que «es necesario adaptar al espíritu y también la terminología de este texto internacional, la legislación sustantiva y procesal interpretada por la jurisprudencia, a fin de garantizar que la modificación de la capacidad de obrar de las personas que no están en condiciones de gestionar por sí solas sus intereses sea la estrictamente necesaria para su adecuada protección y cumpla los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido. Igualmente, ha de insistirse en garantizar el respeto de los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad y, en particular, que las

medidas de apoyo en la toma de decisiones y protección establecidas en su beneficio se articulen tomando en consideración sus deseos y preferencias».

Fruto de tal Acuerdo es la Ley 26/2011, de 1 de agosto de Adaptación normativa de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad —informada favorablemente por el Consejo Nacional de la Discapacidad—, en cuya Disposición Adicional séptima se encomienda al Gobierno a que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remita a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación del ordenamiento jurídico en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida —a la fecha de hoy no ha tenido lugar tal remisión a las Cortes—. En dicho proyecto de ley se establecerán, asimismo, todas aquellas modificaciones que sean necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma de decisiones de las personas con discapacidad que se precisen.

Con posterioridad, el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, en la línea marcada por la Ley 26/2011, viene a adaptar la normativa reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención.

*Los principios de la Convención, están
exigiendo una adaptación y revisión
trasversal de toda la legislación española
vigente en materia de discapacidad*

En esta línea, el **Comité sobre los Derechos de la Persona con discapacidad**, en varias observaciones ha recomendado al Estado español que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela, y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia en la toma de decisiones que, respeten la autonomía, la voluntad, y las preferencias de las personas con discapacidad.

También, en coherencia con lo dispuesto en la Convención, **la Ley 1/2009**, de 25 de marzo, en su Disposición Final primera rubricada como «Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar» establece que: «*El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse*

procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006».

Pues bien, la normativa sustantiva y procesal parte de la existencia de un sentencia de incapacitación por la que se declara la incapacidad total o parcial de la persona y, el nombramiento de la correspondiente institución tutelar que puede tener lugar en la misma sentencia de incapacitación (arts. 759.2 y 760.2 de la LEC). Según dispone el art. 225 del Código Civil la protección de la persona podrá tener lugar por una de las instituciones tutelares reconocidas en nuestro derecho civil. A saber, la tutela, curatela y defensor judicial, a las que hemos de añadir, la patria potestad prorrogada o rehabilitada y la guarda de hecho. Cabe preguntarse ¿es compatible el actual sistema de guarda y protección de las personas con el art. 12 de la Convención Internacional? La respuesta afirmativa la tenemos en **la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, sección 1.ª, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009**⁹, que tras un estudio de derecho comparado sobre los sistemas protectores existentes en otros ordenamientos cercanos a nuestro entorno, y, atendiendo a la propia doctrina de la Sala Primera, y a la sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre¹⁰, ha determinado en su *Fundamento de Derecho séptimo* que: «El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos un fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del art. 200 del Código Civil, y del art. 760.1 de la LEC; 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuya facultades intelectivas y volitivas no le permite ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada»¹¹.

En este contexto, el modelo denominado «social de discapacidad» que adopta el art. 12 de la Convención, mediante el cual las personas que resulten afectadas por la modificación de su capacidad, han de disponer de los apoyos o de la asistencia necesaria para la toma de decisiones concretas, de tal modo que no se les prive de su capacidad de forma absoluta, supone no sólo la aproximación de los conceptos de capacidad jurídica y de obrar, sino que incide en la regulación sustantiva y procesal sobre la capacidad de las personas, basada en el tradicional

modelo de la incapacitación y en el sistema tutelar como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar. Este sistema de apoyos se proyecta sobre las circunstancias específicas de la persona con discapacidad en relación con el acto o negocio concreto que ha de realizar, como un **traje a medida**. Si bien, habrá tantos como personas necesiten de apoyos, pues, nos encontramos en un marco graduable y abierto a todas las posibilidades que puedan adoptarse en función de las necesidades y circunstancias de la persona discapacitada y que resulten precisas para la toma de decisiones tanto en lo referente a su ámbito personal como patrimonial.

En todo caso, cualquier medida de apoyo debe ser acordada por el órgano judicial atendiendo precisamente a las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada. Así, el Juez, dando prevalencia a la autonomía de su voluntad, deberá establecer aquellas medidas de apoyo que resulten necesarias conforme al interés de la persona discapacitada. Sobre tales bases, no puede resultar contrario a la Convención considerar también como medida adecuada de «apoyo» la incapacitación judicial, y, por ende, la adopción de un sistema tutelar como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, si bien, confiriéndole un carácter residual —sobre todo cuando se adopta un sistema de protección como la tutela—. Por lo que su adopción como tal medida sólo ha de operar cuando sea necesaria para asegurar la adecuada protección de la persona en una situación permanente de falta de autogobierno, consecuencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico persistente¹². No obstante, se deberá determinar en la correspondiente sentencia la extensión y límites de aquella y, siempre deberá tratarse de una **medida revisable**.

A falta de reformas legislativas concretas, la interpretación positiva de la conformidad de todo nuestro sistema de protección tutelar con la Convención que realiza el Tribunal Supremo, quizá sea la curatela, como institución de guarda —frente a otras como la tutela— la que mejor responde a la exigencia de respeto a la dignidad y autonomía de la persona y al sistema de apoyos en la toma de decisiones que, en los términos vistos, dispone la citada Convención, frente al tradicional modelo de sustitución que implica una incapacitación, máxime si ésta es total. A tal institución de guarda, vamos a dedicar el presente estudio, no solamente justificando como su régimen responde mejor a los postulados sobre la que se sustenta la propia Convención que la tutela, sino también a como se ha ido adaptando tal institución en otros ordenamientos —sobre cuyas bases puede operar una futura reforma del Código Civil— y, asimismo, como su propia configuración normativa resulta conciliable con

otras instituciones que, igualmente, participan y resultan compatibles con el diseño de un sistema de apoyos en la toma de decisiones.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CURATELA A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma de la tutela, modificó la redacción originaria del Código Civil en relación con tal materia fijando como principios fundamentales:

1. La no enumeración taxativa de las causas de incapacitación, sino que genéricamente se identifican con «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200).

2. Se abandona el sistema de tutela de familia (tutor, protutor y Consejo de Familia), y se sustituye por un sistema de tutela judicial o de autoridad, en la que los órganos tuitivos se adscriben a la autoridad o control del Juez¹³.

3. Se permite incapacitar a los menores de edad, cuando se prevea razonablemente que la causa de incapacitación persistirá después de la mayoría de edad (art. 201); y, en tal caso, superada la mayoría por el incapacitado, se originará la patria potestad prorrogada, y cuando ella resulte imposible la tutela (art. 171).

4. Además de la tutela, y del defensor judicial, se introduce un nuevo órgano tuitivo de la persona, la curatela¹⁴.

De forma que, **se opta por la pluralidad de guarda legal frente a la unidad de guarda que caracterizaba la regulación anterior**. La admisión de la curatela no supone la creación *ex novo* de la institución, sino que como se puso de manifiesto en los dos Proyectos de Reforma en materia de tutela, vino a implicar su «restauración» o «restablecimiento» ante la aptitud del legislador de 1889 de ignorarla. Así se da una nueva redacción a los arts. 286 a 293 del Código Civil estableciendo como criterio determinante de la curatela el grado de discernimiento de la persona sometida al cargo de guarda, con la función clara de asistencia o complemento de capacidad y no de representación¹⁵. La curatela, por tanto, no se instrumenta para suplir la capacidad de obrar del sometido a ella —como ocurre con la tutela—, sino para completarla en aquellos actos en que la ley exija la intervención del curador, o, en su caso, imponga su asistencia la sentencia de incapacitación o la resolución judicial que la modifique¹⁶. Esto es, el curador se limita a prestar asis-

tencia en sentido técnico, pero no sustituye la voluntad de la persona sometida a curatela

5. Se configura la función tutelar como un deber que debe ejercitarse en beneficio del tutelado. De ahí, el carácter obligatorio e irrenunciable del órgano tutelar, pues, sólo se admite la excusa en los casos legalmente previstos (art. 217 del Código Civil).

Por otra parte, la Convención, en los términos expuestos, que parece inclinarse favorablemente por la necesidad de flexibilizar el sistema actual de cargos tutelares —si tenemos presente la tendencia que está adquiriendo fuerza de sustituir el sistema basado en la incapacidad, y tutela o curatela, por «un sistema de apoyos», más acorde con el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad, y, por ende, con las dos vertientes del principio de autonomía del individuo como son el respeto a la voluntad de la persona protegida, y, la preservación máxima de la capacidad—, está igualmente posibilitando que pueda resultar compatible el establecimiento de un sistema de representación con cierto ámbito de decisión de la persona en todo lo relativo a los actos de naturaleza personal, lo que, asimismo, supone el reconocimiento de una capacidad natural a la persona protegida. En esta combinación de representación y autonomía de la persona que supone un sistema de curatela reforzada como el que existe en el Derecho francés, y con un alcance limitado al ámbito patrimonial en relación con la curatela de las personas incapacitadas, parece mostrarse favorable el art. 223-6 del Código Civil catalán, donde el curador además de completar la capacidad puede, en actos concretos, representar al incapaz, al igual que hace el legislador aragonés, que también posibilita la curatela limitada al ámbito personal (art. 150.2)¹⁷.

La Convención intenta hacer compatible un sistema de representación con cierto ámbito de decisión de la persona en todo lo relativo a los actos de naturaleza personal, reconociendo así una capacidad natural a la persona protegida

Además de la regulación contenida en el Código Civil, se dota, asimismo, en diversos ordenamientos autonómicos de una regulación específica a la figura de la curatela, con más o menos alcance. Así, la **Ley 25/2010, de 20 de julio del Libro II del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia**, que pone el acento en la capacidad natural como criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar, mantiene las instituciones tradicionales vinculadas a la incapacidad como la tutela, curatela, pero también regula otras que operan o pueden

eventualmente operar al margen de ésta, pretendiendo con ello dotar de suficiente flexibilidad al ordenamiento ante la pérdida progresiva de las facultades cognitivas y volitivas de la persona, posibilitando la autotutela, el poder otorgado en previsión de una situación de pérdida de capacidad, y la asistencia. El capítulo III se dedica a la curatela (arts. 223-1 a 223-10), que se concibe como una institución complementadora de la capacidad, pues es la persona protegida la que sigue actuando por sí misma. Se admite en los supuestos de incapacitación parcial, y la sentencia en que se establece ésta puede, si así lo estima el juez, conferir facultades de administración al curador, pudiendo actuar éste como representante, tal y como anticipadamente hemos expuesto en líneas precedentes. De todas formas, esta diversidad de instituciones de protección que ofrece el legislador catalán, están en conexión con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad, necesidad y adaptabilidad a las circunstancias concretas contenidos en la citada Convención.

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que aprueba con el título «Código de Derecho Foral de Aragón» el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, mantiene el sistema de limitación de la capacidad por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (arts. 38 y 49), así como el consiguiente sometimiento del incapacitado a tutela o curatela (arts. 148 a 152), o autoridad familiar prorrogada o rehabilitada (arts. 41 a 45). Además, se introducen paralelamente a las instituciones tutelares formas de protección flexibles en virtud de delación voluntaria —autotutela— (art. 108), o del mandato que no se extingue por la incapacidad o por la incapacitación (art. 109), sin perjuicio de establecer las pautas a seguir en relación con la toma de decisiones en la esfera personal del enfermo no incapacitado (art. 35).

Fuera de los ordenamientos nacionales, en **Francia** la *Loi* núm. 2007-308 du 5 de mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs*, modifica ciento cuarenta artículos del Código Civil (arts. 388 a 515), dentro del Libro I «De las personas». Mantiene las medidas de protección jurídica ya existentes, como la salvaguarda de la justicia (arts. 433 a 439), la tutela y curatela (arts. 440 a 476), con algunas modificaciones, y, crea *ex novo* el mandato de protección jurídica (arts. 477 a 494).

Por su parte, el **Código Civil italiano**, además de conservar los tradicionales institutos de incapacitación e inhabilitación —confiriéndoles un carácter residual—, regula también la Administración del sostenido («*amministrazione di sostegno*»), dentro del Título XII, del Capítulo I, arts. 404 a 413¹⁸. Efectivamente, el art. 414 del *Codice Civile* establece que «*el mayor de edad y el menor emancipado, que se encuentren en condiciones de habi-*

tual enfermedad mental que les incapacite para proveer a los propios intereses, serán incapacitados cuando ello resulte necesario para asegurar su adecuada protección». De forma que, la incapacitación se configura, no como una medida obligatoria, sino como un posibilidad de acudir a ella sólo cuando resulte estrictamente necesaria para garantizar una adecuada protección al enfermo mental; y mediante la cual se determinará la incapacidad absoluta de la persona, que quedará sustituida por el tutor en la realización de todos los actos jurídicos. Por lo que se refiere a la inhabilitación, el art. 415 del *Codice Civile* establece que pueden ser inhabilitados los mayores de edad afectados por una enfermedad mental cuyo estado no sea lo suficientemente grave como para dar lugar a su incapacitación; aquéllos que por prodigalidad, o por abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes puedan causar a sí mismo o a su familia graves perjuicios económicos; y el sordo o el ciego de nacimiento o desde la primera infancia, si no hubiese recibido educación suficiente. A la persona inhabilitada se le nombra un curador para la realización de aquellos actos de ordinaria administración, salvo que excepcionalmente el Juez le autorice a realizar determinados actos sin la asistencia del curador. Sobre tales bases legales, el art. 404 del *Codice Civile* configura la figura de la administración del sostenido como una medida de apoyo, de asistencia respecto de aquella persona que *«por efecto de una enfermedad o de una disminución física o psíquica, se encuentra en la imposibilidad, incluso parcial o temporal, de atender sus propios intereses»*, que será nombrada por el Juez de Tutelas del lugar que tiene la residencia o el domicilio. Además se entiende que es una medida respetuosa con el beneficiario de la misma, y, siempre pensando en su interés. Es por ello que, como indica el art. 409, el beneficiario de la «administración de apoyo» conserva la capacidad de obrar para todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo. En todo caso, podrá también realizar los actos requeridos para satisfacer las necesidades de su vida cotidiana.

Finalmente, en el **Derecho alemán**, como consecuencia de las *Betreuungsgesetz* (Ley de Asistencia) de 12 de septiembre de 1990, que entró en vigor el 1 de enero de 1992, se introdujo en el Libro IV del BGB dedicado a la *«Familienrecht»* los parágrafos 1896 a 1908k el instituto de la *Betreuung* (asistencia), dirigido a dejar sin efecto la tutela o curatela que era consecuencia de la incapacitación (*«Vormundschaft über Entmündigte»*)¹⁹.

En este contexto, para **SANCHO REBULLIDA** la curatela es «un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien

carece de ella sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adición o concurrencia por *mor* de asesoramiento o consejo»²⁰; por su parte, **LETE DEL RÍO** señala que «es una institución de protección patrimonial, de carácter estable y actuación intermitente, que se singulariza frente a la tutela por su finalidad de asistencia (no de representación) a aquellos actos concretos que expresamente determina la ley o indica la sentencia de incapacitación según el grado de discernimiento de la persona sometida— es decir, el sujeto a curatela, se trate de un emancipado, pródigo o incapacitado, puede actuar por sí, él tiene la iniciativa de la gestión, si bien necesita que su deficiente o incompleta capacidad, que invita a presumir su inexperiencia, se complemente mediante la asistencia del curador»; y, añade «la curatela es, al igual que la tutela, un cargo y constituye un deber el asumirla, que no es renunciable sino cuando concurra causa legal de excusa, pero que, a diferencia de la tutela, no es retribuido»²¹.

En fin, **GUILARTE MARTÍN-CALERO** la define como «aquella institución tutelar de carácter estable pero de actuación intermitente que se constituye para integrar la capacidad de quienes pueden actuar por sí mismos, pero no por sí solos, proveyéndoles, a tal efecto, de un curador que complementará su capacidad deficiente en la esfera patrimonial determinada en la ley o sentencia»²².

Sobre tales bases, la curatela se caracteriza por las siguientes notas **características**²³:

a) Es una institución de guarda distinta de la tutela e individualizada, que el Código Civil ha regulado menos exhaustivamente; ello no es óbice para la remisión, en lo no regulado, a las normas de la tutela, siempre adaptándolas a su naturaleza.

b) Es una institución de guarda estable, no permanente o continuada, que sólo opera con respecto a actos muy concretos y determinados establecidos en la ley o en la sentencia que declare la incapacidad o prodigalidad.

c) Igual que la tutela se configura como un deber —siendo también obligatoria la asunción del cargo—, y se ejerce en beneficio del sometido a guarda y bajo control judicial (art. 216). El desempeño de esta guarda no es renunciable sino cuando concurre una causa legal de excusa y está sometido a las limitaciones del art. 221 del Código Civil.

d) Responde a una función de asistencia —ni de representación ni de administración— generalmente para actos concretos, bien fijados por la ley, bien por el juez²⁴. **GETE-ALONSO** destaca que la curatela por sí misma es incompatible con la tutela o la presencia de otra potes-

tad, y no puede considerarse en situación alternativa con las mismas²⁵; MORENO QUESADA añade que, no cabe concebir la función del curador como un «minitutor»²⁶; y, finalmente, DE COUTO GÁLVEZ precisa que, la curatela tiene, pues, una identidad propia «es un sistema de protección que se configura como órgano de asistencia para el emancipado, pródigo o incapacitado, y para ciertos actos determinados por una ley o una sentencia»²⁷.

e) Se configura como una institución de guarda patrimonial.

f) Siendo innecesaria la representación del sujeto sometido a curatela, y determinada la actuación del curador como complemento de capacidad —pues, en ningún caso será representante, ni administrador legal del patrimonio de los sometidos a curatela— viene a proteger a personas con cierto grado de discernimiento, es decir, a sujetos cuya capacidad esté limitada, pero no ausente; de forma que, se vincula subjetivamente con quienes sólo precisen de un complemento en su consentimiento, y no su total sustitución, pues, no suple la capacidad de obrar del sometido a ella, sino que se instrumenta para complementarla en aquellos actos en que la ley exija la intervención del curador o, en su caso, imponga su asistencia la sentencia de incapacitación o la resolución judicial que la modifique, o la sentencia que declare la prodigalidad.

En este contexto, la curatela se rige por las reglas siguientes²⁸:

a) Son aplicables a los curadores las normas referentes al nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores (arts. 234 a 240 –nombramiento—; 241 a 246 –inhabilidad—; 251 a 258 –excusa—; y, 247 a 250 –remoción— del Código Civil)²⁹. No podrán ser curadores los concursados no rehabilitados (art. 291).

b) A menos que el juez disponga otra cosa, si el sometido a curatela hubiese estado bajo tutela, desempeñará el cargo de curador del incapacitado el mismo que hubiese sido tutor (art. 292). En caso de tutela plural, sólo el tutor de los bienes y no el de la persona continuará como curador; de ser varios los tutores de bienes o de la persona y bienes, continuará como curatela plural.

c) A instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, los actos jurídicos realizados sin la preceptiva intervención del curador son anulables de acuerdo con los arts. 1301 y siguientes del Código Civil (art. 293).

En cuanto, al **fundamento** de esta institución reside en la protección que precisan determinadas personas que aun siendo capaces de actuar por sí mismas, necesitan, no obstante, en relación con determinados actos,

que su capacidad sea completada mediante el asentimiento del curador. Con ello se protege la intervención de una persona capaz de actuar por sí mismo que necesita ser vigilado, controlado o aconsejado para concluir determinados actos jurídicos, teniendo siempre presente el beneficio del curatelado³⁰. Como precisa ALBALADEJO la curatela «tiende a proteger al sometido a ella, no mediante ponerlo permanentemente bajo la guarda de alguien que lo ampare y represente, sino a través de la intervención del curador en ciertos actos del curatelado en los que obra, como en cualesquiera otros, éste, pero que, a diferencia de esos otros en los que obra él por sí solo, en aquellos necesita que intervenga el curador que, prescindiendo su asentimiento, completa la capacidad, insuficiente para el acto, del curatelado. Generalizando lo que dice el art. 289, se puede afirmar que la curatela tiene por objeto la asistencia del curador para aquellos actos de una persona para lo que, por ley o sentencia, sea precisa»³¹. Esta necesidad de protección tiene su origen en las distintas causas que pueden determinar su constitución, que, son en definitiva las que limitan la capacidad: la edad, la declaración de prodigalidad y la declaración de incapacitación.

La curatela protege la intervención de una persona capaz de actuar por sí mismo que necesita ser vigilado, controlado o aconsejado para concluir determinados actos jurídicos

En consecuencia, están sometidos a curatela, como señala el art. 286: 1. Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaron impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley; 2. los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad; 3. los declarados pródigos³². En estos casos, las funciones del curador como órgano tutelar se concretan en los actos en que los menores o pródigos no pueden realizar por sí solos (art. 288), esto es, el curador se limita a prestar su asistencia en sentido técnico, pero no sustituye la voluntad de la persona sometida a curatela; y, 4. los incapacitados, pues, según dispone el art. 287 «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». En este caso, la función del organismo tuitivo de la curatela consistirá en la asistencia del curador para aquellos actos que, expresamente imponga la sentencia de incapacitación (art. 290).

El curador no tiene una actuación global, sino que se establece para proteger a personas con cierto discernimiento en determinados actos, complementando su ca-

pacidad. Tampoco es permanente o continúa como en la tutela, sino intermitente, si bien, coincide con la tutela en la asunción obligatoria del cargo. Como destaca GETE ALONSO estamos ante una institución que se configura por el legislador de forma independiente a la patria potestad, tutela y que no es un figura de guarda derivada de éstas, sino que opera de forma independiente³³.

Por tanto, el curador viene a completar la capacidad del curatelado, cuyo ámbito de actuación será más o menos amplio atendiendo a las circunstancias que determinaron la constitución del sistema de guarda³⁴. En todo caso, el objeto de la curatela es siempre el mismo, la intervención del curador en la conclusión de aquellos actos que los menores emancipados, habilitados de edad, declarados pródigos, e incapacitados no pueden realizar por sí mismos (arts. 288 y 289 del Código Civil).

De ahí que el legislador aunque para referirse a la actividad desempeñada por el curador utiliza terminología diversa como intervención (arts. 288, 289 y 293), asistencia (art. 289) o consentimiento (art. 298), lo cierto es que responde a una misma finalidad: completar la capacidad del sometido a curatela mediante el asentimiento positivo o negativo del acto concreto objeto de control atendiendo siempre a los intereses o beneficio del curatelado³⁵. Como precisa, GUILARTE MARTÍN-CALERO «se trata, por tanto, de un simple asentimiento en el que, el curador presta una simple adhesión habilitante a un acto jurídico ajeno, cuyo autor es el que lo realiza como *dominus negotii*»³⁶. En todo caso, de la combinación de la terminología apuntada, CASANOVAS MUSSONS puntualiza que con todo «la "intervención" del curador tiene por objeto la "asistencia" de la persona y se traduce en el "consentimiento" para determinados actos patrimoniales»³⁷.

Ahora bien, aunque el sentir mayoritario en la doctrina sea que no puede otorgarse al curador la representación legal del curatelado³⁸, ni confiarle la administración de su patrimonio, **no faltan ordenamientos, como el derecho catalán, aragonés y francés³⁹ que, posibilitan que el juez en la sentencia de incapacitación pueda dotar de cierta representatividad al curador**, e igualmente, no falta en la doctrina quienes defienden una curatela reforzada que, en atención al grado de discernimiento, pueda comportar en ocasiones, la representación legal y la administración del patrimonio del curatelado. Así GARCÍA CANTERO que se inclina por una interpretación flexible de la figura, señala que «es posible, por ejemplo, que el curador se encargase de administrar la parte más compleja del patrimonio y se le encomendase al incapacitado la administración de la más sencilla; que al curador se le encomendara eventualmente la representación procesal y al incapacitado la personalidad

por actos extrajudiciales»⁴⁰. Asimismo, GETE ALONSO pone de manifiesto que, «existe un amplio campo intermedio entre el total incapaz y los diferentes estadios de los deficientes; y este campo intermedio es el que hoy aparece cubierto por la curatela, según cada caso concreto y el amplio margen que se da al juez para fijar el sistema de guarda. Esto permite afirmar, como regla, que el contenido de la curatela de los incapacitados tiene una flexibilidad, en cuanto a la función del curador (que no existe en las otras curatelas) que puede llevar a una función de guarda intermedia entre la tutela y la curatela consideradas de modo rígido. Es decir, que cabe lo que se ha denominado aquí "tutela mitigada" en el seno de la curatela. De modo que "la asistencia del curador" que se menciona en el art. 289 no sea siempre complemento de capacidad, sino que pueda comportar representación legal e incluso administración legal del patrimonio del incapacitado»; y en la diferencia entre esta tutela mitigada y la tutela en sentido estricto estriba en que «mientras la función de representación y administración legal del tutor se extiende a toda esfera de actuación del incapacitado, únicamente es posible que el curador pueda actuar como administrador del patrimonio o representante legal en actos concretos y determinados, siendo su función la de asistencia para todos los demás. En atención al grado de discernimiento se podrá prever, en la sentencia, por ejemplo, que el curador administre ciertos bienes de su patrimonio (el inmobiliario, el compuesto por títulos, valores...), y no del resto que se deja al incapacitado solo, bien necesitando de la asistencia del curador; o fijar determinados actos jurídicos que debe de realizar el curador en nombre del incapaz (así, los de enajenación, disposición...)»⁴¹.

Esta curatela reforzada y, en general, la institución de protección de la curatela que posibilita cierta adaptabilidad en función de las necesidades de la persona con discapacidad, está en la línea del modelo de apoyos trazado en la Convención de la ONU, y con los **principios de proporcionalidad y adaptabilidad a las circunstancias de las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica** (de obrar en nuestro ordenamiento) de las personas de discapacidad prevista en el art. 12 de la misma. Respeto la voluntad y preferencia del incapacitado, así como su dignidad como persona (art. 10 de la Constitución española), opera en un marco graduable de la capacidad de la persona en función de las necesidades y circunstancias precisas para la toma de decisiones, pues no suple la voluntad de la persona afectada, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que la propia ley o la sentencia de incapacitación o de prodigalidad determinen, sin obviar el campo operativo y prevalente de la autonomía de la voluntad. Con semejanza a la misma opera la asistencia regulada en los arts. 226-1 a

226-7 del Código Civil catalán, con la diferencia principal que en esta última no es precisa la incapacitación judicial previa⁴², como veremos.

Una curatela reforzada que posibilita cierta adaptabilidad en función de las necesidades de la persona con discapacidad está en la línea del modelo de apoyos trazado en la Convención de la ONU

De todas formas, en línea con el reforzamiento de la autonomía de la persona en la planificación de su situación personal y patrimonial en previsión de una futura incapacitación —lo que puede ser especialmente necesario en caso de enfermedades degenerativas—, es la posibilidad que ofrece el legislador tanto estatal como autonómico con la regulación además de **la autotutela, de la autocuratela** (art. 223.2 del Código Civil), es decir, la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar anticipadamente las disposiciones que estime convenientes en previsión de una futura incapacitación.

Como hemos expuesto, **la actuación del curador en todos los supuestos descritos, es esencialmente patrimonial**, respecto de aquellos actos que la ley determine o concrete la propia sentencia de incapacitación o de prodigalidad. De forma que su asistencia alcanza esencialmente a la esfera patrimonial del curatelado.

No obstante, se ha planteado en relación con la curatela del incapacitado, la **posibilidad de ampliar su actuación a la esfera personal**, o de concretar su actuación sólo en este ámbito. Así, hay quienes excluyen la guarda de la persona del incapacitado en sede de curatela como LETE DEL RÍO para quien la curatela «es una asistencia de protección con ámbito limitado a la esfera patrimonial concreta que haya señalado la ley o la sentencia, por lo que puede decirse que la función del curador es de tuición patrimonial»⁴³. ALBALADEJO, quien de forma tajante y breve señala que no hay curatela sólo de persona⁴⁴. También MORENO QUESADA precisa que «la atención solamente a la persona del guardado o protegido es función propia de la tutela, no de la curatela, y que el mayor grado de discernimiento exigible en el curatelado le debe hacer capaz de regir su persona, circunstancia que además se da y se reconoce por la ley, en los otros sometidos a curatela, los emancipados, habilitados de edad y los pródigos que se contemplan en el art. 286»⁴⁵.

Frente a tal planteamiento, no faltan quienes admiten la intervención del curador en la esfera personal del incapacitado. Así GARCÍA CANTERO piensa que, en

la curatela de los incapacitados ha de comportar alguna intervención en el ámbito de la esfera personal; y, añade, tratándose de incapacitados cabe una interpretación estricta de la curatela, entendiéndose que la falta de discernimiento declarada en la sentencia ha de ser mínima, puesto que, el incapaz tiene que ser hábil para regir su persona⁴⁶.

En línea con esta posición favorable no nos parece que afecte a la esencia de la institución incentivar su aspecto de asistencia en el ámbito personal, como está sucediendo con las llamadas curatelas de salud, dirigidas a procurar el control y seguimiento de los tratamientos médicos o farmacológicos prescritos⁴⁷. El curador vela para que el sujeto protegido tome correctamente su medicación, con auxilio, si fuera preciso de la autoridad judicial. Esta curatela se podía ejercer por las propias Agencias, Instituto, Comisiones de tutela de adultos, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial competente. En todo caso, conviene recordar que en la sentencia de incapacitación se concreta en qué actos son en los que debe intervenir el curador y no tienen por qué ser necesariamente patrimoniales, sino que pueden afectar también a la esfera personal del incapacitado sobre la base del ya apuntado deber de velar por el mismo, que alcanza a todo cargo tutelar (arts. 215 y 216 del Código Civil). Todo ello sin perjuicio de considerar que la curatela alcanza esencialmente al ámbito patrimonial⁴⁸. De nuevo este alcance personal de la curatela viene a estar en consonancia con las directrices que la propia Convención fija de máximo respeto a la dignidad de la persona y, por ende a su capacidad natural, y con la flexibilidad y adaptabilidad a las circunstancias particulares de cada individuo que, se exige de los mecanismos de protección o de guarda.

De todas formas, coincidimos con lo que es un parecer unánime en la doctrina, que la curatela de los menores emancipados, de los beneficiarios de la mayor de edad y los declarados pródigos no alcanza a la esfera estrictamente personal del sometido⁴⁹.

III. LA CURATELA Y LA ASISTENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN

Como expusimos, el legislador catalán también pretende flexibilizar la respuesta jurídica ante la pérdida progresiva de facultades cognitivas y volitivas de la persona, y, aunque mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta, pues, es consciente que, en muchos casos, la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promover la incapacitación. Esta diversidad

de regímenes sobre los que opera el legislador, y que se plasman en el Libro II del Código Civil Catalán, se muestran acordes con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la personas y con los principios de proporcionalidad, temporalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección en la línea establecida en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. De ahí que el modelo diseñado en el Código Civil Catalán esté guiado por una parte, por la idea de considerar la incapacidad como un recurso demasiado drástico, y a la vez poco respetuoso con la capacidad natural de la persona protegida, y sólo adoptable cuando sea estrictamente necesario; y por otra, por el máximo respecto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, ofreciendo para ello nuevas soluciones para la gestión y protección de las personas y patrimonios de los discapaces alejadas del rígido sistema tutelar⁵⁰.

El binomio capacidad-incapacidad debe ser objeto de revisión en la línea de la flexibilización y proporcionalidad manifestada, pues existen personas con discapacidad que, en ocasiones la ayuda que necesitan es de representación o sustitución de su actuación, en otras de complemento, o, simplemente, de apoyo o asistencia. De todas formas, para el legislador catalán la capacidad natural es el criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar, de modo que, junto con la edad, permite hacer una valoración gradual de la capacidad no siempre vinculada a las distintas etapas a lo largo de vida de una persona⁵¹; y, asimismo, sobre la base de la distinción de los libros que componen el Código Civil catalán, establecida en su art. 3, en relación precisamente con Libro II (letra b), distingue entre persona física y familia, lo que permite dotar de un tratamiento autónomo a las instituciones tutelares respecto de la familia, no considerándolos como una continuación de ésta.

El modelo diseñado en el Código Civil Catalán está guiado por la idea de considerar la incapacidad como un recurso demasiado drástico ofreciendo por ello nuevas soluciones para la gestión y protección de las personas y patrimonios de los discapaces

En este contexto, la curatela se concibe como una institución complementadora de la capacidad, pues, es la persona protegida la que actúa por sí misma, y, se admite que en supuestos de incapacidad parcial la sentencia pueda conferir facultades de administración al curador, que, si es preciso, puede actuar como representante. Es

por ello que se incluye también la obligación de **rendir cuentas**, propia de toda gestión de negocios ajenos. Asimismo, se regula el nuevo instrumento de la **asistencia** dentro del Título II bajo la rúbrica «*Las instituciones de protección de la persona*», Capítulo VI «*La asistencia*» (arts. 226-1 a 226-7), por el que, una persona mayor de edad en la que concurre una causa de disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas toma la decisión de solicitar al Juez el nombramiento en procedimiento de jurisdicción voluntaria de un asistente para que cuide de su persona y patrimonio, ejerciendo aquellas funciones que, le atribuye el propio asistido y, se determinan en el auto de nombramiento.

Se trata de una institución a medida de las necesidades del asistido, y que el mismo conforma según sus necesidades en el juego de la autonomía de su voluntad.

Su función no es la de representar, suplir la voluntad del asistido, sino de completar su capacidad en determinadas actuaciones, que afectan a la esfera personal y patrimonial del asistido, y que aparecen contenidas en el correspondiente auto judicial. No obstante, al tener el asistente facultades de administración, tiene también algo de representación, si bien, hay que considerarlo excepcional⁵².

Cómo se trata de un instrumento flexible en su concepción, susceptible de adaptabilidad a las situaciones concretas que surjan, **nada impide que, el asistido, mientras tenga suficiente capacidad, pueda modificar su alcance.**

La asistencia no se vincula a la falta de capacidad o a la presumible pérdida progresiva de la misma, sino que opera sobre una persona capaz, si bien con una disminución de sus facultades físicas o psíquicas no susceptibles de constituir causa de incapacidad y que puede ser consecuencia de la edad, de un retraso mental leve, o de cualquier otro tipo de disminución, por ejemplo, consecuencia de un accidente, de una larga enfermedad, que limita la posibilidad de actuación del individuo; y, que de no existir esta institución, determinaría la constitución de una guarda de hecho, o podría dar lugar a una incapacidad con el consiguiente sometimiento a tutela o curatela.

Sin embargo, el apoderamiento preventivo en las dos modalidades que contempla el art. 222-2.2 del Código Civil catalán —de apoderamiento preventivo en sentido estricto o *ad cautelam*; y, de apoderamiento continuado o con subsistencia de efectos; si bien, con la novedad de la eficacia jurídica del mismo sin necesidad de instar la incapacidad judicial del poderdante, y constituir formalmente la tutela—; la guarda de hecho o la constitu-

ción de la tutela o curatela, parten de la existencia de una pérdida progresiva de la capacidad.

Se puede asemejar a la figura del curador⁵³; si bien, probablemente, el legislador catalán ha tenido presente la regulación alemana del asistente (*Betreuung*, párrafos 1896 a 1908 del BGB) –aunque conviene recordar que, el instituto de la asistencia en Alemania vino acompañado de la eliminación de la incapacitación y la derogación de la tutela y curatela—; la francesa de la salvaguarda de la justicia (arts. 433 a 439 del *Code Civil*); o de la administración del sostenido italiano (arts. 404 a 413 del *Codice Civile*); igualmente, es capaz de amoldarse a las circunstancias personales y patrimoniales del protegido, con un amplio margen de actuación que fijarán los jueces.

En todo caso, la constitución de la asistencia prevista en el Código Civil catalán, es voluntaria y con carácter gratuito, con un alcance personal y patrimonial. Si bien, su nombramiento es judicial.

El *asistido o promotor de la asistencia* es la persona mayor de edad que no puede cuidar de su persona o patrimonio, a causa de una disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. No se vincula necesariamente a la falta de capacidad, sino que basándose en el libre desarrollo de la personalidad permite que determinados colectivos especialmente vulnerables puedan decidir cómo proteger su persona y patrimonio sin recurrir al drástico instrumento de la incapacitación.

Ha de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar, ya que no puede promover la constitución de la asistencia la persona que esté afectada por una disminución incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas; o por quien carece de capacidad de obrar.

Se entiende por disminución no incapacitante de las facultades físicas o psíquicas aquella que, aun existiendo, no tiene un alcance suficiente como para provocar una falta de autogobierno de la persona. Es cierto que un autogobierno limitado o mermado puede conllevar la incapacitación del sujeto y, por ende, su sometimiento a curatela. Pero no es menos cierto también que, la operatividad de la asistencia, dada la excepcionalidad de la incapacitación, y la necesidad de arbitrar medidas de apoyo más respetuosas con la capacidad natural del sujeto y con sus deseos, parte no de una falta de autogobierno, sino de que éste esté limitado o mermado.

Es por ello que forman parte de este colectivo las personas ancianas o discapacitadas con un retraso mental leve, los borderline intelectual functioning o subaverage intelectual functioning (o como se denominan ahora personas con funcionamiento intelectual límite (FIL))⁵⁴,

y, en general, personas mayores de edad en los que puede concurrir alguna disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, por ejemplo, consecuencia de un accidente, o de la convalecencia de una larga enfermedad⁵⁵.

Las funciones que puede ejercitar el asistente, son básicamente de naturaleza personal y patrimonial. Así, **en el ámbito personal**, la asistencia se dirige a procurar el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y su opción personal. En particular, y relacionado con el problema de su salud, tiene derecho a recibir la información y dar el consentimiento sobre la realización de actuaciones asistenciales y/o la aplicación de tratamientos médicos, si la persona no puede decidir por sí misma y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas; o si lo ha otorgado, no se contiene el nombramiento de un representante (art. 226-2.2).

En el ámbito patrimonial, debe intervenir con la persona asistida en los actos de administración y gestión relacionados con las funciones de la asistencia. No obstante, a petición del asistido, la autoridad judicial puede conferirle también funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de seguir el asistido conservando las facultades de gestión de su propio patrimonio, y de actuar con o sin la intervención del asistente, pues, no olvidemos, que es persona plenamente capaz (art. 226-2-3). De forma que, sólo será precisa la intervención del asistente en los supuestos específicamente referenciados en la resolución judicial. Entre las atribuciones de gestión, puede incluirse la relativa a la administración de un patrimonio protegido (art. 227-3.2 e) del Código Civil catalán).

Con todo, la intervención del asistente es normalmente complementaria, de suerte que será necesario también contar con el consentimiento de la persona protegida en el acto o contrato, salvo que la resolución judicial haya atribuido al asistente facultades expresas de administración en tal sentido; por lo que puede darse una situación de **conflicto de intereses entre el asistente y la persona protegida** en el supuesto de que se requiera también la intervención del primero en el acto o contrato, si bien teniendo presente que aquél ha de respetar la voluntad de la persona protegida. De no hacerlo, en última instancia a quien corresponde suplir por sí al asistente y autorizar el acto concreto, siempre que sea beneficioso para el asistido, es al Juez⁵⁶.

Finalmente, la solicitud de nombramiento es voluntaria, debe partir de la persona interesada. Una vez solicitada, corresponde al Juez en procedimiento de jurisdicción voluntaria proceder a su nombramiento, indicando las funciones concretas que va a llevar a cabo el

asistente, tanto en la esfera personal como patrimonial de la persona asistida. Al ser un cargo voluntario, se ha de contar con la aceptación del asistente.

La iniciación del procedimiento en ningún caso será de oficio, a diferencia de la legislación alemana que, lo posibilita; y, tampoco tendrán obligación de promoverla ni la facultad de solicitarla las personas que, el propio Código Civil considera legitimadas para promover la constitución de la tutela (art. 222-14).

NOTAS

- 1 Afirma la STS, Sala 1ª, de lo Civil, 28 julio 1998 (LA LEY 8867/1998) que: «(...) para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que parezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...) lo que verdaderamente sobresale, es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno, tanto sea permanente como oscile en intensidad, impidan gobernarse a la afectada por sí misma». Por su parte, la SAP, Islas Baleares, Secc. 4ª, 18 marzo 2013 (LA LEY 43388/2013) precisa que, «la declaración de incapacidad de una persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley, con las observaciones de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacidad cumplida la demostración de la deficiencia y su alcance, mediante pruebas concluyentes y rotundas, dado que se priva a la persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial».
- 2 Vid., la SAP, Málaga, Secc. 6ª, 22 septiembre 2009 (LA LEY 302675/2009), señala que, no hace falta que la enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico sea permanente, sino que basta que sea persistente.
- 3 Vid., SAP, Pontevedra, Secc. 1ª, 13 diciembre 2012 (LA LEY 219571/2012); y, la SAP, Ávila, Secc. 1ª, 16 enero 2013 (LA LEY 3167/2013).
- 4 Vid., SAP, Barcelona, Secc. 18ª, 7 octubre 2010 (LA LEY 191516/2010); y, la SAP A Coruña, Secc. 5ª, 20 mayo 2012 (LA LEY 62491/2012). En la STS, Sala 1ª, 5 marzo 1947 se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacidad y si bien, una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que, adaptaba la incapacidad a la realidad social. En todo caso, el sistema no sólo fue aplicándose, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil posterior a la Constitución española. Por su parte, la incapacidad total o parcial de una persona se debe hacer siempre con un criterio restrictivo por las limitaciones a los derechos fundamentales, vid., la STS, Sala 1ª, de lo Civil, 24 junio 2013 (LA LEY 92052/2013); la SAP, Ciudad, Real, Secc. 2ª, 12 marzo 2010 (LA LEY 51825/2010); y la SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 13 diciembre 2012 (LA LEY 219571/2012).

- 5 Vid., la SAP, Murcia, Secc. 4ª, 18 marzo 2013 (LA LEY 41319/2013).
- 6 Vid., STC, Sala Primera, de 14 febrero 2011 (LA LEY 3403/2011).
- 7 Precisamente, la gran aportación de la Convención es la legitimidad de un régimen de discriminación positiva –igualdad de hecho–, esto es, la adopción de medidas normativas y de acciones concretas para asegurar a los discapacitados la aplicación de las normas en las mismas condiciones que los demás.
- 8 En la Convención hay disposiciones que son directamente aplicables por estar formuladas como normas jurídicas en sentido estricto, otras, sin embargo, requieren que los Estados acometan reformas en su derecho interno conforme a los principios y objetivos de aquella. A estas últimas, se refiere el artículo 4.1 a) y b) cuando señala que los Estados partes se comprometen a: «a) *Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas las medidas legislativas para modificar o derogar, leyes, reglamentos, costumbres, y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad*». Y, asimismo, este artículo 12.
- 9 LA LEY 49525/2009.
- 10 LA LEY 7855/2002. Señala esta sentencia 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 artículo 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 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 (artículo 10 de la Constitución Española). En consecuencia, la declaración de incapacidad de la persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (artículo 199 del Código Civil), mediante un procedimiento en que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 del Código Civil (y que en la actualidad se imponen en el vigente artículo 759 de la LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacidad (artículos 199 y 200 del Código Civil), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacidad (...). La incapacidad total sólo deberán adoptarse, cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la

- extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable».
- 11 LA LEY 49525/2009. Por el contrario, el Ministerio Fiscal en su escrito de 2 de febrero de 2009 señala que, el modelo de apoyos enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional, y añade que la implantación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no es posible conocer la voluntad de la persona y en las cuales es necesario tomar una decisión en su nombre, para acabar proponiendo que mientras no se modifique el ordenamiento español para adaptarlo a la Convención, la curatela, reinterpretada a la luz de ésta, desde el modelo de apoyo y asistencia, y el principio de interés superior de la persona con discapacidad, parece la respuesta más idónea. En esta línea de compatibilidad de nuestro sistema de incapacitación con la Convención y la consideración de la curatela como mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar, vid., las SSTs, Sala 1ª, 17 julio 2012 (LA LEY 134901/2012); de 11 octubre 2012 (LA LEY 158043/2012); y, 24 junio 2013 (LA LEY 92052/2013); y las SAP, Vizcaya, Secc. 4ª, 18 enero 2010 (LA LEY 33757/2010); de la misma Audiencia, Secc. 4ª, 25 mayo 2010 (LA LEY 202663/2010); SAP Castellón, Secc. 2ª, 16 enero 2012 (LA LEY 56638/2012); SAP, Sevilla, Secc. 2ª, 9 mayo 2012 (LA LEY 133673/2012); SAP Cuenca, Secc. 1ª, 28 septiembre 2012 (LA LEY 171478/2012); SAP, León, Secc. 1ª, 21 enero 2013 (LA LEY 5330/2013); SAP Barcelona, Secc. 18ª, 4 julio 2013 (LA LEY 164719/2013); SAP, León, Secc. 1ª, 9 julio 2013 (LA LEY 128086/2013); y, SAP, Pontevedra, Secc. 3ª, 2 octubre 2013 (LA LEY 154470/2013). Por su parte, críticas a esta sentencia, y posteriores y a la necesidad de acometer reformas en materia de incapacitación, vid., VARELA AUTRÁN B., «Incapacidad, Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006», LA LEY, año XXXIV, número 8006, 22 de enero de 2013, p. 3; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO C., «Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, núm. 92, mayo-agosto 2013, pp. 357, 364 y 367-368.
- 12 Vid., la SAP, Asturias, Secc. 7ª, 21 diciembre 2012 (LA LEY 219438/2012); y, la SAP Valencia, Secc. 10ª, 16 mayo 2013 (LA LEY 94828/2013).
- 13 La Disposición Adicional duodécima de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ha incrementado de forma notable la intervención judicial al añadir un nuevo párrafo al artículo 216 del Código Civil, que habilita al juez para acordar de oficio o a instancia de cualquier interesado las medidas previstas en sede de relaciones paterno-filiales en el artículo 158 en cuanto lo requiera el interés del menor o incapaz.
- 14 LASARTE ÁLVAREZ C., Principios de Derecho Civil, T. I Parte General y Derecho de la persona, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2010, pp. 204-205.
- 15 DE COUTO GÁLVEZ R.Mª., «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», Comentarios al Código Civil, T. II, vol. 2º, coordinadores Joaquín Rams Albesa y Rosa María Moreno Flórez, Bosch, Barcelona 2000, p. 2027; GETE-ALONSO Y CALERA Mª DEL C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, coordinadores Manuel Amorós Guardiola y Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid 1986, p. 688.
- 16 PÉREZ ÁLVAREZ M.A., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia, coordinador Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, 2ª ed., Colex, Madrid, 2008, p. 393.
- 17 PEREÑA VICENTE M., «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?», La Ley de 9 de septiembre de 2011, p. 10.
- 18 Introducido por la Ley 9 de enero de 2004, nº 6.
- 19 Con anterioridad a la Ley de reforma de tutela y curatela, la *Betreuungsgesetz*, de 1 de enero de 1992, el BGB regulaba la figura de *Entmündigung*, que equivalía, en términos generales, a nuestra incapacitación. De tal forma que, la persona tenía como causa una enfermedad mental, el afectado era considerado como incapaz negocial. Ahora bien, si la incapacitación (*Entmündigung*) tenía otras causas, como la debilidad mental, la prodigalidad, el alcoholismo o la drogadicción, el afectado se equipara a los sujetos con capacidad negocial limitada (mayores de 7 años y menores de 18). A su vez, esta Ley de 1 de enero de 1992, ha sido modificada por la Ley de 25 de junio de 1998, *Betreuungsrechtsänderungsgesetz*, que entró en vigor el 1 de enero de 1999, en el que se establece la obligación de designar como *Betreuer* a un profesional, que tiene derecho a una retribución con cargo al erario público. De ahí que, para controlar el coste financiero que supone esta institución, y evitar posibles abusos se han modificado los preceptos relativos a la retribución del tutor que se aplica también al *Betreuer* (párrafos 1836-1836 e y párrafo 1908); asimismo, se añaden los párrafos 6 y 7 al párrafo 1897; se derogan los párrafos 1908e, 1908h y 1908k.
- 20 SANCHO REBULLIDA FCO., El nuevo régimen de la familia, III Tutela e instituciones afines, Cuadernos Civitas, Madrid 1984 p. 62.
- 21 LETE DEL RÍO J.M., «De la tutela, de la curatela y de la guarda de menores e incapacitados. Comentario a los artículos 286 a 298 del Código Civil», Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. IV, 2ª ed., Edersa 1985, p. 434.
- 22 GUILARTE MARTÍN-CALERO C., La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 113; de la misma autora, «Comentario al artículo 287 del Código Civil», Comentarios

al Código Civil, director Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 418. DIEZ-PICAZO L., y GULLÓN BALLESTEROS A., Sistema de Derecho Civil, vol. IV, *Derecho de Familia y Derecho sucesiones*, décima edición, Tecnos, Madrid, 2006, p. 289 lo conciben como «un cargo tutelar de asistencia al sometido a ella, pero sin que el curador le supla o sustituya como el tutor, o si se quiere le represente». Por su parte, MONDÉJAR PEÑA M.I., «La curatela», *Derecho de Familia*, coordinadora Gema Díez Picazo, Thomson Reuters Civitas, Navarra 2012, p. 2014, señala que, aunque el Código Civil no ha definido la curatela, de su regulación y tratamiento jurisprudencial se desprende que «es una institución de protección primordialmente patrimonial, de carácter estable y actuación intermitente, que se diferencia de la tutela por su finalidad de asistencia (no de representación) en aquellos actos concretos que expresamente determina la ley o indique la sentencia de incapacitación». Vid., asimismo, las SSAP, Madrid, Secc. 24ª, 24 junio 2009 (LA LEY 259177/2009); y, de 23 septiembre 2009 (LA LEY 318570/2013).

- 23 DE COUTO GÁLVEZ R.Mª, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, p. 2028; ÁLVAREZ LATA N., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3ª edición, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra 2009, p. 449; MORENO QUESADA B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *Revista de Derecho Privado*, abril 1985, pp. 308 a 312.
- 24 Vid., artículo 223-4 del Código Civil catalán y, la SAP, La Rioja, 12 mayo 1999; la SAP, Madrid, Secc. 22ª, 13 noviembre 2001 (LA LEY 204256/2001)); la SAP Cantabria, Secc. 2ª, 4 octubre 2002; la SAP, Asturias, Secc. 5ª, 12 abril 2005 (LA LEY 80182/2005); y, el AAP, Alicante, Secc. 5ª, 31 marzo 2011 (LA LEY 83486/2011).
- 25 GETE-ALONSO Y CALERA Mª DEL C., «De la curatela», *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores Manuel Amorós Guardiola y Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid 1986, p. 687.
- 26 MORENO QUESADA B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, p. 308.
- 27 DE COUTO GÁLVEZ R.Mª, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, p. 2028.
- 28 LACRUZ BERDEJO J.L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4ª ed., revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid 2010, p. 445-446; PÉREZ ÁLVAREZ M.A., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», *op. cit.*, p. 393.
- 29 Vid., el artículo 223-10 del Código Civil catalán.
- 30 GUILARTE MARTÍN-CALERO C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, *op. cit.*, p. 114. Por su parte, la SAP, Málaga, Secc. 6ª, 22 septiembre 2009 (LA LEY 302675/2009), señala que, «la función del curador no es la de suplir la voluntad del presente in-

capaz, ni complementarla total o parcialmente, sino cooperar a que esa voluntad libremente formada se lleve a efecto, en función, por tanto, no de representación, sino de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos ordinarios de la vida en el ámbito estricto del cuidado personal y de efectiva realización de las decisiones de carácter jurídico o patrimonial que libremente adoptadas por el incapacitado, no pueda acometer por sí solo, y, en definitiva o en caso de duda, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen autorización judicial conforme dispone el artículo 290».

- 31 ALBALADEJO M., *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, undécima edición, Edisofer, Madrid 2008, pp. 324-325.
- 32 Vid., en este sentido, el artículo 223-1 del Código Civil catalán.
- 33 GETE ALONSO Y CALERA Mª del C., «Comentario al artículo 288 del Código Civil», *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores Manuel Amorós Guardiola y Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1986, p. 696.
- 34 La SAP, Granada, Secc. 5ª, 26 febrero 2010 (LA LEY 62649/2010), necesidad de complemento únicamente en el aspecto patrimonial en general para actos que impliquen disponer de grandes cantidades de dinero; la SAP, Madrid, Secc. 22ª, 22 marzo 2010 (LA LEY 72595/2010), actos que pueden afectar a su patrimonio, lo que implica limitación del curatelado no sólo para enajenar o gravar bienes inmuebles, sino también para realizar actos que tengan carácter dispositivo o para dar y tomar dinero a préstamo; la SAP, Álava, Secc. 1ª, 22 septiembre 2010 (LA LEY 204954/2010) afecta a actos trascendentales de la gestión del patrimonio del incapacitado; la SAP, Huelva, Secc. 1ª, 17 febrero 2012 (LA LEY 146708/2012); la SAP, Segovia, Secc. 1ª, 31 julio 2012 (LA LEY 139354/2012); y, la SAP, Huesca, 30 octubre 2013 (LA LEY 170932/2013).
- 35 CASANOVAS MUSSONS A., «La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida», *Revista Jurídica de Catalunya*, any LXXXIV, núm. 1, 1985, p. 94, señala que, «esta variedad terminológica no es ni siquiera indicativa de un distinto tratamiento a los diversos supuestos contemplados; responde probablemente al propósito de evitar repeticiones».
- 36 GUILARTE MARTÍN-CALERO C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, *op. cit.*, p. 149.
- 37 CASANOVAS MUSSONS A., «La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida», *op. cit.*, pp. 94-95.
- 38 LETE DEL RÍO J.M., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, p. 441; GIL RODRÍGUEZ J., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido Paz-Ares, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo Ponce de León, y Pablo Salvador Cordech, T. I, 2ª ed., Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justi-

cia, Madrid 1993, p. 673; LASARTE ÁLVAREZ C., Principios de Derecho Civil, *T. sexto Derecho de Familia*, 9ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2010, p. 397; LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.*, Elementos de Derecho Civil, *op. cit.*, p. 444; MORENO QUESADA B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, p. 308; VENTOSO ESCRIBANO A., La reforma de la tutela, Colex, Madrid 1986, p. 113; GUILARTE MARTÍN-CALERO C., La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable, *op. cit.*, pp. 148-152.

- 39 El artículo 223-4 del Código Civil catalán establece que «el curador no tiene la representación de la persona puesta en curatela y se limita a completar su capacidad, sin perjuicios de lo establecido por el artículo 223-6». En dicho artículo 223-6 del Código Civil Catalán se señala que: «La sentencia de incapacitación puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta para hacer los demás actos de esta naturaleza por ella misma»; el artículo 150.1 y 2 del Código de Derecho Foral de Aragón establece que: «1. La sentencia de incapacitación debe determinar los actos para los que el incapacitado necesita la asistencia del curador. Si no dispone otra cosa, se entenderá que la requiere, además de para todos los actos determinados por la Ley, para aquellos en los que la precisa el menor mayor de catorce años. 2. La sentencia podrá conceder al curador la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado. También podrá limitar la curatela al ámbito personal»; y, el artículo 472 del Code Civil: «Le juge peut également, à tout moment, ordonner une curatelle renforcée. Dans ce cas, le curateur perçoit seul les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de cette dernière. Il assure lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers et dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains. Sans préjudice des dispositions de l'article 459-2, le juge peut autoriser le curateur à conclure seul un bail d'habitation ou une convention d'hébergement assurant le logement de la personne protégée. La curatelle renforcée est soumise aux dispositions des articles 503 et 510 à 515».
- 40 GARCÍA CANTERO G., «Notas sobre la curatela», *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1984, p. 798.
- 41 GETE-ALONSO Y CALERA Mª del C., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 701-702; de la misma autora, «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *Comentario del Código Civil, dirigido por Cándido Paz-Ares, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo Ponce de León, y Pablo Salvador Cordech, T. I, 2ª ed.*, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 839-840, quien asimismo, precisa que «el amplio campo intermedio que existe entre el total incapaz y los diferentes estadios de los deficientes parece, hoy, cubierto por la curatela, cabiendo hablar de una «tutela mitigada», en el seno de la curatela. En esta segunda postura la

facultad de gestionar o representar se entiende sólo referida a aquellos actos concretos que así hayan sido previstos en la sentencia de incapacitación (artículos 289), siendo la función del curador la asistencia para los demás actos». En esta línea, PARRA LUCÁN M.Á., «Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial», *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia, directores Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2011, p. 351, pone de manifiesto que «precisamente la necesidad de atender a las circunstancias personales del incapacitado, necesita la función de asistencia para determinados actos que puede hacer por sí pero no sólo y la función de representación para otros». En contra, de tal planteamiento, pues, el curador no puede ni esporádicamente ser representante y/o administrador del incapacitado, así MORENO QUESADA B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, p. 311; LETE DEL RÍO J.M., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, p. 441.

- 42 En esta línea, vid., la Instrucción nº 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.
- 43 LETE DEL RÍO J.M., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, p. 238.
- 44 ALBALADEJO M., Curso de Derecho Civil, *op. cit.*, p. 326.
- 45 MORENO QUESADA B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, p. 310.
- 46 GARCÍA CANTERO G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pp. 797-798.
- 47 Vid., la SAP, Guadalajara 25 septiembre 1997, el curador se responsabiliza que el incapacitado enfermo siga su tratamiento médico; la SAP, Madrid, Secc. 24ª, 5 marzo 2003 toma decisiones concernientes a la salud de la curatelada; la SAP Madrid, Secc. 24ª, 10 marzo 2004, ante un deterioro cognitivo leve, nombra curador para cuidar de la salud y de los bienes del curatelado, hace aconsejable una curatela que cubra las áreas económico-patrimonial, contractual y sanitaria; la SAP, Barcelona, Secc. 18ª, 22 diciembre 2004, únicamente para el suministro y control de la medicación; la SAP, Ciudad Real, Secc. 2ª, 25 abril 2005 (LA LEY 90964/2005), ante una enfermedad persistente, crónica y permanente, con incapacidad para administrar y disponer bienes, se nombra curador, con la función de administrar tales bienes y hacer seguimiento del tratamiento médico al que se ha de someter; la SAP, Barcelona, Secc. 18ª, 10 noviembre 2005 (LA LEY 219127/2005), constitución de curatela para el cuidado y supervisión de la esfera personal; la SAP, Lugo, Secc. 2ª, 9 mayo 2006 (LA LEY 131432/2006), controlar la toma de medicamentos para mantener controlada su enfermedad; la SAP, Vizcaya, Secc. 4ª, 7 noviembre 2008 (LA LEY 311591/2008), necesidad de complemento en cuanto al control de su tratamiento

- médico y eventual ingreso en establecimiento psiquiátrico; la SAP Zaragoza, Scc. 2ª, 21 mayo 2009 (LA LEY 91243/2009); y, SAP, Alicante, Secc. 6ª, 20 junio 2013 (LA LEY 124109/2013).
- 48 Alcance en la esfera personal y patrimonial, vid., la SAP, Valladolid, 18 enero 1994; de la SAP, Barcelona, Secc. 18ª, 23 enero 2001, intervención del curador para todos los actos de administración y disposición patrimonial, y, además supervisará y cuidará en la esfera personal que, acuda al médico cuando le corresponda y lo precise; la SAP, A Coruña, Sección 1ª, 16 enero 2003 (LA LEY 8652/2003); la SAP, Cantabria, Secc. 2ª, 24 abril 2003 (LA LEY 74917/2003); la SAP, Ciudad Real, Secc. 2ª, 25 abril 2005 (LA LEY 90964/2005), administración de los bienes y seguimiento del tratamiento médico al que se ha de someter; la SAP, Islas Baleares, Secc. 3ª, 16 septiembre 2005 (LA LEY 179026/2005), extensión de la curatela a supervisar de forma efectiva la evolución del estado y enfermedad; la SAP, Barcelona, Secc. 18ª, 2 enero 2008 (LA LEY 19505/2008) necesidad de asistencia para actos patrimoniales de cierta complejidad y control para evitar desajustes en el tratamiento médico de su enfermedad; la SAP, Valladolid, Secc. 1ª, 28 enero 2008 (LA LEY 6352/2008), abarca en el ámbito personal a las decisiones que excedan de las ordinarias de la vida, y en el patrimonial, para todo lo que exceda de la administración del denominado dinero de bolsillo; la SAP, Barcelona, Secc. 18ª, 6 noviembre 2008 (LA LEY 246795/2008); la SAP, Zaragoza, Secc. 2ª, 26 octubre 2010 (LA LEY 217173/2010), la obligación de asistencia a la revisión psiquiátrica y seguimiento del tratamiento prescrito para su enfermedad y para actos de disposición sobre bienes inmuebles y para contraer préstamos y créditos; la SAP, Castellón, Secc. 2ª, 16 enero 2012 (LA LEY 56638/2012); y, la SAP, Asturias, Secc. 4ª, 5 diciembre 2013 (LA LEY 206137/2013).
- 49 DE CASTRO Y BRAVO F., *Derecho civil de España, II Derecho de la persona*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1952, p. 220; GUILARTE MARTÍN-CALERO C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, *op. cit.*, p. 117.
- 50 Como ejemplo de ello, la pretutela, la autotutela o curatela y los apoderamientos preventivos, ya analizados, o la progresiva regulación revitalizadora de la guarda de hecho.
- 51 Artículo 211-3 Capacidad de obrar señala que: «1. La capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural, de acuerdo con lo establecido en el presente Código. 2. La plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad. 3. Las limitaciones a la capacidad de obrar debe interpretarse de forma restrictiva atendiendo a la capacidad natural».
- 52 En esta línea, MARTÍN PÉREZ J.A., «La asistencia como alternativa a los instrumentos tradicionales de protección de las personas con discapacidad. Notas sobre el nuevo derecho de personas en Cataluña», *El Nuevo Derecho de la Persona y de la Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, coordinadores Reyes Barrada Orellana, Martín Garrido Melero, y Sergio Nasarre Aznar, Bosch, Barcelona, 2011, p. 162; del mismo autor, «Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: revisión del modelo de protección basado en la incapacitación», *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente Montés Penadés, T. II*, coordinadores Francisco de P. Blasco Gascó, Mario E. Clemente Meoro, Francisco Javier Orduña Moreno, Lorenzo Prats Albentosa, y Rafael Verdera Server, Tirant Lo Blanch, Valencia 2011, p. 1480.
- 53 PEREÑA VICENTE M., «La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica», *op. cit.*, p. 201, señala que, puede asimilarse a la curatela voluntaria, «en la que el propio interesado designa una persona que debe asistirle en ciertos actos de especial trascendencia, autolimitando su propia capacidad de obrar con la finalidad de estar protegido frente a su propia capacidad de obrar con la finalidad de estar protegido frente a sus propios actos que, pueden ser gravemente perjudiciales para sus intereses»; MARTÍNEZ PÉREZ J.A., «La asistencia como alternativa a los instrumentos tradicionales de protección de las personas con discapacidad. Notas sobre el nuevo derecho de personas en Cataluña», *op. cit.*, p. 163; del mismo autor, «Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: revisión del modelo de protección basado en la incapacitación», *op. cit.*, p. 1481, quien precisa que, por su carácter permanente, hace que se asemeje más al curador que al defensor judicial.
- 54 Como señala ARTÍGAS-PALLARÈS J., «El funcionamiento intelectual límite en el marco de los trastornos del neurodesarrollo», *Manual de Consenso sobre Funcionamiento Intelectual Límite (FIL)*, coordinadores Luís Salvador-Carulla; Mencía Ruíz Gutiérrez-Colosía y Margarida Nadal Pla, Fundación Aequitas. Caja Madrid (Obra social), Madrid 2011, p. 80, el funcionamiento intelectual límite está pobremente definido en el DSM IV TR (APA 2000). Se incluye como una categoría denominada «Otras condiciones que pueden ser foco de atención clínica». Dentro de este apartado se define el FIL para hacer referencia a los individuos cuyo cociente de inteligencia (CI) se halla comprendido en la franja entre 71-85. No se hace ninguna otra consideración específica, aparte de que se debe establecer el diagnóstico diferencial con retraso mental (RM). El DSM recomienda que esta categoría se codifique en el eje II; por lo tanto tiene la misma consideración que el RM o los trastornos de la personalidad». Por su parte, para GARCÍA IBÁÑEZ J., MARTÍNEZ-LEAL R., y AGUILERA FCO., «Funcionamiento intelectual. Límite y ciclo vital», *Manual de Consenso sobre Funcionamiento Intelectual Límite (FIL)*, coordinadores Luís Salvador-Carulla; Mencía Ruíz Gutiérrez-Colosía y Margarida Nadal Pla, Fundación Aequitas. Caja Madrid (Obra social), Madrid 2011, p. 111, dispone que «el ciclo vital de una persona con FIL se va complicando con el paso de los años. Como personas fronterizas entre las personas con inteligencia normal

y las personas con discapacidad intelectual, según las circunstancias que aparezcan en su vida y según sus capacidades de afrontamiento de las situaciones que, podemos considerar como desfavorables, van a acercarse a un lado o a otro de esa frontera. Si la desviación se produce en el sentido de la discapacidad intelectual las repercusiones emocionales de las situaciones de fracaso y las vivencias de la percepción de ser diferente van a complicar la evolución y se van a sumar aspectos que pueden repercutir en la salud mental de estas personas y en su conducta, facilitando la aparición en estas personas frágiles y vulnerables de algunos trastornos».

- 55 BARDAJÍ GÁLVEZ M^a.D., «Instituciones tutelares como formas de protección del incapacitado en el derecho civil catalán (especial referencia a la asistencia)», *Un Codi per al Dret Civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme? (Estudis en commemoració del 50 aniversari de la Compilació)*, coordinador Sergio Llebaría Samper, Bosch, Barcelona, 2011, p. 193 y nota 30, señala que «la asistencia también puede presentarse como un medio de protección muy acorde para las situaciones de merma de las facultades físicas, incluso permanentes, que sin afectar al grado de discernimiento de la persona y por tanto, sin impedir la posibilidad de gobernarse por sí misma, si suponen una disminución de su aptitud para afrontar la vida social y jurídica. Quedaría siempre a salvo el supuesto en el que la enfermedad física excluyera la comunicación con el exterior en grado suficien-

te que impidiera la manifestación de la voluntad o querer interno»; y añade en *nota al pie* «junto a los tradicionales defectos físico, van apareciendo en la realidad jurídica nuevas enfermedades con un origen físico, tales como, la arteriosclerosis o progresiva disfunción de las facultades físicas de las personas que las padecen; la alexia, o ceguera de la palabra cuando es de tal entidad que quien la padece no entiende ninguna información sensorial derivada de la palabra, siempre que afecte a la triple esfera auditiva, táctil y visual; la afasia, siempre que el sujeto no pueda expresarse por escrito o por otros medios, y por ello esté impedido para manifestar su voluntad y ejercer su libertad; la agnosia, cuando las dificultades de comprensión hacen imposible el autogobierno, igualmente, podrían incluirse aquí, aquellos estados de conciencia alterada originados por la deficiencia de los hemisferios cerebrales a consecuencia de neoplasias intracraneales».

- 56 Para BARDAJÍ GÁLVEZ M^a.D., «Instituciones tutelares como formas de protección del incapacitado en el derecho civil catalán (especial referencia a la asistencia)», *op. cit.*, pp. 195-196, en situaciones de colisión de intereses, la obligación de actuar siempre respetando los deseos del asistente, parece clara cuando se trata de actos atinentes a la esfera persona, pero, cuando lo que se trata es de asistir en el ámbito patrimonial, para la autora, la Ley guarda silencio.

La hipoteca inversa como instrumento de protección de las personas dependientes

MARÍA ROSARIO MARTÍN BRICEÑO

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos



FICHA TÉCNICA

«Inverse mortgages as an instrument for the protection of dependent persons»

Resumen: Debido a los cambios sociales y económicos experimentados por la población, las personas dependientes (muchas veces de edad avanzada) no gozan, a veces, del apoyo y sustento necesario que tradicionalmente aportaba la familia. Por ello necesitan unos recursos económicos que les permitan incrementar su renta disponible, una renta con la que tienen que hacer frente a sus necesidades asistenciales. La hipoteca inversa se muestra como un producto financiero a tener en cuenta puesto que permite hacer líquido el valor de la vivienda habitual de quien se encuentra en semejante situación.

Palabras clave: Hipoteca inversa, dependiente, discapacidad, acreedor hipotecario y préstamo.

Abstract: Due to the social and economic changes experienced by the population, there are times when dependent persons (many of whom are elderly) do not enjoy the support and maintenance they need and which were traditionally provided by their family. Therefore, they need economic resources that will allow them to increase their disposable income; an income with which they will have to pay for their care needs. Inverse mortgages are a financial product to be taken into account given that they allow the value of the habitual residence of people who find themselves in this situation to be released in liquid form.

Keywords: Inverse mortgage, dependent, disability, mortgage and loan.

N. de A: Este trabajo se integra en la actividad desarrollada por el Grupo de Investigación «Familia y Derecho» (FYDE), 2013-198, de la Universidad Rey Juan Carlos.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA HIPOTECA INVERSA
- III. OTROS INSTRUMENTOS
- IV. CONCLUSIONES
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La dependencia se ha convertido en una realidad en muchas familias hoy en día. La prolongación en la vida de las personas es un hecho, aunque no siempre viene acompañada de su correspondiente calidad: la aparición de enfermedades degenerativas propias de la vejez, como la demencia senil, afecta a la capacidad intelectual

y volitiva de las personas. A causa de ello, estos sujetos necesitan una especial atención, no sólo con el fin de proteger su patrimonio, sino también su persona. Asimismo, resulta imprescindible establecer mecanismos jurídicos destinados a paliar las necesidades económicas que toda situación de dependencia conlleva.

El proceso de incapacitación en los términos previstos por el art. 200 del Código Civil español¹, según el cual «*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*», actúa como un instrumento tuitivo, al que no siempre se recurre. Predomina la figura del guardador de hecho frente a la del tutor. Razón: la Ley de Enjuiciamiento Civil española² faculta (no obliga) a los familiares a instar un procedimiento de incapacitación³; y ellos no lo hacen porque, bien no desean asumir la representación legal de quien

carece de recursos, bien prefieren no estar sujetos a un control judicial y gozar de la libertad que supone la falta de intervención de un Juez⁴.

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, aborda también la protección de las personas discapacitadas: aquellas que se ven afectadas por un cierto grado de minusvalía. Esto significa que esta Ley no tiene como destinatarios exclusivos aquellos discapacitados en los que concurra alguna causa para su incapacitación judicial. Dicho de otro modo: el término discapacidad no está vinculado al de incapacitación; ni siquiera al de incapaz. Se trata de una mera declaración administrativa que no afecta a la capacidad de obrar del sujeto⁵. Determinado el ámbito subjetivo de la Ley anteriormente citada, cabe afirmar que su finalidad es permitir crear un patrimonio de destino con el objetivo de procurar una asistencia económica al discapacitado. Su cuantía podrá ser incrementada mediante las aportaciones realizadas, bien por quienes están legitimados para constituir el patrimonio protegido de un discapacitado, bien por cualquier otra persona con interés legítimo para ello⁶. Como consecuencia de la constitución de un patrimonio protegido, la asistencia del discapacitado hace que no recaiga, de modo exclusivo, sobre el Estado (a través de los correspondientes servicios públicos) o en la familia. Pero, ¿resulta suficiente? ¿Existen otros instrumentos destinados a solventar las necesidades económicas de las personas dependientes?

Las preguntas formuladas tienen su razón de ser en que, debido a los cambios sociales y económicos experimentados por la población, las personas dependientes (muchas veces de edad avanzada) no gozan, a veces, del apoyo y sustento necesario que tradicionalmente aportaba la familia. Y, aunque la Ley 41/2003 ha pretendido cambios normativos con la intención de potenciar la autonomía privada de quien todavía goza de una capacidad de obrar plena antes de verse sometido a los efectos devastadores de una enfermedad degenerativa de carácter irreversible, no hay que olvidar la necesidad de unos recursos económicos con los que hacer frente a los obstáculos que se presentan en estos momentos de la vida. Junto a la presencia del Estado, cada vez más raquítica, y a la asistencia familiar, se requerirá ayuda de terceras personas cuyo coste no se podrá afrontar con los recursos líquidos del dependiente. En este sentido la hipoteca inversa se muestra como instrumento a analizar en cuanto que es una figura que permite transformar el patrimonio inmobiliario del dependiente en dinero sin perder su derecho de propiedad. Por ello vamos a proceder al análisis de esta figura a continuación.

II. LA HIPOTECA INVERSA

1. Concepto

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del Mercado hipotecario, introduce la hipoteca inversa en la Disposición Adicional Primera como novedad legislativa. Se cumple así con lo dispuesto por 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 conminaba al Gobierno a promover cambios legislativos dedicados a permitir la cobertura privada de las situaciones de dependencia con el fin de facilitar la cofinanciación por los beneficiarios de los servicios que se establecen en la Ley. Pero, ¿cómo definimos la hipoteca inversa?

La hipoteca inversa es un producto financiero que permite hacer líquido el valor de la vivienda habitual del solicitante, quien deberá cumplir alguno de estos requisitos: ser una persona de edad igual o superior a los sesenta y cinco años, o ser un sujeto afectado de dependencia o persona a la que se le haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Es una figura que facilita el movimiento del patrimonio inmobiliario de quien lo requiere, puesto que la vivienda actúa como un contravalor. Con ello se solventa el grave problema socioeconómico que conlleva la urgencia de incrementar la renta disponible de las personas mayores y de los dependientes para atender sus necesidades asistenciales⁷. Por consiguiente, es un tipo de hipoteca que permite disfrutar del ahorro acumulado en la vivienda habitual. Ahora bien, ¿de qué modo se gestiona la hipoteca inversa?

La hipoteca inversa es un producto financiero que permite hacer líquido el valor de la vivienda habitual del solicitante que cumpla los requisitos de edad, dependencia o discapacidad establecidos en la ley.

A los efectos de lo dispuesto por la ley, la hipoteca inversa es «el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante» (núm. 1). Implica que el propietario de la vivienda realiza disposiciones hasta el importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación de aquélla en el momento de la constitución de la hipoteca. La cifra total de la que puede disponer el prestatario dependerá no sólo del valor de la vivienda hipotecada, sino que también estará en función de la fecha previsible de su muerte. Una vez alcanzado el límite cuantitativo de lo pactado, el dependiente-prestatario dejará de disponer de la renta, aunque la deuda siga generando intereses⁸.

¿Cuándo recupera el acreedor la cantidad prestada más los correspondientes intereses? Una vez fallecido el propietario de la vivienda hipotecada, bien mediante el pago realizado por los herederos del causante, bien a través de la correspondiente ejecución hipotecaria. Y es que no debemos olvidar que la hipoteca es el derecho real que garantiza la devolución de la deuda en el momento de su vencimiento, que no es otro que el momento de fallecimiento del deudor⁹.

La función de la hipoteca inversa difiere de aquella otra que atribuimos a la hipoteca ordinaria, pues se constituye aquella para garantizar la devolución futura de las cantidades que el acreedor hipotecario está obligado a entregar al propietario de la vivienda, quien las necesita para afrontar, por ejemplo, los gastos que conlleva su dependencia.

La venta del inmueble con reserva del usufructo en favor del vendedor o la renta vitalicia son otras figuras que sirven para incrementar la renta disponible de las personas mayores o dependientes

¿Qué ventajas reporta la hipoteca inversa frente a otros instrumentos jurídicos? La persona de edad igual o superior a sesenta y cinco años o la persona afectada por una dependencia o persona a la que se le haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, que son quienes pueden recurrir a la hipoteca inversa en los términos previstos por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del Mercado hipotecario, obtienen liquidez inmediata sin necesidad de abandonar su hogar, una situación que podría producirse si optara por la venta del inmueble y dedicara su producto al pago de una residencia. Por supuesto existen otros mecanismos para obtener liquidez mediante la venta del inmueble sin la consecuencia derivada de este negocio jurídico apuntada anteriormente. Resulta posible la venta del inmueble con la reserva del usufructo en favor del vendedor. Ahora bien, hay que tener presente también la escasa aplicación de esta figura en la práctica habitual. Resulta complicado que, fuera del entorno familiar cercano, se acceda a constituir un usufructo sobre la vivienda enajenada, salvo que las condiciones económicas resulten favorables para el comprador de la misma.

Por otra parte, cabe optar por una donación onerosa con reserva de usufructo del inmueble para el donante, en la que la carga para el donatario sería la de asistir al donante en sus necesidades futuras. Posteriormente habría que analizar los problemas que esta donación plan-

tea en el ámbito del Derecho sucesorio. Razón: la naturaleza gratuita del acto.

En el caso planteado estaríamos ante una donación en la que se establece una obligación para el donatario que si tiene una clara valoración económica. Siendo esto así, y según el art. 622 CC, sólo cabría considerar donación aquella parte que excede «del valor del gravamen impuesto». Por consiguiente, a la luz de lo dispuesto por el art. 1035 CC, si el donatario es un heredero forzoso que concurre con otros que también lo son, tendrá que traer a la «masa hereditaria» los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, «en vida de este», por donación, para computarlos en su aplicación a la legítima que le corresponde. Significa que con respecto al legitimario, que ha recibido el inmueble del causante en virtud de una donación onerosa, se imputará como pago de los derechos que le corresponden como heredero forzoso. Esto es, el donatario tiene que colacionar el inmueble que le donó el causante, con el fin de cuidarlo cuando así lo ha necesitado, en la parte que se le atribuye como legitimario. Este hecho puede implicar que haya recibido más de lo que le corresponde, en cuyo caso tendría que recibir de menos de modo proporcional en la partición (arts. 1047 y 1048 CC).

Otra figura a la que no se puede dejar de hacer alusión como mecanismo para procurar recursos económicos al dependiente, es la renta vitalicia regulada en los arts. 1802 y siguientes del Código Civil. Señalar que, con ella, sí se transmite la propiedad de la vivienda a cambio de una renta vitalicia, algo que no sucede con la hipoteca inversa. Si bien es cierto que, ante la pérdida del dominio, podría realizarse una reserva del derecho de usufructo vitalicio o constituir un derecho de uso y habitación. No obstante, la renta que el dependiente podría obtener en este caso no sería muy elevada, debido a la minusvaloración que sufriría el inmueble por la presencia de una carga real. Siendo esto así, algunas compañías aseguradoras comercializan un producto que se acerca a la renta vitalicia. A cambio del pago de una prima única, que consiste en transmitir la propiedad de la vivienda al asegurador, se constituye una póliza de renta en favor del vendedor¹⁰. Aunque este producto está pensado para aquellos destinatarios con una edad igual o superior a los sesenta y cinco años, y no para solventar las necesidades de un dependiente. Esto es, se plantea no tanto como una ayuda para soportar los gastos asistenciales que un dependiente conlleva, cuanto como un complemento para la pensión de una persona jubilada. Coincide con la hipoteca inversa en que el cálculo de la renta a recibir se llevará a cabo por las aseguradoras en función de la expectativa de vida del beneficiario de la renta y del valor de la vivienda entre-

gada en propiedad. Por otra parte, no hay que olvidar el carácter aleatorio que tiene este contrato, pues la ventaja o inconveniente de este negocio jurídico, que es la renta vitalicia, va a depender de cuándo se produzca el óbito de la persona beneficiada, sin olvidar lo dispuesto por el art. 1804 CC: «*Es nula la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha*».

2. Sujetos

En relación con las personas intervinientes en la constitución de una hipoteca inversa, hay que tener presente que, junto al contrato de préstamo, existe una garantía hipotecaria. Por consiguiente, el acreedor hipotecario y el deudor son las partes de este negocio jurídico. Ahora bien, no hay que olvidar la presencia de posibles beneficiarios ni tampoco la de los herederos del deudor. Al fin y al cabo estos últimos son quienes se ven afectados por la muerte del prestatario en el ámbito de la hipoteca inversa.

Cada uno de los sujetos nombrados merece un breve estudio.

a) El deudor

La letra a) del apartado primero de la Disposición Adicional de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario exige que el prestatario, en la hipoteca inversa que regula, sea un sujeto con una edad igual o superior a los sesenta y cinco años o, en su caso, una persona afectada de dependencia o persona a la que se haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Determina el ámbito subjetivo de la normativa sobre hipoteca inversa, un ámbito que ha sido modificado recientemente por 1a Ley /2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Hasta este momento, la Disposición Adicional primera de la Ley anteriormente citada se refería a personas afectadas de «*dependencia severa o gran dependencia*», conceptos que había que precisar, así como justificar semejante discriminación. Ahora se habla de dependencia o de una situación en la que la persona tiene un reconocimiento administrativo de un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

Cabe decir que dependiente es toda persona que necesita ser asistida para realizar actos de la vida cotidiana debido a su falta de autonomía física o psíquica. En concreto el art. 2.2. de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia define la depen-

dencia en los siguientes términos: «*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*». A continuación el art. 26 de la citada Ley 39/2006 establece cuáles son los distintos grados de dependencia, y así define la dependencia moderada como dependencia de grado I, situación que se produce «*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*». A continuación se refiere a la dependencia de grado II como severa y considera que esta existe «*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*». Finalmente, la dependencia de grado III incluye la dependencia severa, que se produce «*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*». A partir de aquí debemos tener presente lo que indica el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, texto que 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. En concreto señala que la dependencia moderada, calificada como grado I, se corresponde con una puntuación final de 25 a 49 puntos, la dependencia severa o de grado II recoge una puntuación entre 50 y 74 puntos y finalmente la llamada gran dependencia o de grado III incluye una puntuación de 75 a 100 puntos.

Con la redacción actual de la letra a) del apartado primero de la Disposición Adicional de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario, tiene cabida en su ámbito subjetivo cualquier dependiente, y no sólo quien está sujeto a una dependencia severa. En este sentido resulta oportuna la modificación, ya que no sólo las personas sujetas a una dependencia severa requieren liquidez para hacer frente a los gastos derivados de su enfermedad. Cualquier dependiente así lo requiere y la hipoteca inversa puede surgir como un producto adecuado para ello. Es cierto también que el acreedor hipotecario busca una rentabilidad económica cuando recurre a la hipoteca

inversa. No está en sus cuentas de resultados (habitualmente) la valoración social de este producto financiero. Mas esto no es óbice para permitir que sean los sujetos afectados quienes decidan recurrir a esta figura. Tal y como ya hemos indicado, el importe que obtenga el deudor mediante la hipoteca inversa constituida sobre su vivienda habitual dependerá, no sólo del valor de esta última, sino también de sus expectativas de vida.

Las características del solicitante de la hipoteca inversa se determinan por su edad, por su dependencia o por el hecho de que le haya sido reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento

Ahora bien, la Disposición Adicional de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario indica también que queda incluida cualquier persona que tenga reconocida una discapacidad administrativa igual o superior al 33 por ciento. En este sentido el apartado a) del art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, define la discapacidad en los siguientes términos: «es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». Siendo esta la situación, se proponen medidas que favorezcan la vida independiente de una persona con discapacidad, que lo es porque presenta deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales. A continuación el art. 4.2. de este texto legislativo establece que, además de lo manifestado anteriormente, «y a todos los efectos», hay que tener en cuenta que tendrán la consideración de personas con discapacidad «aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento», un reconocimiento que vendrá dado por el órgano administrativo competente para ello¹¹. Continúa manifestando que se incluyen en esta situación «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». Por consiguiente, cuando el legislador establece que la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario en materia de hipoteca inversa se aplicará a cualquier persona que tenga reconocida una discapacidad administrativa igual o superior al 33 por ciento, hay que tener presen-

te el reconocimiento de este grado de discapacidad, por debajo del cual no implica que la persona no esté discapacitada, sino que esta queda fuera del ámbito de aplicación de la Ley que estamos abordando. Es cierto que la redacción resulta difusa ya que parece dar a entender que, aunque existen grados en materia de discapacidad, sólo se puede calificar como discapacitado aquel que se encuentra en un porcentaje igual o superior a 33; y, que, por tanto, sólo este último debe ser atendido como tal en los términos dispuestos la Disposición Adicional Primera de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario en relación con la hipoteca inversa. Pero el legislador lo que ha tenido en cuenta es la presencia de unos certificados administrativos que acreditan discapacidades iguales o superiores al 33 por ciento, y por ello incluye este dato¹². No existe ánimo alguno descriptivo de la discapacidad.

A la luz de lo expuesto, las características del solicitante de la hipoteca inversa se determinan por su edad, por su dependencia o por el hecho de que le haya sido reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Por tanto, cabría preguntarse si es preciso que cumpla tales requisitos en el momento de la celebración del contrato. La respuesta nos remite a las reglas generales del Código Civil: no es necesario. Ahora bien, la eficacia del contrato de hipoteca inversa dependerá siempre de su cumplimiento.

Otra cuestión que se plantea es la relativa a la capacidad exigible al solicitante. Si fuera un sujeto incapacitado, ¿su representante podría tomar la iniciativa en cuanto a la celebración de un contrato de esta naturaleza? Habría que tener presente lo dispuesto por el art. 166 CC en cuanto a los padres, según el cual «Los padres no podrán gravar» los bienes inmuebles de sus hijos, «sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal». En idéntica situación se encuentra el tutor, a la luz de lo establecido por el núm. 2.º del art. 271 CC: «El tutor necesita autorización judicial (...) para gravar bienes inmuebles». Pero a veces no existe una sentencia de incapacitación pese a encontrarnos ante un sujeto con sus facultades perturbadas. Cuando esto sucede hay que presumir que si no hay sentencia de incapacitación, aquel es plenamente capaz. En consecuencia, habrá que probar su falta de discernimiento y voluntad para realizar un determinado acto jurídico, algo que no sucedería si estuviera incapacitado, pues en tal caso bastaría con presentar la correspondiente sentencia de incapacitación.

Precisamente, en la SAP de Girona (Sección 1.ª), de 17 de octubre de 2012, se plantea una cuestión relativa a la posible falta de capacidad de una persona (D.ª Nicolsa) que contrató una hipoteca inversa con BANCAJA. No existía sentencia de incapacitación alguna, pero se

reclama la nulidad del contrato por falta de capacidad suficiente en el momento de la contratación. Su incapacidad se produce un año más tarde de la celebración del citado contrato por unas causas que ya estaban presentes en el momento de otorgamiento de la escritura de hipoteca inversa. Son estas causas, precisamente, las que provocan un deterioro cognitivo moderado-grave.

BANCAJA alega que, aunque en el momento de la contratación D.^a Nicolasa presentaba un deterioro cognitivo leve (y así consta) por unas dolencias que conducen un año más tarde a su incapacidad, ello no significa que, en el momento de la constitución de la hipoteca inversa, no tuviera suficiente capacidad para consentir válidamente su contratación.

El Tribunal señala que, aunque la declaración de incapacidad es posterior a la firma del contrato de hipoteca inversa cuya nulidad se pretende, las dolencias eran anteriores, con independencia de que el grado fuera algo menor. Asimismo, declara que hay que tener en cuenta que el contrato de hipoteca inversa es un producto financiero de carácter complejo, difícil de entender para una persona que sufría hipoacusia, y que sabía leer y escribir mínimamente. Siendo esta la situación, la SAP entiende que existe una falta de capacidad por parte de D.^a Nicolasa para contratar la hipoteca inversa, y la deja sin efectos¹³.

En el supuesto planteado se plantean dos cuestiones: la primera se refiere a una posible falta de discernimiento de D.^a Nicolasa por verse inserta en un proceso de deterioro cognitivo, aspecto que se vincula a un defecto de capacidad, como así queda probado; la segunda está relacionada con el objeto del contrato: un producto financiero de carácter complejo. Desde esta última perspectiva, si tenemos en cuenta que la solicitante de la hipoteca inversa apenas sabía leer y escribir, difícilmente podría comprender las cláusulas del contrato de hipoteca inversa. En tal caso se podría plantear un problema de consentimiento viciado por error esencial y excusable que permitiría anular el contrato.

b) El acreedor hipotecario

El legislador admite que las hipotecas inversas sean concedidas no sólo por entidades de crédito sino también por entidades aseguradoras «*autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que, a las entidades aseguradoras, imponga su normativa sectorial*» (Disposición Adicional Primera, núm. 2). Serán las únicas que podrán conceder un préstamo garantizado con una hipoteca inversa en los términos previstos por la ley, con los beneficios fiscales y arancelarios que le correspondan.

¿Por qué aparecen las entidades aseguradoras junto a las entidades de crédito como posibles acreedores hipotecarios? La respuesta a esta pregunta se encuentra en el margen de aleatoriedad que tiene la hipoteca inversa, rasgo que comparte con el contrato de seguro. Las propias compañías de seguro ya realizan contratos en los que la entidad aseguradora realiza disposiciones periódicas en favor del asegurado, quien entrega su vivienda a cambio.

El legislador admite que las hipotecas inversas sean concedidas no sólo por entidades de crédito sino también por entidades aseguradoras

Ahora bien, ¿podemos hablar de acreedores de otra naturaleza en el ámbito de la hipoteca inversa, aunque el legislador no los haya tenido en cuenta? Sí cabría esta posibilidad, pero en tal caso no se aplicaría lo dispuesto por la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007¹⁴. Estaríamos en el marco de aplicación del principio de autonomía privada en los negocios jurídicos, y, por tanto, cabría acordar las cláusulas que las partes estimaran convenientes, siempre que no se violara lo dispuesto por el art. 1255 CC. No obstante, aunque admisible esta posibilidad, resulta desaconsejable puesto que el acreedor debe ofrecer amplias garantías de solvencia dado que la prestación a realizar en favor del prestatario se puede extender en el tiempo de modo excesivo.

c) El beneficiario

No debemos olvidar la figura del sujeto que se beneficia de la hipoteca inversa contratada por otras personas. Conforme a lo previsto por el legislador, el beneficiario debe cumplir los mismos requisitos que el solicitante: ser una persona de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o estar afectada por una dependencia o tener reconocido un grado discapacidad igual o superior a un 33 por ciento. Con toda lógica, nada se dice sobre si ha de existir algún tipo de relación de parentesco entre el deudor y el beneficiario. Por consiguiente, hay que entender que este requisito no resulta exigible, en cuyo caso cabe la hipótesis en la que se plantea una situación en la que no concurre esa relación de parentesco.

La presencia del beneficiario nos invita a distinguir entre dos figuras: el deudor, como parte del préstamo que se garantiza con una hipoteca inversa, y el sujeto beneficiario. Sólo en el primer caso se podría hablar de prestatario. No así en el segundo. Por consiguiente, ¿cabría describir esta situación en la que existe un beneficiario en un negocio de hipoteca inversa como un contrato

en favor de tercero? Detengámonos en esta cuestión para dar una respuesta oportuna a la misma.

Según el art. 1257 CC: «*Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada*». De lo dispuesto por este precepto se deduce que cabe la posibilidad de generar un crédito a favor de una persona distinta de las partes del contrato. En consecuencia, habría que excluir de esta situación aquellos contratos en los que la prestación en favor de un tercero no conlleva un derecho de este a reclamarla. En el caso que nos ocupa, sí parece constituirse una estipulación en favor de tercero. Aunque en este tercero debe concurrir alguna de las condiciones subjetivas que establece la Disposición Adicional Primera de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario de 7 de diciembre de 2007 para que sea susceptible de ser aplicado su contenido. Ahora bien, el legislador no precisa el momento en que esto debe suceder. Por consiguiente, cabría que el tercero beneficiario las reuniera en el momento de celebración del contrato o con posterioridad. Si esto último fuera así, la eficacia de la estipulación dependería del cumplimiento de aquellas.

Estar ante un contrato en favor de terceros implica atribuir un derecho al beneficiario desde el momento de la celebración del contrato o desde que se cumple la condición prevista en el contrato. Este adquiere un derecho autónomo y, por ello, cuando fallece el beneficiario, son los herederos del estipulante quienes hacen frente a la responsabilidad. Que se exija la aceptación del beneficiario no tiene otra función que la de evitar la revocación del estipulante, facultad que pervive mientras no se produce su aceptación. Sin embargo, llegados a este punto cabe plantearse otra pregunta: si estamos ante un sujeto dependiente-incapacitado, cuyo representante legal es quien se constituye en estipulante, ¿no estaríamos hablando de un autocontrato? Parece oportuna una respuesta afirmativa.

Si un dependiente es nombrado beneficiario en un contrato de hipoteca inversa, aquel podrá continuar percibiendo cantidades análogas a las recibidas por el deudor en el caso de que éste fallezca¹⁵. Pero, puesto que se trata de una atribución patrimonial, habría que estudiar los efectos que la misma ha de tener en el ámbito sucesorio: si recae sobre el tercio de libre disposición, si afecta a la legítima o si supone una carga sobre la legítima. En este sentido hay que determinar si el beneficiario puede ser, o no, un heredero¹⁶. Razón: son los herederos quienes deben restituir las cantidades prestadas tras la muerte del deudor.

El beneficiario suele ser el cónyuge sobreviviente, que en muchos casos sufre una enfermedad degenerativa que requiere recursos económicos para ser asistido. Que el beneficiario siga percibiendo cantidades periódicas, una vez fallecido el deudor, y ocupe la vivienda, puede chocar con los intereses de otros legitimarios. Por ello se ha señalado la oportunidad de recabar el consentimiento de los herederos legitimarios en el momento de la designación del beneficiario¹⁷. Aunque no me parece clara esta postura a la luz de lo previsto por el párrafo segundo del art. 813 CC: sobre la legítima, el testador no «*podrá imponer ... gravamen, ni condición ... salvo lo dispuesto ... respecto de los hijos descendientes judicialmente incapacitados*».

Para terminar con el contrato de hipoteca inversa en la que está presente un sujeto beneficiario, se debe indicar que, conforme a lo dispuesto por la Disposición Adicional cuyo estudio estamos abordando, aquel ha de cumplir los mismos requisitos que el deudor. No obstante, tal y como ya se ha apuntado anteriormente en relación con el deudor, cabe hablar de una hipoteca inversa en la que el tercero beneficiario no cumple alguna de las circunstancias subjetivas que ha previsto el legislador. Si así fuera, estaríamos actuando en el marco de aplicación del principio de la autonomía privada previsto en el art. 1255 CC. Al margen de lo dispuesto por la Ley de Reforma del Mercado hipotecario; pero no en contra de ella.

d) Los herederos

Conforme al núm. 5 de la Disposición Adicional Primera de la Ley del Mercado Hipotecario, «*Al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos, o si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación*». De lo dispuesto por este precepto se deduce que el término al que está sujeto el vencimiento del préstamo es certus an et incertus cuando: la muerte del prestatario o del beneficiario. En este sentido, el apartado 1 c) de la Disposición Adicional primera de la Ley citada señala que «*la deuda sólo será 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*». A partir de este momento se podrá exigir la deuda más sus correspondientes intereses a los herederos. En el caso de que los herederos no quieran hacer frente al pago del préstamo, el acreedor podrá proceder a la ejecución hipotecaria sobre el inmueble. En consecuencia, el legislador aplica los efectos de lo dispuesto por el art. 1257 CC, según el cual «*Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos*». El aspecto

a tener en cuenta aquí se encuentra en que el óbito del deudor es el elemento que determina la devolución de las cantidades prestadas por parte de quienes le vayan a suceder. Esto es así porque son quienes se subrogan en la posición tanto activa como pasiva del causante.

El acreedor hipotecario recurrirá al patrimonio hereditario del deudor para satisfacer la deuda impagada cuando los herederos no cumplan y el producto obtenido tras el correspondiente procedimiento de ejecución hipotecaria sea inferior al capital pendiente de pago

Si los herederos no restituyen las cantidades prestadas al acreedor hipotecario, este procederá a la ejecución de la vivienda entregada en garantía. Y si la cuantía obtenida por el acreedor en un proceso de ejecución hipotecaria no resulta suficiente para cubrir la deuda pendiente de pago, cabe aplicar lo dispuesto por el núm. 6 de la Disposición Adicional Primera. «*Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia*». Señala el legislador que, a estos efectos, no será de aplicación lo dispuesto por el segundo párrafo del art. 114 de la Ley Hipotecaria, según el cual, «*En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años*»¹⁸. En consecuencia, el acreedor hipotecario recurrirá al patrimonio hereditario del deudor para satisfacer la deuda impagada cuando los herederos no cumplan y el producto obtenido tras el correspondiente procedimiento de ejecución hipotecaria sea inferior al capital pendiente de pago. En consecuencia, ¿se aplican las reglas que nuestro Código Civil prevé en materia de Derecho Sucesorio?

Si el solicitante de la hipoteca inversa es definido como deudor, su fallecimiento es el término que determina los efectos del negocio jurídico y que la responsabilidad por impago de la deuda recaiga sobre sus herederos. Pero el citado núm. 6 de la Disposición Adicional limita tal responsabilidad ya que establece que «*sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia*». Por consiguiente, ¿significa que si se produce una aceptación pura y simple de la herencia en los términos previstos por el art. 1003 CC, el heredero no responderá de esta carga? De lo dispuesto por el legislador parece establecerse una situación de aceptación a beneficio de inventación *ex lege*.

3. El objeto

Al abordar el estudio del objeto de la hipoteca inversa, hay que hacer referencia no sólo a la vivienda habitual del dependiente, sino también a las cantidades que este recibe en concepto de préstamo, pues son ellas las que actúan como herramientas económicas que permiten soportar sus cargas asistenciales.

En cuanto al inmueble hipotecado debemos señalar que, aunque la ley exige que la hipoteca inversa recaiga sobre la vivienda habitual del solicitante, este requisito se intentó suprimir en el trámite de enmiendas para dar cabida a otros inmuebles diversos. No obstante, se reconoce esta posibilidad en el núm. 10 de la Disposición Adicional Primera, según el cual «*Podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición*». Esto se traduce en la idea que se viene exponiendo: aplicación del principio de autonomía privada al respecto. Aunque en muchos casos los pactos coincidirán con lo dispuesto por el legislador para la hipoteca inversa sobre vivienda habitual (por ejemplo, las cláusulas sobre el vencimiento anticipado), no será posible aplicar las ventajas fiscales y arancelarias reconocidas a la hipoteca inversa regulada por la Ley de Reforma de Mercado Hipotecario.

La razón por la que los inmuebles, que no se constituyen en vivienda habitual del prestatario, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 41/2007 de Reforma del Mercado Hipotecario, se ha encontrado en la propia finalidad de la hipoteca inversa, instrumento que sirve para aumentar la renta disponible del mayor de sesenta y cinco años, del sujeto que padece una dependencia o de la persona con una discapacidad reconocida igual o superior al 33 por ciento. Se presume, pues, que el deudor no tiene liquidez suficiente para hacer frente a su situación, pero sí una vivienda que no puede enajenar porque la necesita para su uso particular. Si tuviera otros inmuebles podría venderlos o realizar con ellos otro tipo de negocios que le permitieran solventar su problema de liquidez, como por ejemplo, constituir un contrato de arrendamiento. De este modo no tendría que solicitar un préstamo hipotecario de cuantía creciente para hacer frente a sus necesidades.

Pero, ¿qué sucede si el inmueble que se aporta como garantía para constituir una hipoteca inversa deja de constituirse en vivienda habitual del deudor porque este decide ingresar en una residencia? ¿Hay que entender que este hecho implica un vencimiento anticipado del préstamo? Parece que la respuesta negativa resulta obligada porque si no fuera así, el prestatario (pensemos

en un dependiente) estaría obligado a restituir las cantidades entregadas más intereses y gastos, una aspecto contrario al objetivo que pretende el legislador. Por ello, que el deudor tenga que abandonar su vivienda habitual no impedirá que éste pueda continuar percibiendo las cantidades acordadas con la garantía de la hipoteca, a fin de poder hacer frente a los gastos asistenciales que requiera. Todo ello, eso sí, en los términos pactados. Precisamente de ellos habrá que deducir si el prestatario puede disponer de la vivienda (por ejemplo, mediante un contrato de arrendamiento). Si se ha acordado una prohibición de disponer, el prestatario estará limitado en los términos previstos por los arts. 26 y 27 de la Ley Hipotecaria española¹⁹. Todo ello sin perjuicio de lo previsto por el segundo párrafo del núm. 5 de la Disposición Adicional Primera, conforme al cual *«En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente»*. Se le atribuye una facultad al acreedor hipotecario, que puede o no ejercitar ante la enajenación por parte del prestatario de la vivienda habitual que sirve de garantía al constituir la hipoteca inversa. Lo dispuesto por este precepto no es más que el reflejo de lo dispuesto por el núm. 3.º del art. 1129 CC, conforme al cual *«Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: ... Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, ... a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras»*.

Si la hipoteca inversa recae sobre inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante no será posible aplicar las ventajas fiscales y arancelarias reconocidas a la hipoteca inversa regulada por la Ley de Reforma de Mercado Hipotecario

Con respecto al préstamo hipotecario, el párrafo b) del núm. 1 de la Disposición Adicional Primera señala que el deudor podrá disponer del importe del préstamo o crédito *«mediante disposiciones periódicas o únicas»*. Siendo esto así, cabría hablar de una multiplicidad de situaciones: desde abrir una línea de crédito hasta combinar pagos mensuales con la entrega de una cantidad inicial. El destino de todas las cantidades entregadas será hacer frente a gastos de naturaleza diversa, como pueden ser los asistenciales, sanitarios, e, incluso, los dedicados a realizar obras en la vivienda del discapacitado para hacer frente a su situación²⁰.

¿Cómo se calcula la cuantía del préstamo hipotecario? A diferencia de lo que sucede con las hipotecas ordinarias no se valora en profundidad los ingresos del posible prestatario. Al fin y al cabo, quienes van a restituir las cantidades prestadas son los herederos de aquel ya que el patrimonio del solicitante se considera limitado en la medida en que esta es la causa última por la que se constituye la hipoteca inversa sobre su vivienda habitual. Por ello, fundamentalmente se analiza el valor de la vivienda hipotecada, puesto que actúa como garantía del pago del préstamo. Pero también se tiene en cuenta la edad y la enfermedad del prestatario, ya que el vencimiento del crédito se hace depender de la muerte de éste²¹.

En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras vinculadas a la hipoteca inversa y su control registral a fin de evitar su carácter abusivo, la SAP de Málaga (Sección 4.ª), de 17 de abril de 2013, resuelve un recurso planteado por una Registradora de la Propiedad contra las Resoluciones acumuladas de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de diciembre de 2007, 14 de enero de 2008 y 14 de marzo de 2008, que admiten la inscripción registral de ciertos productos financieros vinculados a la hipoteca inversa. En concreto la Registradora de la Propiedad niega su inscripción de acuerdo a lo dispuesto por el art. 12 L. H., conforme al cual *«En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de responsabilidad hipotecaria identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración»*. En un segundo párrafo continúa señalando que *«Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el art. 2 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización»*.

Sin embargo, la SAP de Málaga señala que la hipoteca inversa *«es una hipoteca de máximo en la que un crédito de cuenta corriente se garantiza con garantía inmobiliaria, es decir, un negocio por el cual una persona que posee un inmueble recibe cada mes una renta, determinada por varios factores, y al fallecimiento del propietario los herederos harán frente al pago del préstamo o la entidad procederá a ejecutar la garantía (lo que puede traducirse en la venta del inmueble para satisfacer la deuda y le entrega a los herederos del dinero restante de la venta, si lo hubiere)»*. En definitiva, mediante la escritura de hipoteca de máximo se formaliza un crédito en cuenta corriente

hasta un determinado límite, garantizando el saldo resultante al cierre de la cuenta con hipoteca de máximo, en su modalidad de hipoteca».

Desde la perspectiva apuntada, hay que tener presente qué finalidad pretendió el legislador con la redacción actual del art. 12 LH. Y, parece ser que las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras, a las que se refiere el citado precepto, han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente «aquellas otras que, por configurar contenido del derecho de hipoteca, tienen transcendencia real». Por supuesto, el reflejo registral de las cláusulas deberá realizarse en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, salvo que «su nulidad hubiera sido declarada mediante sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos». No obstante, esto no debería significar que el acceso de los productos financieros (cláusulas financieras y de vencimiento anticipado) no tiene que estar sujeto a un control registral, pese a que de la lectura del art. 12 LH parece deducirse lo contrario con el ánimo de potenciar el mercado hipotecario. Si bien es cierto, que sería aconsejable una cierta uniformidad en las calificaciones registrales a fin de no ralentizar la contratación en masa en el ámbito del mercado hipotecario, aunque sin olvidar la protección de los consumidores y usuarios. Por ello, tal y como afirma la SAP de 17 abril de 2013, no resulta oportuno excluir de modo absoluto la calificación registral con respecto a las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, aunque sí resulta conveniente «una modalización en cuanto a su exclusión». Significa que el control registral existe y que, por tanto, podrá rechazarse su inscripción no sólo en aquellos casos en los que hayan sido declaradas nulas mediante sentencia judicial firme, sino también en otros en los que aprecie un carácter abusivo²².

III. OTROS INSTRUMENTOS

No queremos dejar de hacer referencia a otras herramientas que pueden ser utilizadas como instrumentos jurídico-económicos destinados a la protección de las personas dependientes. Empezamos haciendo referencia al seguro de dependencia, que tiene en cuenta la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario, que se prevé como instrumento para hacer frente a las necesidades asistenciales de los dependientes.

El seguro de dependencia es un seguro que se puede suscribir, bien con entidades aseguradoras, incluidas las mutualidades de previsión social, bien a través de

un plan de pensiones. Ante este último caso, resulta común incluir la dependencia entre sus contingencias, y tal como prevé el núm. 3 de la Disposición Adicional Segunda anteriormente citada, deberá establecerlo de manera expresa en sus especificaciones.

A través del seguro de dependencia se produce una cobertura que obliga al asegurador para que «caso de que se produzca la situación de dependencia, conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora de la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y dentro de los términos establecidos en la ley y en el contrato, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación». Por supuesto, este contrato de seguro de dependencia podrá articularse tanto a través de pólizas individuales como colectivas.

¿Cabría combinar la hipoteca inversa con el seguro de dependencia como instrumentos dedicados a incrementar la renta del dependiente? Si tenemos en cuenta que el cálculo de las cantidades que va a recibir el dependiente a través de un contrato de hipoteca inversa va a realizarse en función del valor de la vivienda habitual, parece oportuno decir que la presencia de un seguro evita las consecuencias perniciosas derivadas de este hecho. El valor de la vivienda hipotecada puede quedar absorbido completamente por el importe de la deuda, y, aunque el vencimiento del préstamo se produce sólo tras la muerte del prestatario, éste no podrá seguir disponiendo de ninguna cantidad pese a necesitarla para hacer frente a sus gastos asistenciales. El seguro evita esta situación; un seguro, cuyas primas se pueden satisfacer con cargo a las cantidades entregadas en el ámbito de la hipoteca inversa. Si el asegurado fallece antes de lo esperado, no recibirá contraprestación alguna de la aseguradora, pero al haber asumido una deuda creciente, ésta no habrá llegado a alcanzar el valor total de la vivienda hipotecada, con lo que los herederos podrán percibir la diferencia entre una y otra²³. El inconveniente que tiene la presencia de un seguro se encuentra en que el prestatario debe pagar una prima y ello le supone una pérdida económica para el dependiente²⁴.

El art. 1791 CC ofrece otro instrumento jurídico-económico que puede ser destinado a paliar las necesidades del dependiente: el contrato de alimentos. Conforme a lo dispuesto por el precepto anteriormente citado, «Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos»²⁵. Mediante los alimentos conven-

cionales se puede atender las necesidades de personas afectadas por una discapacidad²⁶. Se cuantifica la obligación que asume el alimentante, en cuanto que se le transmite un capital (en bienes muebles o inmuebles) a cambio de aportar los alimentos y asistencia necesarios al dependiente²⁷.

Otras herramientas que pueden ser utilizadas como instrumentos jurídico-económicos destinados a la protección de las personas dependientes son el seguro de dependencia, el contrato de alimentos, la autotutela o el mandato o apoderamiento preventivo

En el sentido expuesto cabe afirmar que las residencias de la tercera edad se acogen a un modelo que cabría definir como un contrato de alimentos. En este caso se entrega la propiedad de la vivienda a cambio de recibir manutención, alojamiento y otros cuidados. La diferencia sustancial con la renta vitalicia se encuentra en que no se trata de percibir una renta, sino de recibir unas prestaciones llevadas a cabo, en este caso, por una residencia de la tercera edad.

Junto al contrato de alimentos no debemos olvidar la autotutela o delación voluntaria de un tutor, que se incorpora como novedad por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad²⁸. Su fin es legitimar al presunto incapaz para instar su propio procedimiento de incapacitación²⁹. Permite al individuo autorregular sus intereses personales y patrimoniales³⁰. Característica a destacar de la misma es su carácter formal en cuanto que debe realizarse mediante «*documento público*»³¹.

El presunto incapaz asume una parte activa en el citado proceso, criterio que se ajusta a la defensa que el legislador hace de la autonomía privada del discapacitado en la Ley 41/2003. Por ello, el art. 758 LEC señala lo siguiente: «*El presunto incapaz ... (puede) comparecer en el proceso con su propia defensa y representación*». Por consiguiente, si tras el correspondiente proceso de incapacitación, la sentencia tiene carácter estimatorio, el presunto incapaz será incapacitado y será sometido a su correspondiente régimen de guarda (art. 760 LEC). Es en este momento cuando el Juez deberá tener en cuenta la voluntad del que ha sido incapacitado: respecto a quién y a cómo quiere que sea ejercida la tutela, en su caso. Ahora bien, las instrucciones previstas en su momento por el actual incapacitado, no deben contradecir lo dispuesto por las normas imperativas del Código Civil dedicadas a

la regulación de la institución tutelar³². Por consiguiente, una vez nombrado el tutor (o curador en su caso) por el Juez, se le aplicará todo lo dispuesto por el Código Civil a esta figura jurídica.

No obstante, pese a la legitimación que se otorga al presunto incapaz para instar su propio proceso de incapacitación, con el fin de conseguir unas medidas protectoras para su persona y bienes, no parece que ésta sea una situación común cuando los presuntos incapaces son de edad avanzada, dependientes (en muchos casos) de hecho de sus familiares³³.

Para terminar no debemos olvidar la figura del mandato o apoderamiento preventivo, que, al igual que la autotutela, se asienta sobre un mismo pilar: la defensa de la autonomía de los sujetos para autorregular su persona y bienes. A través del mandato preventivo, una persona, que comienza a perder sus facultades intelectuales, puede resolver cuestiones (más patrimoniales que personales), hasta el momento en que se constituya la tutela o curatela³⁴. A partir de este momento surgen problemas de convivencia entre mandatario y tutor; sobre todo cuando el contenido del poder no conlleva la mera gestión del patrimonio del mandante, sino que afecta también a cuestiones personales. ¿Quién tiene prioridad en cuanto a la toma de decisiones? Si optamos por desprendernos del criterio jerárquico, ¿ello significa que las medidas serán adoptadas de modo mancomunado? o, por el contrario, ¿su relación será de carácter solidario? Asimismo, ¿qué sucede cuando sobre una misma persona recaen los cargos de mandatario y de tutor?³⁵

Aunque el apoderamiento preventivo se concibe como una institución destinada a adoptar medidas más bien de carácter patrimonial que personal, ello no debe ser óbice para admitir que el mandato se extienda a otro tipo de decisiones que afectan al cuidado y a la salud de la persona. Ahora bien, si esto es así, deberían ser imprescindibles unos criterios nítidos que permitieran saber si el mandatario puede decidir desde el tratamiento médico a seguir para paliar los efectos de una enfermedad hasta su ingreso en un centro geriátrico. Me resulta difícil admitir que un apoderado pueda ejercer un control absoluto sobre un discapacitado por el mero hecho de disponer de un poder preventivo con un contenido personal de carácter general. Se debería exigir una mayor precisión, y que un poder de esta naturaleza tuviera carácter formal a fin de estar sometido a un control por parte del fedatario público.

IV. CONCLUSIONES

Queda claro que se necesitan herramientas jurídicas que permitan a los dependientes acceder a fuentes económicas para financiar sus cuidados asistenciales. La hipoteca inversa resulta un complemento económico adecuado que aporta ventajas y libera de los riesgos derivados de un fallecimiento temprano del prestatario o beneficiario de la prestación. Asimismo, no se deben olvidar los planes de pensiones que, en la mayoría de los casos, dan cobertura a la contingencia de la dependencia, ni tampoco el contrato de alimentos, cuya ejecución sirve para paliar las necesidades de vivienda, manutención y asistencia de un dependiente.

Junto a la hipoteca inversa y el contrato de alimentos, surgen otras herramientas, como la autotutela o el mandato preventivo. Su función principal se encuentra en preservar la autonomía de la persona y potenciar, de este modo, una mejora en cuanto a su protección personal y patrimonial; una protección que vislumbra como necesaria por cuanto se encuentra inmersa en un claro proceso de degeneración que le llevará a convertirse en una persona dependiente.

Todos los instrumentos citados anteriores sirven para proteger a las personas que se encuentran o se pueden llegar a encontrar en una situación de dependencia.

V. BIBLIOGRAFÍA

BALAGUÉ, Carmen, «Cómo convertir la vivienda en dinero. Reflexiones en torno a la hipoteca inversa, dos caras de una misma moneda», *Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 64, 2006.

BELLO JANEIRO, Domingo, «Autotutela e incapacitación voluntaria», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2007.

DE AMUNÁTEGUI RODRIGUÉZ, Cristina, «Poderes preventivos: posibles supuestos de ineficacia en la actuación del mandatario antes y después de la modificación del art. 1732 del Código Civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre-diciembre 2009.

ECHVERRÍA DE RADA, Teresa, «El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2007.

GALLEGU DOMÍNGUEZ, Ignacio, «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2007.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «La Entidad Pública y las instituciones privadas en la tutela de incapaces desamparados», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2007.

JIMÉNEZ CLARA Antonio, «La hipoteca inversa como instrumento de protección social», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 113, enero-marzo, 2009.

LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen, «Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 711, 2009.

MARTÍN AZCANO, Eva María, *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: aspectos civiles*, La Ley, Madrid, 2011.

MARTÍN BRICEÑO, María Rosario, «Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer: su validez y eficacia jurídica», *Actualidad Civil*, núm. 6, segunda quincena de marzo de 2010.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *La hipoteca inversa*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo, «El apoderamiento o mandato preventivo», *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo, 2009.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José, «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, 2001.

PUNTE DE LA FUENTE, Fernando «El mandato preventivo», en *La protección jurídica del discapacitado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, «Régimen jurídico de la hipoteca inversa», *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero, 2008.

NOTAS

- 1 En adelante CC.
- 2 A partir de ahora LEC.
- 3 Según el artículo 757, 1 LEC «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».
- 4 No obstante lo manifestado, cabe destacar la labor que desarrolla el Ministerio Fiscal en el proceso de incapacitación. Según el artículo 749 LEC, «En los procesos sobre incapacitación ..., será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido el promotor de los

misimos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes». Es una figura que está presente como órgano legitimado para solicitar la incapacitación de una persona. En este sentido se manifiesta el artículo 757.2. LEC, a raíz del cual se obliga al Ministerio Fiscal a «promover la incapacitación» de un sujeto si las personas a las que legitima el legislador (cónyuge o pareja de hecho, descendientes, ascendientes o hermanos) no existen o no la solicitan. Razón: el procedimiento de incapacitación no se aborda como una mera cuestión privada. Abunda en esta idea lo previsto por el artículo 757.3. LEC: «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, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal».

- 5 La Ley 41/2003 acoge situaciones diversas que requieren ser precisadas por los Tribunales para evitar confusiones. Esto es debido a la presencia de términos como minusvalía psíquica [art. 2.2.a)], discapacidad psíquica [art. 3.1.c)], minusvalía física o sensorial [art. 2.2.b)], persona con discapacidad (art. 3.2.) o persona que no tiene capacidad de obrar suficiente (art. 3.2.). Asimismo, al modificar el contenido de artículos de otros textos legales, se incluyen conceptos como incapacitación judicial (arts. 223, 782, 808, 813, CC), mera discapacidad (art. 756, ap. 7º, 822, 1041, CC), incapacidad (art. 1732.3º, pár. 2º, CC) o presunto incapaz (art. 757 LEC).
- 6 Sobre este tema vid. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 140-144; y MARTÍN AZCANO, Eva María, *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: aspectos civiles*, La Ley, Madrid, 2011.
- 7 Vid. BALAGUÉ, Carmen, «Cómo convertir la vivienda en dinero. Reflexiones en torno a la hipoteca inversa, dos caras de una misma moneda», *Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 64, 2006, p. 36 y ss.
- 8 El acreedor puede entregar las cantidades acordadas al deudor hipotecario en un único pago o en varios plazos (por ejemplo, mensualmente), según lo pactado. Si se optara por la segunda de las posibilidades, estaríamos ante una deuda creciente puesto que habría que tener en cuenta las cantidades percibidas más los intereses.
- 9 Por supuesto, el valor económico de la vivienda hipotecada se verá afectado conforme la deuda vaya creciendo.
- 10 MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *La hipoteca inversa*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2009, p. 28.
- 11 La Comunidad Autónoma de Madrid tiene reconocida la competencia para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad y conforme al RD 1971/1999, de 23 de diciembre, se establecen los baremos y órganos competentes.
- 12 A modo de ejemplo, ver Orden del 30 de enero de 2014, de Consejería de Asuntos Sociales, por la que se regula la tarjeta acreditativa del grado de discapacidad en la Comunidad de Madrid.
- 13 Vid. SPI Madrid, núm. 3, de 8 de abril de 2013, en relación con la contratación de otro producto bancario complejo como son las participaciones preferentes.
- 14 Vid. SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, «Régimen jurídico de la hipoteca inversa», *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero, 2008, p. 45.
- 15 Según la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario: «Las disposiciones periódicas que pueda obtener el beneficiario como consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa podrán destinarse, total o parcialmente, a la contratación de un plan de previsión asegurado...».
- 16 Vid. LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen, «Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 711, 2009, pp. 222 y ss.
- 17 Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, ob. cit., p. 81.
- 18 Vid. STS 12 de marzo de 1991.
- 19 Vid. MARTÍN BRICEÑO, María Rosario, «Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer: su validez y eficacia jurídica», *Actualidad Civil*, nº 6, segunda quincena de marzo de 2010, pp. 626-652.
- 20 Cabe plantear la entrega de una cantidad inicial con el ánimo de cancelar una hipoteca por cuanto que resulta sustancial que la hipoteca inversa sea de primer rango (vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, ob. cit., p. 97).
- 21 Vid. JIMÉNEZ CLARA ANTONIO, «La hipoteca inversa como instrumento de protección social», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 113, enero-marzo, 2009, p. 108.
- 22 Sin embargo, el Alto Tribunal (en STS de 13 de septiembre de 2013) señala que los Registradores de la Propiedad no pueden controlar la legalidad de las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo hipotecario, a la luz de lo previsto por el artículo 12 LH, de acuerdo a la redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. En consecuencia, «las cláusulas de vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas con hipoteca se harán constar en el asiento, pero sólo en los términos que resulten de la escritura de formalización –siempre que el derecho real de garantía se hubiera constituido a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, y (...) hubieran merecido una calificación favorable las propias cláusulas con transcendencia real –o, lo que es lo mismo, que, por tener aquellas una naturaleza básicamente obligacional, no se califican por el Registrador, pues no se inscriben, sino que, simplemente, se transcriben para

dotarles de publicidad a los solos efectos de dar noticia a los terceros interesados». Sin embargo, también es cierto que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no es el único que se refiere a esta materia. Tenemos la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, cuyo artículo 18 señala que los notarios y los registradores podrán denegar la inscripción de escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente, y, muy especialmente, los requisitos previstos en la propia Ley.

- 23 Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, ob. cit., p. 145 y ss.
- 24 *Ibidem*.
- 25 Sobre los caracteres del contrato de alimentos vid. ECHEVERRÍA DE RADA, Teresa, «El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 539-561.
- 26 Por supuesto, el contrato de alimentos se puede realizar con una estipulación a favor de tercero, a la luz de lo previsto en el artículo 1257 CC
- 27 Vid. TSJ Galicia (Sala Civil y Penal, sala 1ª), de 4 de julio de 2013, en relación con el uso del contrato de alimentos con el ánimo de defraudar los intereses del legitimario.
- 28 No me parece oportuno emplear la expresión «tutela voluntaria» porque la institución de la tutela depende siempre de una resolución judicial. Lo que permite el artículo 223 CC es la libre designación de quien va a asumir el cargo de tutor.
- 29 Tal y como indica el artículo 223, párrafo 2º, CC, un sujeto afectado por una enfermedad degenerativa podrá adoptar las medidas oportunas con respecto a su persona o bienes para el caso de que se produzca su

incapacitación futura: designar a quien desea que asuma el cargo de tutor, o, a mi entender, excluir también a quien/es no quiere que desempeñe/n una función tutelar con respecto a su persona.

- 30 Vid. BELLO JANEIRO, Domingo, «Autotutela e incapacidad voluntaria», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 43-44.
- 31 Ya sostenía PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (en «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, 2001, pp. 967) lo oportuno de que así fuera.
- 32 Por ejemplo, dispensar al tutor del control judicial exigible por el Código Civil.
- 33 Varios son los problemas que plantea la cuestión competencial de las Entidades Públicas, cuando ésta se eleva como excusa para asumir la representación legal de un incapacitado, tal y como, con gran acierto, nos muestra GIL RODRÍGUEZ, Jacinto (en «La Entidad Pública y las instituciones privadas en la tutela de incapaces desamparados», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 237-244).
- 34 Tal y como señala PUENTE DE LA FUENTE (en «El mandato preventivo», en la obra *La protección jurídica del discapacitado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 147), todo ello se conoce como instrucciones previas o voluntades anticipadas.
- 35 En relación con el aspecto formal del contrato de mandato, vid. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo, «El apoderamiento o mandato preventivo», *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo, 2009, p.33; y DE AMUNÁTEGUI RODRIGUÉZ, Cristina, «Poderes preventivos: posibles supuestos de ineficacia en la actuación del mandatario antes y después de la modificación del artículo 1732 del Código Civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre-diciembre 2009, p. 682.

La protección del discapacitado en el ámbito de la propiedad horizontal

VICENTE MAGRO SERVET

Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante
Doctor en Derecho



FICHA TÉCNICA

«Protection of disabled persons in connection with horizontal property»

Abstract: Análisis de la situación de las personas que sufren discapacidad en orden a las medidas a adoptar en las comunidades de vecinos para conseguir superar las barreras arquitectónicas y evitar que la insolidaridad de los vecinos impida la realización de las obras de accesibilidad. Aplicación de la reforma operada por la Ley 8/2013.

Palabras clave: discapacitado, obras de accesibilidad, comunidad de propietarios.

Abstract: Examination of the situation of disabled persons with regard to the measures to be taken in residents associations so that architectural barriers may be overcome and to ensure that the selfishness of other residents does not prevent the performance of works aimed at improving accessibility. Application of the reform introduced by Law 8/2013.

Keywords: disabled person, accessibility works, residents association.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ¿QUIÉN PUEDE INSTAR LA REALIZACIÓN DE OBRAS DE ACCESIBILIDAD TRAS LA LEY 8/2013?
- III. ¿PUEDE CONSIDERARSE QUE LA DISCAPACIDAD PSÍQUICA SE APLIQUE PARA FIJAR EL QUORUM A LA HORA DE ADOPTAR ACUERDOS O SOLO SE REFIERE A LA DISCAPACIDAD FÍSICA?
- IV. ¿ES LA EDAD UN VALOR DETERMINANTE POR EL QUE UNA PERSONA PUEDE INSTAR NO TENER QUE CUBRIR EL CARGO DE PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD POR EL CUPO POR SORTEO?
- V. PETICIÓN DE COMUNEROS MAYORES DE 70 AÑOS O CON DISCAPACIDAD PARA LLEVAR A CABO OBRAS DE ACCESIBILIDAD CONSISTENTES EN BAJAR A COTA «0» UN ASCENSOR PARA
- VI. PERMITIR EL ACCESO A SU INMUEBLE INSTALACIÓN DE ASCENSORES Y OPOSICIÓN MAYORES DE 70 AÑOS. QUORUM APLICABLE.
- VII. RECURSO AL JUEZ ANTE LA DENEGACIÓN DE UNA OBRA DE ACCESIBILIDAD EN LA JUNTA AL NO ALCANZARSE LAS MAYORÍAS ESTABLECIDAS. ¿PUEDE EL JUEZ SUSTITUIR LA VOLUNTAD DE LA JUNTA?
- VIII. LA PETICIÓN DE REALIZACIÓN DE OBRAS DE ACCESIBILIDAD POR LOS TITULARES DE LOS LOCALES DE NEGOCIO TRAS LA LEY 8/2013 DE REFORMA DE LA LPH. ¿ESTÁN ESTOS LEGITIMADOS PARA SOLICITARLAS?

I. INTRODUCCIÓN

La protección de las personas que sufren una discapacidad es una de las deudas pendientes de nuestra sociedad, y una de las áreas donde más incumplimiento

social y más insolidaridad existe, ya que muchos ciudadanos siguen dándole la vuelta a la realidad que sufren otros como si pensarán que a ellos nunca les ocurrirá esa desgracia, y en tanto se vean obligados a tener que afrontar un pago para retirar las barreras arquitectónicas que pueden existir en una comunidad de propietarios, muchos comuneros se siguen oponiendo a obras que faciliten la accesibilidad, olvidándose de que algún día les puede ocurrir a ellos esa limitación.

Pues bien, ante los problemas que han existido en muchas comunidades de propietarios para llevar a cabo estas reformas de accesibilidad, el legislador por Ley 8/2013 ha cambiado el régimen de adopción de acuerdos en cuanto a las obras de accesibilidad para flexibilizar su ejecución y evitar que la insolidaridad de algunos vecinos pueda evitar que estas obras puedan llevarse a cabo. Y ello, porque tenemos que darnos cuenta que es principio que preside nuestro derecho, y como tal debe de tenerse en cuenta en la aplicación de la norma, la interpretación favorable a la «accesibilidad universal» de las personas con discapacidad o los mayores de edad, y de la que ha sido una sus primera manifestaciones la accesibilidad a entornos más practicables. De ahí que la exigencia de la realización de las obras necesarias y obligatorias se recoja en el art. 10 de la Ley de Propiedad Horizontal para la accesibilidad y que supone, respecto de personas con discapacidad, o mayores de setenta años, la obligación de realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes.

No hay que olvidar también que la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, de 15 de diciembre de 2006, en su Preámbulo refiere: «...Asimismo, diversos estudios ponen de manifiesto la clara correlación existente entre la edad y las situaciones de discapacidad, como muestra el hecho de que más del 32% de las personas mayores de 65 años tengan algún tipo de discapacidad, mientras que este porcentaje se reduce a un 5% para el resto de la población». En consonancia con ello, la Ley de Propiedad Horizontal — art. 10 - establece como punto determinante los 70 años. Además, la Constitución Española, en su art. 49 proclama, si bien se refiere a los poderes públicos pero es válido como principio, la atención especializada y el especial amparo para el disfrute de los derechos por los que llama «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos» y sobre ello debe girar la atención a estas personas, y si la sociedad no lo ejecuta deben ponerse los mecanismos legales para que ello sea así, hasta el punto de imponerlo como obligatorio.

También la Jurisprudencia de nuestros tribunales se ha decantado, incluso antes de la Ley 8/2013, por sustituir esta oposición que existía en algunas comunidades por

algunos comuneros que vetaban con su oposición la aprobación de obras de accesibilidad. Y al llegar a los tribunales de justicia ha facilitado y obligado la realización de estas obras de accesibilidad aunque la junta se hubiera opuesto a la adopción del acuerdo. Y así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de octubre de 2013 señala la obligación de una comunidad de propietarios de autorizar la instalación de una silla-grúa en la piscina comunitaria para que se permita el acceso a la misma de un discapacitado. Por ello, declara la nulidad del acuerdo que denegó la instalación de una silla-grúa en la piscina comunitaria.

Es principio que preside nuestro derecho, y como tal debe de tenerse en cuenta en la aplicación de la norma, la interpretación favorable a la «accesibilidad universal» de las personas con discapacidad o los mayores de edad

En esta línea, señala el TS que las leyes específicas de protección del discapacitado tienen una función concreta, pero de las mismas se desprenden los principios en los que se sustenta. Así, la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad y la Ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, no se aplican a estos casos, pero de esta Ley sí se desprenden principios que, como no podía ser menos, coinciden con los constitucionales y que se concretan en uno solo, obvio e indiscutible por demás, que es la protección al discapacitado.

Ahora bien, no se trata de establecer unos derechos de las personas que sufren discapacidad por encima de los de otros ciudadanos, sino atender las especiales circunstancias de estas personas y, sobre todo, evitar que se produzca una situación de desprotección frente a ellas. Así, se señala que no se pretende una protección a toda costa y a efectos inalcanzables; el Derecho no ampara situaciones absurdas, pero sí alcanza a la protección al efecto de usar y disfrutar elementos que le pertenecen en copropiedad (elementos comunes en la propiedad horizontal) y que están a su alcance con unas modificaciones que ni siquiera se ha alegado que fueran inalcanzables o sumamente gravosas.

Además de todas las anteriores normas, es imprescindible la cita de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 diciembre 2006, ratificado por España el 23 noviembre 2007 y publicado en el BOE de 21 de abril de 2008. La declaración de principios, entre otros muchos, que se

enumeran en el preámbulo y que guarda relación con el presente caso, se halla en el mismo.¹

De todo ello, el TS destaca que se desprende que la protección del discapacitado alcanza a múltiples aspectos de la vida cotidiana, entre los cuales se cuenta el acceso a un elemento común —como la piscina— en un edificio bajo el régimen de propiedad horizontal, no siendo admisible en derecho —aún mayoritario— la denegación de autorizar una determinada instalación, que no se ha probado —ni siquiera alegado— que pueda perjudicar o dañar a otros miembros de la misma. Y es por ello por lo que el Alto Tribunal revocó el acuerdo denegatorio de la instalación de este servicio al haberse preterido los derechos que tiene un discapacitado de acceso a la piscina, como el resto de comuneros y al que se había privado en la comunidad por no alcanzarse el quórum previsto en la ley, lo que ahora se subsana en la Ley 8/2013.

Lo que esta sentencia quiere indicar es que **no puede ampararse la comunidad en la exigencia de la obtención de un quórum concreto para que las personas que sufren discapacidad puedan acceder al uso y disfrute de unos elementos comunes** a los que podrían acceder si no sufrieran esa discapacidad o disfunción que les hace tener unas limitaciones que los que votan en contra de ese gasto no tienen. Y, precisamente, estos que votan en contra lo hacen bajo la idea o filosofía de que no desean pagar la derrama que corresponda para llevar a cabo esa obra de accesibilidad, lo que motiva que por un lado el legislador de la Ley 8/2013 introduzca estas obras como obligatorias, y que la jurisprudencia del TS se decante, como en este caso, por la idea de que estas obras deben llevarse a cabo de forma obligatoria.

II. ¿QUIÉN PUEDE INSTAR LA REALIZACIÓN DE OBRAS DE ACCESIBILIDAD TRAS LA LEY 8/2013?

Respecto a la dicción de la letra b) del art. 10.1 LPH en su nueva redacción por Ley 8/2013² hay que recordar que si existe petición de comunero al respecto, hay que valorar esta legitimación que pasa porque el que lo inste tenga la cualidad de propietario porque expresamente lo está reconociendo el precepto al apuntar que el que lo inste sea propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años.

En este caso solo el titular del inmueble lo podrá solicitar y deberá hacerlo en relación a estas personas, es decir acreditando que o bien se trata de personas con discapacidad o el hecho objetivo de tener 70 años. ¿Quiénes? Pues alguna persona en cuya vivienda o local

vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años.

Con ello, no es válido que se trate de personas que de manera ocasional acudan al inmueble, sino que **se exige una cierta relación de permanencia en el inmueble**, por lo que en el típico caso del familiar que sufra una discapacidad y acude de forma ocasional al inmueble de esa comunidad no tendrá legitimación el titular del inmueble para instar la realización de la obra de accesibilidad si está dirigida a facilitar el acceso de este familiar. Recordemos que se debe tratar de usuarios con permanencia. Por ello, los presupuestos para que opere esta inicial exigencia es que se trate, en cuanto a la legitimación del peticionario, de él mismo o de personas que vivan con él o trabajen, pero no terceras personas que de forma ocasional le visitan (incluidos en la exclusión, los familiares no residentes mayores de 70 años o con discapacidad), sino que se refiere una relación de permanencia para que surja la legitimación para instarlo, añadiéndose los que presten sus servicios de forma altruista o voluntarios y tengan discapacidad adecuada a la reforma que se desea realizar en base a esa discapacidad.

Así, se debe señalar una **expresa referencia a la Ley 15/1995, de 30 de mayo**, sobre Límites del Dominio sobre Inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad (BOE 129/1995 de 31 de mayo de 1995), al expresar en el art. 2.1 quiénes serán beneficiarios de las medidas previstas en esta ley, a saber:

«Los titulares de fincas urbanas en calidad de propietarios, arrendatarios, subarrendatarios o usufructuarios que sean usuarios de las mismas».

Además, en el párrafo segundo se añade que:

«Se considerará usuario al cónyuge, la persona que conviva con el titular de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual y los familiares que con él convivan. Igualmente, a los trabajadores minusválidos vinculados por una relación laboral con el titular.»

Debe hacerse, pues, una expresa referencia a esta legislación que integra la normativa incluida en el texto de la reforma de la LPH por Ley 8/2013 para complementarla a la hora de establecer quiénes están legitimados para solicitar la realización de estas obras. Es decir, que la afectación se circunscribe a dos parámetros: haber alcanzado la edad de 70 años o tener la consideración administrativa de discapacitado, dos componentes que comportan un claro matiz objetivable y fácil de demostrar, añadiéndose la referencia a que **quienes presten sus servicios en viviendas de la comunidad y sean vo-**

luntarios o presten su actividad de forma altruista teniendo la condición de discapacitado, tendrán derecho los propietarios de esta vivienda a instar la instalación de supresión de barreras arquitectónicas con el límite económico fijado en la redacción del art. 10.1, b).

En cuanto a la legitimación de un inquilino, para estos casos la ley ha guardado silencio ya que reconoce la legitimación para instar la petición de realización de obras de accesibilidad solo a los propietarios

Por otro lado, en cuanto a la consideración de discapacitado tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de discapacidad se realizará a la hora de presentar la solicitud.

En cuanto a la legitimación de un inquilino decir que suelen darse casos, también, de personas que residen en el inmueble como inquilino, que no como titulares y para estos casos la ley ha guardado silencio ya que le reconoce la legitimación para instar la petición solo a los propietarios, con lo que los inquilinos en cuya casa viva alguna persona mayor de 70 años o con discapacidad tendrán que instar a los propietarios de su inmueble que lo soliciten ellos, y, en su caso, aportar la documentación relativa a la situación de discapacidad o mayoría de 70 años del inquilino o persona que con él conviva. Cierto es, también, que la comunidad podrá apreciar la exigencia que le compete en todo caso según el art. 10.1 LPH antes visto, en cuanto al concepto en general de accesibilidad universal, pero en cuanto a la legitimación propia para instarlo insistimos en que no la tendrá el inquilino, sino el titular de la vivienda.

III. ¿PUEDE CONSIDERARSE QUE LA DISCAPACIDAD PSÍQUICA SE APLIQUE PARA FIJAR EL QUORUM A LA HORA DE ADOPTAR ACUERDOS O SOLO SE REFIERE A LA DISCAPACIDAD FÍSICA?

Con arreglo a la discapacidad que se debe tener en cuenta para apelar al carácter privilegiado del art. 10.1.b)

LPH, debe entenderse que al tratarse de una supresión de barreras arquitectónicas estamos hablando de una discapacidad física que impida o moleste al comunero o usuario del inmueble acceder a determinadas zonas de elementos comunes o a su propio inmueble, o llanamente a moverse por la comunidad. Por ello, **la discapacidad debe ser física**, no considerándose la discapacidad psíquica como determinante de que pueda reducirse el quórum por el hecho de que un comunero o usuario tenga una discapacidad psíquica. Ello salvo que además de la discapacidad psíquica exista una física, como suele ocurrir en algunos casos de enfermedades degenerativas en las que concurren ambas discapacidades.

Debe acudir, pues, a una interpretación del concepto «discapacidad» que consta en las sucesivas reformas que se han llevado a cabo en la Ley, pero la supresión de barreras arquitectónicas es un concepto físico que se hace para evitar que personas que tienen problemas de movilidad vean dificultada su movilidad por la comunidad, y solo la existencia de una discapacidad psíquica que al mismo tiempo tuviera problemas de movilidad conllevaría la aplicación del quórum reducido para la supresión de las barreras arquitectónicas.

Además, recordemos que cuando el art. 171.3.º LPH se refiere a la discapacidad se centra en fijar con detalle que el objetivo del acuerdo de la obra a llevar a cabo lo es para «suprimir las que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía...». Con ello, la norma se refiere claramente a las discapacidades físicas, pero no a las psíquicas.

IV. ¿ES LA EDAD UN VALOR DETERMINANTE POR EL QUE UNA PERSONA PUEDE INSTAR NO TENER QUE CUBRIR EL CARGO DE PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD POR EL CUPO POR SORTEO?

También en el ejercicio del cargo de presidente puede tener la aplicación de la filosofía de que debe entenderse como una causa de exoneración de la obligación de tener que ser elegido una persona presidente de la comunidad. Cuando nadie quiere acceder al cargo y debe recurrirse al sorteo puede ocurrir que a quien le toque el turno tenga una cierta edad que le dificulta el ejercicio de este cargo, o alguna situación de discapacidad, lo que exigiría que en cierta medida se haga constar en un acuerdo de junta que en estos casos se saltará el turno cuando se detecte la concurrencia de una persona mayor de 70 años o que sufre una discapacidad. Así se evitaría a esta persona tener que acudir a un procedimiento judicial para que el juez le autorice la excusa de ejercer el cargo, además de beneficiar a la comunidad para que ésta tenga un cauce

para que corra el turno en estos casos y no tener a una persona ejerciendo este cargo que dificulte la representación de la comunidad por ella.

Pero, ciertamente la LPH no recoge nada más que particularidades respecto de los mayores de 70 años en lo que se refiere a la instalación de ascensores y a su legitimidad para instarlo en atención al carácter obligatorio en estos casos del art. 10.1. b) LPH. Pero, como decimos, en lo que respecta al comunero, si se va a acudir al sistema de sorteo, lo más sencillo sería que por acuerdo de mayoría simple se pudiera excluir en junta del listado del sorteo a aquellos comuneros que tengan más de 70 años o que padezcan algún tipo de enfermedad física o psíquica, o que le impida el normal desenvolvimiento de las funciones de presidente. Este acuerdo se puede incluir en el orden del día de cualquier junta y se aprobará por mayoría simple, a fin de que si nadie se presenta al cargo de presidente se acudiera al sistema de sorteo con la seguridad de que nadie con estas circunstancias va a salir elegido presidente, lo que de ser así le obligaría a acudir al procedimiento del art. 13 LPH para instar del juez la sustitución por el siguiente al que corresponda de la lista.

Ahora bien, de haber ocurrido esta circunstancia de repente, y sin acuerdo previo que lo avale, cabría por el administrador de fincas recabar la firma del citado o cualquier familiar que con él resida sobre las circunstancias particulares que le impiden su ejercicio y seguir con el siguiente de la lista para el ejercicio del cargo, lo mismo que ocurriría si el designado alegara ante el administrador esta circunstancia y es la propia comunidad la que, consciente de su realidad, no va a obligarle a acudir al juez para que le exima de ello. Esta obligación de acudir al juez está recogida para los supuestos en los que el designado por sorteo está en sus facultades normales de ejercicio del cargo y simplemente no quiere asumir esta carga.

V. PETICIÓN DE COMUNEROS MAYORES DE 70 AÑOS O CON DISCAPACIDAD PARA LLEVAR A CABO OBRAS DE ACCESIBILIDAD CONSISTENTES EN BAJAR A COTA «0» UN ASCENSOR PARA PERMITIR EL ACCESO A SU INMUEBLE

En condiciones normales, sin petición de personas mayores de 70 años o con minusvalía, el quórum en materia de ascensores se ha modificado desde la Ley 8/2013, que ahora lo sitúa en el art.17.2 LPH en la doble mayoría de propietarios que representen, a su vez, la mayoría de cuotas de participación, y, a su vez, este quórum debe extenderse a todo tipo de obras que se refieran a

introducir modificaciones de relevancia en la comunidad mediante la ejecución de obras que amplíen el uso del ascensor, como son las que se refieren a la ampliación de la extensión del servicio para bajarlo a cota 0.

En los casos en los que la petición de bajar a cota 0 se lleve a cabo por personas mayores de 70 años o con minusvalía variaría el planteamiento del quórum de la doble mayoría de propietarios y cuotas, ya que se aplicaría el art.10.1, b)

Ahora bien, en los casos en los que la petición de bajar a cota 0 se lleve a cabo por personas mayores de 70 años o con minusvalía el quórum ya cambia, y, por ello, variaría este planteamiento del quórum de la doble mayoría de propietarios y cuotas, ya que se aplicaría el art.10.1, b) que señala que:

«1. Tendrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengán impuestas por las Administraciones Públicas o solicitadas a instancia de los propietarios, las siguientes actuaciones:

...b) Las obras y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal y, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes, así como la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior, siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes.»

Por ello, bajar el ascensor a cota 0 será obligatorio para la comunidad en estos casos, siempre que se aplique el concepto del importe repercutido anual, por lo que en principio la empresa de ascensores que vaya a llevar a efecto la obra presentaría un presupuesto con el pago fraccionado por años siempre que el importe repercutido anual esté por debajo de 12 mensualidades ordinarias de gastos comunes; es decir, la ventaja que tiene este tipo de obras es que la derrama no se paga de una sola vez, sino en el fraccionamiento anual que se aprueba. Por ello, si se presenta un presupuesto tal que permita un fraccionamiento del pago de la obra de reforma

de instalación del ascensor a cota 0 y el importe repercutido anual no excede de 12 mensualidades ordinarias de gastos comunes la obra de reforma sería obligatoria.

Se podría discutir si ese fraccionamiento debería ser aprobado en la junta por algún tipo de quorum, pero debemos hacer notar que en modo alguno puede entenderse así, ya que recordemos que la dicción literal del nuevo art. 10.1 LPH señala que «Tendrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios...» con lo que la junta no puede vetar nunca la realización de estas obras de prolongación del ascensor al tratarse de protección de personas mayores de 70 años o con minusvalía relacionada con la necesidad de la obra que se plantea.

Todo dependería de que la empresa que va a llevar a efecto la obra oferte este fraccionamiento que cumpla el objetivo anterior en el coste, de tal manera que no se obligaría a los comuneros a afrontar un único pago sino que éste se fraccionaría. Con ello, lo que sí podría interesarse es que se encontrara una oferta que por el mismo trabajo realizara una oferta lo más ventajosa posible en precio y fraccionamiento y esto sí que podría llegar a ser votado por la junta, pero no la realización de la obra que sería obligatoria siempre que uno de los presupuestos ofertados reúna al menos el requisito de que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes.

Esta modificación de la ley la ha llevado a cabo el Parlamento para proteger a las personas mayores de edad y con minusvalía y no hacer depender la necesidad de estas personas de salvar barreras arquitectónicas (como puede ser la necesidad de poder acceder a su inmueble bajando el ascensor a cota 0 en los casos en los que hay escaleras de origen, por ejemplo cuando no existía la previsión de salvar este tipo de barreras) de que una junta de propietarios quiera solidarizarse con su problema, convirtiéndolo con ello en obras obligatorias, lo que antes de esta reforma no podría ejecutarse cuando una mayoría se negaba a aceptar la «necesidad» de estas obras.

VI. INSTALACIÓN DE ASCENSORES Y OPOSICIÓN MAYORES DE 70 AÑOS. QUORUM APLICABLE.

Cuando se habla de la instalación de ascensores en una comunidad de propietarios apelamos directamente al **quórum previsto en el art. 17.2 LPH**, que se refiere ahora a la doble mayoría de propietarios y cuotas con el uso del voto presunto del art. 17.8 LPH para permitir alcanzar este quórum, es decir, que no se exige en la propia

junta que se llegue a este, o también tenerlo como obra obligatoria si lo interesan personas mayores de 70 años o con discapacidad según los criterios antes expuestos. En Cataluña es, igualmente, el de mayoría del total. Y ello, por fijarlo claramente la normativa. Ahora bien, no siempre que en una comunidad de propietarios se habla de instalar ascensores entra de lleno la consideración de la afectación a la supresión de barreras arquitectónicas, ya que para fijar el quórum aplicable a este tipo de acuerdos es preciso que en la convocatoria de la junta se fije claramente cuál es el objetivo de la instalación del ascensor, ya que si se tratara de suprimir barrera arquitectónica sería distinto a si es una simple instalación de ascensor. Pero para ello, habría que identificar cuáles son los comuneros que han solicitado esta supresión y cualquiera de los comuneros estaría legitimado para solicitar del administrador de fincas que identifique la identidad del comunero sobre el que gira el punto relativo a la instalación del ascensor y que es el que altera el tipo de quórum a aplicar, ya que en este caso, como se ha expuesto, la obra sería obligatoria y sin sujeción a quórum alguno.

Es lógico que ello sea así, porque en caso contrario el presidente podría escudarse en que lo hacen para suprimir barreras arquitectónicas para convertirlo en obra obligatoria si él está interesado en que se lleve a cabo su instalación, a fin de poder acreditar la legitimación.

Pero podría darse el caso curioso de que hubiera comuneros mayores de 70 años, o con discapacidad, que aunque en principio estarían legitimados para solicitar que se instalen para suprimir las barreras arquitectónicas, como al final tienen que pagar su parte por coeficiente, puede que no les interese abonar esta cifra y prefieran seguir subiendo por las escaleras. Y es que nótese que el acuerdo de instalación del ascensor es problemático en comunidades pequeñas donde si se divide entre pocos comuneros el coste es importante y podría haber comuneros a los que no les interese que se apruebe la instalación y pueden manifestar su oposición. Pero debemos hacer notar que el mero hecho de que existan personas mayores de 70 años en la comunidad convierte la obra en obligatoria si así se interesa. En Cataluña es el de mayoría en el art. 553.25 de la Ley 5/2006, porque es idéntico el quórum para suprimir las barreras arquitectónicas y el de instalación de ascensores. En Cataluña este problema no surge al ser idéntico el quórum aplicable.

Pero si los comuneros mayores de 70 años se oponen tendrá la misma eficacia que un voto negativo. Si no son ellos los que lo solicitan, el quórum es el de la doble mayoría en la LPH, con lo que en el caso de que ellos quieran votar en contra pero se alcanza la doble mayoría, una vez que se haya alcanzado la mayoría simple en la junta (requisito mínimo para la aprobación) y tras la espera de los

30 días si la no oposición de los ausentes permite llegar a esta doble mayoría, los comuneros mayores de 70 años que se hubieran opuesto estarían obligados a sufragar la derrama de la instalación y los gastos de conservación y mantenimiento del ascensor, ya que nótese que para que pueda exonerarse a ellos de estos gastos y su pago debería aprobarse por unanimidad en esta junta que aprueba la instalación o en otra diferente, pero la oposición a un acuerdo, o el no uso sabemos que no permite evitar, o mejor dicho, eludir la obligación de pago de los gastos comunes. Por ello, vemos que aquí la situación de discapacidad puede tener un significado diferente en cuanto a no querer esta obra de accesibilidad si le va a suponer un coste económico difícil de afrontar, y más aún en situaciones de crisis económica como la actual.

VII. RECURSO AL JUEZ ANTE LA DENEGACIÓN DE UNA OBRA DE ACCESIBILIDAD EN LA JUNTA AL NO ALCANZARSE LAS MAYORÍAS ESTABLECIDAS. ¿PUEDE EL JUEZ SUSTITUIR LA VOLUNTAD DE LA JUNTA?

En la Ley 5/2006 de Cataluña se contempla claramente esta opción, pero en la LPH también es posible acudir al juez en el caso de que no se alcance un acuerdo en la junta y el propietario entienda que el acuerdo se debió alcanzar, pero no cuestionando que no se sacaron los votos de forma irregular, sino asumiendo que no se alcanzó la votación y solicitando que el juez ordene la ejecución de un acuerdo no alcanzado apelando a la equidad y la justicia del mismo.

Indudablemente, el art. 553.25.6 de la Ley 5/2006 para Cataluña otorga a los propietarios una opción de acudir al juez cuando no se aprueba la obra de supresión de accesibilidad al señalar en el art. 553.25.6 de la Ley que: «6. Los propietarios con discapacidad física o las personas con quienes conviven, si los acuerdos a que se refieren las letras a y b del apartado 5 no alcanzan la mayoría necesaria, pueden pedir a la autoridad judicial que obligue a la comunidad a suprimir las barreras arquitectónicas o a realizar las innovaciones exigibles para alcanzar la transitabilidad del inmueble.»

Tanto en la ley 5/2006 de Cataluña, como en la LPH, es posible acudir al juez en el caso de que no se alcance en la junta el acuerdo de realizar las obras de accesibilidad solicitadas

Ahora bien, a tenor de este precepto, la Ley no aclara qué tipo de acceso debe tener el comunero que ha visto

rechazada su pretensión a la autoridad judicial, ya que solo habla de que «podrá acudir al juez», debiendo entenderse que la única vía posible para hacerlo es la del juicio ordinario, a tenor del cual deberá presentar una demanda acompañando copia del acta de la junta en la que se ha rechazado la aprobación de uno de estos acuerdos:

«a) La ejecución de obras o el establecimiento de servicios que tienen la finalidad de suprimir barreras arquitectónicas o la instalación de ascensores.

b) Las innovaciones exigibles para la viabilidad o la seguridad del inmueble, según su naturaleza y sus características.»

En cualquiera de estos dos casos el comunero podrá reclamar al juez por la vía del juicio ordinario para convencerle de la necesidad de la medida de aprobación de la ejecución de la obra. En estos casos nótese que lo que hará el juez es resolver en equidad, pero por la vía procedimental del juicio ordinario, si en efecto las peticiones de los comuneros afectados por los problemas de accesibilidad tienen derecho a la aprobación de la obra.

Resulta curioso, sin embargo, que el juez pueda sustituir la voluntad de la junta, ya que se le reclama a él que ordene la ejecución de un acuerdo que la junta rechazó adoptar, lo que aúna el carácter soberano de las decisiones de la junta, ya que si el juez autoriza la obra estaría anulando la no aprobación del acuerdo y obligando al resto de comuneros a sufragar el gasto que no quisieron aprobar, ya que si lo autoriza en sentencia la derrama será abonada por todos. En estos casos el juez valorará el coste de la obra, la acreditada necesidad de uno o varios comuneros de que ésta se lleve a cabo y los mecanismos o razones de oposición de la comunidad que es la demandada en este caso.

Pero es que recordemos que **el Tribunal Supremo viene admitiendo esta posibilidad de que el juez sustituya la voluntad de la junta** según el tipo de acuerdo de que se trate, como antes hemos comprobado en la sentencia del TS citada en el primer punto de este artículo. Nótese, por ejemplo, que el TS tiene declarado que pueden aprobarse acuerdos que requieran unanimidad con algún voto en contra si se aprecia que los que votaron negativamente lo hacen con abuso de derecho.

Ahora bien (STS de 19 de diciembre de 2008), la junta de propietarios tendrá que entender no alcanzado el acuerdo por falta de la unanimidad el día de la junta y deberá ejercitar la correspondiente acción de impugnación para, siguiendo el criterio doctrinal mantenido por el TS, interesar del juez que se entienda aprobado el acuerdo que se propuso por existir un claro abuso del derecho por los comuneros opositores.

Por ello, en cualquier tipo de acuerdo, sea en base a la LPH o la Ley 5/2006, se podrá acudir al juez para postular que sustituya a la voluntad de la junta y que se pueda probar el abuso de la posición mayoritaria que se negó a alcanzar un acuerdo que es necesario en este caso para personas que sufren una discapacidad. Incluso en el caso de que la obra sea obligatoria a tenor del art. 10.1, b) LPH pues el presidente, por ejemplo, se niegue a llevarla a cabo.

VIII. LA PETICIÓN DE REALIZACIÓN DE OBRAS DE ACCESIBILIDAD POR LOS TITULARES DE LOS LOCALES DE NEGOCIO TRAS LA LEY 8/2013 DE REFORMA DE LA LPH. ¿ESTÁN ESTOS LEGITIMADOS PARA SOLICITARLAS?

Con relación a la legitimación para solicitar la realización de obras de accesibilidad hay que recordar que tras la Ley 8/2013 se ha ampliado esta legitimación a los titulares de los locales de negocio que antes no estaban autorizados según la dicción del art. 10 LPH anterior, que solo concedía legitimación a los titulares de los pisos, pero no a los locales. Claramente mencionaba el precepto solo a los pisos y no a los locales. Tras la Ley 8/2013 ya se incluye a los locales y para ello el art. 10.1 b) LPH señala que serán obligatorias:

«b) Las obras y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal y, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes, así como la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior, siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. No eliminará el carácter obligatorio de estas obras el hecho de que el resto de su coste, más allá de las citadas mensualidades, sea asumido por quienes las hayan requerido.»

¿Quiere esto decir que por ejemplo el titular de un local puede obligar a la comunidad a realizar una obra (una rampa por ejemplo, o adecuar un acceso a su local), pero con un solo aprovechamiento privativo y no de la comunidad?

Entendemos que lo que la LPH hace es conferir la ampliación de la legitimación a los titulares de negocio, pero indudablemente no para un provecho propio para su local, sino para que estos puedan solicitarlas. Y para ello puede ser más entendible que lo hagan los titulares

de locales que están situados dentro de la comunidad, no fuera y siempre y cuando se trate de una obra de accesibilidad con un beneficio común. No podemos entender que el legislador haya querido con esta modificación que los titulares de locales puedan obligar a las comunidades a que estas supriman las barreras arquitectónicas y que adecúen su local a la exigencia de las obras de accesibilidad, ya que de ser un beneficio privativo esta obra deberá ser realizada a costa de ellos.

NOTAS

- 1 Observando con preocupación que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo. Y en el articulado del Convenio, también referido al caso presente, dispone: Artículo 9: Accesibilidad: 1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo.
- 2 «1. Tendrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengán impuestas por las Administraciones Públicas o solicitadas a instancia de los propietarios, las siguientes actuaciones:... b) Las obras y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal y, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes, así como la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior, siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. No eliminará el carácter obligatorio de estas obras el hecho de que el resto de su coste, más allá de las citadas mensualidades, sea asumido por quienes las hayan requerido.»

Prodigalidad y protección de los hijos menores en el ámbito patrimonial

TERESA ECHEVARRÍA DE RADA

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos*



FICHA TÉCNICA

«Spendthrift and the protection of the assets of minor children»

Resumen: Si bien la prodigalidad no debe considerarse causa de incapacitación, implica una conducta nada infrecuente por distintos motivos en nuestra realidad social, que tiene determinadas consecuencias jurídicas. Su declaración supone la sumisión a curatela y, por tanto, la adopción de medidas de protección que deben afectar no sólo al ámbito patrimonial exclusivo del declarado pródigo, sino, también, a otros patrimonios no propios; en concreto, al perteneciente a los hijos menores sujetos a patria potestad.

Palabras clave: prodigalidad, incapacitación, protección de menores, curatela.

Abstract: Although being a spendthrift should not be considered as being a cause of incapacity, it does involve a type of behaviour that for various reasons is all-too-common in our society, and it has certain legal consequences. Where it is declared, it entails submission to guardianship, and as such, the adoption of protection measures which ought to affect not just exclusively the assets of the person declared to be a spendthrift, but also other assets not owned by this person, specifically those of minor children subject to paternal authority.

Keywords: spendthrift, incapacity, protection of minors, guardianship.

N. de A: Este trabajo se integra en la actividad desarrollada por el Grupo de Investigación «Familia y Derecho» (FYDE), 2013-198, de la Universidad Rey Juan Carlos.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA PRODIGALIDAD
- III. EFECTOS DE LA DECLARACION DE PRODIGALIDAD
- IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de tutela, supuso un importante cambio en nuestro Código Civil en materia de incapacitación e instituciones tutelares. Por lo que se refiere a la prodigalidad, su regulación sufrió una

serie de modificaciones que pueden resumirse en los siguientes términos: a diferencia de lo que sucedía en la legislación anterior, no debe incluirse entre las causas de incapacitación; el pródigo queda sujeto a curatela, y no a tutela; la declaración de prodigalidad sólo puede ser instada por el cónyuge, descendientes o ascendientes, que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos, y los representantes legales de cualquiera de ellos o, en su defecto el Ministerio Fiscal; por último, se mitigan los efectos de dicha declaración (arts. 294 a 298 CC).

Posteriormente, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil derogó los arts. 290 a 296 y 298 CC, manteniéndose únicamente el art. 297 de este cuerpo legal, relativo a la eficacia de los actos realizados por el pródigo con anterioridad a la presentación de la demanda de prodigalidad.

II. LA PRODIGALIDAD

1. Concepto y naturaleza

El Código Civil no ha determinado en momento alguno qué debe entenderse por prodigalidad, por lo que el concepto de esta institución ha sido elaborado por la doctrina y la jurisprudencia.

En el ámbito doctrinal, antes de la reforma del Código Civil operada por la Ley 13/1983, la prodigalidad se definía como «conducta socialmente condenable de quien pone en injustificado peligro (directa o indirectamente) la situación patrimonial de su familia más cercana (herederos forzosos)»¹.

Tras la citada reforma², al tener en cuenta los fundamentos o motivos de esta institución, que ya no persigue proteger a los legitimarios del pródigo, sino el derecho de alimentos de las personas mencionadas en el art. 294 del CC, a las que en la actualidad se refiere el art. 757.5 LEC, se define la prodigalidad como «conducta socialmente condenable de quien pone en injustificado peligro su patrimonio en perjuicio de determinados familiares o parientes que están percibiendo alimentos o se encuentran en situación de reclamarlos al que observa esa conducta»³. Por pródigo se entiende «aquella persona que, debido a su conducta económica, pone en peligro injustificadamente su propio patrimonio al provocar disminuciones en el mismo que dificultarán la posibilidad de satisfacer las necesidades elementales de determinados miembros de la propia familia»⁴.

Tras la reforma de la Ley 13/1983, la prodigalidad ya no persigue proteger a los legitimarios del pródigo, sino el derecho de alimentos de las personas mencionadas en el art. 294 del CC

Por su parte, el Tribunal Supremo, con anterioridad a la reforma de 1983, proporciona ya un concepto muy elaborado de prodigalidad: «Conducta desarreglada de la persona que por modo habitual disipa o compromete gravemente su patrimonio, ya por la propensión a los gastos inútiles o desproporcionados a su situación económica-social o bien por administrar sus bienes con descuido y ligereza, poniendo con ello en riesgo injustificado su caudal, en perjuicio de sus familiares más íntimos, cónyuge, descendientes o ascendientes» (STS 25 marzo 1942)⁵.

Tras la citada reforma, la STS, Sala 1.ª, 2 enero 1990 (LA LEY 12721-R/1990)) se refería a la prodigalidad como «actuación meramente arbitraria y caprichosa, reveladora

de una propensión a gastos inútiles, con un espíritu desordenado, desconocimiento útil del capital, en irracional complacencia, significativo de disipación y derroche en supeditación a la satisfacción de necesidades artificiales, con el consiguiente ánimo meramente 'dilacerando et dissipando' en "dissipare bona", consistente en gastos, y despilfarrar y realizar injustificadas enajenaciones, de modo que se ponga injustificadamente en peligro la conservación de un patrimonio, con un continuado descuido en la administración garante de una conducta creadora de un peligro para el patrimonio, socialmente condenable por su injustificación». Esta sentencia no mencionaba una circunstancia esencial para que una determinada conducta pudiera considerarse constitutiva de prodigalidad: el deber de prestar alimentos, actual y exigible, que el pródigo había de tener respecto a determinadas personas (art. 294 CC). Sí hace referencia a esa obligación la STS, Sala 1.ª, 8 marzo 1991 (LA LEY 13773-R/1991), que declara que «es común sentir de la doctrina entender como pródigo a aquél que malgasta su caudal con ligereza, tanto por la cuantía de los dispendios como por el destino específico u objeto a que los destina, poniendo en peligro su patrimonio y los alimentos de sus deudos».

Por su parte, la STS, Sala 1.ª, 17 diciembre 1996 (LA LEY 356/1997), si bien no ofrece de modo directo un concepto de prodigalidad, sí constata de forma clara esa circunstancia que, junto a una conducta desordenada y ligera, configura el concepto de prodigalidad: que el sujeto esté casado u obligado a prestar alimentos a sus descendientes o ascendientes: «la prodigalidad no defiende más que el derecho de alimentos actual, o que este en situación de pasar a ser actual, del cónyuge, ascendientes o descendientes. No hay ahora, por tanto, ningún patrimonio familiar que defender para que pueda transmitirse a los hijos»⁶.

En cuanto a la naturaleza de la prodigalidad, hasta la reforma de 1983 se consideraba causa de incapacitación. Así, el párrafo segundo del art. 32 CC declaraba que la prodigalidad restringía la personalidad, y el art. 200. 3.º CC sometía a tutela, entre otros, «a los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos».

Tras la citada reforma, la prodigalidad no queda incluida entre las causas de incapacitación, pero cuál sea su verdadera naturaleza no es cuestión pacífica en nuestra doctrina. Para cierto sector doctrinal, la declaración judicial de prodigalidad no supone una incapacitación, sino que se limita a sujetar al pródigo a curatela⁷. Aunque el legislador no lo haya dicho expresamente, ello se deduce de que el propio concepto de prodigalidad no tiene cabida en las causas de incapacitación a que se refiere el art. 200 CC, puesto que aquella no puede entenderse como enfermedad o deficiencia persistente de carácter

físico o psíquico; desde el punto de vista sistemático, se regula separadamente de la incapacitación: en la Sección 2.ª, del Capítulo III, Título X, del Libro Primero del Código Civil, dedicado sólo a la prodigalidad; y, finalmente, aunque el argumento sea muy literal, se trata de una «declaración de prodigalidad», frente a la «declaración de incapacitación»⁸.

No obstante, esta opinión no es unánime en la doctrina. Así, para determinada posición la prodigalidad de algún modo da lugar a una cierta clase de incapacitación, puesto que al pródigo se le limita su capacidad normal, «lo que no sólo puede llamarse incapacitación dando a esta palabra el sentido tanto de reducción como de limitación de la capacidad, sino que admitido que en verdad la incapacitación, rigurosamente hablando, puede consistir en limitar la capacidad del incapacitado sometiendo a curatela (art. 210), es evidente que la prodigalidad origina una situación tan de incapacitación como la que pesa sobre los incapacitados sometidos a curatela»⁹.

Lo cierto es que el legislador, al modificar una serie de artículos del Código Civil mediante la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, estableció una clara separación entre «la incapacitación judicial» y «la declaración de prodigalidad». Así, el art. 1393.1.º CC contempla como causa de disolución de la sociedad de gananciales por decisión judicial: «Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente, o en quiebra o concurso de acreedores¹⁰ o condenado por abandono de familia»; el art. 1700.3.º CC declara que la sociedad se extingue: «Por muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios...» y el art. 1732.3.º CC dispone que el mandato se acaba: «Por muerte, declaración de prodigalidad, o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario». A su vez, la actual LEC regula en el Libro IV, Título I, Capítulo II, bajo la rúbrica 'De los procesos sobre la capacidad de las personas', el procedimiento para solicitar la declaración de prodigalidad, pero, al tiempo, se refiere en el articulado a demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad (art. 756), declaración de incapacidad y declaración de prodigalidad (art. 757), así como a sentencia que declare la incapacitación y sentencia que declare la prodigalidad (art. 760).

Por su parte, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 23 diciembre 1997 (LA LEY 2321/1998), por tanto, anterior a la derogación operada en esta materia por la LEC, declara que «El pródigo queda sujeto a la curatela (disposición transitoria citada y art. 286.3.º, Código Civil vigente) y no es un incapacitado total (como el que contempla el art. 222, núm. 2 del Código Civil) sino que queda restringida su capacidad, como incapacitado parcial, en el sentido en que precisa el complemento de capacidad ('asistencia',

'intervención', 'consentimiento' según terminología del código) que le otorga el curador: la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los pródigos no puedan realizar por sí solos (tal como dice el art. 288 Código Civil) y tales actos son los que haya determinado la sentencia (añade el art. 298)».

En otro sentido, la SAP Alicante, Secc. 6.ª, 29 enero 2013 (LA LEY 35722/2013), afirma que en la actualidad la prodigalidad se encuentra desaparecida del catálogo de las causas de incapacidad, puesto que quien incurre en tal situación será sometido a curatela (art. 286.3 CC). La Sala destaca que la Ley 13/1983, de 24 de octubre, «vino a transformar, que no suprimir, la naturaleza de la prodigalidad, pasando de ser causa de incapacitación a una específica limitación de la capacidad, y cuya declaración dará lugar al sometimiento del pródigo a curatela. Se pretende con ello conciliar el principio de libertad de actuación en el ámbito patrimonial con el interés familiar, cifrado hoy, no en una expectativa de los legitimarios, como antes se entendía, sino en un derecho a alimentos, entendidos en el sentido amplio del art. 147 del Código Civil. Es claro que si el bien jurídico protegido con la institución no reside en el interés del sujeto, sino de personas distintas, como son los integrantes del grupo familiar con derecho a alimentos, el concepto de incapacitación, en cuanto procedimiento dirigido a constituir un estado que sirva a la protección del propio incapacitado, no conviene a esta situación, de ahí que parezca acertada la supresión como causa de incapacitación, como acertado es también el haber mantenido no obstante su función».

El legislador, al modificar una serie de artículos del Código Civil mediante la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, estableció una clara separación entre «la incapacitación judicial» y «la declaración de prodigalidad»

Es importante señalar que el legislador aragonés, en el Preámbulo de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, «Ley de Derecho de la persona» (hoy derogada), declaraba que: «No hay una curatela para los pródigos, puesto que no cabe incapacitar a nadie o restringir su capacidad de obrar por esta causa». Así, la Disposición Transitoria Tercera establecía lo siguiente: «1. Desde la entrada en vigor de esta Ley nadie puede ser declarado pródigo. 2. Las personas declaradas pródigas a la entrada en vigor de esta Ley seguirán rigiéndose por las normas de la legislación anterior, pero podrán solicitar judicialmente la reintegración de su capacidad». En la actualidad, el Có-

digo del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo) establece en su Preámbulo que «Las causas de incapacitación previstas en el art. 3811 no se apartan de las hasta ahora establecidas, excepto por lo que se refiere a la prodigalidad. El Derecho histórico la excluía como causa autónoma (“por costumbre del Reino no se da curador al que dilapida o disipa sus bienes, a no ser que además sea mentecato y privado de razón”: Observancia. 7.ª De tutoribus) y esto mismo expresa el apartado 3 del art. 38. Es decir, cabe incapacitar (para protegerlo, como en los demás supuestos de incapacitación) al que dilapida sus bienes cuando por enfermedad o deficiencia psíquica no pueda gobernarse por sí mismo, pero no, sin este presupuesto, limitar su capacidad de obrar en el ámbito patrimonial como medida protectora de intereses ajenos, tal como, en su ámbito de aplicación, establece el Código Civil».

A mi juicio, si bien la prodigalidad no es causa de incapacitación en cuanto no pretende la protección del propio sujeto, **sí determina una limitación de la capacidad**, puesto que este no podrá realizar los actos contemplados en la sentencia que requieran la asistencia del curador con el fin de proteger a determinados familiares.

2. Requisitos

La declaración de prodigalidad únicamente procede cuando la conducta del presunto pródigo comprometa de tal manera su patrimonio que el juez constate la existencia de un peligro en la conservación de aquél y, en consecuencia, la imposibilidad, en un futuro cercano, de hacer frente a sus obligaciones familiares¹².

Tal declaración no debe utilizarse en sustitución de soluciones de Derecho de familia claramente aplicables y, por tanto, **no debe sancionar situaciones generalizadas de incumplimiento de deberes legales de asistencia**, ni comportamientos económicos que no impliquen despilfarro.

En esta dirección, la STS Sala 1.ª, 8 marzo 1991 (LA LEY 13773-R/1991) declara lo siguiente: «*El contenido fáctico no permite a esta Sala afirmar que el importe de los gastos salga de las posibilidades económicas del que los realiza, puesto que se ignora cuál sea el volumen del patrimonio; nada se desprende sobre la existencia de parientes que perciban alimentos o se encuentren en trance de reclamárselos. Sólo se intuye el deseo de la esposa de evitar los peligros que para la sociedad de gananciales puedan provenir del interés del demandado hacia la otra mujer, cuestión ésta que tiene adecuado tratamiento a través de las acciones protectoras de la sociedad de gananciales*».

Lo cierto es que para que una determinada conducta pueda considerarse constitutiva de prodigalidad es necesario:

1. Que tal conducta conlleve la nota de «**habitualidad**». Los actos más o menos irregulares o los gastos excesivos, pero aislados o puramente circunstanciales, no pueden ser calificados como constitutivos de la condición jurídica de prodigalidad¹³.

2. Debe tratarse de una conducta **desordenada y ligera**, no meramente desacertada, en la gestión o en el uso del propio patrimonio, a causa de un espíritu desordenado o por desarreglo de costumbre. Según la opinión común es pródigo el sujeto «manirroto o que gasta su patrimonio en cosas inútiles». Sin embargo, no lo es el que asume riesgos económicos importantes por causas justas profesionales, personales o familiares. Tampoco hay que atender a la mayor o menor moralidad o licitud de los actos del sujeto con relación a la administración y disposición de sus bienes (STS de 19 de junio de 1915 y 30 de septiembre de 1930) y, así, se considera derroche el gasto excesivo, en relación con las posibilidades económicas de la persona, destinado a obras benéficas o culturales que provoca su ruina¹⁴. En todo caso, ha de existir desproporción entre los recursos económicos del pródigo y el importe de los gastos que realiza.

A su vez, la prodigalidad puede venir determinada no sólo por la realización de gastos excesivos e inútiles, sino, también, por una conducta pasiva en la gestión y conservación del patrimonio. Así: «dejar sin arrendar y producir, en más de una ocasión, algunas fincas; dejar abandonada en el campo a la intemperie, durante años y años, maquinaria agrícola de valor, dando ocasión a su completo deterioro y pérdida; no cuidar de los ganados lanar y de cerda, provocando la pérdida o muerte de un buen número de cabezas; haber motivado con reiteración embargos de bienes, con los consiguientes recargos y costas, por falta de pago de contribuciones del Estado; no satisfacer los intereses de un préstamo hipotecario, dando lugar a la pérdida de la finca; no pasar a los bancos depositarios de los valores del demandado ni una sola orden relacionada con las ampliaciones de capital, ocasionando cuantiosas pérdidas» (STS de 25 de marzo de 1942 y 17 de junio de 1978)¹⁵.

Por otra parte, no deben confundirse prodigalidad y liberalidad. Así, lo entendió la STS Sala 1.ª, 2 de enero 1990 (LA LEY 12721-R/1990), al considerar que el conjunto del comportamiento del demandado no revela la existencia de gastos inútiles que ponga de manifiesto un espíritu desordenado, de disipación y derroche, sino «una tendencia encaminada a favorecer a su segunda esposa, con finalidad de cumplimiento generoso hacia ella,

significativo de liberalidad, que no puede confundirse con la prodigalidad, en cuanto ésta supone una censura objeto de reprobación social, que no cabe apreciar en quien meramente trata de beneficiar a su cónyuge».

3. La conducta ha de crear un **peligro injustificado para el patrimonio del pródigo**, en perjuicio de su cónyuge, y descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos. Por tanto, la declaración de prodigalidad no se realiza en beneficio del pródigo, aunque éste resulte indirectamente protegido, ni de la sociedad, sino de sus más próximos familiares¹⁶. Por ello, si el sujeto dilapidador no tiene alimentistas no podrá ser atacado judicialmente por causa semejante, por muy habitual que sea su conducta, y por muy grave e inminente que sea el riesgo de que llegue a una ruina total¹⁷. En esta dirección, la SAP A Coruña, Secc. 5.ª, 28 noviembre 2006 (LA LEY 245219/2006) declara que *«Aún cuando han sido derogados los arts. 294 y 296 del Código Civil por la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, la situación actual es la misma que la recogida en la STS de 17-6-1988, al establecer el núm. 5 del art. 757 de dicha Ley, recogiendo el contenido del derogado art. 294 del Código Civil, que 'la declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto incapaz o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualesquiera de ellos. Si no la pidieron los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal. En el presente caso la demandante de 36 años de edad, no está legitimada para solicitar la declaración de prodigalidad de su madre, al no percibir alimentos de ella ni estar en situación de reclamárselos, por lo que, prescindiendo de cualquier otra consideración, procede desestimar el recurso de apelación en cuanto solicita dicha declaración, que aún cuando no ha sido desestimada expresamente por la Sentencia de instancia, está implícitamente contenida en la decisión de desestimar íntegramente la demanda»*¹⁸.

La declaración de prodigalidad no se realiza en beneficio del pródigo, aunque éste resulte indirectamente protegido, ni de la sociedad, sino de sus más próximos familiares

Por supuesto, tampoco procede la declaración de prodigalidad cuando el demandado cumple sus obligaciones familiares asistenciales y lo que se pretende es obtener el control de su patrimonio, como señala la SAP Pontevedra, Secc. 1.ª, 7 abril 2006 (LA LEY 38402/2006).

En relación a lesas circunstancias que han de concurrir para declarar la prodigalidad de una persona, la SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc.1.ª, 23 marzo 2012 (LA LEY 75426/2012) las resume en los siguientes términos: a) *«que su conducta sea habitual, puesto que como ya se ha dicho los actos más o menos irregulares o los gastos excesivos, pero aislados o circunstanciales, no pueden ser tenidos en cuenta para la declaración de prodigalidad; b) que su conducta sea condenable. Entendiendo por ello que los gastos realizados supongan el dilapidar sus bienes, o realizar gastos excesivos en proporción a sus posibilidades. Sin que se tenga en cuenta la mayor o menor moralidad de sus actos o su licitud; c) que su conducta ha de suponer un riesgo para el patrimonio; d) que ello perjudique gravemente a la familia (cónyuge, ascendientes o descendientes que perciban alimentos o se encuentran en situación de reclamárselos)»*¹⁹.

En definitiva, en el sistema actual, la prodigalidad es una institución de protección del derecho de alimentos, tal como se infiere del vigente art. 757.5 LEC, que sólo legítima para instar su declaración, al igual que lo hacía el art. 294 CC, al cónyuge y a determinados parientes con derecho a alimentos actual, o que esté en situación de pasar a ser actual. Sin embargo, antes de la reforma del Código Civil de 1983, la prodigalidad se concebía como una institución de protección a la legítima, puesto que su declaración sólo podía ser solicitada por los legitimarios²⁰. No obstante, cierta posición doctrinal ha mantenido que, en el Derecho anterior, la protección de las legítimas no era la única razón de ser de la prodigalidad, y ni siquiera la más importante. La *ratio essendi* de la prodigalidad era la de abrir un cauce a la familia del pródigo como único medio de lograr una eficaz vinculación del patrimonio de éste al cumplimiento de una serie de prestaciones de naturaleza económica a la que se hallaba afecto: el derecho de alimentos entre parientes, el levantamiento de las cargas del matrimonio.... Para dicha posición, éste era el verdadero fundamento de la incapacidad, y así lo acredita la siguiente consideración: *«ninguna perspectiva de éxito tendría una demanda de incapacidad por presunta prodigalidad de un padre que estuviese gastando el patrimonio propio o común en atender a la satisfacción de las necesidades prioritarias familiares; por ejemplo, el padre que gasta en exceso y por encima de sus posibilidades en atender a la curación de una extraña enfermedad que afecta a uno de los hijos, con el consiguiente perjuicio de las expectativas hereditarias de los demás»*²¹.

En mi opinión, creo que, efectivamente, en el supuesto citado, la demanda de prodigalidad no prosperaría, pero ello porque, con independencia del criterio mantenido en cuanto al fundamento de esta institución, la

conducta anteriormente descrita no es desordenada o ligera, ni es socialmente condenable, ni crea un peligro injustificado para el patrimonio; por tanto, no es constitutiva de prodigalidad.

III. EFECTOS DE LA DECLARACION DE PRODIGALIDAD

1. Ámbitos que pueden resultar afectados

Con anterioridad a la reforma de 1983, el Código Civil disponía que la sentencia debía determinar los actos que quedaban prohibidos al pródigo, las facultades que el tutor debía ejercer en su nombre, y los casos en que, por uno o por otro, habría de ser consultado el Consejo de familia (art. 221, 2.º párrafo). Además, el citado cuerpo legal contenía una serie de normas específicas sobre las repercusiones de la declaración de prodigalidad en la esfera personal y patrimonial familiar del pródigo. Así, el art. 224 disponía que «La declaración de prodigalidad no afecta a los derechos y deberes personales derivados del matrimonio y de la patria potestad, ni atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo», y el art. 225 declaraba que «El tutor administrará los bienes de los hijos que el pródigo haya tenido en anterior matrimonio. El cónyuge del declarado pródigo administrará los bienes gananciales, los de los hijos comunes y aquéllos cuya administración se le hubiere conferido en capitulaciones. Para enajenarlos necesitará autorización judicial».

En la actualidad, el art. 760.3 LEC de 2000, que derogó el art. 298 CC vigente desde la reforma de 1983, se limita a disponer, como hacía este último, que «la sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle». Legalmente no se establecen cuáles han de ser los efectos de la declaración de prodigalidad, ni siquiera esos mínimos fijos e invariables contemplados por la legislación anterior a la reforma de 1983: pérdida de la administración de determinados bienes y transferencia de ésta al tutor y al cónyuge del pródigo (antiguo art. 225). En consecuencia, el contenido de la sentencia será variable y la limitación de la capacidad dependerá de las circunstancias concretas que incidan en la situación de que se trate²².

Lo cierto es que esa ausencia de reglas fijas e invariables ha sido valorada positivamente por la doctrina²³, pero, también, se ha destacado la existencia de lagunas legales que han originado un clima de inseguridad en extremos de indudable transcendencia, como los relativos a los poderes del pródigo sobre masas patrimoniales no propias o exclusivas del pródigo; en concreto, por lo que

aquí interesa, en lo relativo a los bienes de los hijos menores sujetos a patria potestad.

En este sentido, conviene traer a colación la SAP Córdoba, Secc. 1.ª), 29 abril 2003 (LA LEY 78004/2003), que dispone lo siguiente: «La reforma del año 1983 se ha limitado a establecer como único efecto de la declaración de prodigalidad el que contempla de forma genérica ese artículo, norma que se limita a imponer al Juez el deber de expresar en la sentencia los actos para los que el pródigo necesita el consentimiento del curador, expresión oscura y que deja en la penumbra, a diferencia de las previsiones de los derogados arts. 221, 224 y 227, varias cuestiones como son: A) Persona que debe ser designada como curador del pródigo; el derogado art. 227 enumeraba las personas que debían asumir la función de complementar la capacidad del pródigo; el silencio del legislador debe llevar a entender que el Juez determinará libremente la persona que será curador del prodigo sin obligación de designar a alguno de los parientes. B) Nada se señala sobre la repercusión de la declaración de prodigalidad en la esfera personal o familiar del pródigo, de manera que ni su situación dentro del matrimonio, ni respecto a sus hijos queda modificada. C) Consecuentemente con lo anterior las facultades del curador están exclusivamente referidas al ámbito patrimonial y en relación a los actos que el Juez fije; por tanto no cabe que la sentencia omita esa concreción de actos, si no los contiene debe ser rectificada de oficio o impugnada mediante los oportunos recursos. D) Carácter de la instrucción del curador; mientras que para los demás supuestos de curatela la Ley atribuye una misión de complemento que se traduce en su asistencia en los actos que el menor emancipado o incapaz no puede realizar por sí sólo, de manera que su misión sería más amplia que la mera asistencia de los restantes tipos de tutela; es dudoso que este sea el significado que la Ley quiso atribuir a aquella expresión, si así fuese la curatela del pródigo tendría un ámbito mayor a la de la curatela en general y convertiría al pródigo en un tipo incapaz, por lo que no debe darse a la expresión un sentido distinto al de la asistencia del curador en los otros supuestos».

En cualquier caso, el contenido de la sentencia ha de limitar sus efectos a la esfera patrimonial²⁴, y no a la personal del pródigo, aunque la declaración de prodigalidad puede incidir indirectamente en algún sector de esta última esfera. Así, en aquellos actos para los que se requiera la plena capacidad del sujeto (art. 241 CC).

Por lo que se refiere al ámbito patrimonial exclusivo del pródigo, resultará afectado directamente por la sentencia de prodigalidad, puesto que su finalidad es impedir que el declarado pródigo disminuya o destruya totalmente su patrimonio en detrimento de aquellos familiares o parientes a que se refiere el art. 757.5 LEC.

Al no existir una enumeración legal de los actos que el pródigo no puede realizar sin la debida asistencia del curador, **la sentencia que declare la prodigalidad fijará la limitación de la capacidad conforme a las circunstancias de cada caso concreto** y al propio *petitum* de la demanda, por lo que el régimen de curatela establecido en cada supuesto puede ofrecer los más variados matices: así, requerir el consentimiento del curador para los actos de disposición de cualquiera sus bienes, tanto presentes como futuros, para, de esta forma, evitar que la adquisición por el pródigo de estos últimos haga necesario un nuevo proceso, o para los actos de disposición a título gratuito, o para actos de administración y disposición. En esta dirección, la SAP Pontevedra, Secc.1.ª, 12 noviembre 2004 (LA LEY 237108/2004) declara que *«no hay un módulo o baremo de prodigalidad sino que su determinación debe realizarse en cada situación concreta y dependen no sólo de la finalidad del acto realizado, sino también del volumen patrimonial de quien lo realiza, de modo que si aquel acto no pone en peligro las responsabilidades patrimoniales en relación a obligaciones de alimentos, aunque objetivamente sea desproporcionado o sin justificación, no determinará la declaración de prodigalidad»*.

Legalmente no se establecen cuáles han de ser los efectos de la declaración de prodigalidad, ni siquiera esos mínimos fijos e invariables contemplados por la legislación anterior a la reforma de 1983

A modo de ejemplo, la citada SAP Córdoba, Secc. 1.ª, 29 abril 2003 (LA LEY 78004/2003), acuerda la intervención de la curadora para los siguientes actos: A) *«Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos de valor, joyas y valores mobiliarios, celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción, renunciar derechos, repudiar herencias y hacer gastos extraordinarios en bienes de su propiedad. B) Dar y tomar dinero a préstamo y disponer a título gratuito de bienes y derechos de su propiedad. De la pensión que percibe y otros ingresos periódicos que pueda obtener solo podrá disponer mensualmente para sus gastos sin la aludida intervención del 20% del total de dichos ingresos»*. Por su parte, la SAP Barcelona, Secc. 18.ª, 2 febrero 2010 (LA LEY 29518/2010), se refiere a la necesidad del concurso del curador para la realización por el declarado pródigo de cualquier acto de administración de sus ingresos más allá de 120 euros, y para cualquiera de los actos referidos en el art. 212 CF.

En cualquier caso, la sentencia declarativa de prodigalidad ha de especificar los actos que el pródigo no puede realizar sin el concurso de su curador y ello, no sólo por el carácter imperativo del art. 760.3 LEC, sino también por la propia naturaleza del proceso de declaración de prodigalidad, dirigido precisamente a esa determinación. En este mismo sentido de pronuncia el art. 223-4.3, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, al establecer que *«la sentencia que declare la prodigalidad o la incapacidad relativa debe determinar el ámbito en el que la persona afectada necesita la asistencia del curador. En cualquier caso, esta asistencia es necesaria para los actos a que se refiere el art. 222.43 y para otorgar capítulos matrimoniales»*²⁵.

Por otra parte, desde un punto de vista teórico, se ha planteado la posibilidad de que la sentencia no determine los actos que el pródigo no puede realizar sin la debida asistencia. Para cierto sector doctrinal, en tal caso podrá aplicarse el art. 290 CC, en virtud del cual *«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 éste Código, autorización judicial»*²⁶. Por tanto, la asistencia del curador será necesaria para los actos contemplados en los arts. 271 y 272 CC. No obstante, esta misma posición doctrinal, a raíz de las consecuencias que la aplicación del art. 290 CC a estos supuestos puede originar —tales como que las facultades del curador en orden a los actos en que debe intervenir son mucho más amplias que en la generalidad de los casos y que, consiguientemente, y a *contrario sensu*, el hecho de que la sentencia no especifique los actos que el declarado pródigo no puede realizar, conlleva una muy amplia limitación de su capacidad patrimonial—, mantiene que tal situación debería quedar limitada a los casos en que la incapacidad del pródigo para administrar y disponer de su patrimonio sea de gran amplitud, no debiendo omitirse la especificación de tales actos en los demás casos para evitar precisamente las consecuencias que dicha omisión puede provocar²⁷.

No obstante, la doctrina mayoritaria sostiene la inviabilidad de la solución anteriormente expuesta, puesto que el art. 290 CC se refiere exclusivamente a la sentencia de incapacitación, y la prodigalidad no goza actualmente de ese carácter²⁸. En consecuencia, ante una sentencia de prodigalidad que no determine los actos en que sea necesaria la intervención del curador, la única solución sería atacar la resolución judicial dictada mediante la interposición, por los interesados, de los correspondientes recursos²⁹.

También en relación con la esfera patrimonial propia del pródigo, ha de sostenerse que la declaración de prodigalidad **no influye en la facultad de testar del interesado**, puesto que tal facultad, por su carácter personal (art. 670 CC), no se le puede sustraer. Además, el testamento no es eficaz hasta la muerte del pródigo y, fallecido éste, se extingue la obligación de prestar alimentos, luego es indiferente el destino que haya podido prever para su patrimonio. Cuestión distinta es que no respete las legítimas. Pero hemos de recordar que la protección de las expectativas legitimarias no es ya hoy la finalidad perseguida por esta institución; y además, existen medios específicos para subsanar esos eventuales perjuicios³⁰.

Por lo que se refiere a la esfera patrimonial familiar, el problema se plantea en relación con los bienes de la **sociedad conyugal y los bienes de los hijos sometidos a la patria potestad**.

Con anterioridad a la reforma de 1983, esa esfera patrimonial familiar quedaba directamente afectada por la declaración de prodigalidad. En efecto, el art. 225 del CC establecía lo siguiente: «El tutor administrará los bienes de los hijos que el pródigo haya tenido en anterior matrimonio. El cónyuge del declarado pródigo administrará los bienes gananciales, los de los hijos comunes y aquéllos cuya administración se le hubiere conferido en capitulaciones matrimoniales. Para enajenarlos necesitará autorización judicial». En consecuencia, el pródigo quedaba privado *Ministerio legis* de los poderes que la propia ley le había concedido en orden a la administración de los bienes de los hijos y de los bienes de la sociedad conyugal. Tal privación tenía lugar siempre y automáticamente, sin necesidad de que así se declarase por sentencia³¹.

Ante una sentencia de prodigalidad que no determine los actos en que sea necesaria la intervención del curador, la única solución sería atacar la resolución judicial dictada mediante la interposición, por los interesados, de los correspondientes recursos

En la regulación actual de la prodigalidad, falta un precepto semejante al examinado, calificándose de inaceptable e inquietante la actitud del legislador, que deja intactas las facultades del pródigo sobre bienes que no son suyos cuando, por su conducta desarreglada, se le limitan las que tenía sobre sus propios bienes³².

Por lo que se refiere a la incidencia de declaración de prodigalidad sobre los bienes del matrimonio, el problema se plantea en relación con la sociedad de gananciales³³, porque en los otros regímenes económicos no hay bienes comunes. No obstante, la prodigalidad puede ser causa de extinción del régimen de participación (art. 1416 CC), puesto que la igualación en las ganancias en el momento de la liquidación del régimen va a determinar que la irregular gestión de uno de los cónyuges comprometa gravemente los intereses del otro. En el régimen de separación, al corresponder a cada cónyuge la administración, goce y libre disposición de sus bienes, el único medio para impedir que uno de los esposos dilapide su patrimonio es pedir la declaración de prodigalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, nos vamos a centrar en los efectos de la declaración de prodigalidad en el ámbito de los bienes pertenecientes a los hijos menores sujetos a patria potestad.

2. Especial consideración del ámbito patrimonial de los hijos menores sujetos a patria potestad

En virtud del art. 154.2 CC, la administración de los bienes de los hijos corresponde a ambos padres, «*que deberán efectuarla con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria*» (art. 164 CC). Este último precepto contempla una serie de supuestos que quedan exceptuados de la administración paterna.

Como ya se ha destacado, en la actualidad **el declarado pródigo no queda automáticamente privado de la administración de los bienes de los hijos**. En una primera aproximación, ante el silencio legal, podría sostenerse que en los casos en que la patria potestad se ejerce por el pródigo y el otro progenitor, el legislador considera suficiente la intervención de este último para evitar los peligros que puedan derivarse de la administración del pródigo³⁴.

Sin embargo, esta solución no resulta del todo convincente, puesto que nuestro Código Civil, ante determinadas situaciones, flexibiliza la exigencia de la concurrencia de ambos padres y permite que sea uno el que pueda actuar. Así, entre otros, se consideran válidos los actos que realice uno de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad (art. 156.1 CC). Por tanto, puede darse una actuación individual que, pretendiendo ampararse en la conformidad con el uso social y las circunstancias, conlleve, por ejemplo, la realización de sucesivos actos de disposición de fondos del menor que acaben representando cantidades elevadas. Aun-

que tales actos puedan impugnarse, es el juez quien debe decidir sobre la existencia o no de la citada conformidad, intervención que, al realizarse a posteriori, implica una importante disminución de la protección del patrimonio de los hijos³⁵.

En esencia, el problema fundamental que plantea la ausencia de una previsión legal específica sobre las consecuencias de la declaración de prodigalidad en la esfera patrimonial de los hijos, es si la sentencia puede entrar en esta cuestión y establecer medidas que tiendan a la protección del patrimonio de los menores sometidos a la patria potestad.

Para cierto sector doctrinal, lo normal es que la sentencia se pronuncie sobre las facultades que correspondan al pródigo en lo relativo al contenido patrimonial de la patria potestad³⁶, así, sobre la facultad de administración de los bienes de los hijos menores atribuyéndose al otro progenitor, salvo que, también éste haya sido privado de aquélla o de su ejercicio³⁷. En este último supuesto, el juez deberá pronunciarse sobre la cuestión, bien haciendo extensible la labor asistencial del curador al ámbito de los bienes de los hijos, bien designando un administrador especial de los bienes del menor a que se refiere el art. 167 CC³⁸. La designación de ese administrador especial procederá también cuando se trate de hijos no comunes, y si el otro progenitor no es conocido³⁹. En todo caso, al estar los hijos legitimados por el art. 757.5 LEC (antes 294 CC) para instar la declaración de prodigalidad de su progenitor, será su representante legal quien, en la demanda, solicite lo procedente en orden a esta cuestión; y será el juez quien decida, conforme al principio de congruencia⁴⁰.

Como se ha advertido, a falta de otra seguridad, lo más sencillo es que la sentencia de prodigalidad determine qué actos del pródigo sobre los bienes familiares, en este caso sobre los bienes de los hijos, necesitan el consentimiento del curador, o que, si no lo dispone, se exija tal consentimiento para los mismos actos para los que la sentencia lo pida respecto a los bienes del pródigo⁴¹.

En esta dirección se ha mantenido que bajo ningún concepto, la sentencia puede privar al pródigo de sus facultades patrimoniales, sino que únicamente puede imponerle en su ejercicio la asistencia del curador. Si la sentencia no se manifiesta sobre las facultades del pródigo en relación con el patrimonio de los hijos, puede entenderse que la asistencia del curador será preceptiva para los mismos actos para los que la sentencia lo pida respecto a los bienes del pródigo. Ahora bien, si lo que se pretende es privar a los padres la administración de los bienes de sus hijos, habrá que acudir a los cauces específicos previstos por el Código Civil en sede de patria

potestad. Por tanto, una vez declarada la prodigalidad y determinados los actos para los cuales el pródigo necesita la asistencia del curador, en virtud del art. 158 CC, los hijos, cualquier pariente o el Ministerio Fiscal podrán acudir al juez para que, en virtud de la declaración de prodigalidad que pesa sobre el progenitor, aquél adopte las medidas que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Tales medidas pueden ir desde la privación parcial del contenido patrimonial de la patria potestad hasta la privación total, en cuyo caso, las facultades de administración serán ejercidas exclusivamente por el otro progenitor y si éste no existe o ha sido privado de la patria potestad, será necesario nombrar a un administrador⁴².

Si la sentencia no se manifiesta sobre las facultades del pródigo en relación con el patrimonio de los hijos, puede entenderse que la asistencia del curador será preceptiva para los mismos actos para los que la sentencia lo pida respecto a los bienes del pródigo

Desde otra perspectiva, se ha sostenido que no es adecuado que la sentencia determine la intervención del curador en cuanto tal, en la administración que pueda corresponder al pródigo sobre los bienes de los hijos, pues la función del curador ha de circunscribirse al cuidado del patrimonio del pródigo para evitar perjuicios a determinadas personas que tienen derechos sobre él, pero no al cuidado de los patrimonios ajenos administrados por el pródigo. En consecuencia, la protección del patrimonio de los hijos deberá procurarse a través de sus cauces específicos y, por tanto, habrá que recurrir al art. 167 CC. Todo ello sin perjuicio de que la misma persona pueda actuar como curador del pródigo y como administrador de los bienes de los hijos, pero en virtud de cargos y títulos distintos de nombramiento⁴³.

En mi opinión, creo que la declaración de prodigalidad debe afectar a la administración de los bienes de los hijos, puesto que carecería de toda lógica jurídica que quien tiene limitada su capacidad para administrar o disponer de todo o parte de su patrimonio, conserve intactas sus facultades para gestionar los bienes de sus hijos⁴⁴. En esta dirección, la SAP, Secc. 1.ª Pontevedra, 12 noviembre 2004 (LA LEY 237108/2004), declara que «nada se señala sobre la repercusión de la declaración de prodigalidad en la esfera personal o familiar del pródigo, de manera que ni su situación dentro del matrimonio, ni respecto a sus hijos queda modificada». Por tanto, la Sala admite la facultad del juzgador de pronunciarse sobre la

repercusión de la declaración de prodigalidad sobre los bienes de los hijos, aunque, en el supuesto objeto de la litis no proceda adoptar medida alguna.

En consecuencia, **estimo que el juez, en la misma sentencia que declare la prodigalidad, podrá adoptar las medidas específicas que considere oportunas a fin de proteger el patrimonio de los hijos.** Esta solución es además sostenible no sólo por razones de economía procesal⁴⁵, sino que encuentra hoy su apoyo legal en el art. 158 CC, reformado por la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, posteriormente, por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, en materia de sustracción de menores, que dispone lo siguiente:

«El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres.

2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si se hubiera expedido.

4.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».

El apartado cuarto de este artículo comprende cualquier medida o disposición que la autoridad judicial considere oportuna para apartar al menor de un peligro o evitarle un perjuicio, incluyendo las de índole patrimonial, aunque estas últimas se contemplen específicamente en el art. 167⁴⁶. Este último precepto viene a ser una concreción, en lo que respecta al cuidado del patrimonio del menor, de lo dispuesto en el art. 158 CC con carácter general para su protección⁴⁷.

Pues bien, conforme al art. 158 CC: el juez «de oficio» deberá adoptar todas esas medidas y disposiciones referidas⁴⁸, y, además, podrá hacerlo no sólo en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino también dentro de cualquier proceso, civil o penal.

Además, la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 declara que, mediante la modificación, entre otros, del art. 158 CC, se pretende «consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquéllos».

Conforme a lo expuesto, parece claro que la adopción de las medidas recogidas en el art. 158 CC representa el instrumento a través del cual el juez controla el ejercicio de la patria potestad, tanto en su contenido personal como patrimonial. A su vez, la declaración de prodigalidad de un progenitor, al tener éste atribuida por ley la administración de los bienes de los hijos, implica un riesgo para el patrimonio de éstos, y, por tanto, afecta directamente al contenido patrimonial de la patria potestad. En consecuencia, a tenor del art. 158 CC, si las personas legitimadas para instar la declaración de prodigalidad no solicitan la adopción de las medidas necesarias en cuanto a la administración de los bienes de los hijos, el juez, de oficio y en la misma sentencia en que se declare la prodigalidad, podrá adoptar las medidas oportunas para la protección de dicho patrimonio (incluso el nombramiento del administrador a que se refiere el art. 167 CC), sin necesidad de acudir para ello a un segundo procedimiento.

En conclusión, **sigue faltando una previsión legal específica sobre las consecuencias que la declaración de prodigalidad pueda tener sobre la esfera patrimonial familiar del pródigo, en particular, por lo que aquí interesa, en cuanto a los bienes de los hijos.** Es cierto que la razón de la institución de la prodigalidad se encuentra en la protección del patrimonio del pródigo en razón de los intereses que sobre dicho patrimonio tienen determinadas personas. Ahora bien, teniendo en cuenta que el pródigo es un sujeto que con su conducta compromete gravemente su patrimonio, el legislador tenía que haber previsto directamente las consecuencias de la declaración de prodigalidad en la esfera citada, optando incluso por retirar al pródigo los poderes legales que tuviera sobre bienes no suyos o no exclusivamente suyos. A mi juicio, en defecto de tal previsión, debe entenderse que la sentencia declarativa de prodigalidad puede, por sí misma, afectar a las facultades de gestión del pródigo sobre los bienes de los hijos menores sujetos a patria potestad.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo

STS 17 de febrero de 1904
 STS 19 junio de 1915
 STS 30 septiembre de 1930
 STS, 25 marzo 1942
 STS 28 marzo de 1955
 STS 25 septiembre 1958
 STS 18 mayo 1962
 STS 17 de junio de 1978
 STS, Sala 1.ª, 2 enero 1990 (LA LEY 12721-R/1990)
 STS, Sala 1.ª, 8 marzo 1991 (LA LEY 13773-R/1991)
 STS, Sala 1.ª, 17 diciembre 1996 (LA LEY 356/1997)
 STS, Sala 1.ª, 23 diciembre 1997 (LA LEY 2321/1998)

Audiencias Provinciales

SAP Valencia, Secc. 10.ª, 11 febrero. 2003 (LA LEY 29564/2003)
 SAP Córdoba, Secc. 1.ª, 29 abril 2003 (LA LEY 78004/2003)
 SAP Pontevedra Secc.1.ª, 12 noviembre 2004 (LA LEY 237108/2004)
 SAP Pontevedra, Secc. 1.ª, 7 abril 2006 (LA LEY 38402/2006)
 SAP A Coruña, Secc. 5.ª, 28 noviembre 2006 (LA LEY 245219/2006)
 SAP de Guipúzcoa, Secc. 3.ª, 28 junio 2007 (LA LEY 175776/2007)
 SAP Barcelona, Secc. 18.ª, 2 febrero 2010 (LA LEY 29518/2010)
 SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc.1.ª, 23 marzo 2012 (La LEY 75426/2012)
 SAP Málaga, Secc. 6.ª, 24 octubre 2012 (LA LEY 258520/2012)
 SAP Alicante, Secc. 6.ª, 29 enero 2013 (LA LEY 35722/2013)

SAP Barcelona, Secc. 18.ª, 23 octubre 2013 (LA LEY 177186/2013)

NOTAS

- 1 DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, II, 1º, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pág. 338. También, CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, I, 2º, 10ª edic., Reus, Madrid, 1971, pág. 231.
- 2 Como destaca la SAP Barcelona, Secc. 18ª, 23 octubre. 2013 (LA LEY 177186/2013), en el iter parlamentario de la Ley 13/1983, «la prodigalidad estuvo a punto de ser suprimida del Código Civil (prevista en los originarios arts. 221 a 227 CC). Finalmente, se optó por mantenerla, aunque se limitó notoriamente la posibilidad de reclamarla (arts. 294 a 298 CC, según la citada Ley de 1983, en parte derogados por el vigente art. 757.5 LEC)».
- 3 PEREZ DE VARGAS MUÑOZ J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *RGLJ*, 1987, pág. 864.
- 4 MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 83.
- 5 Por su parte, la STS, 18 mayo 1962 declara que, teniendo en cuenta nuestro Derecho histórico, las definiciones del Diccionario de la Real Academia y las enseñanzas de la jurisprudencia anterior, «*puede fijarse el concepto propiamente jurídico de la prodigalidad diciendo que es la conducta desarreglada de la persona que por modo habitual malgasta su patrimonio con ligereza, el que pone en peligro injustificado con perjuicio de su familia*». Vid, también, las SSTs de 17 de febrero de 1904, 19 de junio de 1915, 30 de septiembre de 1930, 28 de marzo de 1955 y 25 de septiembre de 1958.
- 6 Vid., en relación a esta sentencia, GUILARTE MARTIN-CALERO, C., «Prodigalidad. Diferencias entre la regulación originaria del Código y la actual. Legitimación para instar la declaración. Cuestión apreciable de oficio, requisitos del artículo 294 del Código Civil», *CCJC*, 1997, nº 44, págs. 501 y ss.
- 7 DIEZ-PICAZO, L. Y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil*, I, 11ª edic., Tecnos, Madrid, 2003, pág. 267; GETE ALONSO, M. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 2ª edic., Cívitas, Madrid, 1992, pág. 295; RODRIGUEZ-YN-YESTO VALCARCE, A., (*La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona*, Aranzadi, Madrid, 1990, págs. 72 y 76 a 79), para quien la prodigalidad no es causa de incapacitación, sino limitación de capacidad, que da lugar a la semi-capacidad variable.

- 8 GETE ALONSO, M.C., ob. cit., págs. 296 y 297; OSSORIO SERRANO, J. M., *La prodigalidad*, Montecorvo, Madrid, 1987, págs. 111 y 112.
- 9 ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, I, 16ª edic., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 273; BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, 5ª edic., Bercal, Madrid, 2011, pág. 130. En esta dirección, GORDILLO CAÑAS, A. ("Declaración de prodigalidad. La percepción de alimentos a cargo del demandado o la posibilidad actual de reclamárselos como presupuesto necesario de la misma", nº 17, 1988, pág. 613) se plantea cuál es, en realidad, la diferencia entre la incapacidad en sus formas más suaves y la simple limitación de la capacidad en que se hace consistir la prodigalidad. Por su parte, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (ob. cit., pág. 876) mantiene que la prodigalidad hoy no es causa típica de incapacidad, aunque produce en la esfera patrimonial del declarado pródigo unos efectos que pueden ser, en ciertos casos, muy semejantes a los que produciría en esa misma esfera una incapacidad, pero con la diferencia de que, mientras el pródigo siempre quedará sujeto a curatela (arts. 286.3 y 298 CC), en cambio el incapacitado puede, según los casos, quedar sujeto a tutela o a curatela. Para MONSERRAT VALERO, A. («La prodigalidad», RGLJ, 1985, págs. 898 a 902), el legislador ha excluido la prodigalidad de las causas de incapacidad por razones de técnica legislativa más que por razones de fondo.
- 10 Tras la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, únicamente procede hablar de concurso.
- 11 Artículo 38 CDF. Incapacitación «1. Nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial, que determinará la extensión y límites de la incapacidad, así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado. 2. Son causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. 3. La prodigalidad no tendrá otro efecto que el de ser causa de incapacidad cuando reúna los requisitos del apartado anterior. 4. El menor de edad podrá ser incapacitado cuando concurra en él causa de incapacidad y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad».
- 12 GUILARTE MARTIN CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 197. 13 *Vid.*, las SSTs 25 de marzo de 1942, 28 de marzo de 1955 y 2 de enero de 1990 (LA LEY 12721-R/1990).
- 14 DE CASTRO, F., ob. cit., pág. 340; ALBALADEJO, M., ob. cit., pág. 291; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., ob. cit., págs. 865 y 866; LETE DEL RIO, J. M., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, IV, T. IV, 2ª edic., Edersa, Madrid, 1985, págs. 452 y 453; SALVADOR CODERCH, P., «De la curatela en casos de prodigalidad», en *Comentarios a las reformas de nacio-*
- nalidad y tutela*, coordinados por M., AMOROS GUARDIOLA, M. y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Tecnos, Madrid, 1986 pág. 734; GETE ALONSO, M. C., ob. cit., pág. 299.
- 15 *Vid.* MAJADA, J., *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Bosch, Barcelona, 1985, págs. 203 y 204.
- 16 LETE DEL RIO, J. M., *Comentarios.....*, cit., pág. 453; MONSERRAT VALERO, A., ob. cit., pág. 884; FOLGADO FERNANDEZ, A., «La figura de la prodigalidad en el Código Civil después de la Ley de 24 de octubre de 1983», *Anuario Jurídico Escorialense*, Núm. XVI, 1984, págs. 25 y 26.
- 17 Como señala muy gráficamente LASARTE ÁLVAREZ, C. (*Principios de Derecho Civil I*, 18ª edic., Pons, Madrid, 2012, pág. 203), si los familiares citados no existen o, existiendo, no tienen derecho a alimentos «cada uno es libre de gastar o malgastar (en el estúpido bingo, por ejemplo) cuanto le venga en gana.... ».
- 18 *Vid.*, también la SAP Valencia, Secc.10ª, 11 Febrero. 2003 (LA LEY 29564/2003).
- 19 *Vid.*, también, la SAP de Guipúzcoa, Secc. 3ª, 28 junio 2007 (LA LEY 175776/2007).
- 20 *Vid.* O'CALLAGHAN, X, «La prodigalidad como institución de protección a la legítima», *RDP*, 1978, págs. 253 y ss; DIEZ-PICAZO, L. Y GULLON, A., ob. cit., pág. 248; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1987, pág. 205.
- 21 LETE DEL RIO, J. M., *Comentarios.....* cit., págs. 451 y 452; No obstante, este autor, con posterioridad (*Vid.* su *Derecho de la persona*, 3ª edic., Tecnos, Madrid, 1996, pág. 121), al analizar las diferencias existentes entre la anterior regulación de la prodigalidad y la vigente, destaca que en esta última ha variado el interés protegido, ya que antes «se pretendía evitar la disminución de lo que determinados parientes debían recibir en concepto de legítima, ahora lo que se trata de prevenir es que esos familiares no vean perjudicados su derecho a percibir alimentos».
- 22 En cuanto a la adecuación del contenido de la sentencia al *petitum* de la demanda, *vid.* OSSORIO SERRANO, J. M., ob. cit., pág. 164; DE CASTRO, F., ob. cit., pág. 344; GUILARTE MARTIN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 384.
- 23 OSSORIO SERRANO, J.M., ob. cit., pág. 163; RODRIGUEZ-YNYES TO VALCARCE, A., ob. cit., pág. 324.
- 24 *Vid.* la SAP Guipúzcoa, Secc. 3ª, 28 junio 2007 (LA LEY 175776/2007).
- 25 En los mismos términos se manifestaba el art. 242.2 del Código de Familia catalán, Ley 9/1998, de 15 de julio.
- 26 FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, M., *La Prodigalidad en la Ley 13/1983, de 24 de octubre*, Documentación Jurídica, Tomo XI, Enero/Marzo, 1984, 41, págs. 72 y 73; ALBACAR, J., Y MARTIN-GRANIZO: *Código Civil Doc-*

- trina y Jurisprudencia*, Tomo I, vol. 2º, 4ª edic., Madrid, Trivium, 1995, págs. 1978 y 2001.
- 27 FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, M., ob. cit., pág. 73.
- 28 OSSORIO SERRANO, J. M., ob. cit., pág. 185; MORENO QUESADA, B., *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, cit., pág. 312; GETE ALONSO, M.C., ob. cit., pág. 323. También SALVADOR CODERCH, P., (ob. cit., págs. 751 y 752), para quien el art. 298 CC (hoy art.760.3 LEC) es una norma especial en relación al 290 y, en este sentido, excluye su aplicación. La interpretación de que cuando la sentencia no determine los actos que precisen la intervención del curador podrá aplicarse el criterio del art. 290, convertiría en inútil la regla del art. 298. En la misma dirección PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., ob. cit., pág. 913 y GUILARTE MARTIN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad gradual*, cit., pág. 384.
- 29 OSSORIO SERRANO, J. M., ob. cit., págs. 183 y 186; PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., ob. cit., pág. 914
- 30 OSSORIO SERRANO, J. M., ob. cit., pág. 169; GETE ALONSO, M. C., ob. cit., págs. 328 y 329; MONSERRAT VALERO, A., ob. cit., pág. 903.
- 31 OSSORIO SERRANO, J. M., ob. cit., pág. 170.
- 32 ALBALADEJO, M., ob. cit., pág. 291.
- 33 Sobre esta cuestión en particular, *vid.* ECHEVARRÍA DE RADA, T., «Reflexiones en torno al alcance de la declaración de prodigalidad en el ámbito personal y patrimonial», *BIMJ*, 15 marzo 1998, núm. 1817, págs. 584 y ss.
- 34 En esta dirección, *vid.* MONSERRAT VALERO, A., ob. cit., pág. 908.
- 35 LINACERO DE LA FUENTE, M., *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Montecorvo, Madrid, 1990, pág. 69.
- 36 Hablamos del contenido patrimonial de la patria potestad, y no de la privación de la patria potestad puesto que ésta no es objeto propio de la declaración de prodigalidad, sin perjuicio de que la prodigalidad pueda alegarse como prueba del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad en un procedimiento dirigido a tal privación (art. 170 CC). Al respecto, *vid.* GETE ALONSO, M.C., ob. cit., pág. 326, y VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, pág. 138.
- 37 OSSORIO SERRANO, J. M., ob. cit., pág. 171; GETE ALONSO, M.C., ob. cit., págs. 329 y 330.
- 38 OSSORIO SERRANO, J.M., ob. cit., págs. 171 y 172. Por su parte, GETE ALONSO, M. C. (ob. cit., pág. 330) se pronuncia a favor de la segunda de las posibilidades citadas.
- 39 GETE-ALONSO y CALERA, M. C., ob. cit., pág. 330. Por su parte, el antiguo art. 225 otorgaba al tutor del pródigo la administración de los bienes de los hijos que el pródigo hubiera tenido en anterior matrimonio. Esta atribución legal se justificaba porque, al tratarse de hijastros del cónyuge del pródigo, era necesario adoptar ciertas precauciones (OGAYAR y AYLÓN, T., «La prodigalidad», en *Estudios de Derecho Civil, en Honor del Profesor CASTAN TOBEÑAS*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, págs. 281 y 282).
- 40 OSSORIO SERRANO, J.M., ob. cit., pág. 172.
- 41 ALBALADEJO, M., ob.cit., pág. 292. En el mismo sentido, PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., ob. cit., pág. 905.
- 42 GUILARTE MARTIN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad gradual*, cit., págs. 387, 388, 391 y 392.
- 43 MONSERRAT VALERO, A., ob. cit., págs. 904 y 908.
- 44 En este sentido, *vid.* ALBALADEJO, M., ob. cit., pág. 292; FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, M., ob. cit., pág. 55.
- 45 Así, para SALVADOR CODERCH, P. (*Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 853) negar la posibilidad de que la sentencia pueda referirse directamente a esa esfera patrimonial familiar, adoptando las medidas oportunas, ocasionaría el circuito inútil de un segundo litigio sin mayores garantías que el que establece la limitación de capacidad por prodigalidad.
- 46 BERCOVITZ y RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1072. Más adelante, este autor (págs. 1124 y 1125) subraya que el art. 167, máximo exponente, por lo que al Proyecto del Gobierno se refiere, del principio de intervención judicial sobre la esfera patrimonial de la patria potestad, vio reducida su importancia como consecuencia de la modificación introducida en el apartado 3º del art. 158 durante la tramitación parlamentaria del Proyecto, permitiendo la intervención del juez, a instancias de las mismas personas enumeradas en aquél, para dictar las disposiciones oportunas «a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios». Para CASTAN VAZQUEZ, J., (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. III, vol., 2º, Edersa, Madrid, 1982, pág. 167, nota 7), el art. 158 CC parece contemplar peligros y perjuicios para la persona, toda vez que los peligros para el patrimonio del menor están previstos en el art. 167.
- 47 *Vid.* LINACERO DE LA FUENTE, M., (ob. cit., pág. 149), quien, en contra de alguna opinión favorable a la supresión del art. 167 CC (*Vid.* PRADA GONZÁLEZ, J., «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *RDN*, enero-marzo 1982, pág. 483), sostiene que el citado artículo no es un precepto superfluo, puesto que se sitúa en una línea de mayor protección del patrimonio del menor que los amplios términos del art. 158 CC podían hacer olvidar.
- 48 No obstante, antes de la reforma ya se había admitido, aunque con carácter excepcional, la posibilidad de una actuación judicial de oficio en este ámbito. *Vid.* BERCOVITZ y RODRIGUEZ-CANO, R., ob. últimam. cit., pág. 1072.



De nuevo sobre la incapacitación judicial y la adecuación de los regímenes de guarda tradicionales

EVA MARÍA MARTÍN AZCANO

*Profesora de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos*



FICHA TÉCNICA

«Once again on judicial incapacity and the suitability of traditional guardianship arrangements»

Resumen: Uno de los principios que presiden la Convención de Nueva York del 2006 es el de salvaguarda de la autonomía de las personas con discapacidad, que supone que la facultad de autodeterminación de éstas debe constreñirse exclusivamente cuando el no hacerlo represente un grave riesgo para sus intereses; es más, incluso entonces, debe involucrarse al interesado en el proceso de toma de decisiones que le afecten, en la medida de lo posible. En línea con lo anterior, cuando las circunstancias de una persona determinen la conveniencia de su incapacitación, pero la limitación de sus facultades no sea total, nuestro Tribunal Supremo entiende que, de entre los previstos en el ordenamiento español para la guarda de incapaces, el régimen de la curatela es el más apropiado, ya que completa la capacidad del interesado preservando su iniciativa.

Palabras clave: Incapacitación judicial, procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, autonomía de las personas con discapacidad, sustitución en la toma de decisiones, apoyo o asistencia en la toma de decisiones, curatela, privación del derecho de sufragio activo.

Abstract: One of the principles of the New York Convention of 2006 is the safeguarding of the independence of persons with a disability, which means that the power of self-determination of these people should only be curtailed where not to do so would represent a serious risk to their interests; furthermore, even in this eventuality, the interested party should be involved in the making those decisions that affect them, in so far as this is possible. In line with the foregoing, where the circumstances of a person are such that he/she ought to be incapacitated, but his/her powers have not been completely curtailed, our Supreme Court understands that, out of the methods envisaged in the Spanish legal system for the protection of persons incapable, guardianship is the most appropriate, given that it completes the capacity of the interested party whilst upholding his/her initiative.

Keywords: Judicial incapacity, modification of legal capacity, Convention on the rights of persons with disabilities, independence of persons with disabilities, replacement in making decisions, support or assistance in making decisions, guardianship, removal of the right to vote.

N. de A: Este trabajo se integra en la actividad desarrollada por el Grupo de Investigación «Familia y Derecho» (FYDE), 2013-198, de la Universidad Rey Juan Carlos.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EN BUSCA DEL EQUILIBRIO ENTRE LOS PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN Y AUTONOMÍA

- III. EL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN: SU CONGRUENCIA CON LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK
- IV. LA CURATELA COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN IDÓNEA

- V. PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO
- VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN

La STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 24 de junio de 2013 (LA LEY 92052/2013) pone fin al procedimiento de modificación de la capacidad de obrar de D. Camilo, iniciado mediante escrito del Ministerio Fiscal en el que se solicitaba la fijación precisa de su capacidad de obrar y el establecimiento de los medios de apoyo que se considerasen idóneos. El interesado, a través de su procuradora, contestó a la demanda, suplicando al Juzgado que se dictase sentencia desestimatoria de la demanda.

La SJPI núm. 1 de O Barco de Valdeorras de 15 de octubre de 2010 declaró a D. Camilo incapacitado para regir su persona y bienes, así como para ejercer el derecho de sufragio activo, sometiéndole a tutela. Al mismo tiempo, a la vista del conflicto de intereses entre el demandado y sus hermanos consecuencia del haber hereditario pendiente de división, de las divergencias entre éstos en relación con la situación personal y patrimonial del interesado y a la forma de afrontarla, y de la mala relación entre el único hermano que estaba dispuesto a asumir la tutela y los demás, señaló como representante de D. Camilo a la entidad FUNGA.

D. Camilo apeló la sentencia de instancia, por entender que la discapacidad que padecía no le impedía gobernar su persona y bienes. Por su parte, el Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición, interesó la confirmación de la sentencia apelada; sin embargo, en la vista de alzada, modificó su postura y solicitó el sometimiento del demandado a curatela.

La SAP de Ourense (Sección 1.ª) de 27 de febrero de 2012 declaró «no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Camilo contra la sentencia de fecha 15 de octubre de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de O Barco de Valdeorras, en autos de incapacidad núm. 192/2010, rollo de Sala 112/2011, resolución que se mantiene en sus propios términos». Igualmente, desestimó la petición del Ministerio Fiscal, al considerar que «las limitaciones que padece el demandado exigen acudir a la tutela».

La representación procesal del demandado y el Ministerio Fiscal interpusieron sendos recursos de casación por infracción de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y de los arts. 199, 200 y 287 del Código Civil, en relación con los arts. 10, 14, 23 y 96

de la Constitución española. En concreto, los recurrentes alegaron una «clara desproporcionalidad» entre la medida adoptada en la sentencia –la tutela– y las circunstancias del interesado, en cuanto que los informes periciales no hacían referencia a una limitación total de sus facultades, único caso en que procedería la incapacidad general y la instauración de la tutela.

El Tribunal Supremo limita el alcance de la incapacidad y –como ya hiciera en su sentencia de 11 de octubre de 2012– opta por la aplicación de la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención de Nueva York, «desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad». A su vez, entiende que carece de justificación la decisión de privar a D. Camilo de su derecho de sufragio activo, puesto que nada apunta a que esté impedido para ejercerlo correctamente.

II. EN BUSCA DEL EQUILIBRIO ENTRE LOS PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN Y AUTONOMÍA

Los Códigos civiles decimonónicos –basándose en la concepción social del enfermo mental como sujeto indeseable y peligroso, fruto, a su vez, de la consideración por la psiquiatría de finales del siglo XIX y principios del XX de la enfermedad mental como incesante e incurable–, preveían, como única solución posible a la situación de las personas afectadas por trastornos psíquicos, rígidos sistemas de incapacidad, que, prácticamente, determinaban la muerte civil.

En la década de los años sesenta del siglo XX, comienza a difundirse en Europa una concepción de la enfermedad mental distinta de la que había constituido el fundamento de tales regulaciones; nos referimos a la denominada antipsiquiatría inglesa, que propone una nueva lectura del trastorno mental en términos psicológicos y no patológicos, y que atribuye un papel determinante al factor socio-ambiental en la génesis y desarrollo de la enfermedad mental. Esta corriente de pensamiento concibe el sufrimiento psíquico no como una condición definitiva e irreversible, sino como un estado transitorio y, a menudo, susceptible de curación, pero entiende que la recuperación del enfermo es imposible en régimen de segregación o marginación. En coherencia con ello, recomienda la eliminación de los manicomios (por entender que no hacían sino agravar el padecimiento de los individuos), la reinserción de los enfermos mentales en la sociedad y el empleo de tratamientos orientados a restituir progresivamente al individuo espacios de autonomía y responsabilidad.

Pese a que ya entonces comenzó a demandarse la revisión general de los institutos de tutela —que se revelaban insuficientes y, a menudo, desproporcionados—, salvo alguna excepción, los ordenamientos europeos no afrontaron la reforma de su sistema de guarda de incapaces hasta los años 80. A partir de ese momento, se aprecia una tendencia generalizada en la búsqueda de los instrumentos jurídicos que garanticen a este colectivo el justo equilibrio entre sus exigencias de protección y autonomía, es decir, capaces de procurarles el amparo que requieren, pero comprimiendo al mínimo sus derechos y posibilidades de actuación, y potenciando el desarrollo de sus capacidades, por limitadas que sean.

Constituyen prueba de lo expuesto la Ley francesa 1968-5, de 3 de enero de 1968, modificada e completada por la Ley 2007-308, de 5 de marzo de 2007, de reforma de la protección jurídica de las personas mayores, vigente desde el 1 de enero de 2009; la austriaca, Ley 136/1983, de 2 de febrero, intitulada «*Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen*»; la «*Betreuungsgesetz*» alemana, de 12 de septiembre de 1990, en vigor desde el 1 de enero de 1992; la italiana, Ley de 9 de enero de 2004, núm. 6, de «*Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I.º, 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, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali*»; o la inglesa, *Mental Capacity Act 2005*.

En nuestro país, la primera modificación importante en este ámbito vino de la mano de la **Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela**, con la que se trató de suavizar el rígido sistema de salvaguarda de incapaces regulado por el Código Civil de 1889, adaptándolo a los criterios establecidos en la Constitución española de 1978, que reclamaba para las personas vulnerables una protección que no atentase contra su dignidad o derechos inviolables, y que, al mismo tiempo, estuviese dirigida al libre desarrollo de su personalidad (arts. 10.1 y 49 CE).

A partir de los años 80, se aprecia una tendencia generalizada en la búsqueda de los instrumentos jurídicos que garanticen a los incapaces un justo equilibrio entre sus exigencias de protección y autonomía

La principal aportación de la Ley 13/1983 fue la sustitución del rígido sistema de incapacitación heredado del Código napoleónico —que preveía idénticos efectos para todo incapacitado, independientemente del grado

de discernimiento que presentase cada uno— por otro que permitía adaptar la extensión de la incapacidad declarada a las concretas circunstancias del destinatario de la medida. A tal efecto, haciendo propia la doctrina de la importante STS de 5 de marzo de 1947¹ —que puso de manifiesto la falta de adecuación de las instituciones de guarda previstas en el Código Civil a la realidad social del momento y, en coherencia con ello, decidió ajustar el alcance de la tutela a intensidad de la perturbación del interesado—, incorporó a nuestro ordenamiento dos nuevos órganos de protección: el curador y el defensor judicial.

Al mismo tiempo, por obra de esta norma, el Código Civil pasó de enumerar taxativamente las causas de incapacitación —locura, sordomudez analfabeta, prodigalidad e interdicción civil del penado— a brindar un concepto amplio de las mismas, en el que pudieran tener cabida las situaciones que se planteasen en la práctica; en concreto, desde entonces, su art. 200 dispone que «*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*».

Asimismo, se abandonó el régimen de tutela familiar (donde la supervisión de la actuación del tutor se llevaba a cabo por el protutor y el Consejo de familia), estableciéndose el de tutela de autoridad, en cuya virtud los órganos de guarda quedan sometidos a la supervisión de la autoridad judicial.

Finalmente, el art. 2.2 de la Ley 13/1983 derogó el Decreto de 3 de julio de 1931, que posibilitaba el internamiento de los enfermos mentales cuando así se aconsejaba por prescripción facultativa y mediaba conformidad por escrito del pariente, representante legal o persona con la conviviera el enfermo. Desde aquel momento, para internar a una persona en un centro de salud mental, se requiere previa autorización judicial, salvo en caso de urgencia, aunque, incluso en ese supuesto, debe darse traslado al Juez competente antes de que transcurran 24 horas para que ratifique el internamiento.

Por lo que se refiere a la interdicción civil del penado, el art. 2 de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, la hizo desaparecer del Código penal, y la Ley 6/1984, de 31 de marzo, eliminó cualquier referencia a la misma del Código Civil.

Con posterioridad, 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, además de colmar el vacío legal que excluía de cualquier protección a un amplio número de per-

sonas, que, pese a presentar limitaciones merecedoras de un tratamiento especial, quedaban fuera del ámbito subjetivo del Código Civil —bien porque no concurría en ellas causa de incapacidad, bien porque, concurriendo, no hubieran sido declaradas incapacitadas—, introdujo alguna modificación importante en el campo que nos ocupa; en concreto, incorporó a nuestro ordenamiento las figuras de la autotutela y de los poderes preventivos, y dio entrada a la denominada autoincapacitación.

Por último, la disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, ordenó al Gobierno remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacidad judicial, que —al objeto de adaptarse a las previsiones de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad— deberán pasar a denominarse **procedimientos de modificación de la capacidad de obrar**, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor; prescripción que, a día de hoy, sigue sin cumplirse.

III. EL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN: SU CONGRUENCIA CON LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

La incapacidad constituye un estado civil de la persona, consecuencia de la ineptitud de ésta para regir sus propios actos. Supone la restricción de su capacidad de obrar (nunca de la capacidad jurídica), que exige su sometimiento a un régimen de guarda.

Para que una persona pueda ser incapacitada, debe presentar una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impida gobernarse por sí misma (art. 200 CC). Según ha declarado el Tribunal Supremo, «en términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanente y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta» (STS, Sala de lo Civil, 31 diciembre 1991).

La persistencia de la deficiencia supone su «permanencia firme y constante» (STS, Sala de lo Civil, 10 febrero 1986) o, lo que es lo mismo, su «proyección de futuro», es decir, «que la situación tienda a estabilizarse o empeorar» (STS, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2002. Ahora bien, eso no implica que haya de manifestarse de forma continua; «si la enfermedad es persistente con posibilidad de repetición, han de adoptarse las medidas necesarias en defensa de su persona y bienes de modo continuo y estable» (STS, Sala de lo civil, 26 julio

1999), ya que lo que el art. 200 del Código Civil toma en consideración es «la existencia de enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia de no posibilidad de gobierno personal se produzca, dado que esta circunstancia se ha de considerar en el momento de determinar la extensión y los límites de la incapacidad, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado» (STS, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986).

Además de la enfermedad, el art. 200 del Código Civil requiere que ésta «impida a la persona gobernarse por sí misma»; según la STS (Sala de lo Civil, Secc. 1.ª) de 14 de julio de 2004, «el autogobierno se concibe como la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no sólo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guarda de la propia persona, o, como dice un autor, “el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial”. Desde el punto de vista médico se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intenciones, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de 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 y autocuidado)». Tal situación de inidoneidad natural para regir su persona y administrar y disponer de sus bienes debe quedar debidamente acreditada.

Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, «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 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 incapacidad 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» oportunos (STC, Sala Segunda, de 9 octubre de 2002)². En la actualidad, el procedimiento de incapacidad se regula en los arts. 756 a 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil,

cuya disposición derogatoria única (apdo. 2.1.º) dejó sin contenido los arts. 202 a 214 del Código Civil.

Con la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, un importante sector doctrinal y asociativo se ha apresurado a proclamar que el sistema de incapacitación español vulnera frontalmente los postulados de la mencionada norma

Podrán incoar el proceso 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 (art. 757.1 LEC). Si las personas antes mencionadas no lo hacen o no existen, la Ley rituaría atribuye al Ministerio Fiscal el deber de promover la declaración (art. 757.2 LEC); a tal efecto, dispone que cualquier persona está facultada para poner su conocimiento los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Por su parte, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 757.3 LEC).

De acuerdo con el art. 758 de la Ley procesal, la legitimación pasiva corresponderá a la persona a la que se pretende incapacitar, que intervendrá en el proceso compareciendo con su propia defensa y representación, a través de un defensor judicial si el Ministerio Fiscal hubiese iniciado el procedimiento y siendo defendida por el Ministerio Público en los restantes supuestos.

Conforme al art. 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en todo proceso de incapacitación, además de las pruebas que soliciten el Ministerio Fiscal y las demás partes, y de las que el Tribunal decreta de oficio (art. 752 LEC), deberán llevarse a cabo las siguientes:

– Audiencia a los parientes más próximos del presunto incapaz. Lo que se pretende con esta exigencia es que el Juez pueda conocer el criterio de las personas más próximas al presunto incapaz, *«lo que resulta decisivo, tanto para la propia declaración de incapacitación, su extensión y límites, como para el establecimiento del régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado»* (STC, Sala Segunda, de 9 octubre de 2002). Obviamente, queda excluido del trámite de audiencia aquel pariente que haya promovido el proceso, *«pues con la formulación de su demanda ya está dando explícitamente a conocer al Juez cuál es su criterio acer-*

ca de dicho extremo» (STS, Sala de lo Civil, 30 diciembre 1995).

– Examen del presunto incapaz. *«La presencia ante el Tribunal, del demandado de incapacitación, constituye, no solamente un valioso dato probatorio, sino una garantía, en prevención de abusos y maquinaciones, por una parte y, por otra, de una meditada decisión constitutiva de una situación en una materia no absolutamente perteneciente a la Medicina o a la Psiquiatría, sino que científicamente, es un problema multidisciplinario y humanamente inserto en criterios sociales carentes de rigurosa fijación. Por ello se busca que el Juez o Tribunal no describan hechos, como en las pruebas de reconocimiento judicial o inspección ocular, sino que emitan una opinión, con el valor que la opinión del juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren, pero se abstienen, prudentemente, de definir»* (SSTS, Sala de lo Civil, 20 febrero 1989 y 9 junio 1997).

– Práctica de la pericial pertinente en relación con las pretensiones de la demanda, que, normalmente, consistirá en el reconocimiento del presunto incapaz por un médico psiquiatra.

Tales pruebas, *«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»* (STC, Sala Segunda, 9 octubre 2002). Sin embargo, ese carácter preceptivo no las confiere eficacia vinculante (STS, Sala de lo Civil, 16 marzo 2001).

Según el art. 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia que ponga fin al proceso determinará:

– La extensión y límites de la incapacitación. Eso supone que debe situar al sujeto en el concreto grado de incapacidad que corresponda a sus circunstancias (STS, Sala de lo Civil, 19 mayo 1998); en otras palabras, es graduable.

– El régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Obviamente, la limitación de capacidad que padece el incapacitado ha de ser suplida o completada por otra persona; en concreto, cuando el interesado carezca absolutamente de capacidad de autogobierno, se instaurará la tutela, mientras que, cuando su grado de discernimiento no determine su total inhabilidad para gobernarse, quedará sometido a curatela.

El tutor es el representante legal del incapacitado, de manera que podrá realizar por él cualquier acto, salvo aquellos que el interesado pueda realizar por sí solo, ya

sea por disposición expresa de la sentencia de incapacidad o de la ley (art. 267 CC). En relación a esto último, téngase en cuenta que, en el sistema jurídico español se permite a los incapacitados realizar por sí mismos un buen número de actos; así, por ejemplo, pueden adquirir la posesión de los bienes (art. 443 CC), aceptar donaciones puras (art. 626 CC), contraer matrimonio (art. 56, pfo. 2.º, CC), otorgar testamento (art. 665 CC), reconocer hijos no matrimoniales (art. 121 CC) u otorgar capitulaciones matrimoniales (art. 1130 CC). Igualmente, al tutor le corresponde la administración ordinaria de los bienes del tutelado (art. 270 CC); sin embargo, para realizar actos que excedan de ella o del cuidado normal de la persona, requiere de autorización judicial, bajo sanción de nulidad (art. 271, en relación con el 6.3, CC).

Por su parte, el curador *«no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección»* (STS, Sala de lo Civil, 31 diciembre 1991). Según el art. 289 del Código Civil, *«La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido»*. Si la sentencia de incapacidad 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 autorización judicial, es decir, para los actos de administración extraordinaria (art. 290 CC).

– La necesidad o no de internamiento del interesado.

– Si en la demanda se hubiera solicitado el nombramiento de la persona o personas que deban asistir o representar al incapacitado, la sentencia designará a aquélla o aquéllas.

La sentencia tiene carácter constitutivo –es decir, representa el título de atribución del nuevo estado civil que recae sobre la persona (STS, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 1998)- y sus efectos se producen *ex nunc* –desde la firmeza en adelante, nunca retroactivamente—. En este sentido, la STS (Sala de lo Civil) de 23 noviembre de 1981 afirmó que *«los actos efectuados por el incapaz antes de que la incapacidad sea judicialmente declarada»* son válidos, *«a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad»* de los mismos.

Por último, debemos advertir que la incapacidad no produce efectos de cosa juzgada, de forma que, sobrevenidas nuevas circunstancias, podrá instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacidad ya establecida (art. 761.1 LEC). Y, *«si es posible que una declaración de*

incapacidad, ya judicialmente constatada, pueda quedar sin efecto o modificarse por el advenimiento de nuevas circunstancias, es claro, que cuando esa incapacidad no se ha acordado, también, es posible que la parte interesada, pueda instar nuevo proceso, si sobrevienen nuevas circunstancias determinantes de dicha incapacidad» (STS, Sala de lo Civil, 28 julio 1998).

Con la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 –vigente en España desde el 3 de mayo de 2008-, un importante sector doctrinal y asociativo se ha apresurado a proclamar que el sistema expuesto vulnera frontalmente los postulados de la mencionada norma; en concreto, se ha señalado que *«la configuración tradicional de la incapacidad, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones»*, lo que representa una clara conculcación de la dignidad de la persona incapaz. Asimismo, en cuanto supone aplicar un tratamiento a los que tienen capacidad y otro distinto a los que carecen de autogobierno, se colige que la incapacidad constituye una flagrante violación del principio de igualdad. En coherencia con ello, se impone la necesidad de reformar el sistema actual y de adoptar *«una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar»*³.

A este respecto, la STS (Sala de lo Civil, Pleno) de 29 de abril de 2009 ha opuesto que –como se ha visto–, ya desde la STS de 5 de marzo de 1947, *«se viene sosteniendo por la jurisprudencia y la doctrina que la incapacidad sólo es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales del individuo y que nunca podrá discutirse la cualidad de persona del sometido a dicho sistema de protección»*. *«Todas las personas –continúa la resolución–, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica»*, de forma que *«la incapacidad al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado»*. De otro lado, *«la incapacidad no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos*

como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada». Esta interpretación —concluye el Supremo— «hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente».

IV. LA CURATELA COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN IDÓNEA

Partiendo de lo anterior, la STS de 24 de junio de 2013 afirma que, dadas las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta, la incapacitación de una persona debe llevarse a cabo siguiendo siempre un criterio restrictivo. Eso supone que la incapacitación total procederá exclusivamente cuando su establecimiento resulte imprescindible para asegurar la adecuada protección del interesado (STS, Sala de lo Civil, Pleno, 29 abril 2009); en los restantes casos, «lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones», al objeto de «proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos» que se establezcan, tal y como establece el art. 12 de la Convención (STS, Sala de lo Civil, Secc. 1.ª, 24 junio 2013).

La STS de 24 de junio de 2013 afirma que, dadas las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta, la incapacitación de una persona debe llevarse a cabo siguiendo siempre un criterio restrictivo

En tales hipótesis, para adoptar la medida más favorable al interés del afectado, ha de tenerse en cuenta, «como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permitan hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención».

De la prueba practicada en el proceso se deduce que el demandado padece una esquizofrenia paranoide, no tiene conciencia de su enfermedad, se niega a recibir tratamiento psicofarmacológico y requiere de apoyo en la administración y manejo de dinero. No obstante, los informes periciales no sólo no hablan de limitación total de sus facultades, sino que ni siquiera contienen referencia a su supuesta inhabilidad para gobernarse por sí mismo; al contrario, sostienen que siempre se ha encargado de atender sus propios asuntos.

En opinión del Supremo, esta situación «no permite mantener un mismo status del que se disfruta en un régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula». En consecuencia, determina la necesidad de someter a D. Camilo a «una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas», para lo cual estima suficiente acudir al régimen de la curatela, aunque —eso sí— «reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad»⁴. Una solución distinta —concluye—, no va a repercutir en mejorar su modo de vida, puede apagar su arte y no garantizará la toma de la medicación que sea precisa, de manera que carece de sentido hacerlo de forma coactiva.

La sentencia especifica que, en la esfera personal, el demandado «requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo)».

Parece, pues, que la reiterada «reinterpretación» consiste en extender el alcance de la curatela a la esfera personal del incapacitado; cosa que, según algunos, resulta factible, puesto que el art. 289 del Código Civil determina que «tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido»⁵, mientras que, para otros, constituye una indeseable distorsión de la institución y, por ende, de la seguridad del tráfico jurídico⁶. Desde este último punto de vista, cuando el incapacitado resulta in-

hábil para regir su persona, debe someterse a tutela, lo que automáticamente le excluye del proceso de toma de decisiones, en contra de las recomendaciones de la Convención; téngase en cuenta que, en el Código español, el tutor sustituye al tutelado en todo caso, no cabe que pueda representarle o simplemente asistirle, según convenga.

Otro tanto tiene lugar cuando el interesado, siendo hábil para realizar actos personales y requiriendo un mero complemento para muchos de los patrimoniales, necesita ser sustituido en algún acto concreto, ya que el curador no representa a la persona a la que asiste.

Esta falta de versatilidad de los regímenes de guarda tradicionales aconseja –según cierto sector doctrinal y asociativo– acometer una reforma del sistema español, en orden al establecimiento de «*las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*» (art. 12.3 Convención). En este sentido, las propuestas oscilan desde la modificación de las instituciones existentes hasta la completa sustitución del sistema de incapacidad, pasando por la incorporación de una figura –similar a la del *betreuer* alemán o del *amministratore di sostegno* italiano– que se sitúe a medio camino entre el tutor y el curador⁷.

V. PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO

Por último, la STS de 24 de junio de 2013 se refiere a la que –en palabras de DE PABLO CONTRERAS⁸– constituye, prácticamente, **una cláusula de estilo en los casos de sometimiento a tutela**: la privación del derecho de sufragio activo del incapacitado.

El art. 23.1 de la Constitución señala que «*Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal*». Según la STC (Sala Segunda) de 17 de julio de 1995, este precepto «*garantiza un derecho de participación que puede ejercerse de dos formas distintas, bien directamente, bien por medio de representantes*». La participación directa «se alcanza a través de las consultas populares previstas en la propia Constitución (arts. 92, 149.1.32, 151.1, 152.2, 167.3 y 168.3)».

La intervención «*por medio de representantes*» no es otra cosa que el derecho de sufragio activo, derecho fundamental «*en que se encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el art. 1 y es la forma de ejercitar la soberanía que el mismo precepto*

consagra que reside en el pueblo español. Por eso, la participación en los asuntos públicos a que se refiere el art. 23 es en primera línea la que se realiza al elegir los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo, según el art. 66 de la Constitución y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el art. 137 de la Constitución» (STC, Sala Segunda, 17 julio 1995).

Según establece la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en su art. 2.1, el derecho de sufragio activo corresponde a todos los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en alguno de los supuestos previstos en su art. 3. En lo que aquí nos interesa, conforme a los apartados b) y c) de ese precepto, carecen de él «*Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio*», y «*Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio*». A tal efecto, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacidad o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio, y, en el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil, para que se proceda a la anotación correspondiente (art. 3.2 LOREG).

Tal y como apunta el Tribunal Supremo en la resolución que analizamos, de lo anterior se deduce que «*la pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacidad y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente*». Por tanto, **corresponde al Juez que esté conociendo del procedimiento de incapacidad «analizar y valorar la situación** de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal».

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, nada indica que el interesado «*no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que deriva de su estado*». En coherencia con ello, la sentencia concluye

que en ningún caso queda afectado el derecho de sufragio activo, del que Don Camilo se vio privado sin justificación alguna.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, Sala Segunda, 17 julio 1995, rec. 773/1993
- STC, Sala Segunda, 9 octubre 2002, rec. 1401/2000
- STC, Sala Primera, 14 febrero 2011, rec. 3493/2007
- STS 5 marzo 1947
- STS, Sala de lo Civil, de 23 noviembre de 1981
- STS, Sala de lo Civil, 10 febrero 1986
- STS, Sala de lo Civil, 20 febrero 1989
- STS, Sala de lo Civil, 31 diciembre 1991, rec. 2672/1989
- STS, Sala de lo Civil, 30 diciembre 1995, rec. 2240/1992
- STS, Sala de lo Civil, 9 junio 1997, rec. 2931/1995
- STS, Sala de lo Civil, 27 enero 1998, rec. 1946/1997
- STS, Sala de lo Civil, 19 mayo 1998, rec. 1369/1995
- STS, Sala de lo Civil, 28 julio 1998, rec. 1351/1994
- STS, Sala de lo civil, 26 julio 1999, rec. 206/1995
- STS, Sala de lo Civil, 16 marzo 2001, rec. 2861/1998
- STS, Sala de lo Civil, 20 noviembre 2002, rec. 3854/1999
- STS, Sala de lo Civil, Secc. 1.ª, 14 julio 2004, rec. 584/2000
- STS, Sala de lo Civil, Pleno, 29 abril 2009, rec. 1259/2006
- STS, Sala de lo Civil, 11 octubre 2012, rec. 262/2012

STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 24 junio 2013, rec.1220/2012

SAP Ourense, Sección 1.ª, 27 febrero 2012, rec. 112/2011

SJPI O Barco de Valdeorras, núm. 1, 15 octubre 2010

NOTAS

- 1 Reiterada por las SSTs de 13 de mayo de 1960, 25 de marzo de 1961, 17 de abril de 1965 y 6 de febrero de 1968.
- 2 En idéntico sentido, la STC, Sala Primera, de 14 de febrero de 2011.
- 3 Esta es la argumentación, por ejemplo, del Ministerio Fiscal en el caso resuelto por la STS (Sala de lo Civil, Pleno) de 29 de abril de 2009.
- 4 La misma puntualización se realiza en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 11 de octubre de 2012.
- 5 GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», en *RDP*, 1984, pág. 797. En la misma línea, la STS (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre de 1991 afirmó que el curador «*presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial*».
- 6 Ésta es, por ejemplo, la postura del Ministerio Fiscal en el caso resuelto por la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 11 de octubre de 2012. En el mismo sentido se pronuncia SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª, *Instituciones de Derecho Privado*, coord. por Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL, T. IV, vol. 2.º, Civitas, Madrid, 2002, pág. 530.
- 7 Vide, por todas, PEREÑA VICENTE, M., «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacidad?», en *Diario La Ley*, núm. 7691, 9 de septiembre de 2011, disponible en www.laleydigital.es.
- 8 «La incapacidad en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 3 (2009), Dykinson, Madrid, 2010, pág. 577.

Diversos intereses confluyentes en el ejercicio de la acción de divorcio por los tutores

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a,
de 21 de septiembre de 2011

MARÍA NÚÑEZ NÚÑEZ

Profesora Titular I. de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos



FICHA TÉCNICA

«Various simultaneous interests in the exercise of a divorce action by the guardians»

Resumen: La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, n.º625/2011, de 21 de septiembre —para la cual se reunió el Pleno de la Sala dada la importancia y controversia suscitada por la cuestión a resolver— dio respuesta a un tema muy controvertido, la legitimación de los tutores para el ejercicio de una acción de divorcio en representación de las personas incapacitadas sujetas a su tutela. Con base en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre del año 2000 (núm. 311/2000), el Tribunal Supremo reconoce legitimación a los tutores para interponer esta acción de divorcio siempre que, por sus condiciones, el incapacitado no pueda actuar por sí mismo y quede demostrado el interés de la persona sometida a tutela, impidiendo, de esta forma, que las personas incapacitadas queden desprovistas de protección en este ámbito jurídico. No obstante, esta sentencia permite hacerse otros planteamientos tales como si el único interés presente en el ejercicio de esta acción será siempre el de la persona incapacitada.

Palabras claves: incapacitación, divorcio, interés del incapacitado, derechos hereditarios

Abstract: The Judgement of the Supreme Court, First Chamber, Civil Division, no. 625/2011 of 21 September—for which a Plenary Session of the Chamber was held given the importance and controversy arising from the matter to be resolved—provided an answer to a very controversial issue, which is the legitimacy of the guardians to bring divorce proceedings on behalf of the incapable persons for whom they act. On the basis of the Judgement of the Constitutional Court of 18 December 2000 (311/2000), the Supreme Court acknowledged the legitimacy of the guardians to bring an action for divorce provided that, given his/her condition, the incapable person was unable to act for him/herself and the interest of the person subject to guardianship is established, thereby preventing incapable persons from being deprived of protection in this legal area. However, this judgement allows other questions to be raised such as whether the only interest present in the exercise of this action will be always that of the incapable person.

Keywords: incapacity, divorce, interest of the incapable person, hereditary rights.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA LEGITIMACIÓN DEL TUTOR PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO CORRESPONDIENTE AL TUTELADO
- III. POSIBLES INTERESES EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO POR EL TUTOR. SITUACIONES QUE PUEDEN DARSE EN LA PRÁCTICA

I. INTRODUCCIÓN

En autos de la STS de 21 de septiembre de 2011, nos encontramos ante una situación que puede darse no pocas veces en la práctica. Una mujer, casada, sufre un grave accidente que le ocasiona unas secuelas permanentes quedando en situación de coma; es incapacitada judicialmente y se le somete a la tutela de sus progenitores, los cuales proceden a entablar una acción de di-

vorcio frente al cónyuge de su hija (aunque previamente ya habían conseguido la separación judicial de la misma).

La sentencia de instancia —pese a no acoger el argumento del cónyuge demandado el cual alegó la falta de legitimación activa de los tutores para ejercitar la acción de divorcio— declaró no haber lugar a la disolución del vínculo matrimonial por divorcio por entender que el ejercicio de esta acción sólo puede ser consecuencia de un acto de voluntad del propio cónyuge. Argumenta la sentencia que la prestación del consentimiento para contraer matrimonio es un acto personalísimo y no se permite que sea prestado por otra persona y, en consecuencia, esta misma limitación afecta al consentimiento para el divorcio.

Contra dicha sentencia interpusieron recurso de apelación los tutores de la mujer incapacitada, recurso que fue estimado por la Audiencia Provincial, la cual decretó el divorcio de los cónyuges alegando que **al denegar el divorcio solicitado por los tutores en representación del incapacitado se estaba vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad**, y que carece de toda lógica que el marido pueda obtener el divorcio en cualquier momento pero la mujer no lo pueda obtener a través de sus tutores. Finalmente, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el marido frente a la resolución de la Audiencia Provincial y confirmó la sentencia por ésta dictada incidiendo en el hecho de que para reconocer legitimación a los tutores siempre debe quedar demostrado el interés del incapacitado en que prospere la referida acción de divorcio¹.

II. LA LEGITIMACIÓN DEL TUTOR PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO CORRESPONDIENTE AL TUTELADO

Tal y como señala el Tribunal Supremo en su Fundamento de Derecho Sexto, el derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal. En este sentido, el art. 271.6.º del Código Civil atribuye a los tutores legitimación «*para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela*», siempre con autorización judicial, pero sin distinguir dicho artículo la naturaleza de la acción que se ejerce en nombre de la persona incapacitada, por lo que —entiende el Tribunal— también debe entenderse incluida en el mismo la acción para pedir el divorcio.

En efecto, el art. 271.6.º del Código Civil no hace ninguna precisión ni distinción sobre la diversa índole de las acciones que puede ejercitar el tutor en representación

del tutelado. Y el problema radica en que la acción de divorcio está conceptuada como una acción personalísima; por ello, el debate gira en torno a si los tutores —debido a ese carácter de acción personalísima— deben poder ejercer la referida acción o su ejercicio debería quedar limitado a su titular, supuesto éste que carece de regulación específica en la legislación española actualmente en vigor² y que ofrece algunos problemas.

Obviamente, el ejercicio de la acción de divorcio no plantearía problema alguno si aquél que la deseara entablar fuera una persona que gozara de plena capacidad de obrar, ya que la persona capaz crea, modifica y extingue relaciones jurídicas, actúa libremente y es responsable de sus actos por los efectos que a los mismos atribuye el ordenamiento jurídico. Pero las personas incapacitadas no gozan —plena o limitadamente— de dicha capacidad de obrar, y precisan de otros que actúen en su nombre para que no queden desprotegidos en el ámbito jurídico.

La acción de divorcio está conceptuada como una acción personalísima, lo que plantea de debate de si los tutores pueden ejercer la referida acción o su ejercicio debería quedar limitado a su titular

Esa falta de capacidad de la persona para ejercitar sus derechos (derivados bien de relaciones jurídicas creadas por el sujeto —antes de caer en esta situación—, o *ex lege*, o por hechos jurídicos) puede provenir de una situación de enfermedad (física, psíquica, sensorial) permanente o indefinida que impida a la persona gobernarse por sí misma, o, simplemente, de una transitoria ineptitud derivada de múltiples causas y que sólo coyuntural o puntualmente impiden a la persona gobernarse por sí misma. Pero, en cualquier caso, es preciso orquestar soluciones para que la persona incapacitada no quede nunca en una situación de indefensión.

En el caso concreto aquí analizado, la mujer incapacitada judicialmente, pese a estar casada y tener marido, fue sometida a la tutela de sus padres. La tutela es una institución paralela a la patria potestad, tiene la misma finalidad, y cumple el mismo objetivo, por lo que corresponde a los tutores, entre otras muchas funciones —como la de velar, cuidar o administrar— ejercer las acciones correspondientes al tutelado, pero ¿también las personalísimas como podría ser conceptuada la acción de divorcio?

A este respecto debe decirse que aunque, en principio, se excluyen del ámbito de representación los negocios jurídicos del Derecho de Familia y de Sucesiones

—porque son negocios que tienen que emanar de la persona a la que afecta el acto (por ejemplo, el matrimonio y el testamento³)- en este caso, **el Supremo efectúa una interpretación amplia del art. 271.6.º del Código Civil para dar cabida a la acción de divorcio.**

El marido, en las diversas instancias judiciales, se opuso en todo momento al procedimiento iniciado por sus suegros alegando que éstos carecían de legitimación activa⁴ para el ejercicio de la acción de divorcio porque se trata de una acción personalísima; es decir, que no estaban facultados para obtener de los tribunales la tutela jurisdiccional perseguida o, en otras palabras, que no podían aspirar a obtener del Tribunal una sentencia favorable de divorcio.

Pero la atribución de legitimación debe ponerse siempre en relación con el art. 24.1 de la Constitución Española⁵, el cual reconoce el derecho de todos a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Y, por ello, la Sentencia del Tribunal Supremo especifica que **la tutela judicial efectiva de la mujer incapacitada queda protegida al conceder a sus tutores legitimación para el ejercicio de la acción de divorcio** ya que si no se admitiese dicha actuación se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a dicha tutela judicial efectiva⁶, con el resultado de que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo. Consiguientemente, concluye el Supremo que, en los casos en que se trate de personas incapacitadas, **«la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse»⁷.**

A este respecto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁸ entiende que si bien es cierto que, como regla general, la representación legal del tutor no se extiende a los actos personalísimos, no todos los actos personalísimos tienen las mismas características o, si se prefiere, sucede que algunos actos personalísimos en verdad no lo son tanto⁹. Y O'CALLAGHAN¹⁰ matiza que «el concepto de acto personalísimo no tiene la claridad de tantos otros actos jurídicos».

Dicho esto, y en apoyo de la tesis mantenida por el Supremo, también cabe citar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España en el año 2008 la cual establece en su art. 12.3 que *«Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica»* y, en el art. 13, que *«Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las de-*

más (...)». Por lo tanto, la incorporación del Convenio de Nueva York al ordenamiento jurídico español obliga a los Tribunales españoles a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través de sus representantes legales¹¹.

En definitiva, no se puede restringir el ámbito representativo del tutor recogido en el art. 267 del Código Civil¹², ya que esto conllevaría una negativa de acceso a la justicia del incapacitado; y debe aplicarse lo dispuesto en el art. 216, pfo. 1.º, del Código Civil, que es la norma general que rige, en cualquier caso, la actuación de los tutores¹³, aunque siempre se deberá velar porque las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias y se ejerzan siempre en beneficio e interés del tutelado.

III. POSIBLES INTERESES EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO POR EL TUTOR. SITUACIONES QUE PUEDEN DARSE EN LA PRÁCTICA

Con carácter previo a la Sentencia del Tribunal Supremo comentada, el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre una cuestión similar en el año 2000. La cuestión objeto de debate no era idéntica ya que lo que se discutía era la posibilidad del ejercicio por parte de los tutores de una acción de separación matrimonial, pero como fundamento de ambos pronunciamientos reside la defensa del interés del incapacitado, y muchos de los argumentos utilizados entonces son totalmente trasladables al caso presente.

El Tribunal Constitucional consideró que negar legitimación al tutor «determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta —la persona incapacitada— a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general, del posible ejercicio de acciones (...), el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia (...)». El cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción «no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela», por lo que «desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE¹⁴ en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE¹⁵ en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio».

De este pronunciamiento del Tribunal Constitucional no puede deducirse que los tutores puedan ejercer arbitrariamente las acciones de separación o divorcio de sus tutelados, sino que deben justificar que existe un interés del sometido a tutela en obtener la disolución del matrimonio, así como —con carácter previo— obtener autorización judicial para dicho ejercicio. Los intereses perseguidos al ejercitar la acción de divorcio por los tutores pueden ser muy variados, tales como evitar situaciones de malos tratos o abandono, o abusos patrimoniales hacia el incapacitado. En el caso resuelto en la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo pudo demostrarse que los padres/tutores interpusieron la acción de divorcio en interés de su hija lo cual quedó probado con hechos tales como que el marido prácticamente no iba a visitar a su mujer ni se interesaba por su estado lo que indicaba «la existencia de un incumplimiento, al menos, de los citados deberes de ayuda y socorro entre los cónyuges».

De los pronunciamientos del TC y el TS Constitucional no puede deducirse que los tutores puedan ejercer arbitrariamente las acciones de separación o divorcio de sus tutelados, sino que deben justificar que existe un interés del sometido a tutela en obtener la disolución del matrimonio

Pero demostrar el interés en la separación o el divorcio de una persona incapacitada privada totalmente de la posibilidad de expresar su voluntad no siempre será fácil, ya que en estos casos pueden confluir **intereses muy variados y que pueden afectar a diversas personas si lo ponemos en relación, fundamentalmente, con el derecho de sucesiones**. Por esta razón, también será posible que en el ejercicio de la acción por los tutores —y máxime en un caso como en el presente en que los tutores son parientes en primer grado de la persona incapacitada— subyazca un interés —aunque sea mínimo— particular. Y así, si por ejemplo falleciera alguno de los progenitores, su hija heredaría al menos la parte de legítima que le correspondiera, y si no se hubiera ejercitado acción alguna —separación o divorcio— ni existiera una separación de hecho, parte de estos bienes podrían acabar en manos de su cónyuge. U otra posibilidad sería que falleciera en primer lugar la hija incapacitada e, igualmente, si no hubiera marido con derechos hereditarios —y teniendo en cuenta que en este caso concreto no había hijos— la porción de los padres podría aumentar considerablemente.

Quizá fue ésta una de las razones por las cuales el marido se opuso en todo momento a las acciones de separación y divorcio ejercitadas por sus suegros en re-

presentación de su hija incapacitada. Se nos plantea la duda del por qué de la oposición tan férrea del marido a la separación y al divorcio. ¿Por qué no querría el marido separarse ni divorciarse? Podría ser, evidentemente, por amor, afecto, cariño o lealtad, pero también por otros intereses, ya que está claro que una persona en coma irreversible no puede cumplir las funciones propias del matrimonio.

Son muchas y muy diversas las situaciones con las que nos podemos encontrar en la práctica en supuestos semejantes al aquí analizado. Y son también posibles otras soluciones aparte de la de ejercitar la acción de separación o divorcio en nombre del incapacitado. Al hilo de la cuestión analizada resulta interesante reflexionar sobre qué otras opciones tendrían los progenitores para evitar que el marido —que ha incumplido los deberes inherentes del matrimonio— heredara a su hija si, por ejemplo, i) su hija incapacitada falleciera antes de llegar a entablar acción alguna, ii) si falleciera durante la tramitación del procedimiento judicial antes de alcanzar sentencia firme, o si, incluso, iii) la mujer hubiera otorgado testamento a favor de su entonces marido antes de haber sido judicialmente incapacitada.

i) Actualmente debe tenerse en cuenta que —tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio— los derechos sucesorios del cónyuge aparecen condicionados en el Código Civil a dos exigencias: no estar el viudo separado de su consorte de hecho o por sentencia firme tal y como establecen los artículos 834 y 945 del Código Civil (el primero de ellos respecto a los derechos legitimarios, y el segundo en relación a la sucesión *abintestato*). Por consiguiente, para que el viudo sea privado de derechos sucesorios, se requiere o bien una sentencia firme de separación judicial o divorcio, o probar que con carácter previo al fallecimiento de uno de los cónyuges se había producido una separación de hecho.

Por ello, en relación a los dos primeros supuestos antes enunciados, esto es, que los tutores no hubieran llegado a interponer acción de separación o divorcio, o que la persona incapacitada falleciera durante el ejercicio de las mismas pero antes de haber obtenido sentencia firme, el cónyuge superviviente no pierde su lugar en la sucesión de su consorte premuerto, salvo que los cónyuges estén separados de hecho, en cuyo caso, a tenor de los arts. 834 y 945 del Código civil, el sobreviviente carecería de derechos sucesorios.

La dificultad estriba, por tanto, en determinar cuándo hay separación de hecho. No basta el mero alejamiento físico y temporal, sino que es preciso la pérdida del afecto

to marital. Nos encontramos ante un concepto jurídico muy indeterminado y que se convierte en una cuestión apreciable por los tribunales al no haber señalado el legislador ningún requisito específico para apreciar la separación de hecho. Por ello, en este caso, la dificultad se desplazaría a la valoración del propio hecho de la separación fáctica, a determinar si el hecho de que uno de los cónyuges esté ingresado en un hospital en condición de coma podría ser conceptuado como un supuesto de separación de hecho, o si sería una mera separación física. Para que pudiéramos hablar de separación de hecho a efectos jurídicos habrá que probar la falta de afecto marital, cosa que en este caso concreto, y según se deduce de la sentencia, sí pudo ser probada. En consecuencia, y a efectos sucesorios, en el caso enjuiciado no resultaba imprescindible ejercitar la acción de divorcio.

ii) En relación con la posibilidad de que la mujer incapacitada falleciera durante el proceso de divorcio (y no existiendo separación judicial previa ni fuera apreciada la separación de hecho), el viudo mantendría intacto su derecho a suceder tanto en la sucesión legitimaria como *abintestato*, si le correspondiere tal derecho en defecto de descendientes y ascendientes. La interposición de la demanda de divorcio no supone obstáculo alguno para la pérdida de tales derechos ya que según el art. 88, pfo. 1.º, CC: «La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges...».

No obstante, tal vez una reforma futura del Código Civil debería recoger la imposibilidad de que el cónyuge viudo tuviera derechos sucesorios respecto al premuerto una vez admitida la demanda de divorcio. No parece coherente que si se ha instado proceso de divorcio el sobreviviente ostente derechos sucesorios en la herencia del premuerto porque todavía no haya recaído sentencia firme de divorcio y los cónyuges no hayan llegado a separarse de hecho por razones prácticas o de otra índole.

Por ello, quizá sería conveniente que al igual que el art. 102 del Código Civil determina que, admitida la demanda de divorcio (o separación, o nulidad), se producen unos efectos concretos por ministerio de la ley (tales como cesar la presunción de convivencia conyugal, o quedar revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro), se podría añadir el de que el cónyuge superviviente quedase apartado de los derechos a la sucesión del premuerto.

iii) Pero tanto en estos casos como en aquél en que la mujer incapacitada hubiera llegado a otorgar testamento a favor de su entonces marido antes de ser incapacitada judicialmente, quizá en algunos supuestos, y siempre que se hubiera producido abandono físico y falta de asistencia por parte del otro cónyuge, se podría acudir

al art. 756.7.º del Código Civil el cual establece que «*Son incapaces de suceder por causa de indignidad: 7.º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los arts. 142 y 146 del Código civil*»¹⁶.

Debe tenerse en cuenta que esta causa de indignidad sucesoria resulta aplicable tanto a la sucesión testamentaria como a la intestada –el art. 756 CC se encuentra dentro de la sección denominada «*De la capacidad para suceder con testamento o sin él*»– es decir, tanto a los casos en que la persona incapacitada, antes de haber sido incapacitada judicialmente había procedido a otorgar testamento a favor de su cónyuge, como a aquellos casos en que éste resultara llamado en virtud del art. 944 del Código Civil al no existir testamento.

Esta última causa de indignidad recogida en el art. 756 del Código Civil declara indignas en las sucesiones de personas con discapacidad a todos aquellos que no les hubieran prestado las atenciones debidas en vida. Esta causa aparece orientada –según se señala en la propia E. de M. de la Ley– a la defensa de «personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el art. 200 CC y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas» (E. de M. cap. II, pfo. 4)¹⁷.

Las causas de indignidad derivadas del art. 756 están basadas en una conducta moralmente reprobable del sucesor, en cuya virtud el llamado queda inhabilitado para suceder al causante que padeció tal acto. Es una sanción civil establecida en nuestro ordenamiento en atención a razones morales y éticas, ante la ofensa efectuada por el llamado contra el difunto. Por ello, si el cónyuge sobreviviente fuera declarado indigno de suceder conforme al art. 756 del Código civil, perderá el derecho a heredar a su consorte premuerto, porque la indignidad provoca la exclusión del indigno de la sucesión del causante al que ofendió con su conducta, «tanto si se trata de sucederle por testamento como *abintestato*, y lo mismo en concepto de heredero como de legatario»¹⁸. Se trata, por tanto, de una sanción al posible heredero frente a la desprotección sufrida por el discapacitado en vida, ya que —como señala PÉREZ DE VARGAS¹⁹— «nadie que pueda tener un derecho a la sucesión *mortis causa* del discapacitado pueda sacar beneficio de éste, si no le ha prestado la asistencia debida cuando tuvo necesidad de ella».

No obstante, debe tenerse en cuenta que hasta el fallecimiento del causante ofendido no podemos afirmar si su sucesor es o no indigno, porque el art. 758, pfo. 1.º, del

Código Civil con carácter general sienta la regla de que la indignidad del llamado, por sucesión testado o intestada, como heredero o legatario, habrá de apreciarse, precisamente, en ese momento²⁰.

En definitiva, y partiendo de la premisa que las situaciones no son todas iguales, que en el ejercicio de las acciones por los tutores el interés perseguido no será siempre y en exclusiva el de la persona incapacitada, y que la rigidez en la aplicación de la norma legal puede ser peligrosa porque se puede desproteger particularidades no previstas por el legislador, los Tribunales deberán interpretar y aplicar la ley teniendo en cuenta las diversas situaciones concretas a enjuiciar para que nadie —y en especial las personas incapacitadas— quede desprovisto de una tutela judicial efectiva.

NOTAS

- 1 Previamente, en la Sentencia 149/1999, de 27 de febrero, el Tribunal Supremo había entendido que las facultades del tutor no incluyen la posibilidad de ejercitar la acción de separación matrimonial.
- 2 La única vez que el legislador abordó este problema fue en el artículo 40 de la Ley de Divorcio de 2 de mayo de 1932, el cual permitía expresamente al tutor del incapaz pedir la separación con autorización del Consejo de familia.
- 3 Acto personalísimo consideramos también sería la reconciliación de los cónyuges separados judicialmente, en cuyo caso los tutores no podrían, a tenor del artículo 84 CC, actuar en nombre de sus representados.
- 4 La legitimación es una cualidad de las partes en el proceso que sólo se puede determinar en referencia a un proceso con un objeto preciso. La legitimación activa consiste en que un sujeto se halle, respecto del objeto del proceso, en una situación tal que justifique que el tribunal le pueda conceder la tutela que está pidiendo.
- 5 Artículo 24.1 CE: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».
- 6 En este sentido, RODRÍGUEZ ESCUDERO, M^a.V. (*La legitimación de los tutores para ejercer la acción de separación y divorcio*, Diario La Ley, n^o 8117, 2 julio 2013, año XXXIV) señala que no resultaría lógico que el tutor no estuviera legitimado para ejercitar las acciones de separación y divorcio en un sistema legal en el que el tutor puede internar al incapaz (art. 271.1 CC), lo que directamente se relaciona al personalísimo derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE); decidir su esterilización (art. 156.2 CP), que conecta con el igualmente personalísimo derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE); o emitir la declaración de

opción (art. 20.2 a) CC) o solicitud por carta de naturaleza (art. 21.3 d) C.c.) en materia de adquisición de nacionalidad.

- 7 Ya se había manifestado en este sentido años antes ESTRADA ALONSO, E. (*La legitimación del tutor para interponer demanda de separación del incapacitado*, AC, 1999-1, pág. 294) el cual consideraba que atribuir el ejercicio de los derechos y acciones personalísimos exclusivamente a su titular de una forma absoluta e indiscriminada, conduce a la privación de derechos y a la causación de perjuicio a los incapacitados.
- 8 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Separación matrimonial de un incapaz*, AC, 1999-I, pág. 1581.
- 9 En el mismo sentido se manifiestan SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M^a.V. (*La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación matrimonial en representación del pupilo*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, n^o6/2001, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2001) para quienes «los actos personalísimos no pueden quedar sujetos a una regla general porque, en atención a su fundamento, hay actos de diferente gradación y contenido por lo que no se puede realizar un tratamiento homogéneo de los mismos que ocasionara un perjuicio a las personas».
- 10 O'CALLAGHAN, X.: *La tutela. Actos personalísimos*, «La protección jurídica del discapacitado» coord. SERRANO GARCÍA, I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 159.
- 11 En apoyo de esta tesis de ampliar la legitimación del tutor para interponer la acción de divorcio, cabe hacer referencia también al artículo 74 del Código Civil que legitima a «cualquier persona que tenga interés directo y legítimo» para interponer la acción de nulidad. Este interés se ha entendido siempre que puede ser de diverso tipo, tanto moral como económico. No hay obstáculo en que existiendo un interés legítimo al arbitrio del juzgador, se amplíe a los tutores la legitimación para interponer la acción de divorcio.
- 12 Como señala ÁLVAREZ LATA, N. (*¿Está facultado el tutor para instar la acción de separación legal de su pupilo? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1^a, de 27 de febrero de 1999*, Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña, 1999, n^o3, pág. 664) debe tenerse en cuenta que «en aquellos casos en los que se esté ante un incapacidad total o absoluta para regir la persona y los bienes, concurriendo un gravedéficit de las funciones psíquicas superiores, la representación que corresponde al tutor debe alcanzar su máxima amplitud y deba extenderse como dice el art. 267, a todos aquellos actos que el incapaz no puede realizar por sí mismo, tanto en la esfera patrimonial como en la personal».
- 13 VALLADARES RASCÓN, E. (*La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación en representación de su pupilo. Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999*, Derecho Privado y Constitución, núm. 13, pág. 236), especifica que el problema de la falta

de legitimación del tutor únicamente se plantearía en el caso de que éste sea el cónyuge del tutelado, ya que es evidente que no puede pedir la separación o el divorcio en representación de su pupilo, pues existiría un interés contrapuesto al ser él mismo el demandado. En tal caso, la solución podría pasar, bien por la remoción del tutor y nombramiento de otro nuevo; bien por el nombramiento de un defensor judicial (arts. 215 y 299 y ss. CC).

- 14 Artículo 49 CE: «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».
- 15 Artículo 32.1 CE: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica».
- 16 Esta causa de indignidad para suceder fue añadida al artículo 756 del Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Esta Ley fue concebida como respuesta a una necesidad exigida por la sociedad, la de atender a la provisión integral de las personas precisadas de especial protección en atención a su condición de discapacidad, de ahí que articule una serie de medidas de protección de dichas personas (incapacitadas judicialmente y/o discapacitadas) con distinto contenido y naturaleza.

- 17 Por tanto, y como señala PEREÑA VICENTE, M. (*Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 245) sólo podrá ser declarado indigno al que no haya prestado alimentos al discapacitado, no al incapacitado judicialmente. No obstante, debe tenerse en cuenta que ambos conceptos confluirán la mayoría de las veces.
- 18 DÍAZ-ALABART, S.: *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1863.
- 19 PÉREZ DE VARGAS, J.: *La nueva causa de indignidad para suceder del artículo 756-7º del Código Civil*, «Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados», coord. BELLO JANEIRO, D. Escola Galega de Administración pública, Santiago de Compostela, 2004, pág. 253.
- 20 Suscribimos el razonamiento de PÉREZ DE VARGAS, J. (*La indignidad sucesoria en el Código Civil español*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 114) cuando afirma que «resulta absolutamente lógico que el artículo 758, párr. 1º, CC establezca esta regla general de que la capacidad debe ser apreciada al momento de la muerte del causante, porque se acopla perfectamente con lo establecido en los artículos 657 y 661 CC (...) Si a la muerte de una persona desaparece su personalidad civil (art. 32 CC), y en ese momento sus relaciones jurídicas transmisibles pasan a otra, es en ese tiempo cuando –como norma general– habrá que verificar si ésta tiene o no la capacidad necesaria para poder suceder en aquéllas, bien sea como heredero, bien sea como legatario».

El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de las personas discapacitadas

Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2013

MERCEDES ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES

*Profesora de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos*



FICHA TÉCNICA

«The right to honour, privacy, and one's own image for persons incapable»

Resumen: Los titulares de los derechos fundamentales establecidos en el capítulo II de nuestra Constitución somos todos, con independencia del grado de capacidad del titular de esos derechos. Ahora bien, para ejercitar estos derechos en igualdad de condiciones, en el caso de los incapacitados será necesaria la intervención de su representante legal, cuando así lo disponga la sentencia de incapacitación, y en el de los discapacitados será necesaria una cierta adaptación a sus circunstancias. Estos últimos tienen capacidad de obrar pero no capacidad natural, es decir, suficiente grado de discernimiento para apreciar la trascendencia y consecuencias de las decisiones que adoptan.

Palabras clave: derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, derecho de información y libertad de expresión, discapacitados y consentimiento.

Abstract: We all have the fundamental rights established at chapter II of our Constitution, irrespective of the level of capacity of the person in question. Now then, in order to exercise these rights on equal terms, persons incapable will require the intervention of their legal representative, where this is established in the incapacity judgement, and in the case of disabled persons certain adaptation to their circumstances will be required. The latter have legal capacity to act but no natural capacity, i.e. they are sufficiently able to understand the significance and consequences of the decisions they make.

Keywords: right to honour, privacy, and one's own image, right to information and freedom of expression, disabled persons and consent.

N. de A: Este trabajo se integra en la actividad desarrollada por el Grupo de Investigación «Familia y Derecho» (FYDE), 2013-198, de la Universidad Rey Juan Carlos.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN
- III. EL CONSENTIMIENTO DEL PERJUDICADO CONVIERTE LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LEGÍTIMA
- IV. VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO PRESTADO POR UN DISCAPACITADO
- V. EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN VERSUS EL

DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

- VI. INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN

Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2013, LA LEY 199994/2013: D. Benicio, diagnosticado con una minusvalía psicofísica de un 66% sin estar incapacitado judicialmente, accedió a ser entrevistado en el programa «Crónicas Marcianas», de la

cadena Telecinco, que en aquel momento contaba con uno de los más elevados índices de audiencia del público.

Los hechos que dieron lugar a la demanda presentada en Primera Instancia fueron, en primer lugar, la emisión en el citado programa de una entrevista realizada a don Benicio, en un tono claramente jocoso, en la que se le realizan preguntas contradictorias, sin dejarle tiempo a responder, sobre sus preferencias periodísticas, el dinero, qué tipo de mujeres le gustan, por lo que el entrevistado acaba abrumado, confundido, respondiendo de forma contradictoria y siempre mal colocado respecto a la cámara de televisión, hechos que son aprovechados por el periodista para poner de relieve frente a los espectadores la torpeza de don Benicio originada por su discapacidad y conseguir así las risas del público; y, en segundo lugar, la posterior aparición de una reseña de la entrevista en la página web de esa misma cadena televisiva en la que la foto de don Benicio aparecía con unas enormes gafas y una foto distorsionada con la leyenda «periodista, soltero, ligón busca...» y se añadía «si usted piensa que este hombre es guapo acuda a Ópticas San Gabino...». Por todo ello la representación procesal de D. Benicio y sus padres interpusieron ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arona demanda sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen contra la entidad Gestevisión Telecinco S.A, contra el director y contra el colaborador del programa que realizó la entrevista.

El citado Juzgado, el 27 de diciembre de 2004, condenó solidariamente a los demandados, por intromisión ilegítima en el honor y la propia imagen del actor, al pago de una indemnización de 15.000 euros y a la difusión de la sentencia en el mismo medio en el que se materializó la intromisión.

La sentencia de Primera Instancia fue recurrida en apelación tanto por los demandantes como por los demandados. El 1 de febrero de 2006, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife desestimó que se hubiera producido violación del derecho a la intimidad pero confirmó la vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen, así como la inexistencia de un consentimiento expreso y válido como el requerido por la LO 1/1982, de 5 de mayo, por parte de don Benicio ratificando a su vez la indemnización establecida.

Contra la sentencia de la Audiencia, las dos partes interpusieron recurso de casación. La Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de enero de 2010, estimó el recurso de casación interpuesto por la representación de Telecinco, declarando así la prevalencia del derecho a la información, y desestimó la demanda por

vulneración del derecho al honor, y a la propia imagen estimada en instancia y en apelación.

Contra la citada Sentencia del Tribunal Supremo el Ministerio Fiscal promovió incidente de nulidad de actuaciones, que sería desestimado por Auto del mismo Tribunal de 10 de enero de 2011. Este Auto fue objeto de un voto particular en el que la Magistrada que lo emitió se pronunciaba a favor de la admisión del incidente y la estimación de la pretensión ejercitada por el Ministerio Fiscal, pues, a su parecer, resultaba evidente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la integridad física y moral de don Benicio.

Mediante providencia de 14 de febrero de 2013, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite la demanda de amparo. El 16 de diciembre de 2013, **el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal reconociendo los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen de don Benicio** y declarando la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010 y del ulterior Auto de 10 de enero de 2011.

El *iter* procesal de este supuesto de hecho que finaliza con la sentencia del Tribunal Constitucional anulando la del Tribunal Supremo pone de manifiesto la relevancia de esta decisión judicial que sienta doctrina sobre la tutela del derecho a la propia imagen de los discapacitados adultos y sobre la validez del consentimiento prestado.

II. EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

El art. 18 de la Constitución española establece, dentro de los llamados derechos fundamentales, el derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En cuanto al primero de los derechos, el **derecho al honor**, hemos de señalar que, ante la imposibilidad de encontrar una definición del honor en el ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional afirma que es un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento¹. Se trata, por tanto, de un concepto jurídico indeterminado, que cambia en función de los tiempos². Con el derecho al honor se ampara la buena reputación de una persona en un doble aspecto, el interno o subjetivo, representado por la estimación que cada persona tiene de sí misma y el externo u objetivo, representado por el reconocimiento o la consideración que los demás tienen de esa persona.

Por lo que respecta al **derecho a la intimidad personal y familiar** es un derecho estrechamente vinculado con el respeto a la dignidad de la persona que, para nuestro Tribunal Constitucional, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana.

Continuando con las definiciones ofrecidas por el Tribunal Constitucional «este derecho confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno³».

Nos encontramos, ante tres derechos autónomos, cada uno de ellos tiene un contenido propio y específico, por lo que en ciertos casos se puede producir la violación de uno de ellos sin que los otros sean vulnerados

Con este derecho no sólo se preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular. A todo ello hemos de añadir que con este derecho no sólo se protegen los aspectos de la vida propia y personal sino que también alcanza a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar. En cada caso será necesario examinar de qué acontecimiento se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión.

En último lugar, por lo que se refiere al **derecho a la propia imagen**, éste atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en cuanto derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado sea cual sea la fi-

nalidad (informativa, comercial, científica, cultural, etc.) perseguida por quien la capta o difunde.

Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, «mediante la captación y publicación de la imagen de una persona se puede vulnerar tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad, sin embargo, lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que afectan a la esfera personal de su titular, sin lesionar su buen nombre y sin dar a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguarda así un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás⁴».

Cuestión distinta es que a la imagen se le haya otorgado un valor patrimonial pues mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico comercial; pero, en este caso, el derecho deja su vertiente constitucional y entra en la vertiente patrimonial donde ya no hablaríamos de un derecho fundamental a la propia imagen sino de un derecho patrimonial, el derecho patrimonial de la propia imagen⁵, que ya no podría ser objeto de tutela en vía de amparo.

Nos encontramos, por tanto, ante tres derechos autónomos si bien, como derechos de la personalidad, derivados de la dignidad de la persona, están estrechamente relacionados entre sí; cada uno de ellos tiene, como hemos visto, un contenido propio y específico por lo que en ciertos casos se puede producir la violación de uno de ellos sin que los otros sean vulnerados. Precisamente, en el caso que nos ocupa, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial apreciaron vulneración del derecho al honor y a la propia imagen pero no estimaron violación del derecho a la intimidad de don Benicio ni su familia, porque no se habían facilitado datos de carácter personal e íntimo del demandante, y así lo ratificaron tanto la sentencia de casación del Tribunal Supremo como la de amparo del Tribunal Constitucional en las que ya solo se alude al derecho al honor y a la propia imagen.

III. EL CONSENTIMIENTO DEL PERJUDICADO CONVIERTE LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LEGÍTIMA

El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles, como así lo establece el art. 1.3 de la Ley 1/1982. De estas tres características la que plantea mayor número de problemas es la irrenunciabilidad del derecho al honor, máxime si relacionamos dicha carac-

terística con lo dispuesto en el art. 2.2 del mismo cuerpo legal, según el cual «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviera expresamente autorizado por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso».

Algunos autores aprecian una contraposición entre estos artículos, en uno se habla de irrenunciabilidad y en otro se plantea la posibilidad de «renuncia» a la protección legal⁶; otros, sin embargo, no lo entienden así y consideran que lo que trata de preservarse en la ley es el núcleo de la vida individual o familiar en tanto que la persona lo considere íntimo o privado, si ésta otorga su consentimiento la intimidad desaparece, y huelga, por tanto, todo tipo de protección⁷. Es decir, verdaderamente no hay renuncia al derecho, ya que ésta no es posible (irrenunciable) todo lo más podría hablarse de renuncia a la calificación de ese acto como perteneciente a la esfera íntima, o se si se quiere de renuncia a la protección legal.

En nuestra opinión⁸, es necesario distinguir por un lado la irrenunciabilidad con carácter genérico y absoluto al ejercicio de cualquier acción que la ley recoge para tutelar el derecho al honor, y por otro, los concretos actos de disposición que el titular del derecho puede autorizar delimitando con su voluntad el ámbito de disposición para ese concreto acto, como ocurre en el supuesto de hecho que nos ocupa.

Incluso podemos avanzar un paso más y añadir que ni siquiera en aquellos casos en que exista consentimiento expreso del titular debe presumirse la renuncia específica a la protección legal, sobre todo en aquellos casos en que la persona autorizada por el acto de disposición se extralimita o excede del ámbito consentido; puesto que, de lo contrario, la ley estaría desprotegiendo al titular del bien de la personalidad ante los ataques caprichosos de cualquiera que hubiese obtenido consentimiento expreso del titular legítimo del derecho al honor⁹.

No puede hablarse de renuncia del derecho al honor, ya que éste es irrenunciable, todo lo más podría hablarse de renuncia a la calificación de ese acto como perteneciente a la esfera íntima

El consentimiento del que hablamos ha de ser expreso, entendido como opuesto al presunto, que no al explícito, ni siquiera al tácito, pues el principio general de los propios actos puede cubrir suficientemente ese ámbito¹⁰. El único caso en el que se requiere consentimiento por escrito es para los casos previstos en el art. 3.2 de la

Ley Orgánica 1/1982 (consentimiento emitido por el representante legal de los menores e incapaces). En cuanto a la revocación, la propia ley prevé esta posibilidad, sin necesidad de que exista justa causa, ya que no establece motivo alguno para tal revocación. Tan sólo, y con el fin de evitar posibles fraudes, impone la obligación de indemnizar, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas (art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982).

Una vez admitida la **validez del consentimiento como causa excluyente de la ilicitud de la acción de intromisión de un derecho irrenunciable**, analicemos a continuación las peculiaridades que presenta esta situación cuando el consentimiento es emitido por un discapacitado adulto, punto en el que muestran sus discrepancias los dos Tribunales, el Supremo y el Constitucional, a la hora de resolver el recurso de casación y de amparo respectivamente.

IV. VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO PRESTADO POR UN DISCAPACITADO

Si bien es cierto que don Benicio no era un menor ni estaba incapacitado, no es menos cierto que, en muchas ocasiones, como el caso que nos ocupa, resulta incoherente dotar a la discapacidad de menor protección que a la infancia y juventud o que a la incapacitación, cuando de lo que verdaderamente se trata es de preservar la dignidad humana frente al ejercicio del derecho a la información o la libertad de expresión¹¹.

Los discapacitados constituyen un grupo heterogéneo al que no se puede aplicar un criterio único puesto que, dependiendo del tipo de discapacidad que padezcan, tendrán un mayor o menor grado de capacidad de autogobierno¹².

Los menores e incapacitados gozan de una clara protección jurídica en este sentido, ahora bien ¿quién velará por la dignidad de personas cuya deficiencia psíquica se aprecia de modo palpable pero cuya capacidad plena se presume, aunque existan signos externos que nos hagan dudar? Esta es sin duda la cuestión más planteada en esta materia¹³ y la que ha sido objeto de estudio por gran parte de la doctrina debido al elevado número de problemas que plantea.

Podemos afirmar, sin lugar a dudas, que las personas discapacitadas no incapacitadas no gozan en nuestro ordenamiento de una protección efectiva. Solamente algunas leyes han establecido reglas concretas para su protección o han modificado artículos de normas anteriores, entre ellas podemos citar la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas

con Discapacidad y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, de no Discriminación y de Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad¹⁴.

La Convención de Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006, sobre protección de las personas con discapacidad reconoce los derechos de los discapacitados a nivel mundial y «sensibiliza a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomenta el respeto de los derechos y la dignidad de esas personas» (art. 8.1.a).

El art. 22.1 de la Convención regula el derecho al honor y a la intimidad de los discapacitados al establecer que «Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación».

Podemos afirmar, sin lugar a dudas, que las personas discapacitadas no incapacitadas no gozan en nuestro ordenamiento de una protección efectiva

Es verdad que la Convención no estaba en vigor cuando sucedieron los hechos, pero sí lo estaba el art. 49 de la Constitución española: «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». Si bien es cierto que no tendría que ser necesaria una norma específica para proteger el honor, la intimidad y la propia imagen de este colectivo, también lo es que en nuestra sociedad la desgracia ajena se convierte en ocasiones, para deleite de muchos, en objeto de escarnio.

Llegados a este punto analicemos también, brevemente, el caso contrario, cuando los familiares de los discapacitados o incluso ellos mismos explotan su propia limitación ofreciendo su deformidad o las llamativas peculiaridades de su minusvalía a cierto tipo de programas televisivos que lo utilizan como reclamo para conseguir mayor audiencia ¿cómo enjuiciar que alguien se preste a explotar económicamente su minusvalía conociendo que su presencia se requiere en un programa precisamente por la misma? Sin lugar a dudas, la dejación voluntaria de la propia dignidad ha de reputarse inadmisibles. «Quien

rentabiliza su propia minusvalía en lugar de reaccionar contra cualquier afrenta experimentada por su condición de discapacitado camina en dirección opuesta a la lucha por convertir en realidad esa integración de disminuidos físicos, sensoriales y físicos (art. 49 CE) que está elevada a la categoría de principio rector de la política social y económica. Su actuación posee un desvalor por los efectos que se derivan para su dignidad, pero asimismo por el desprecio que denota hacia el sufrimiento ajeno»¹⁵.

En la sentencia de instancia, como resultado de la prueba pericial practicada a don Benicio, se puso de manifiesto que el consentimiento prestado estaba viciado por las patologías mentales que padecía por lo que, aunque no estuviera judicialmente incapacitado era patente que el actor no poseía la capacidad necesaria para saber la trascendencia y relevancia de los hechos ni las consecuencias de sus actos. La Audiencia Provincial ratificó este parecer y añadió que, si bien es cierto que el consentimiento es la causa excluyente de la ilicitud de la acción de intromisión de un derecho irrenunciable¹⁶, lo es también que el consentimiento prestado en esas condiciones no es el exigido en dicha norma.

El Tribunal Supremo, por el contrario, en su sentencia de 19 de enero de 2010 apreció que al tratarse de un mayor de edad no incapacitado había de presumirse que gozaba de la capacidad de obrar plena y que no se habían aportado pruebas concluyentes que demostraran lo contrario¹⁷. Es cierto que la opción de la incapacitación parece reservarse en nuestra sociedad para los supuestos más graves y muchas veces los familiares son reticentes a la hora de acudir a este procedimiento judicial y se acogen a otras figuras de protección que no precisan de incapacitación previa (pensemos en el guardador de hecho, por ejemplo).

El núm. 1 del art. 3 de la LO 1/1982 dispone que «El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil»¹⁸.

El precepto habla de «incapaces» refiriéndose sin lugar a dudas a incapacitados y no a los discapacitados puesto que esta última categoría jurídica se introdujo en nuestro ordenamiento en un momento posterior, con las leyes 41/2003 y 51/2003 y también porque hace referencia el artículo a los representantes legales y éstos solo los tienen los incapacitados judicialmente, no los discapacitados¹⁹.

Lo que sí pone de manifiesto el texto de este artículo es que el examen sobre la validez o no del consentimiento expreso, como causa excluyente de la ilegitimidad de la intromisión, no puede desvincularse de las circunstan-

cias del caso²⁰. El consentimiento de un menor o incapacitado puede ser válido porque no va a depender de si ha cumplido o no la mayoría de edad o de la existencia o inexistencia de una declaración de incapacitación judicial sino de las facultades cognitivas de la persona que manifestó el consentimiento²¹. Este mismo criterio es el que se debe aplicar en el caso de las personas discapacitadas, como don Benicio, puesto que, en caso contrario, se estaría colocando a quien no ha sido incapacitado judicialmente, pero no se encuentra en posesión de sus plenas facultades, en una situación más vulnerable a la hora de sufrir actuaciones invasivas de sus derechos fundamentales.

El examen sobre la validez o no del consentimiento expreso, como causa excluyente de la ilegitimidad de la intromisión, no puede desvincularse de las circunstancias del caso

En la sentencia que nos ocupa, el Tribunal Constitucional manifiesta que, si bien es cierto que don Benicio acudió voluntariamente a la entrevista y accedió a la realización de la misma, esta actitud no debe computarse como consentimiento válido el prestado por el entrevistado por dos motivos: primero, porque no hay consentimiento expreso, tal y como lo exige el art. 2.2 de la LO 1/1982; y, segundo, porque el acto de acudir a la entrevista no comportaba por parte del entrevistado la conciencia de lo que estaba haciendo atendiendo al tipo de programa en el que se encontraba y las consecuencias de sus actos.

Detengámonos un momento en estos dos aspectos. En primer lugar en cuanto a la necesidad de **consentimiento expreso**, de la que ya habíamos hablado anteriormente. La Sentencia del Tribunal Supremo impugnada, en su fundamento jurídico tercero, afirma que esa voluntad ha de ser expresa (y el hecho de acudir voluntariamente a la entrevista lo es) lo que no significa que deba ser recogida por escrito sino que el consentimiento exigido legalmente puede deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambigüas o dudosas²².

Ahora bien, con independencia del consentimiento prestado a la realización de la tantas veces citada entrevista, el Tribunal Constitucional recuerda en esta sentencia que se ha llevado a cabo otro acto para el que no se ha obtenido ningún consentimiento expreso (ni siquiera tácito): la publicación de la fotografía de don Benicio, acompañada de textos ridiculizadores, en la página web

del programa y este hecho, de por sí, ya supone una vulneración de su derecho a la propia imagen²³.

En segundo lugar, hemos de analizar **si, verdaderamente, puede entenderse otorgado el consentimiento por el afectado** y excluir así la vulneración de sus derechos al honor y a la propia imagen. Como hemos explicado en líneas anteriores, el Tribunal Supremo, al tratarse de una persona mayor de edad y no incapacitada judicialmente, entendió que don Benicio podía prestar su consentimiento, como así lo hizo, para realizar la entrevista, pero el Tribunal Constitucional al llegar a este punto muestra, de nuevo, su disconformidad con la sentencia impugnada y afirma que la valoración de si existe o no consentimiento como causa excluyente de la ilicitud de un derecho irrenunciable no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad porque puede ocurrir, como en el caso que nos ocupa, que el discapacitado, no incapacitado, en el momento de otorgar el consentimiento, carezca de la capacidad natural suficiente necesaria para ello.

Por todo lo anterior, el Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico sexto²⁴ concluye que «no existe en el presente caso un consentimiento válido y eficaz que permita excluir la ilicitud de la intromisión en el derecho al honor y a la propia imagen de don Benicio derivada de las conductas de los demandados en el proceso a quo, quienes a pesar de la evidencia de la incapacidad del entrevistado para tomar conciencia el alcance de la entrevista y de las características del programa en el que se iba a emitir, lejos de extremar el celo y las cautelas exigibles para que la participación de aquél en el programa estuviera rodeada de esas garantías, utilizaron esa situación de vulnerabilidad del señor Benicio con la clara y censurable intención— como apreciaron las sentencias de primera instancia y apelación— de burlarse de sus condiciones físicas y psíquicas, atentado de esa manera no sólo contra sus derechos al honor y a la propia imagen, sino incluso contra su dignidad. Y la conclusión anterior no puede resultar condicionada por el hecho de que no mediara un declaración judicial de incapacitación del señor Benicio, pues ello supondría, en definitiva, supeditar la eficacia de la previsión del art. 49 CE, y el consiguiente disfrute por parte de las personas con discapacidad de los derechos constitucionales a la existencia de tal declaración, limitación que en modo alguno cabe extraer de la previsión constitucional».

V. EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN VERSUS EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

El art. 20 de la Constitución española reconoce el derecho a comunicar o recibir libremente información

veraz por cualquier medio de difusión. En reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo se muestra que el correcto ejercicio de la libertad de información exige que verse sobre hechos de trascendencia pública y que la información facilitada sea veraz²⁵. Para valorar la trascendencia pública de los hechos divulgados es preciso tener en cuenta la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre, así como el medio de información y la persona objeto de dicha información.

Las libertades informativas tienen además un campo de acción que viene delimitado por los derechos fundamentales y libertades regulados por la misma Constitución en el Título I, en los preceptos que desarrollan dichos derechos y con particular atención en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4 CE).

El ejercicio de derechos como la libertad de expresión y el derecho a la información²⁶ puede suponer un conflicto importante con el honor, la intimidad o la propia imagen. Producido el conflicto, le toca al Derecho resolver y establecer una serie de límites y unos criterios de ponderación, algo que no siempre es fácil. La resolución pasa por el quebranto de alguno de los dos derechos, por la supremacía de uno sobre el otro en función de las circunstancias²⁷.

Resolver en cada caso el conflicto producido es cuestión de indudable interés, sobre todo en los tiempos actuales en que los medios de comunicación social han adquirido una extensión que puede tildarse de desorbitada si pensamos en la llamada «prensa rosa» o «prensa del corazón», en la que son constantes los ataques que se producen del honor, el decoro y la dignidad de los individuos que en ellos intervienen²⁸.

El Tribunal Constitucional ante una situación de conflicto parte de un razonamiento previo y se pregunta hasta qué punto las expresiones o informaciones vertidas en cada caso son ejercicio de un derecho fundamental, reconocido y protegido por la Constitución, o, por el contrario se extralimitan del ámbito constitucionalmente protegido. En este sentido, el Alto Tribunal ha reconocido que no cabe considerar que los derechos y libertades constitucionales sean absolutos, aunque tampoco lo son sus limitaciones. Cuando se produce un atentado contra el honor, hay que dilucidar si ese atentado entra de lleno en la órbita de lo que es un adecuado ejercicio del derecho a libertad de expresión o información, o por el contrario, se producen los presupuestos legales que determinaría la aplicación

de los preceptos oportunos del Código Penal. Todo ello exige una labor de ponderación por parte del Tribunal que le ha llevado a establecer fundamentalmente tres criterios: la propia amplitud y esencia de estas libertades, la materia sobre la que versan y el requisito de la veracidad²⁹.

En el supuesto de hecho que nos ocupa, manifestándose la discapacidad de don Benicio a través de unos signos tan llamativos como los que se describieron minuciosamente en la sentencia recaída en apelación, no hay duda acerca de que fue la morbosidad que aquélla suscitaba la única atracción que motivó su comparecencia ante las cámaras. No era don Benicio una persona de renombre en quien la enfermedad hubiera hecho mella y sobre lo que el público tuviera interés en ser informado. Tampoco se había visto implicado en suceso o acontecimiento relevante alguno, ni siquiera mediando el más puro azar, que justificara una comparecencia ante los medios. Don Benicio era, pues, un perfecto desconocido para la opinión pública, que no tenía otra cosa que ofrecer que la extravagancia que se derivaba de sus propios padecimientos y de su retraso mental.

En otro orden de cosas, y para finalizar nuestro estudio, hemos de señalar que en el fundamento jurídico primero de la sentencia que nos ocupa, el Tribunal Constitucional manifiesta su disconformidad con el criterio esgrimido por el Tribunal Supremo en la sentencia de casación, ahora declarada nula en amparo. Según el Tribunal Supremo el tono jocoso del programa televisivo eliminaba todo elemento de agresividad difamatoria. En concreto, en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010 podemos leer «*el contexto jocoso del programa de emisión, desprovisto de agresividad difamatoria, conlleva estimar el motivo del recurso de casación formulado, pues, si bien resulta poco ético la actuación y comportamiento del medio televisivo, y las personas físicas intervinientes, la misma no es reprochable desde el ámbito estrictamente jurídico, al no suponer socialmente en tal contexto un menoscabo a su fama, dignidad y propia estima*».

Nos podemos plantear la siguiente pregunta ¿hasta dónde la broma queda amparada por los usos sociales y a partir de qué momento deja de estarlo? Igual que una caricatura, cuando se excede de los márgenes impuestos por el legislador, ha de reputarse ilícita, puede ocurrir lo mismo con la presentación de una minusvalía ante el público, cuando también se incurra en determinados excesos³⁰.

El propio Tribunal Constitucional ha señalado en numerosas sentencias que «el tono burlesco, en la medida en que se utiliza como instrumento de escarnio priva de toda justificación a la intromisión en el derecho a la imagen y vulnera directamente el derecho al honor»³¹. En el caso que nos ocupa la escenificación llevada a cabo por el entrevistador no tenía otra finalidad que la de burlarse de la discapacidad intelectual que presentaba el actor³².

VI. INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH 8 de julio de 1986

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 105/1983, de 23 de noviembre

STC 320/1994, de 28 de noviembre

STC 176/1995, de 11 de diciembre

STC 49/2001, de 26 de febrero

STC 82/2001, de 26 de marzo

STC 127/2003, de 30 de junio

STC 54/2004, de 15 de abril

STC 196/2004, de 15 de noviembre

STC 9/2007, de 15 de enero

Sentencias del Tribunal Supremo

STS de 1 de julio de 1992

STS de 23 de abril de 1994

STS de 27 de junio de 1996

STS de 24 de diciembre de 2003

STS de 19 de enero de 2010

STS de 29 de junio de 2011

STS de 31 de enero de 2014

Sentencias de Audiencias Provinciales

SAP de Guadalajara de 2 de febrero de 2001

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 1 de febrero de 2006

NOTAS

- 1 *Vide*, por todas, STC 9/2007, de 15 de enero.
- 2 La doctrina ha dado innumerables definiciones de este derecho, reproducimos a continuación la manifestada por CABALLERO GEA, J.A, *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Derecho de rectificación. Calumnia e injuria. Síntesis y ordenación de la doctrina del los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, 2.ª edición, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 21 «el honor no es sólo un límite a las libertades del art. 20.1 a) y d) de la Constitución, expresamente citado como tal en el núm. 4 del mismo artículo, sino que también es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido por el art. 18.1 de la Constitución que, derivado de la dignidad de la persona, confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás».
- 3 STC 196/2004, de 15 de noviembre.
- 4 STC 81/2001, de 26 de marzo.
- 5 PÉREZ ROYO, J, (*Curso de Derecho Constitucional*, duodécima edición (Revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán) Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 296) afirma que «la propia imagen es un derecho de la personalidad. La explotación económica de la propia imagen no lo es».
- 6 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A, *Sistema de Derecho civil*, tomo I, duodécima edición, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 356.
- 7 LETE DEL RIO, J.M, *Derecho de la persona*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 186 y 187.
- 8 Opinión que coincide con la manifestada por autores como CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H, «Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo» *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pág. 1253 y «Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen» *Anuario de Derecho Civil*, 1994, tomo 47, pág. 42. Según este autor «el derecho al honor a la intimidad y a la propia imagen, como derechos de la personalidad, son por regla general indisponibles si bien cabe una disposición parcial eventual y concreta de estos bienes de la personalidad».
- 9 *Vide*, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1992.
- 10 Volveremos sobre el carácter expreso del consentimiento en el epígrafe siguiente al tratar del consentimiento emitido por un discapacitado adulto.
- 11 Así lo ha puesto de manifiesto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, «La discapacidad como espectáculo» *Aranzadi Civil Doctrinal* 1/2010, pág. 24.
- 12 Algo así ocurre también con los menores de edad, según la edad que tengan tendrán un mayor o menor grado de madurez, e, incluso, dentro de la misma edad el grado de madurez puede ser muy diferente. En este caso, por el contrario, el criterio a seguir sí viene esta-

- blecido legalmente en cuanto que el menor necesitará para ejercer sus derechos de un representante legal, padres o tutor, que supla esa falta de capacidad.
- 13 *Vide*, en este sentido, los interesantes estudios realizados por DIAZ ALABART, S, «La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas», *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2013, págs.3-24; CABEZUELO ARENAS, A.L, «Controversias suscitadas por el consentimiento de discapacitados psíquicos no incapacitados en la LO 1/1982: cuando lo censurable desde la ética no es reprochable para el derecho», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 24, enero-diciembre 2010, págs.163-195 y MARTÍNEZ DIE, R, «Los discapacitados no incapacitados. Situaciones especiales de protección» *Los discapacitados y su protección jurídica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 194 entre otros.
- 14 DIAZ ALABART, S, ob. cit. pág. 6, pone de manifiesto que «falta la acuñación de un principio hoy indispensable, paralelo al del interés superior del menor; el del interés superior del discapacitado, que se refleje en el ordenamiento jurídico y que, de modo similar a como se hace respecto de los menores, sirva de criterio de interpretación en las normas que les afecten».
- 15 CABEZUELO ARENAS, A. L, ob. cit. pág. 189, entre los ejemplos que analiza se encuentra el de la controvertida práctica del lanzamiento de enanos como proyectiles (finalmente prohibida en Francia). Los enanos consentían que su limitación física se convirtiera en una atracción ya que esto les reportaba una mejora económica y les rescataba de la marginalidad y del paro. *Vide* también, en el mismo sentido, PRIETO ÁLVAREZ, T, *La dignidad de la persona: Núcleo de la moralidad y orden público*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 379 y ALEGRE MARTÍNEZ, M. A, *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento Constitucional español*, Universidad de León, 1996, pág. 73.
- 16 Según lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen «No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso».
- 17 Al respecto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, se pregunta (ob. cit. págs. 25-26) cómo una persona con una discapacidad psicofísica de ese nivel no estaba incapacitada, y se responde que probablemente por considerar los familiares, como en tantos caos, que era algo innecesario, y que de producirse daría lugar a su marginación social. Claro que, añadimos nosotros, la no incapacitación también pueden ocasionar actos de marginación social, como las producidas en el presente caso
- 18 Añade el núm. 2.º de ese mismo precepto que «En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez».
- 19 En este sentido DIAZ ALABART, S, (ob. cit. pág. 10) señala que «no es posible que esta norma se aplique por analogía a los discapacitados adultos no incapacitados por la sencilla razón de que su situación puede pasar inadvertida al no tener reflejo en el Registro Civil, y además carecen de representante legal que pueda velar por ellos y, en su caso, poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado».
- 20 Como señala SANTOS MORÓN M.ª J, («La situación de los discapacitados psíquicos desde la perspectiva del Derecho civil» *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales políticas, jurídicas y filosóficas*, VVAA, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 2004, pág. 172) «a la hora de consentir disposiciones sobre estos derechos por parte de los menores e incapacitados se exige que estos tenga suficiente grado de discernimiento, es decir, capacidad natural, que no plena, de obrar, para apreciar el significado y la trascendencia de la decisión que adoptan».
- 21 Señala SANTOS MORÓN M.ª J, (*Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, pág. 196) que «la incapacitación no puede afectar por sí misma a la posibilidad de ejercicio de los derechos de la personalidad del incapacitado y que, al margen de que en la práctica resulte bastante improbable que se dé un pronunciamiento al respecto, la sentencia de incapacitación no puede a priori impedir al incapacitado el ejercicio de tales derechos. Lo decisivo es la aptitud del individuo para entender el alcance y consecuencias de la decisión que adopta y ello sólo puede comprobarse en el caso concreto. El incapacitado podrá dar un consentimiento eficaz si posee la necesaria capacidad natural para comprender las implicaciones del acto de ejercicio de su derecho de la personalidad». Sobre la capacidad natural *vide* también RODRÍGUEZ LÓPEZ G.M, «Breves consideraciones sobre la protección civil del derecho a la intimidad de los menores» *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, dirigido por Martínez Die, Civitas, Madrid, 2000, pág. 379 y GARCÍA GARNICA, M.ª C, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág.183.
- 22 Postura defendida no solo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: SSTs 24 de diciembre de 2003, 27 de junio de 1996, 23 de abril de 1994 sino también por la doctrina: GRIMAL SERVERA, P, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, lustel, Madrid, 2007, pág. 105, entre otros.
- 23 *Vide*, en este sentido, CONTRERAS NAVIDAD, S, *La protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen en Internet*, Thomson Reuters, Navarra, 2012, pág. 87.

- 24 Consideramos necesario reproducir el texto del fundamento jurídico una vez que sienta doctrina sobre la tutela del derecho a la propia imagen de los discapacitados adultos, y declara la nulidad de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010 impugnada en este proceso constitucional.
- 25 Vide, por todas, la STC 320/1994, de 28 de noviembre.
- 26 La diferencia entre estas dos libertades radica en que mientras que la libertad de expresión se materializa en la libre emisión de ideas, opiniones o pensamientos mediante la palabra el escrito o cualquier otro medio de reproducción, el derecho de información supone la libertad de comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La distinción señalada es resaltada por la STC 105/1983, de 23 de noviembre.
- 27 Acerca del criterio seguido por el Tribunal Constitucional con relación a la libertad de expresión vide BERROCAL LANZAROT, A, «El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 358-396.
- 28 Sólo a título de ejemplo, dado el elevado número de ellas, podemos citar la STS de 29 de junio de 2011 en la que se condena a la cadena Telecinco a indemnizar al matrimonio Aznar por intromisiones ilegítimas en sus derechos al honor y a la intimidad personal y familiar; también, de gran actualidad, la STS de 31 de enero de 2014 en la que se confirma la condena a esa misma cadena por vulnerar el derecho a la intimidad de la duquesa de Alba y su marido.
- 29 Podemos citar, entre otras, las SSTC 49/2001, de 26 de febrero, 127/2003, de 30 de junio, 54/2004, de 15 de abril. La primacía inicial del derecho al honor sobre los derechos a la libertad de expresión e información fue matizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la doctrina sentada en el caso Lingens, en donde se concluyó que debía existir una prevalencia del derecho a la información sobre el derecho al honor cuando el contenido de la información tiene un interés general, con base en la importante labor que cumple el derecho a la libertad de expresión, en todo sistema democrático, de informar a la opinión pública mediante un proceso de comunicación libre.
- 30 En este sentido es bastante ilustrativa la SAP de Guadalajara de 2 de febrero de 2001.
- 31 Vide, entre otras, la STC 176/1995, de 11 de diciembre.
- 32 Añade a su vez el Tribunal Constitucional, siguiendo la postura adoptada por el Ministerio Fiscal, que el comportamiento del periodista podría incluso integrarse en el concepto de conducta de acoso tal y como está definido por el art. 7 a) de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que considera acoso «*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*».

La no discriminación a trabajadores no discapacitados al cuidado de una persona con discapacidad en la jurisprudencia del TJUE

VICENTE MAGRO SERVET

Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante
Doctor en Derecho



FICHA TÉCNICA

«Non-discrimination of able-bodied employees caring for a person with a disability in the caselaw of the ECJ»

Resumen: Análisis de la Sentencia del TJUE de fecha 17 de julio de 2008 en la que se fija el criterio de que las normas comunitarias sobre discriminación por razón de discapacidad no protegen exclusivamente al trabajador discapacitado, sino también a un trabajador no discapacitado que sufre un perjuicio laboral por tener a su cargo a una persona con discapacidad.

Palabras clave: no discriminación, perjuicio laboral, persona con discapacidad.

Abstract: Examination of the judgement of the ECJ of 17 July 2008 in which it is established that Community rules governing discrimination on the grounds of disability do not exclusively protect disabled employees, but also able-bodied employees whose employment rights are prejudiced by reason of having to care for a person with a disability.

Keywords: non-discrimination, prejudice of employment rights, person with a disability.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DIRECTIVA 2000/78/CE DEL CONSEJO, RELATIVA AL ESTABLECIMIENTO DE UN MARCO GENERAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN
- III. SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 2008

I. INTRODUCCIÓN

La legislación española en materia de protección de la discapacidad se ha ido adaptando en base a las diversas Directivas comunitarias que se han venido publicando y que han exigido la adecuación de la norma-

tiva interna de cada Estado miembro de la UE a lo que en materia de protección de las personas que sufren discapacidad se ha venido exigiendo a nivel Europeo. Y en este contexto es pieza básica también, la Jurisprudencia que ha venido dictando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ejemplo de lo cual es la Sentencia de 17 de julio 2008, rec. C-303/2006, de la que fue Ponente Caoimh, en materia de no discriminación por razón de discapacidad en relación a un supuesto en el que se concluye que «Las normas comunitarias sobre discriminación por razón de discapacidad no protegen exclusivamente al trabajador discapacitado, sino también a un trabajador no discapacitado que sufre un perjuicio laboral por tener a su cargo a una persona con discapacidad.» Así, el TJCE resuelve una cuestión prejudicial e interpreta la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

II. DIRECTIVA 2000/78/CE DEL CONSEJO, RELATIVA AL ESTABLECIMIENTO DE UN MARCO GENERAL PARA LA IGUALDAD DE TRABAJO EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN

1. Consideraciones básicas de la Directiva 2000/78/CE

Resulta relevante la correlación entre el contenido de la Directiva con los pronunciamientos de la Sentencia, en base a fijar unas líneas básicas de actuación sobre las que luego girará la normativa interna de cada Estado en materia de crear un marco legal para garantizar que en cada Estado de la UE, y por descontado España, la normativa en materia de protección por discapacidad sea la idónea para que en ningún caso exista desprotección, y en este caso concreto analizado por la sentencia, no solo poara las propias personas afectadas por la discapacidad, sino, también, para el trabajador no discapacitado que sufre un perjuicio laboral por tener a su cargo a una persona con discapacidad, persona sobre la que se crea también el derecho a ser objeto de protección normativa, o en su defecto por la Administración de cada Estado. Por ello, es preciso destacar el marco legal de la Directiva y sus considerandos, a saber:

Esta Directiva 2000/1978 se adoptó sobre la base del art. 13 CE. Sus considerandos sexto, undécimo, decimosexto, decimoséptimo, vigésimo, vigésimo séptimo, trigésimo primero y trigésimo séptimo tienen la siguiente redacción:

«6) La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores reconoce la importancia de combatir toda forma de discriminación y, especialmente, la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas mayores y de las personas con discapacidad.

(...)

11) La discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.

(...)

16) La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad.

17) La presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.

(...)

20) Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre.

(...)

27) El Consejo, en su Recomendación 86/379/CEE, de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad (DO L 225, p. 43), estableció un marco de orientación que enumera ejemplos de acciones positivas para el fomento del empleo y de la formación profesional de los minusválidos, y en su Resolución de 17 de junio de 1999 (DO C 186, p. 3) relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías afirmó la importancia de prestar una atención específica, en particular, a la contratación, al mantenimiento de los trabajadores en el empleo y a la formación y formación permanente de los minusválidos.

(...)

31) Las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada. No obstante, no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual.

(...)

37) De conformidad con el principio de subsidiariedad contemplado en el art. 5 del Tratado CE, los objetivos de la presente Directiva, en particular el establecimiento en la Comunidad de un marco para la igualdad en el empleo y la ocupación, no pueden alcanzarse de manera suficiente por los Estados miembros. Por consiguiente, pueden lograrse mejor, debido a la dimensión y repercusión de la acción propuesta, en el ámbito comu-

nitario. Conforme al principio de proporcionalidad tal y como se enuncia en el mencionado artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.»

2. Aplicación del principio de igualdad de trato

Expuesto esto no hay que olvidar, tampoco, que el pronunciamiento básico de esta Directiva en orden al objetivo a desarrollar lo encontramos en su art. 1, a cuyo tenor la Directiva 2000/1978 «tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

Al objeto de conocer cuándo una práctica concreta de la que resulte afectado un trabajador con discapacidad, o en este caso, una persona no discapacitada que tiene a su cargo a un trabajador discapacitado, es causante de discriminación, en los apartados 1 a 4 de su art. 2, que lleva el epígrafe «Concepto de discriminación», la misma Directiva dispone lo siguiente:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por **principio de igualdad de trato** la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1.

También y a fin de hacer efectivo la ejecución de este principio el art. 7 de la misma Directiva, cuyo epígrafe es «Acción positiva y medidas específicas», tiene la siguiente redacción:

«1. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1.

2. Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral.»

Y para cuando este principio de igualdad de trato se entienda vulnerado por un trabajador y a fin de que sea la parte que lo ha vulnerado la que demuestre la inexistencia de este trato, que es al fin y al cabo quien dispone de la posibilidad de probarlo, el art. 10 de la Directiva

2000/1978, que lleva como epígrafe «Carga de la prueba», dispone lo siguiente:

«1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un Tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante.»

3. Protección frente a la discriminación directa e indirecta

También se diferencia lo que es la discriminación directa de la indirecta para establecer el marco diferenciador en ambos casos y evitar que determinadas prácticas que pudieran ser causantes de discriminación lo fueran más de forma indirecta y pudiera intentar defenderse por el causante de la discriminación que solo cabe admitir una aplicación de discriminación directa para poder estar vulnerando la normativa que lo impida.

Así, a efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) **existirá discriminación directa** cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el art. 1;

b) **existirá discriminación indirecta** cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el art. 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

4. El acoso como práctica de la discriminación

También en el apartado 3.º de este art. 2 no se deja fuera del ámbito regulador la figura del acoso, para establecer con precisión cuándo el acoso constituirá discriminación, al señalar que:

«3. El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el art. 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro».

5. Aplicación de la Directiva al sector público y privado

En cuanto al ámbito propio de la normativa y sectores que deben atenderla y cumplirla, ésta destaca en el art. 3, apartado 1, de la Directiva 2000/1978 que:

«Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

(...)

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;

Se pretende con ello que no solo sea el sector privado el que vigile para que estas condiciones se cumplan, sino que también, y sobre todo, sea el sector público el que deba atender que los trabajadores que tengan una discapacidad sean atendidos y tratados conforme a la normativa protectora para estos casos. Nótese que en muchas normas de acceso existe un trato especial para facilitar el acceso al sector público de las personas que sufren una discapacidad, por lo que cuando este acceso se convierte en real y efectivo se debe tutelar la protección de éstas en el ámbito laboral del sector público.

También en el art. 5, cuyo epígrafe es «Ajustes razonables para las personas con discapacidades», la misma Directiva dispone lo siguiente:

«A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta,

para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

(...).»

III. SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 2008

1. Cuestiones y preguntas que deben ser objeto de análisis por el TJUE en relación al ámbito de la Directiva

El caso concreto que llega al TJUE en la Sentencia analizada se centraba en una señora que en el año 2002 tuvo un hijo que padecía crisis de apnea, así como laringomalacia y broncomalacia congénitas. El estado de su hijo exigía cuidados específicos y especializados dispensándole la mayor parte de los cuidados que éste necesitaba. El 4 de marzo de 2005, la trabajadora aceptó dimitir por exceso de plantilla («voluntary redundancy»), lo que puso fin al contrato que la vinculaba a su antiguo empresario, pero el 30 de agosto de 2005, presentó una demanda ante el Employment Tribunal, London South, en la que sostenía que había sido víctima de un despido encubierto («constructive unfair dismissal») y de un trato menos favorable que el que obtuvieron los restantes empleados, debido al hecho de tener a su cargo un hijo discapacitado, alegando que se vio obligada, como consecuencia del trato recibido, a dejar de trabajar para su antiguo empresario. Ante esto y al estimar que el litigio del que conoce suscitaba cuestiones de interpretación del Derecho comunitario, el Employment Tribunal, London South, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las **cuestiones prejudiciales** siguientes en orden a determinar cuál era el alcance de la Directiva y si el ámbito de protección de ésta lo era solo para personas con una discapacidad:

«1) En el contexto de la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, ¿protege la Directiva (2000/78/CE) sólo a las propias personas discapacitadas frente a la discriminación directa y el acoso?

Y la pregunta clave que se hace en la cuestión prejudicial era:

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿protege la Directiva (2000/1978) a los trabajadores que, aun sin estar ellos mismos discapacitados, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona discapacitada?

3) Cuando un empresario trata a un trabajador de forma menos favorable en comparación con la forma en la que trata o trataría a otros trabajadores y consta que el motivo del trato del referido trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, **¿constituye dicho trato una discriminación directa que vulnera el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva (2000/1978)?**

4) Cuando un empresario acosa a un trabajador y consta que el motivo del trato de dicho trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, **¿vulnera ese acoso el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva (2000/1978)?»**

Ante ello, el desarrollo expositivo de la resolución del TJUE gira sobre la cuestión básica centrada en si la normativa antes citada alrededor de la Directiva y la propia de cada Estado en su desarrollo deben interpretarse en el sentido de que únicamente prohíben la discriminación por motivo de incapacidad cuando el propio trabajador es la persona discapacitada, o si el principio de igualdad de trato y la prohibición de la discriminación directa se aplican también cuando el propio trabajador no es la persona discapacitada, pero sí, como sucede en el asunto principal, la víctima de un trato desfavorable por motivo de la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

Pues bien, el TJUE destaca que la Directiva tiene por objeto, **en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad.** En efecto, el principio de igualdad de trato que en esta materia consagra la citada Directiva no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el art. 1 de la misma. Corroboración esta interpretación el tenor literal del art. 13 CE, disposición que constituye la base jurídica de la Directiva 2000/1978 y que atribuye a la Comunidad competencia para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo, entre otros, de discapacidad.

Ahora bien, lo que constituye el eje de la cuestión suscitada es **si la Directiva, o las normas nacionales de desarrollo, pueden y deben extender la protección a la persona que no sufra ella misma la discapacidad pero la sufra un tercero relacionado con ella** como en este caso. Y ante ello, el TJUE destaca que es verdad que, según se desprende de sus propios términos, la Directiva 2000/1978 contiene varias disposiciones aplicables únicamente a las personas con discapacidad. En efecto, el art. 5 precisa que, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de

trato en relación con las personas con discapacidad, se realizarán ajustes razonables. Esto significa **que los empresarios tomarán las medidas adecuadas**, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

El art. 7, apartado 2, de la misma Directiva prevé igualmente que, por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral.

2. Votos discrepantes de Reino Unido, Grecia, Italia y Holanda

Ahora bien, la cuestión suscitada y analizada en esta Sentencia no es baladí, ya que, sin embargo, y pese a ello, tanto el Gobierno del Reino Unido como los Gobiernos griego, italiano y neerlandés sostienen que la prohibición de discriminación directa prevista en dicha Directiva no puede interpretarse en el sentido de que incluye una situación como la de la demandante en el litigio principal, puesto que esta última no está ella misma discapacitada. Según los mencionados Gobiernos, tan sólo pueden invocar las disposiciones de la citada Directiva aquellas personas que, en una situación análoga a la de otras personas, son tratadas de manera menos favorable o colocadas en una situación desventajosa en razón de características que les son propias.

Sin embargo, el TJUE apunta que según se desprende de los considerandos decimosexto y vigésimo de la Directiva, se trata de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo y para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad de esas personas. Así pues, la finalidad específica de tales medidas es hacer posible y facilitar la inserción de las personas con discapacidad en el mundo del trabajo y, por esta razón, sólo pueden resultar aplicables a las propias personas con discapacidad, así como a las obligaciones que, frente a ellas, tienen los correspondientes empresarios y, en su caso, los Estados miembros.

Ahora bien, el hecho de que la Directiva 2000/1978 contenga disposiciones destinadas a tener en cuenta específicamente las necesidades de las personas con dis-

capacidad **no permite llegar a la conclusión de que el principio de igualdad de trato que la misma consagra deba interpretarse de manera restrictiva**, es decir, en el sentido de que prohíbe únicamente las discriminaciones directas por motivo de discapacidad que afecten exclusivamente a las propias personas con discapacidad.

Por ello, la Directiva no autoriza a deducir que el principio de igualdad de trato definido en el art. 2, apartado 1, de la misma y la prohibición de discriminación directa prevista en el apartado 2, letra a), del mismo artículo no puedan aplicarse a una situación como la controvertida en el litigio principal cuando el trato desfavorable que un trabajador alega haber sufrido esté motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

3. Conclusiones de la sentencia del TJUE

Por ello, las conclusiones que se alcanzan de la Sentencia del TJUE son las siguientes:

1. La prohibición de discriminación directa que establece la Directiva no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas.

Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera

menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado art. 2, apartado 2, letra a).

2. Cabe el acoso frente a personas que no sean ellas mismas las discapacitadas.

Teniendo en cuenta que, en virtud del art. 2, apartado 3, de la Directiva 2000/1978, el acoso se considera discriminación a efectos del apartado 1 de ese mismo artículo, procede señalar que la citada Directiva y, en particular, sus arts. 1 y 2, apartados 1 y 3, deben interpretarse en el sentido de que no se limitan a prohibir el acoso frente a personas que sean ellas mismas discapacitadas.

Así, cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso sufrido por un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, **tal comportamiento resulta contrario al principio de igualdad de trato consagrado por la Directiva 2000/1978 y, en particular, a la prohibición del acoso enunciada en el art. 2, apartado 3, de la misma.**

Remoción improcedente del tutor del incapacitado por rendición extemporánea de cuentas

SAP Málaga, sec. 6.º, de 14 de mayo de 2013

JESÚS FLORES RODRÍGUEZ

*Profesor de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos*



FICHA TÉCNICA

«Unfair removal of a disabled person's guardian on the grounds of failure to file accounts in time»

Resumen: En los procesos que afectan a personas incapacitadas sometidas a tutela, el Juez debe tener en cuenta, como punto de partida de su actuación, el beneficio y superior interés de aquéllas. Ello obliga a tener en cuenta todas las circunstancias del caso, cualquiera que sea la situación que se plantee a lo largo del ejercicio de la tutela. La existencia de un conflicto de intereses o, llegado el caso, la presentación extemporánea de las cuentas, no tienen por qué significar, por sí solos, causa de incumplimiento claudicante de las funciones del tutor. Éste no incurre automáticamente en causa de remoción cuando concurre dicho motivo, conforme a al art. 247 CC, salvo que el incumplimiento resulte lo suficientemente grave.

Palabras clave: Incapacitación. Remoción de tutor. Causa legal de inhabilidad. Conflicto de intereses. Rendición de cuentas extemporánea. Superior interés de la persona tutelada.

Abstract: In proceedings affecting incapable persons under guardianship, the Judge must take into account, as the starting point for his/her intervention, the welfare and overriding interests of the incapable persons. This entails a requirement to take into account all the circumstances of the case, whatever the situation that may arise throughout the course of the exercise of the guardianship. The existence of a conflict of interest, or where appropriate, the failure to file accounts in time should not constitute, of themselves, a situation of fundamental breach of the duties of the guardian. A guardian does not automatically incur in a situation of removal where this arises, pursuant to article 247 of the Civil Code, unless the breach is sufficiently serious.

Keywords: Incapacity. Removal of the guardian. Statutory disqualification. Conflict of interest. Failure to file accounts in time. Overriding interests of the incapable person.

N. de A: Este trabajo se integra en la actividad desarrollada por el Grupo de Investigación «Familia y Derecho» (FYDE), 2013-198, de la Universidad Rey Juan Carlos.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS
- II. EL SUPERIOR INTERÉS DE LA PERSONA TUTELADA
- III. EL PROCESO DE REMOCIÓN DEL TUTOR
- IV. LA RENDICIÓN POR EL TUTOR DE LA CUENTA ANUAL DE SU ADMINISTRACIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Las funciones que asume el tutor del incapacitado judicialmente se organizan en torno a tres grupos fundamentales. El cuidado de la persona del menor o incapacitado; la representación del mismo y la administración de sus bienes. No hay que olvidar que, conforme a los términos en los que se encuentra redactado el art. 269 del Código Civil (CC), el tutor está obligado a velar en general por el tutelado y sus intereses personales y patrimoniales.

El adecuado cumplimiento de estas funciones constituye, pues, *conditio sine qua non* de la actuación del tutor, sujeto a control judicial. De este modo, conforme al art. 247 CC, cuando el tutor incurre en causa de inhabilidad, o se conduce mal en el desempeño de la tutela por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgen problemas de convivencia graves y continuados, debe ser removido del cargo. Declarada judicialmente la remoción, añade el art. 250 CC, se procederá al nombramiento de un nuevo tutor en la forma establecida en el Código Civil.

Las causas de inhabilidad para el ejercicio del cargo a las que se refiere el art. 244 CC podrán concurrir tanto de forma originaria —lo que abocaría a la no aceptación del cargo—, como de forma sobrevenida —originando, en su caso, su posible remoción—. Entre las causas de inhabilidad destacan, en lo que tiene que ver con el asunto ahora analizado, los «importantes conflictos de intereses» que el posible tutor tenga con el incapacitado.

Ahora bien, la problemática suscitada en el asunto ahora abordado debe, sin embargo, analizarse a la luz de la doctrina jurisprudencial emanada del art. 247 CC. La SAP Málaga, sec. 6.º, de 14 de mayo de 2013, es un buen compendio de los criterios interpretativos utilizados por las Audiencias Provinciales para resolver estas situaciones. Precisamente, contempla un supuesto en el que se solicita judicialmente la remoción del tutor designado, hijo de una mujer incapacitada, a instancias de la hija de ésta y hermana de aquél, respetivamente, aduciendo varios motivos que finalmente son desestimados por el juez —por la falta de importancia, entidad o gravedad— apelando al superior interés del tutelado, y ello tras el examen de los arts. 244.4.º y 247 CC (sobre las causas de inhabilidad y remoción), en relación con los arts. 269.4.º y 270 CC (sobre las obligaciones del tutor).

Dos cuestiones se plantean en ese caso. De una parte, el **conflicto de intereses** ocasionado al recibir una donación del incapacitado en una fecha anterior a que la tutela fuera deferida; y, de otra, en lo que ahora nos resulta de mayor interés, el hecho de que la **rendición de cuentas** a la que viene obligado el tutor se haya realizado extemporáneamente. Este último aspecto es el que fundamentalmente motiva este comentario. En efecto, el tutor asume la obligación de informar al Juez anualmente sobre la situación del incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración (art. 269.4 CC).

En el primer caso objeto de la sentencia citada anteriormente, la operación consistente en la realización de una donación realizada seis meses antes de la delación en favor del tutor no revelaría un incumplimiento grave y reiterado, ni ineptitud del mismo para el ejercicio del

cargo. Resulta destacable que entre los argumentos de justicia material que conducen al Tribunal a tomar esa decisión se encuentra el hecho de que la tutelada se halla *atendida debidamente por su hijo*.

La SAP Málaga, de 14 de mayo de 2013, es un buen compendio de los criterios interpretativos utilizados por las Audiencias Provinciales en relación a las causas de inhabilidad para el ejercicio del cargo de tutor

Respecto de la segunda cuestión analizada, la presentación de la cuenta anual, la conclusión a la que llega el juzgador es que **la falta de rendición de cuentas en tiempo no opera como causa automática de remoción**, sino que, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial, habrá de estarse a las «circunstancias concretas de cada caso». En la conclusión, pesa también un dato de justicia material: la inexistencia de un ánimo incumplidor. Al hecho de presentar la rendición de cuentas extemporáneamente —pero un día después de que fuese alegada como causa de remoción—, y antes de cumplir un año de haberse dictado el auto aprobando el inventario de bienes del incapaz, no revela un indicio de voluntad de incumplimiento de esta obligación, es decir, no obedece a la voluntad del tutor de sustraerse al control de su gestión.

En definitiva, **la ausencia real de desatención, puesta en relación con la necesidad de apartarse de una apreciación rigorista de las exigencias formales de la gestión** —aspectos más propios de un juicio de equidad—, son los criterios que fundamentalmente llevan finalmente al Tribunal a rechazar los motivos de idoneidad y la remoción del tutor.

II. EL SUPERIOR INTERÉS DE LA PERSONA TUTELADA

Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, en los procesos que afecten a personas incapacitadas sometidas a tutela, el juzgador debe tener en cuenta, como punto de partida de su actuación, el mejor y superior interés de aquéllas, lo que debe hacerse extensivo también a aquellas personas sujetas a la custodia de un organismo tutelar, que tendrá como obligación primordial y preferente, por encima de sus intereses patrimoniales, el cuidar de la persona y bienes de aquéllas¹.

Tras la ratificación por parte de España de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006 sobre

los derechos de las personas con discapacidad, nuestro ordenamiento jurídico debe ser interpretado bajo estos principios. La incapacidad se contempla de esta forma como un soporte necesario para que, en primer lugar, la persona ejerza su voluntad y autonomía por sí misma en la medida de lo posible; y, sólo si la ejerce a través de terceras personas, sus representantes, éstos persigan el máximo interés de la persona carente de capacidad de obrar.

Es principio fundamental que rige en la regulación de la tutela el beneficio y protección del discapacitado y tiene su apoyo en el art. 49 CE², lo que otorga a su ejercicio un carácter tuitivo y garantista que exige la vigilancia por parte de la Autoridad judicial y del Ministerio Fiscal, que podrán actuar de oficio a fin de promover cuantas medidas sean necesarias en cada momento para la salvaguarda y tutela de sus derechos, dirigidas a la investigación, protección, defensa y ejercicio de acciones en favor de los incapaces.

Es principio fundamental que rige en la regulación de la tutela el beneficio y protección del discapacitado, lo que otorga a su ejercicio un carácter tuitivo y garantista que exige la vigilancia por parte de la Autoridad judicial y del Ministerio Fiscal

En estos casos, debe regir ante todo el principio de protección del presunto incapaz como trasunto principal de la dignidad de la persona, y este principio debe inspirar cualquier decisión judicial que se adopte sobre la persona de aquél. La decisión del Juez deberá pues inspirarse en la realidad fáctica de esa persona, comprobar su situación y aplicar un criterio restrictivo³.

La naturaleza jurídica de la tutela en nuestro Derecho civil es de autoridad y no de familia, de modo que se configura como una obligación respecto de la cual no cabe renuncia. En lo que ahora nos interesa especialmente, la función tutelar debe ejercerse en todo caso «en beneficio del tutelado» (art. 216 CC)⁴, beneficio que deberá prevalecer en todo caso, sometido a la institución tutelar y bajo la salvaguarda judicial. En efecto, el tutor cumple dos funciones esenciales: la representación y la administración del patrimonio de aquél, y ambas constituyen un deber que se ha de ejercitar en beneficio del tutelado, bajo la salvaguarda de la Autoridad judicial.

Como dice la SAP Málaga, sec. 6.º, de 14 de mayo de 2013, ahora comentada, sobre la interpretación del art. 247 CC —relativo a la remoción del tutor por las causas

legales—, ha de buscarse, como criterio guía, el preferente interés de la persona tutelada, en la consideración de que el organismo tutelar tiene como obligación primordial el cuidado de la persona y bienes del incapaz. En esa dirección, la determinación de los motivos o las causas que pueden dar lugar a la remoción de la persona designada para el cargo de tutor, no precisa de la acreditación de comportamientos maliciosos o intencionados con eficacia de perjudicarlos intereses del tutelado. Antes bien, debe bastar la imposibilidad física de atender a la persona tutelada y la falta continuada y permanente de contactos con esta, estableciendo el ordenamiento una serie de requisitos y obligaciones para velar que el nombramiento del tutor recaiga en una persona idónea, así como para que el ejercicio del cargo se conduzca el tutor llevado del máximo celo hacia la persona tutelada, tratando de evitar en la práctica que este cargo sea un puro nombramiento formal.

Como regla de principio, de conformidad con lo señalado en el art. 200 del Código Civil, la incapacitación significa la concurrencia de un motivo natural que impide a una persona gobernarse por sí misma, tal es el caso de las enfermedades físicas o psíquicas persistentes que impidan dicho autogobierno. La jurisprudencia concibe el autogobierno como la idoneidad de la persona para administrar los intereses propios, que comprenden no sólo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guarda de la propia persona. Por tanto, presupuesto necesario es la sentencia de incapacitación y la designación de representante legal en la persona de un tutor (art. 199 CC), pero también el control judicial de la actividad que desarrolla el tutor, actividad que podrá desarrollar de oficio el propio Juez o a instancias del Ministerio Fiscal, del propio tutelado o de otras personas interesadas.

El tutor está sujeto, en el ejercicio de su cargo, a un amplio espectro de responsabilidades de todo orden: desde la penal por fraude, a la civil por daños y perjuicios

En resumen, lleva razón LACRUZ BERDEJO cuando afirma que de la conjunción del régimen de inventario y fianza (arts. 260 y ss.); con el deber de informar anualmente al juez de la situación del incapacitado; y de rendir cuenta anual de la administración, ejercida con la diligencia de un buen padre de familia (arts. 269 y 270); y con las medidas judiciales de vigilancia y control (arts. 232 y 233); con el régimen de la remoción (en especial, el art. 247); a la luz de todo ello, el principio general ordenador del sistema, el beneficio del tutelado (art. 216 CC), resulta claramente que, antes de llegar a la responsabi-

lidad por mora en el pago del saldo deudor resultante de las cuentas finales, el tutor está sujeto, en el ejercicio de su cargo, a un amplio espectro de responsabilidades de todo orden: desde la penal por fraude, a la civil por daños y perjuicios. En último análisis, la aprobación judicial de las cuentas finales de la tutela ni siquiera produce efectos equivalente de cosa juzgada, como demuestra la subsistencia de las acciones que recíprocamente puedan competir al tutor y al tutelado por razón de la tutela (art. 285 CC)⁵.

III. EL PROCESO DE REMOCIÓN DEL TUTOR

De esas medidas, la remoción de la tutela constituye, en definitiva, la separación del tutor de su cargo en cualquier momento, una vez deferida la tutela, por alguno de los motivos previstos en la ley.

Por lo demás, desde la perspectiva procesal, la remoción del tutor se tramitará por las normas de **jurisdicción voluntaria**, como ocurre con la rendición de cuentas, como se desprende de la actuación de la mayoría de las Audiencias Provinciales que entienden que la remoción debe hacerse en un expediente similar al que se sigue para el nombramiento de tutor y que terminará por Auto. Ahora bien, si se suscita oposición, el expediente se convertiría en contencioso siguiéndose los trámites como un **Juicio verbal**. Bien como expediente de jurisdicción voluntaria bien como jurisdicción contenciosa en todo caso será parte el Ministerio Fiscal velando por el interés del incapacitado sometido a tutela (art. 1817 LEC 1881). Si bien en la práctica no se acude al declarativo que corresponda en función de la cuantía, como dice aquel precepto, que sería el Juicio ordinario, dada su cuantía indeterminada, sino al Juicio verbal por ser el previsto con carácter general para los asuntos relativos a familia, menores e incapacitados en la vigente LEC 2000, y con las especialidades para ellos establecidas, fundamentalmente en materia probatoria.

En tanto en cuanto el actualmente en fase de Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria no entre en vigor, se aplicará la LEC 1881, conforme a lo señalado en la Disposición Derogatoria Única LEC 2000, así la LOPJ. Asimismo, el Auto por el que se declara la remoción de la tutela debe ser inscrito en el **Registro Civil**, por lo que en tanto no se proceda a la inscripción no será oponible frente a terceros. Asimismo, la declaración de incapacidad debe figurar inscrita en el Registro de la Propiedad como se desprende del art. 755 LEC, así como del número cuatro del art. 2 LH. A este respecto, debe recordarse que la constitución de la tutela y sus incidencias, como ocurre con la remoción del tutor, deben inscribirse en el

Registro de la Propiedad como complemento de aquella resolución declaratoria de la incapacidad (art. 55 RH).

Por su parte, el Juez, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del tutelado o de cualquier otra persona interesada, decretará la remoción del tutor previa audiencia de éste. Asimismo, debe darse audiencia al incapacitado tutelado si tiene suficiente juicio. Por su parte, durante la tramitación del procedimiento de remoción podrá el Juez suspender al tutor en sus funciones, así como nombrar al tutelado un defensor judicial. Una vez declarada judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento de nuevo tutor en la forma establecida en el Código Civil.

IV. LA RENDICIÓN POR EL TUTOR DE LA CUENTA ANUAL DE SU ADMINISTRACIÓN

Del último apartando del art. 269 CC se desprende lo que VENTOSO ESCRIBANO ha denominado «doble obligación anual»: una de carácter informativo sobre la situación del incapacitado y otra de rendición de cuentas del Administrador; y ello sin perjuicio de que el Juez, conforme al art. 233 CC, pueda exigir en cualquier momento que el tutor informa sobre la situación del incapacitado y del estado de la administración⁶.

1. Requisitos y procedimiento

El art. 270 CC que dispone que «*El tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia*». En cuanto deber impuesto por la ley respecto de una persona incapacitada su cumplimiento no puede entenderse si no va acompañado de un control que se traduce en la necesidad de rendición de cuentas anual ante el Juez de la incapacitación. Es por ello que el art. 269.4.º CC obliga expresamente al tutor a rendir cuentas anualmente.

La rendición de cuentas forma parte de la prestación a la que viene obligado el mandatario. En consecuencia, procede traer a colación las reglas del contrato de mandato y, más concretamente, las relativas a este punto. Efectivamente, el art. 1720 CC regula el deber de rendición de cuentas.

En este sentido, el art. 1720 del Código Civil establece lo siguiente: «*Todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo*». La jurisprudencia, desde antiguo viene perfilando esta obligación. Así, el manda-

tario viene obligado a rendir cuentas detalladas y justificadas, expresando los ingresos y los gastos y basándose en documentos y comprobantes (SSTS, Sala 1.ª, de 7 de julio de 1946 o de 26 de mayo de 1950). Tal obligación se fundamenta, dice la jurisprudencia, en razones de moralidad y justicia. Es así el último acto de gestión del mandatario, que resultaría incompleta si no indicase al mandante todo lo que ha hecho por él, lo que ha pagado y lo que ha vendido, debiendo resultar de tales cuentas la demostración de toda la actividad desarrollada por el mandatario para juzgar por ella si ha administrado o no como un buen padre de familia (STS, Sala 1.ª, de 19 de diciembre de 1983).

Dentro del círculo de confianza en que se mueve la relación entre mandante y mandatario, el mandatario habrá de realizar especialmente en los mandatos de tracto sucesivo o de objeto continuado, dicha gestión, no sólo siguiendo las instrucciones recibidas por el mandante, sino, en todo caso, desplegando una conducta respetuosa con la diligencia propia de un padre de familia, según previene el pfo. 2.º del art. 1719 CC. **La rendición de cuentas es la consecuencia lógica, el resultado esperable, de la buena gestión de los intereses ajenos.** Una vez terminada la gestión, o bien, durante los períodos que fijen las instrucciones del mandante, procederá la práctica de esa rendición de cuentas, con la que el mandatario expone los resultados económicos de su gestión, especificando tanto el activo como el pasivo, y en su caso, el saldo resultante que deberá —en el supuesto de que sea favorable a los mandantes— reintegrarlo en los términos convenidos, que es, lo que se espera de la aplicación del art. 1720. De este modo, su abono, sólo procederá, en el caso de que efectivamente lo haya⁷. Es necesario indicar ni las relaciones familiares entre mandante y mandatario, ni la convivencia entre ambos dispensan de la obligación de rendir cuentas⁸.

La rendición de cuentas forma parte de la prestación a la que viene obligado el mandatario. En consecuencia, procede traer a colación las reglas del contrato de mandato y, más concretamente, las relativas a este punto

La doctrina desde un primer momento se pronunció en favor de admitir un cierto grado de flexibilidad formal. Así, SANCHO REBULLIDA entendió que esta rendición de cuenta anual no debía referirse a una rendición contable con un deber y un haber riguroso y cuantificado sino a un informe más global y abstracto⁹.

En cuanto a quién han de rendirse las cuentas, en vida del mandante será a éste a quien habrá de rendírselas cuantas veces lo exigiera en virtud de la relación que les liga, ya que, como hemos expresado, la institución de la rendición de cuentas se enmarca dentro del círculo de confianza en que se mueve la relación mandante/mandatario, siendo por tanto su exigencia un derecho que ostenta el mandante, y no cualesquiera otros terceros.

El principio que inspira la institución tutelar, tanto se trate de menores como de incapaces, no es otro que, en su beneficio, procurar la guardia y custodia, no sólo de sus personas sino también de sus bienes. Así, el art. 269 del Código Civil enumera las obligaciones que el tutor debe asumir en beneficio del tutelado, bajo control judicial (art. 216 CC), señalando su párrafo cuarto el deber de informar tanto el Juez como al Ministerio Fiscal (art. 232 CC) de las incidencias acaecidas en el ejercicio de la tutela y rindiendo cuentas de su gestión anualmente. Ello es exigencia de todo administrador de bienes ajenos, rendición de cuentas que, como señala la doctrina, ha de ser rigurosa, contable, numérica y acompañada de los oportunos justificantes, debiendo distinguirse ésta de la cuenta general que el tutor debe prestar al cesar en su cargo.

El precepto que establece el art. 269, en relación con el art. 280 del Código Civil es claro y terminante: el tutor «*está obligado a rendirle cuenta anual —al Juez— de su administración*». No estamos, pues, ante una facultad, sino ante un deber ineludible. En este sentido, además de las rendiciones anuales que el tutor debe realizar de su administración, ante la Autoridad Judicial, según previene el art. 269.4.º CC, una vez extinguida la tutela, por cualquier causa, aquél viene obligado con carácter general, y sin las excepciones que admitía con anterioridad al citado texto legal, a la rendición de cuenta general justificada de su administración en orden a la comprobación de la gestión realizada, para su aprobación definitiva, o exigencia, en su caso, de las oportunas responsabilidades, y ello ya directamente por el Juez, o a instancias del propio pupilo, o sus herederos, de conformidad con lo prevenido en los arts. 279 y ss.

Además, la cuenta general debe comprender todo el período de ejercicio de la tutela, aun cuando, con anterioridad, se hubieran aprobado otras cuentas anuales, en la medida en que se trata de una cuenta general comprensiva de todo el período de administración del tutor, a fin de fijar el saldo existente que, conforme a los arts. 280 y ss. CC puede, incluso, devengar intereses legales a favor o en contra del tutor.

Desde la perspectiva procesal, **el procedimiento para llevar a cabo la rendición de cuentas por el tutor**

plantea algunas cuestiones de interés, que tienen que ver con el lugar (procedimiento), forma, documentación a acompañar, periodicidad y cómputo del plazo, etc.

En cuanto al lugar donde ha de llevarse a cabo, hay que advertir que no constituye un nuevo proceso. Se ha de llevar a cabo en el procedimiento –contencioso o de jurisdicción voluntaria— en el que se acordó su nombramiento como tutor, se efectuó inventario de bienes del tutelado y se le dio posesión del cargo.

La obligación de rendir cuentas viene impuesta al tutor directamente por la Ley. Señala así el art. 269 CC que «El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: (...) 4.º A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración».

En cuanto a la forma, ésta se realizará mediante escrito. De una parte se hará referencia a la situación personal, indicado brevemente el estado en que se encuentra el tutelado, mejoras o deterioros en su salud, cambios de domicilio o residencia, o cualquier otra circunstancia que pueda considerarse digna de mención.

De otra parte hay que hacer referencia a la rendición de cuentas relativa a administración propiamente dicha. Básicamente, y sin que impere un criterio formalista ni exigirse la aplicación de criterios o normas contables, el tutor habrá de presentar una relación de todos los ingresos que durante el año haya obtenido el tutelado (pensiones, otros ingresos ordinarios o extraordinarios). De otro, habrá de relatar sucintamente los gastos del tutelado o relativos al mismo. En este caso, el grado de rigor o detalle será menor en función de las circunstancias de cada caso: las propias necesidades del tutelado que determinen la necesidad de asumir mayores gastos o la naturaleza de la tutela. Así, o puede exigirse el mismo grado de detalle o concreción a personas físicas de edad más o menos avanzada, legos en Derecho, que a una entidad pública, cuyo objeto sea precisamente el ejercicio de la tutela de personas incapaces. En cualquier caso habrá de distinguirse los gastos relativos a alojamiento (residencias en su caso), gastos de alimentación, seguros, etc.

También será conveniente, sin necesidad de hacer inventario –obligación impuesta legalmente sólo al inicio de la constitución de la tutela— hacer referencia a los principales activos y pasivos del mismo, así como a la evolución que puedan haber experimentado durante ese año. Básicamente, se determinará cuál era el saldo inicial en las cuentas corrientes gestionadas por el tutor para la administración y cuidado ordinario de la persona del incapaz.

En cuanto a la documentación a acompañar ésta estará compuesta fundamentalmente por los justificantes acreditativos de los principales ingresos y gastos.

En cuanto a la periodicidad, según impone el art. 269.4.º CC, la rendición de cuentas será anual, computada no como años naturales, sino de fecha a fecha, esto es, desde el tutor tomo posesión de su cargo, aun cuando no se haya realizado aún inventario, pues desde este momento ya entra en la administración de los bienes del tutelado.

En lo que al trámite a seguir se refiere, tras la presentación por el tutor del escrito rindiendo cuentas, cabe acudir a lo dispuesto en el Título III del Libro III de la LEC/1881, dedicados, dentro de la jurisdicción voluntaria, al nombramiento de tutores y curados y del discernimiento de estos cargos, en tanto no sean incompatibles con las disposiciones contenidas en el CC ni en la LEC/2000. En este sentido, presentado el escrito por el tutor de rendición de cuentas se dará traslado al Ministerio Fiscal.

En este sentido el art. 1877 de la LEC de 1881 establece que «Sobre las cuentas que el tutor o curador rindiere durante el ejercicio de su cargo, se oirá siempre al Ministerio Fiscal». Ppor su parte, el art. 1878 de la LEC de 1881 señala que si no se formare objeción a las cuentas serán aprobadas por el Juez. No obstante, y pese al tenor literal pudiera entenderse, aun cuando no se formulen objeciones, en superior interés del tutelado, por el que ha de velar el juez, obliga a éste a no aprobar las cuentas, si existe algún extremo no claro o necesario de justificación o explicación aun cuando ni el Ministerio Fiscal u otra parte personada haya impugnado la cuenta. En este sentido, de la rendición de cuentas presentada habrá de darse traslado a todos los que fueron parte en el procedimiento en que se nombró tutor.

El Juez aprobará la gestión del tutor, si la misma queda suficientemente justificada y no aparece contraria a los intereses del tutelado. La resolución, pese a que no se hace referencia a este extremo en la ley, se estima que habrá de revestir la **forma de Auto**, que habrá de tener una mínima y adecuada motivación.

Dicho esto, para concluir este apartando, resulta interesante traer a colación a este respecto el actualmente en fase de **Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria** presentado por el Ministro de Justicia al Consejo de Ministros¹⁰. Así el art. 53 del Anteproyecto, relativo a la «Rendición de cuentas», tiene el siguiente tenor:

«1. Anualmente, desde la aceptación del cargo, el tutor o curador deberá presentar dentro de los veinte días siguientes al cumplirse el plazo un informe sobre la si-

tuación personal del menor o persona con capacidad judicialmente complementada y una rendición de cuentas de la administración de sus bienes, si procediera.

2. Presentados los informes, el Secretario judicial dará audiencia al titular del cargo, al tutelado o asistido si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años, a aquellos que estuvieran interesados y al Ministerio Fiscal, pudiéndose proponer de oficio o a instancia de parte las diligencias y pruebas que se estimen oportunas.

3. Tras ello, hubiera o no oposición, el Juez resolverá sobre los informes anuales y la rendición de cuentas.

4. Estas disposiciones serán de aplicación en los supuestos de rendición final de cuentas por extinción de la tutela o curatela, debiendo ser presentada, en su caso, en el plazo de tres meses desde el cese del cargo, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa. En estos casos también se oirá, si procediera, al nuevo tutor o curador, a los herederos del tutelado o asistido, en su caso.

5. En todo caso, la aprobación judicial de las cuentas presentadas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor o curador y al tutelado o sujeto a curatela o a sus causahabientes por razón de la tutela o curatela».

2. Rendición de cuentas extemporánea

Por último, resulta necesario hacer referencia a las consecuencias de la presentación extemporánea. La presentación extemporánea de las cuentas no constituye, por sí sola, causa de incumplimiento grave ni reiterado de sus funciones como tutor y, en consecuencia, no se incurre en causa que habilite a su remoción, conforme al art. 247 CC. No hay pues, causa de inhabilidad por incumplimiento del deber de rendir cuentas.

Cabe pues preguntarse qué es lo que ocurre si el tutor se demora en la presentación de cuentas, lo que más que constituir un incumplimiento de su obligación se trataría de un cumplimiento defectuoso.

En estos casos, desde una perspectiva estrictamente procesal, el Juez, de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal, del propio tutelado, o cualquier persona con un interés legítimo (por ejemplo otro familiar) **requerirá al tutor para que en el plazo –breve— que se fije proceda**

a rendir cuentas y explicar los motivos de tal demora, con apercibimientos de orden civil en el sentido de que de persistir en su negativa, una vez que se ha recordado judicialmente tal obligación, podrá incurrir en causa de remoción.

Incluso resulta factible la realización de **apercibimientos de orden penal** si en el plazo que se le fije, y se le ha recordado la obligación legal, en cuyo cumplimiento el Juez le requiere ahora una actuación a la que viene obligado, de poder incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad (la última *ratio* del Derecho penal obliga a ser cautelosos a acudir a esta vía, pero tampoco ha de descartarse de antemano).

NOTAS

- 1 STS, Sala 1ª, de 4 de octubre de 1984.
- 2 El artículo 49 CE establecer que los poderes públicos realizarán «una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los cuales se les prestará la atención especializada que requieran los ampararán, especialmente en la consecución de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos».
- 3 STS, Sala 1ª, de 16 de septiembre de 1999.
- 4 Dice el artículo 216 CC que «Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial».
- 5 LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, Familia*, t. IV, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 443.
- 6 VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, Constitución y Leyes, Madrid, 1985, p. 89.
- 7 SSTS, Sala 1ª, de 1 de mayo de 1998 y de 13 de abril de 1995.
- 8 SSTS, Sala 1ª, de 18 de marzo de 1.959 y de 28 de octubre de 1.969.
- 9 SANCHO REBULLIDA, F., *La tutela e instituciones afines conforme a la Ley de 24 de octubre de 1983*, en «Elementos de Derecho Civil, Familia», t. IV, Barcelona, 1983, p. 89.
- 10 En la fecha en que se redacta este artículo, el Proyecto no ha sido remitido aún a las Cortes Generales.

La figura de la incapacitación a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad

Comentario a la Sentencia núm. 282/2009 del TS, Sala 1.ª, de 29 de abril

M.ª DEL CARMEN CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO

Profesora Titular. Universidad Rey Juan Carlos



FICHA TÉCNICA

«The concept of incapacity in light of the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities, signed in New York on 13 December 2006»

Resumen: La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo, en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones. La Convención, tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a «adoptar» una nueva herramienta basada en un «sistema de apoyos» que se proyecte sobre las circunstancias concretas del sujeto en cuestión.

Palabras clave: Incapacitación, capacidad de obrar, capacidad jurídica, asistencia, representación, tutor, curador.

Abstract: The traditional concept of incapacity, from the viewpoint based on the medical model, may represent an excessive limitation on legal capacity, for those persons who have a physical, intellectual, or psychosocial deficiency, preventing them from performing acts of a personal or property nature, or that in practice amounts to a model for replacing them in decision-making. The Convention, both in its Preamble and in the main normative text, adopts the social model and the principle of non-discrimination, which clashes with the traditional concept of incapacity, as a mechanism that replaces legal capacity, and requires the 'adoption' of a new tool based on a 'system of supports' to be projected over the specific circumstances of the person in question.

Keywords: Incapacity, legal capacity, capacity, assistance, representation, tutor, carer.

N. de A: Este trabajo se integra en la actividad desarrollada por el Grupo de Investigación «Familia y Derecho» (FYDE), 2013-198, de la Universidad Rey Juan Carlos.

SUMARIO

- I. ASPECTOS ESENCIALES DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
- II. PROPÓSITO DE LA CONVENCIÓN
- III. IMPACTO DE LA CONVENCIÓN EN EL

- IV. ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A SU ART. 12 LA CONVENCIÓN Y EL TRIBUNAL SUPREMO: STS, SALA 1.ª, NÚM. 282/2009, DE 29 DE ABRIL

I. ASPECTOS ESENCIALES DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

A pesar de que el Derecho Internacional emanado de las Naciones Unidas venía ofreciendo grandes posibilidades para la protección jurídica de las personas con discapacidad¹, en la práctica se ofrecía una realidad bien distinta. A las personas con discapacidad se les continuaba negando muchos de sus derechos y su posición respecto a los demás miembros de la sociedad distaba mucho de ser igualitaria². Por ello, expertos en la materia sostenían la necesidad de un tratado específico que promoviera y protegiera los derechos y la dignidad de estos sujetos.

En el año 2001 comenzó a gestarse una Convención Internacional³ con el objeto de abordar el fenómeno de la discapacidad desde el modelo social⁴, y el 13 de diciembre de 2006, una vez adoptado el Proyecto definitivo, la Asamblea General aprobó durante su sexagésimo primer período de sesiones, la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo⁵.

España, tras la autorización concedida por las Cortes Generales mediante votación por mayoría simple (art. 94 c) CE), ratifica la referida norma internacional y su Protocolo facultativo el día 3 de diciembre de 2007⁶, –coincidiendo con la celebración del Día Internacional y Europeo de las Personas con Discapacidad–, pasando, por tanto, a formar parte del ordenamiento jurídico español⁷.

Con la Convención no se ha tratado de crear, desarrollar o modificar derechos humanos ya existentes, sino aplicarlos a las circunstancias particulares de las personas con discapacidad. Es decir, no se crean derechos en sentido estricto, sino que se busca moldear los derechos existentes a las necesidades y a la situación concreta de este colectivo⁸. Junto con la Convención, la ratificación del Protocolo facultativo⁹, legitima activamente para que las personas con discapacidad, de forma individual o en grupo, o cualquier otra persona en su nombre, puedan presentar una queja o reclamación internacional al órgano de control por el incumplimiento de las obligaciones exigibles a los sujetos de la comunidad internacional¹⁰.

La Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad es un instrumento novedoso, detallado y vanguardista, que surge como «deuda pendiente»¹¹ con las personas con discapacidad y supone el marco internacional idóneo sobre el que regular la protección de sus derechos.

II. PROPÓSITO DE LA CONVENCIÓN

Conforme al art. 1, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad persigue «*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*», de modo que permita dar visibilidad a este sector en el sistema de protección de las Naciones Unidas, y de la sociedad en general¹².

Como propósito, la Convención enumera tres tipos de obligaciones diferentes respecto a los derechos y libertades de las personas con discapacidad: su **promoción**, su **protección** y su **aseguramiento**. Además, se precisa que el goce de estos derechos ha de ser pleno y en condiciones de igualdad respecto al resto de la sociedad.

Del precepto se deduce, que la Convención pretende ir más allá de los principios tradicionales de igualdad y no discriminación para abarcar el amplio catálogo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y su ejercicio y disfrute por la personas con discapacidad¹³.

El art. 3 d) proclama «*El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas*». La sociedad debe reconocer esta diferencia como un enriquecimiento, aceptándolas e integrándolas. Debemos tomar conciencia de que todos somos diferentes en algo a los demás miembros de la sociedad¹⁴.

El art. 3 f) hace referencia a la «*accesibilidad*» que ha de brindarse a las personas que presentan algún tipo de discapacidad. Para que las personas puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados parte deben adoptar las medidas adecuadas de modo que se eliminen todas aquellas barreras que hagan inaccesible el ejercicio de sus derechos.

La Convención pretende ir más allá de los principios tradicionales de igualdad y no discriminación para abarcar el amplio catálogo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y su ejercicio y disfrute por la personas con discapacidad

El art. 3 b) enuncia uno de los principios fundamentales de la Convención: la no discriminación. Esta norma hay que ponerla en relación con el art. 5 que apunta

como principal aportación de la Convención que «A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables» (apartado 3), y «No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad» (apartado 4).

El Derecho ha de promover la igualdad, de modo que ante situaciones aparentemente iguales se justifique la adopción de medidas diferenciadas, cuya admisión supondrá, en muchas ocasiones, eliminar los obstáculos que impidan la efectividad del consagrado principio de igualdad¹⁵.

Con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se cambia el prisma desde el que ha de abordarse el tratamiento de este colectivo. Son las barreras sociales y no sus deficiencias, las que impiden la participación plena y efectiva de los discapacitados en la sociedad¹⁶. Las desventajas sociales que sufren no deben eliminarse como consecuencia de la buena voluntad de otras personas o de los Gobiernos, sino que deben eliminarse porque dichas desventajas violan el goce y ejercicio de sus derechos humanos.

III. IMPACTO DE LA CONVENCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A SU ART. 12

No es fácil pronunciarse con absoluta precisión acerca del grado de correspondencia del Derecho interno español con los valores, principios y mandatos de la Convención de las Naciones Unidas. La dificultad radica en que el ordenamiento jurídico español en materia de discapacidad es el resultado de una acumulación de disposiciones, de muy distinto origen temporal y de muy diverso propósito. No existe un plan ordenado, armónico y concorde. No disponemos de un sistema jurídico de la discapacidad, sino de una suma de normas, hijas de distintas épocas que, en ocasiones, llegan a ser contradictorias.

Frente a ello, la Convención es un tratado amplio e integral, producto de un único acto normativo.

A la hora de adaptar nuestro Derecho vigente a las disposiciones del texto internacional hemos hallado una serie de **fricciones entre ambos ordenamientos** que han originado situaciones de conflicto, y que conducen a la revisión de una diversidad de normas jurídicas con el fin de lograr el necesario y deseado ajuste entre lo dispues-

to por el Tratado internacional, y lo regulado en nuestro derecho interno.

La modificación normativa objeto de la presente Ley encuentra su fundamento en el art. 4 de la Convención, en virtud del cual los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.

Las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y, como consecuencia, a poseer y poder ejercer su capacidad jurídica. Estos derechos aparentemente obvios, han sido durante mucho tiempo denegados o limitados por el hecho de tener una discapacidad, e incluso en la actualidad persisten muchas barreras para su disfrute real.

El art. 12 de la Convención que tiene por rúbrica «Igual reconocimiento como persona ante la Ley», incide de lleno en las instituciones que en nuestro Derecho regulan esta materia, e imponen un replanteamiento de la cuestión.

El entendimiento de la plena personalidad jurídica, lleva consigo una revisión profunda de instituciones tan arraigadas como, desde un punto de vista sustantivo, las instituciones complementarias de la capacidad (tutela, curatela, guarda de hecho, prórroga de la patria potestad) o, desde un punto de vista formal, los procesos de la incapacidad judicial¹⁷.

La Convención nos presenta una importante innovación frente al ordenamiento jurídico español de los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar. Mientras que en nuestro Ordenamiento se viene reconociendo tradicionalmente la distinción entre capacidad jurídica –aptitud para ser titular de derechos y obligaciones– y capacidad de obrar –aptitud para ejercer los derechos de que se es titular y realizar actos jurídicos válidos–, la Convención no admite distinción por lo que la capacidad jurídica y la capacidad de obrar quedan englobados en un todo inseparable. No obstante, el art. 12.3 habla del ejercicio de capacidad jurídica reconociendo que una cosa es la capacidad y otra su ejercicio.

Aun cuando la capacidad jurídica es plena, es posible que en determinados supuestos algunas personas con discapacidad no puedan ejercitar de forma autónoma esa capacidad jurídica, porque su capacidad de comprender, decidir o expresar su voluntad esté limitada¹⁸. Para estos supuestos el art. 12.3 de la Convención dispone la adopción por parte de los Estados de «las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con disca-

pacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica»¹⁹.

Se parte de la base de que algunas personas con discapacidad, aun teniendo capacidad de obrar, pueden precisar para el ejercicio de la misma ciertos mecanismos de apoyo. Por ello, debe articularse un procedimiento dirigido no a limitar la capacidad de obrar de las personas con discapacidad sino a proporcionar las necesarias medidas de apoyo para que puedan actuar en el tráfico y ejercer su capacidad jurídica. Por consiguiente, ¿puede afirmarse que las personas sometidas a medidas de apoyo tienen capacidad de obrar plena?

A nuestro juicio, no es posible entender que las personas sujetas a medidas de apoyo tengan capacidad de obrar plena, si así fuere, situaríamos al sujeto discapacitado en una situación desfavorable y, en ocasiones, de cierto peligro al crear circunstancias lesivas y perjudiciales a su persona e intereses. Resulta evidente que si un sujeto requiere de medidas de apoyo es porque padece, por mínima que sea, una limitación a su capacidad de obrar. Por ello, a pesar de la Convención parece jurídicamente necesario seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Aclarado lo anterior, con la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad se suscita un debate social en torno a la compatibilidad del procedimiento de incapacitación con dicha Norma Internacional. El sometimiento del incapaz al actual régimen de tutela sería contrario a la Convención, puesto que se priva al tutelado de ejercer todos o parte de sus derechos.

El art. 12 de la Convención que tiene por rúbrica «Igal reconocimiento como persona ante la Ley», incide de lleno en las instituciones que en nuestro Derecho regulan esta materia, e imponen un replanteamiento de la cuestión

Tomemos en consideración que ciertas personas no podrán de ningún modo ejercer su capacidad jurídica, como puede ser el caso de una persona en estado de coma o en estado vegetativo. En estos supuestos, el hecho de no proceder al nombramiento de una figura sustitutiva que vele por sus intereses, podría suponer la privación al discapacitado de la posibilidad de actuación en el ejercicio y defensa de sus derechos legítimos, lo que sería contrario al principio de igualdad consagrado tanto en la Convención como en la Constitución española de 1978²⁰.

Estas medidas con carácter sustitutivo requieren de las garantías para que sean adoptadas en los casos estrictamente necesarios mediante un sistema progresivo y periódico de control —por parte de la autoridad u órgano judicial competentes— de la situación específica de las personas incapacitadas, y, asegurando, que la sustitución de la capacidad en tales situaciones sea siempre en beneficio único y exclusivo de la persona con discapacidad.

Por consiguiente, se trata de adaptar las soluciones acordadas a las circunstancias concretas de la persona con discapacidad y a sus necesidades reales.

La perspectiva patrimonial la aborda la Convención en su art. 12.5, según el cual, «Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

La curatela parece ser la figura que mejor responda a esta disposición, dado que parte de la constatación de que la capacidad de la persona para tomar decisiones no está totalmente ausente²¹. La persona sometida a curatela administra y dispone de sus bienes, sin perjuicio de que en determinados actos se requiera para su plena validez, la asistencia del curador. El curador complementa la actuación del incapacitado, le presta apoyo y asistencia.

La aplicación del art. 12 de la Convención supone un verdadero desafío para el ordenamiento jurídico español, ya que no sólo afecta a conceptos tan arraigados en nuestro Ordenamiento como son la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, sino que atenta contra la figura de guarda y protección de más arraigo y tradición en nuestro sistema jurídico: la tutela.

IV. LA CONVENCION Y EL TRIBUNAL SUPREMO: STS, SALA 1.ª, NÚM. 282/2009, DE 29 DE ABRIL

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, contempla la incapacitación como una medida de protección de la persona discapacitada.

El Ministerio Fiscal argumenta en su intervención en el recurso de casación resuelto por la sentencia objeto de análisis, que la Convención Internacional sobre los

Derechos de las Personas con Discapacidad celebrada en Nueva York en el año 2006, y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, veda el modelo de «sustitución en la toma de decisiones» a favor de un sistema de «apoyo o asistencia». Así, la Convención apuesta como fórmula adecuada de protección por el nombramiento de un curador²², al menos, hasta que no tenga lugar una reforma legislativa.

Centrándonos en el supuesto de hecho en cuestión, las demandantes (D.^a María Cristina y D.^a Carmela) solicitan en el escrito por el que se incoa el proceso, que se dicte sentencia «por la que se declare la incapacitación de su madre (D.^a Victoria) para gobernar su persona y bienes, determinando la extensión o límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de someterse la incapacitada» y propone como tutora a una de sus hijas (D.^a Flor) para que la represente y vele por sus intereses.

En el procedimiento, se opusieron a la demanda don Carlos, D.^a Ariadna y don Juan Antonio, apoderados por su madre para ello, solicitando la desestimación íntegra de la demanda, o, si ésta se estimase, que se rechazara el pretendido nombramiento de D.^a Flor como tutora y se nombrara a cualquiera de ellos o, subsidiariamente, a un tercero. D.^a Flor, por su parte, se adhirió a la demanda interpuesta por sus hermanas D.^a Cristina y D.^a Carmela.

El Juzgado de Primera Instancia dicta Sentencia estimando la demanda y declarando a la demandada «incapaz de modo absoluto y permanente para regir su persona y administrar sus bienes, así como para el ejercicio del derecho de sufragio y en consecuencia se nombra tutor de su persona a sus hijas Flor y Ariadna, quienes ejercerán la tutela conjunta y solidariamente, y tutor de sus bienes a don Gabino...».

Apelada la sentencia por D.^a Victoria a través de sus hijos y apoderados don Carlos Alberto, D.^a Ariadna y don Juan Antonio, la Audiencia la confirmó íntegramente. Éstos, en nombre de su madre D.^a Victoria, formularon recurso de casación ratificando la Audiencia Provincial su primer fallo, si bien suprimiendo la expresión «solidariamente» del modo de ejercicio de la tutela conjunta por D.^a Flor y D.^a Ariadna.

Contra esta sentencia don Carlos Alberto, D.^a Ariadna y don Juan Antonio volvieron a interponer como apoderados de su madre, recurso extraordinario (por infracción procesal) y de casación, que el Tribunal Supremo resuelve, desestimándolos, en la sentencia que es objeto de comentario.

El problema planteado en el recurso de casación y en la impugnación del Ministerio Fiscal se centra en de-

terminar si, como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención de Nueva York de 2006, debe considerarse contraria a la misma la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces, al considerarla como una medida discriminatoria.

La Convención de Nueva York de 2006 persigue la igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las que, al igual que cualquier otra persona, son titulares los discapacitados. Así, el art. 2 de la Convención entiende por discriminación «*cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*».

Este enfoque de la Convención es del todo conforme con el Derecho Constitucional español, que, aparte de considerar la dignidad de la persona como «*un fundamento del orden político y de la paz social*» (art. 10.1 CE), afirma la igualdad de todos los españoles ante la ley, «*sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*» (art. 14 CE).

A los poderes públicos no sólo se les exige que procuren las medidas asistenciales de acuerdo a las necesidades del sujeto incapacitado, sino que también se les impone la obligación de ampararlos para el disfrute de las libertades y los derechos fundamentales

La garantía de esta igualdad de trato radica en los poderes públicos que deberán «*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*». Y, en concreto su art. 49 se refiere a las personas con discapacidad al afirmar 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*».

Por ello, una lectura detenida de los preceptos permite sostener que a los poderes públicos no sólo se les exige que procuren las medidas asistenciales de acuerdo a las necesidades del sujeto incapacitado, sino que tam-

bién se les impone la obligación de ampararlos especialmente para el disfrute de las libertades y los derechos fundamentales.

Nos ceñiremos a continuación, y de manera particular, a los argumentos que ofrece en sus alegaciones en el recurso de casación el Ministerio Fiscal sobre el fundamento interpretativo que, a su juicio, ofrece la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Como **primer motivo alegado** en el citado recurso de casación se afirma que la declaración de incapacidad vulnera en la práctica el principio de protección y respeto de los derechos fundamentales de la presunta incapaz. Denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los arts. 199²³ y 200²⁴ del Código Civil, ya que la resolución recurrida no se fundamenta realmente en el estado de la recurrente, sino en criterios accesorios como «su importante patrimonio, la situación de conflicto entre los hijos y el otorgamiento de un poder general a favor de tres de sus hijos, para administrar sus bienes y negocios».

Sin embargo, D.^a Victoria ha sido incapacitada siguiendo las causas establecidas en la ley (art. 199 CC) mediante un procedimiento en el que se respetan escrupulosamente todos los trámites (art. 759 LEC), siendo –a juicio de la autoridad judicial–, de absoluta necesidad su incapacitación para proteger su persona y bienes, regulándose unos límites que siempre podrán ser objeto de revisión.

En **segundo lugar**, se denuncia la infracción por inaplicación de los arts. 215.1²⁵, 222.2²⁶ y 287²⁷ del Código Civil. Se argumenta diciendo que no se debería haber establecido la incapacitación total, sino que hubiera sido suficiente la adopción de medidas sobre la administración de los bienes. En consecuencia, el recurrente entiende que debería haberse aplicado la curatela, que se dirige a la protección de personas que sin ser incapacitadas necesitan de un apoyo o asistencia en atención a su grado de discernimiento.

Para el Tribunal Supremo, la incapacitación de una persona es modulada en función de la actividad probatoria en la sentencia de incapacitación. De este modo, ha quedado suficientemente acreditada la incapacidad total y permanente, de ahí que no proceda la curatela.

Como **tercer motivo**, el recurso de casación denuncia la infracción, por inaplicación, de los arts. 322²⁸ del Código Civil y 10.1²⁹ y 23.1³⁰ de la Constitución española. Se sostiene que suponiendo la incapacitación la supresión o restricción de la capacidad de obrar, debe seguirse el oportuno procedimiento con fundamento en las causas que la ley determina.

El Tribunal Supremo sale al paso alegando que desde la reforma del Código Civil de 1983, las causas de incapacitación están abiertas y no se encuentran en una lista predeterminada. Así, el art. 322 del Código Civil establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se encuentra en situación de regir por sí misma ni su persona ni sus bienes.

Un **cuarto motivo** apunta a una interpretación errónea de los arts. 234³¹, 235³² y 236³³ del Código Civil ante el nombramiento judicial de dos personas (D.^a Flor y D.^a Ariadna) como tutoras de la persona, y un tutor de los bienes, don Gabino.

A la regla general del art. 236 del Código Civil, «*la tutela se ejercerá por un solo tutor*» se hace también posible una serie de excepciones, teniendo en cuenta el beneficio del incapacitado, apreciado libremente por el Juez. Por lo tanto, los hechos evidencian el conflicto existente entre dos grupos de hermanos que hacen necesario no sólo separar la tutela de la persona y de los bienes, sino que cree conveniente nombrar dos tutores de la persona que velen por los intereses del tutelado. El Alto Tribunal sostiene, por su parte, que los arts. 234 y 235 del Código Civil habilitan al Juez para nombrar tutor a aquel que considere que mayor beneficio reporta al incapacitado.

Por lo demás, cabe concluir que **la incapacidad total debe ser entendida como una medida de protección del demandado necesaria para el mantenimiento de su bienestar personal y económico** y para que pueda desarrollar una vida acorde a sus circunstancias personales y no como una medida privativa de sus derechos. Por ello, consideramos que la incapacitación –al igual que la minoría de edad– no cambia en absoluto la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina, en algún caso concreto, su forma de ejercicio.

NOTAS

- 1 El mejor ejemplo de ello son las «Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad» (Resolución 48/1996, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General).
- 2 MACKAY, D.: «The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities», *34 Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 2007, pp. 323 y ss.
- 3 PALACIOS («Preguntas y respuestas básicas sobre la Convención», en *Derechos Humanos de las perso-*

- nas con discapacidad: *La Convención Internacional de las Naciones Unidas*, coord. por Cabra de Luna, M.A., Bariffi, F. y Palacios, A., Ramón Areces, Madrid, 2007, p. 61) define la Convención Internacional como el «acuerdo celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional que tiene fuerza vinculante. Es decir, que es de obligado cumplimiento para los Estados, una vez que lo firman y ratifican».
- 4 El modelo social entiende que la persona con discapacidad lo es no sólo por sus limitaciones de carácter funcional, sino también por los problemas y límites que la sociedad presenta y que provocan una limitación de sus derechos. Por ello, se hace necesario una política pública que permita el disfrute social de sus derechos acabando con la discriminación en este ámbito.
- 5 Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- 6 Véanse los instrumentos de ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y del Protocolo facultativo, en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648 y ss., y núm. 97, de 22 de abril de 2008, pp. 20750 y ss.
- 7 Art. 96.1 C.E.: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los mismos tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». Art. 5.1 CC: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado».
- 8 REY ANEIROS, A.: «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿nuevo estatuto jurídico de las personas con discapacidad?», *Colección Escuela Diplomática*, n.º 25, Madrid, 2009, pp. 274 y 275.
- 9 El Protocolo facultativo consta de 18 artículos, de los cuales los diez últimos son disposiciones finales.
- 10 Véanse ZORRILLA RUIZ, M. M.ª: «Protección de la pretensión igualitaria en el ordenamiento jurídico internacional: De la Declaración Universal de derechos humanos a la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad», *R.M.T.A.S.*, n.º extra 3, 2007, p. 44.
- 11 GANZENMÜLLER ROIG, C.: *Antecedentes, Gestación y Contenido de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cuadernos Digitales de Formación, 2009, p. 16.
- 12 Como señala KANTER («The promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, n.º 34, 2007, p. 289), su ámbito y cobertura no tiene precedentes: es el instrumento internacional más ambicioso de cuantos se han adoptado en material de discapacidad.
- 13 Así lo manifiesta LAWSON, A.: «The United Nations Convention of the Rights of Persons with disabilities: New Era or False Dawn?», *Syracuse journal of international law an commerce*, n.º 34, 2002, p. 590.
- 14 En este sentido, SANJOSÉ GIL, A.: «El Primer Tratado del Siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *R.E.E.E.*, n.º 13, 2007, p. 13.
- 15 En esta línea, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: «La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 23, enero-diciembre 2009, p. 341; y DE PABLO CONTRERAS, P.: «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, coord. por Yzquierdo Tol-sada, M., vol. 3.º, Madrid, 209, p. 560.
- 16 PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: «La Convención...», cit., pp. 336 y 343.
- 17 *Vid.* PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Capacidad jurídica y discapacidad...*, cit., pp. 7 y 8.
- 18 Las limitaciones vienen dadas por la edad –el sujeto menor de edad no tiene plena capacidad de obrar y conforme al art. 315 del Código civil: «La mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos...»– y por la incapacitación – para que un sujeto sea incapacitado es necesaria una sentencia que así lo determine al concurrir alguna de las causas de incapacitación previstas en el art. 200 C.c.: «... las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma»– en cuyo caso, dicha limitación de capacidad deberá ser necesariamente sustituida por un tutor que represente al incapacitado, o un curador que no representa sino que complementa su limitada capacidad.
- 19 En el ámbito europeo, la Recomendación R (2006) 5 sobre el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) del Consejo de Europa, en su línea de acción núm. 12, partiendo del derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica, también recomienda a los Estados parte que proporcionen la adecuada asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica, cuando sea necesario.
- 20 En este sentido, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: «La Convención internacional...», cit., p. 362. Véase también la STC 174/2002, de 19 de octubre que sostiene que ante la imposibilidad de la persona discapacitada de decidir por sí misma, negar la posibilidad de actuación a quien ejerce su representación, vulneraría el principio de igualdad establecido en la Constitución.
- 21 *Vid.* ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J.A.: «El proceso de toma de decisión de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a

- la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», D.P.C., n.º 24, 2010, p. 31.
- 22 Esta es la idea acogida por PEDRAZA LAYNEZ, J.: «La Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Tribunal Supremo», en *La Protección de las Personas Mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales: ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional «La Protección de las Personas Mayores*, Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, 7-9 octubre, Córdoba, 2012, p. 15.
- 23 Art. 199 CC: *'Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley'*.
- 24 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».*
- 25 Art. 215.1 CC: *«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: 1. La tutela...».*
- 26 Art. 222.2 CC: *«Estarán sujetos a tutela... 2. Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido».*
- 27 Art. 287 CC: *«Igualmente 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».*
- 28 Art. 322 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».*
- 29 Art. 10.1 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».*
- 30 Art. 23.1 CE: *«1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal».*
- 31 Art. 234 CC: *«Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del art. 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. 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 exige. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida familiar del tutor».*
- 32 Art. 235 CC: *«En defecto de las personas mencionadas en el artículo anterior, el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo».*
- 33 Art. 236 C.c.: *«La tutela se ejercerá por un solo tutor, salvo: 1. Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente. 2. Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad. 3. Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela. 4. Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente».*



[BOSCH]

NUEVO



**5% de DESCUENTO
por compras
en Internet**

PRECIO: ~~92 €~~ + IVA

AHORA:

87,40 € + IVA

La Ejecución Provisional en la Ley de Enjuiciamiento Civil

- ➔ Herramienta de **enorme utilidad práctica** ya que se trata de un trámite procesal de gran trascendencia, por lo habitual que resulta y de un de una "técnica" que, en cualquier momento, puede formar parte de la estrategia procesal de cualquier abogado.
- ➔ Recoge un **análisis doctrinal y jurisprudencial muy útil para el profesional** sobre cuestiones eminentemente prácticas y complejas, tales como el régimen de las resoluciones provisionalmente ejecutables, la fianza que ha de prestar el ejecutante para obtener la ejecución provisional y, sobre todo, los problemas que origina la *restitutio in integrum* para el caso en que sea estimado el recurso interpuesto frente a una resolución ya ejecutada a título provisional.
- ➔ Se complementa **formularios relativos a tramitación de la presente clase de ejecución.**
- ➔ **AUTORA: Alicia González Navarro**
- ➔ **Páginas: 512 / Encuadernación: Tapa dura / ISBN: 978-84-16018-16-1.**

ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR:

Servicio de Atención al Cliente:

902 250 500 tel. / e-mail: clientes@wke.es

O bien en nuestra tienda en internet: <http://tienda.wke.es>

 **Wolters Kluwer**

Wolters Kluwer. When you have to be right



Instrumentos de protección en previsión de una pérdida progresiva de la capacidad*

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

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, además de regular el patrimonio protegido, incorpora **nuevas modalidades de protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad** al amparo del principio de autonomía de la voluntad, regulando ciertos instrumentos que posibilitan la adopción de medidas en **previsión de una pérdida de la capacidad en virtud de su propia voluntad**, manifestada cuando todavía es plenamente capaz. Responden a la necesidad de adoptar un sistema de protección eficaz, que tiende a flexibilizar y hacer más adecuado a cada persona el sistema de protección de quien puede prever su disminución o pérdida de capacidad.

Estos instrumentos son la autotutela, el apoderamiento o poderes preventivos y las instrucciones previas.

2. AUTOTUTELA

Concepto

Se permite que, una persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de una futura incapacitación, pueda designar un tutor para sí mismo (art. 223.II del Código Civil). Se procede a **alterar el orden de la delación de la tutela**, prefiriendo como tutor en primer lugar al designado por el tutelado. En esencia, se trata de una delación voluntaria de la tutela.

Contenido

– La designación de tutor y/o curador. El tutor que se nombre, puede ser una persona física o jurídica. Y la tutela ejercida por una persona física puede estar integrada por un individuo o por varios con facultades de actuación mancomunadas o solidarias, y referida solo a la persona o solo a los bienes. En el caso, de persona jurídica puede ser desempeñada la tutela por persona jurídica privada o pública. De darse el caso de pluralidad de tutores, el nombramiento puede ser simultáneo o sucesivo.

– Se puede excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad.

– Asimismo, se puede establecer cualquier otra disposición relativa a la propia persona del tutelado o a sus bienes.

– Se pueden establecer órganos de fiscalización de la administración de la tutela, así como designar las personas que han de integrarlo, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal.

– En relación con la capacidad: podrá ser otorgada por cualquier persona mayor de edad y con capacidad de obrar suficiente.

Forma

En cuanto a la forma, habrá de adoptarse en documento público notarial e inscribirse en el Registro Civil. Al efecto se comunicará de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

Por su parte, 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 el art. 223.2 del Código Civil.

En todo caso, puede ser objeto de revocación.

Los documentos de autotutela vinculan al Juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso habrá de hacerlos mediante decisión motivada.

Regulación

Se regula en el art. 223.2 del citado Código Civil, en los arts. 108 y 111 del Código de Derecho Foral de Aragón, arts. 222-4, 222-7 y 222-8 del Código Civil catalán; y, arts. 42 a 45 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

Complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del art. 1732 del Código Civil, con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevinida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste, cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación.

Asimismo, se legitima al presunto incapaz a promover su propia incapacidad, modificándose el art. 757.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. APODERAMIENTO O PODERES PREVENTIVOS

Concepto

Los poderes preventivos son aquellos **negocios jurídicos unilaterales en que una persona plenamente capaz, en previsión de una futura pérdida de capacidad, faculta a otra u otras para realizar en su nombre actos y negocios, que produzcan efectos en su persona y bienes, dentro de los límites y en la forma establecida.** Con estos poderes se permite dotar de primacía a la autonomía de la voluntad de quien por muy diferentes motivos –edad, enfermedad degenerativa, etc.– puede prever su pérdida de capacidad, siempre que dicha voluntad se hubiese manifestado antes de llegar a tal situación. Cabe distinguir dos modalidades: el apoderamiento normal u ordinario, en el que se prevé su subsistencia o continuación a pesar de la incapacidad sobrevinida del poderdante; y el previsto expresamente para el supuesto de incapacidad del poderdante. Ambos son compatibles con una situación tutelar derivada de la incapacitación del poderdante, si llega a producirse (art. 1732.2 Código Civil).

Forma

Nuestro Código Civil, que lo contempla únicamente en el art. 1732, **no exige ningún requisito especial de forma, si bien es muy conveniente que se realice en escritura pública**, donde se harán constar las facultades del apoderado. Si se atribuyen facultades de disposición, será preciso otorgar un poder especial, así como si se otorga un poder de representación para actuar en procedimientos judiciales. Además, la escritura pública puede ser requerida para la validez del negocio representativo y para el documento en el que se encomiende la realización de un negocio formal (art. 1280.5.º Código Civil).

El art. 46 ter LRC establece que el Notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante, «*las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante*». También la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil prevé la inscripción del apoderamiento preventivo en el registro individual de la persona (art. 77).

Contenido

Nada dice el art. 1732 sobre su contenido, por lo que creemos conveniente hacer las siguientes puntualizaciones:

- Cabe nombrar a uno o más apoderados, siendo su actuación mancomunada o solidaria, y es conveniente prever las consecuencias de su muerte o renuncia.

- La ausencia de una regulación detenida de estos poderes exige ser especialmente cuidadoso en la determinación de las previsiones y cautelas que deben asegurar su eficacia y la protección de los intereses del poderdante; así como la delimitación del ámbito de actuación del apoderado.

- También cabe señalar el momento a partir del cual se iniciará su vigencia. Si este momento es el de la incapacitación judicial, no será necesaria ninguna precisión más. Pero, si únicamente se dispone, que será el momento en que tenga lugar la efectiva pérdida de capacidad del sujeto, es aconsejable que se cuente con la intervención del Notario con la finalidad de que quede constancia de tal contingencia¹.

- Ante la ausencia de mecanismos de control de la actuación del apoderado previstos en nuestro ordenamiento, se recomienda habilitar algún sistema de fiscalización como sería nombrar un órgano supervisor de la actuación del apoderado, puesto que, recordemos, por definición, el poderdante no podrá revocar el poder, pues carece de las facultades adecuadas para ello al estar privado de capacidad de hecho o mediante la incapacitación, caso éste en

que podrá intervenir el tutor. Creemos conveniente otorgar a este órgano la facultad de revocar el poder sin tener que esperar a que se tramite el procedimiento de incapacitación si su actuación no se ajusta a lo previsto por el poderdante, o su actuación es negligente o contraria a sus intereses. Igualmente parece adecuado atribuir funciones amplias a este órgano, como las relativas a proporcionar instrucciones, indemnizar al apoderado por los daños sufridos en el desempeño de su gestión, y en general, todas las funciones que se atribuyen al mandante en los arts. 1709-1739 Código Civil.

– También es conveniente establecer claras instrucciones, cautelas y límites, así como la necesidad de que determinados actos sean autorizados por el órgano de fiscalización de la actividad del apoderado.

– Es discutible si sólo cabe incluir en los poderes preventivos previsiones de carácter patrimonial, o también cabe incluir cuestiones de carácter personal como son las relativas al cuidado de la persona. Desde el punto de vista patrimonial, cabe otorgar un poder general, que comprenda todos los negocios del poderdante, o especial, que sólo comprenda uno o varios negocios determinados; y puede comprender sólo facultades de administración, o también de disposición, caso en que, como hemos señalado, se precisa un poder expreso. Aunque también es discutible, consideramos que el poderdante puede eliminar de la necesidad de autorización judicial para los actos del art. 271 Código Civil, siempre que no se haya producido la incapacitación judicial del poderdante. Mas cuestionables nos parece la validez de esta exención de autorización para el poderdante si llega a producirse dicha incapacitación, en cuanto iría en contra de normas de carácter imperativo, como son las que regulan la incapacitación, si bien tampoco olvidamos que se trata de un apoderado voluntario, no de un tutor, órgano tutelar a que se refiere el art. 271 Código Civil².

– Finalmente, es evidente la conveniencia de establecer la obligación de rendir cuentas de forma periódica al órgano de fiscalización que se nombre, así como al acabar la representación.

Regulación

Se regula en los arts. 222-2, 222-8, 222-44 y 222-46 del Código Civil catalán y en los arts. 42 y 45 del Código de Derecho Foral de Aragón.

Por otra parte, fuera del ámbito de la citada Ley 41/2003, también se contienen otros instrumentos que cumplen con finalidad expuesta. A tal fin, nos referiremos a las instrucciones previas.

4. INSTRUCCIONES PREVIAS

Regulación

Sobre la base del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina de 4 de abril de 1997 –Convenio de Oviedo— se ha desarrollado 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, y lo dispuesto en el art. 11. Además de la citada Ley básica, diversas Comunidades Autónomas han regulado esta materia.

Concepto

Se define las instrucciones previas en el art. 11 como «el documento en el que una persona mayor de edad, capaz y libre manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas». Por su parte, el art. 9 del mencionado Convenio de Oviedo conceptúa «los deseos expresados anteriormente», como «las situaciones en que personas con capacidad para discernir hayan expresado con anterioridad su consentimiento, tanto sea asentimiento como rechazo en relación a situaciones previsibles en las que ya no se encontrarían en condiciones de expresar su opinión sobre la intervención». Estos principios estarán sometidos a principios éticos –antes que jurídicos— al expresa, asimismo, este artículo que «tales deseos se deben tener en cuenta, aunque no necesariamente expresados con gran anterioridad a la intervención del paciente, sobre todo cuando, desde entonces, los conocimientos científicos hayan avanzado notablemente en el caso tratado, lo que justificaría que el médico no respetara el deseo expresado tan lejanamente por el paciente».

Se emplea diversa terminología para denominar una misma institución, así se emplea los términos testamento vital, documento de voluntades anticipadas, instrucciones previas. Mientras que, la legislación estatal opta por esta denominación, la mayoría de las legislaciones autonómicas se inclinan por la de voluntades anticipadas, al igual que lo hace la doctrina.

Régimen jurídico³

Elementos personales. Sujetos

El art. 11.1 de la Ley 41/2002 dispone que, para la validez de este tipo de documentos, se ha de otorgar por «una

persona mayor de edad, capaz y libre». Al igual que la Ley estatal, la mayoría de las leyes autonómicas entienden que debe tratarse de personas **mayores de dieciocho años**, excluyendo de la posibilidad de su otorgamiento tanto a los menores de edad como a los menores emancipados. Sin embargo, no ha faltado alguna legislación como la Ley Foral 11/2002, que reconoce en su art. 9.1 capacidad a los menores para otorgar este tipo de documentos. O la Ley 1/2003, de la Comunidad Valenciana, en cuyo art. 17, al igual que, la Ley 5/2003, de Andalucía en su art. 4, permiten manifestar su voluntad anticipada, aparte de a la persona mayor de edad al menor emancipado.

Ahora bien, aparte de la mayoría de edad, se exige que la persona sea **capaz**. La mayoría de la doctrina coincide en señalar que, si el incapacitado tiene suficientes «condiciones de madurez», esto es, capacidad natural, para querer y entender, en el significado y alcance de la actuación a realizar no se deberá prescindir de su consentimiento. Aunque, en todo caso, habrá que estarse a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación (art. 210 del Código Civil).

Asimismo, se exige que la manifestación anticipada de la voluntad se lleve a cabo de forma **libre, consciente y voluntariamente**.

En todo caso, las instrucciones previas emitidas tienen como destinatarios al médico responsable.

Contenido

Puede extenderse:

- a) las instrucciones a tener en cuenta en el momento en que el propio paciente no pueda emitir su voluntad;
- b) una jerarquía de valores y opciones vitales del paciente que cobran especial importancia en la sustanciación de las voluntades anticipadas expresadas de forma genérica o preventiva;
- c) la designación de un representante; y, d) otras declaraciones posibles, como donación de órganos.

Elementos formales

Debe constar por escrito, bien en documento público o privado. En atención a esta consideración formal, la mayoría de las normas autonómicas establecen dos formas: ante notario, sin necesidad de testigos; y ante tres testigos.

No obstante, algunas otras Comunidades plantean la posibilidad de una tercera forma de expresar las voluntades anticipadas:

- La Ley 7/2002 del País Vasco, aparte de las formas, notarial y ante tres testigos, permite en su art. 3.2 letra b) la formalización ante «el funcionario o empleado público encargado del Registro Vasco de Voluntades Anticipadas».

- Por su parte, el art. 5.2 b) de la Ley 3/2005, de la Comunidad de Madrid dispone el otorgamiento «ante el personal al Servicio de la Administración, en las condiciones que se determinen mediante Orden del Consejería de Sanidad y Consumo, en la forma que reglamentariamente se determine, se garantizarán mecanismo de formalización en todas las áreas sanitarias».

- Igualmente, el art. 30.2 b) de la Ley 8/2003, de Castilla-León establece como cauce para expresar las voluntades anticipadas, el que se presten «ante personal al servicio de la Administración designado por la Consejería competente en materia de Sanidad, en las condiciones que se determinen reglamentariamente». Y, finalmente, la Ley 1/2003, de Valencia en su art. 17.3 c) hace una remisión general a «cualquier otro procedimiento que sea establecido legalmente».

Por otra parte, si se opta por redactar tales instrucciones en documento privado, para facilitar la redacción del mismo, se puede optar por valerse de los modelos o formularios ya existentes, sin perjuicio de adoptar una fórmula mixta entre formulario o libre redacción de la persona.

Ahora bien, cualquiera que sea la forma que se observe para la declaración de voluntades anticipadas, deberá contener entre otros extremos, además del contenido que lo conforma, la identidad del otorgante, lugar, fecha y hora en que se firma, la firma de quien la suscribe, la del notario, la de los testigos o del funcionario que la otorgan, en su caso, y la del representante nombrado.

En todo caso, se debe hacer mención de forma razonada en la historia clínica del paciente e inscribirse en el Registro autonómico o estatal oficial para este tipo de documentos. Así, con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en cada uno de las Comunidades Autónomas, se crea el Registro Nacional de Instrucciones Previas en el seno del Ministerio de Sanidad y Consumo, que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (art. 11.5). A tal efecto, se aprueba el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal, en cuyo art. 2 se indica que:

«1. La inscripción en el Registro nacional de instrucciones previas asegura la eficacia y posibilita el conocimiento en todo el territorio nacional de las instrucciones previas otorgadas por los ciudadanos que hayan sido formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las comunidades autó-

nomas. 2. El Registro nacional de instrucciones previas tiene por objeto la constatación, salvo prueba en contrario, de: a) La existencia de instrucciones previas inscritas en los distintos registros autonómicos únicos en los que estarán registradas con sus contenidos. b) La localización y fecha de inscripción de la declaración que haya realizado la persona otorgante, así como de la eventual modificación, sustitución o revocación de su contenido, cualquiera que sea el registro autonómico en el que hayan sido inscritas. c) El contenido de las instrucciones previas».

Lo cierto es que, el procedimiento registral tiene lugar cuando una vez inscritas las instrucciones previas en el correspondiente registro autonómico, el encargado de este lo comunica al Registro nacional de instrucciones previas, por vía telemática y dentro de los siete días siguientes a la inscripción efectuada. A tal efecto, dará traslado de los datos e información mínima que se recogen en el anexo, así como de la copia del documento de instrucciones previas registrado que se remitirá por la citada vía telemática. Recibida la comunicación telemática de los datos e información mínima a que se refiere el apartado anterior, se procederá a su inscripción, así como a la de la copia del documento de instrucciones previas en el Registro nacional de instrucciones previas, y se notificará el acto de inscripción y registro al registro autonómico, en el término de siete días, por el mismo procedimiento telemático. Cuando la información mínima resulte incompleta o se apreciara algún defecto subsanable, se procederá a la inscripción provisional y se requerirá al registro autonómico para que subsane la ausencia de aquellos datos en el plazo que se le señale, que no será superior a 15 días. Transcurrido el referido plazo sin suplir la omisión o corregir el defecto advertido, se denegará la inscripción sin más trámites, sin perjuicio de su eficacia transitoria y provisional hasta ese momento.

En este contexto, tal Registro tiene como principal finalidad dar publicidad de la existencia de tales instrucciones, y, en su caso, del contenido del documento en que se contienen otorgadas en cualquier momento y lugar, como su modificación o revocación.

Límites de las instrucciones previas

En cuanto a los límites de las instrucciones previas: señala el art. 11.3 que no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas.

Se excluye la posibilidad de solicitar la eutanasia activa directa, pero no la posibilidad de solicitar la retirada o el no inicio de determinados procedimientos de mantenimiento

artificial de la vida, lo que se conoce como eutanasia pasiva, o la petición de uso o administración de los medios apropiados para evitar el dolor, aunque comporten una aceleración de la muerte –eutanasia activa indirecta—.

Eficacia y revocación

Respecto a su eficacia y revocación, las instrucciones previas deberán ser tenidas en cuenta por parte de los profesionales sanitarios cuando el paciente no se encuentre en situación de expresar personalmente, su voluntad, y, por tanto, de emitir el correspondiente consentimiento. En su aplicabilidad al supuesto de hecho concreto, no partimos necesariamente del valor vinculante, y de la observancia imperativa de las mismas, sino que es necesario adaptar, a través de una interpretación de la voluntad emitida por el paciente, y plasmada en el documento, las disposiciones contenidas en él a la realidad existente y no prevista.

Ahora bien, no es necesario proceder a la renovación posterior cada determinado período de tiempo con el fin de adaptar la voluntad declarada a los posibles cambios de parecer o a los nuevos avances de la medicina, aunque resultaría aconsejable para evitar precisamente no sólo problemas interpretativos, sino también de obsolescencia ante una nueva realidad.

Finalmente, las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

NOTAS

- * La profesora Ana Isabel Berrocal Lanzarot ha elaborado la materia relativa a la autotutela e instrucciones previas; y, la profesora Carmen Callejo Rodríguez ha elaborado la materia relativa al apoderamiento o poderes preventivos.
- 1 DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y mandato*, La Ley, Madrid, 2008, p. 257.
- 2 CALLEJO RODRÍGUEZ, C., "La representación voluntaria de los incapaces: Una manifestación de la autonomía de la voluntad de quien puede prever su pérdida de capacidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, enero-febrero 2009, p. 132.
- 3 Vid., sobre la materia en general, BERROCAL LANZAROT A.I., "Instrucciones previas o "voluntades anticipadas" en la normativa estatal y autonómica (I)", *Revista Práctica de Derecho de Daños*, año IV, núm. 39, junio 2006, pp. 6-26; "Instrucciones previas o "voluntades anticipadas" en la normativa estatal y autonómica (y II)", *Revista Práctica de Derecho de Daños*, año IV, núm. 40, julio-agosto 2006, pp. 5-28.

El nombramiento de defensor judicial

SORAYA CALLEJO CARRIÓN

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Procesal Centro Universitario Villanueva (UCM)

I. CONCEPTO

El defensor judicial es la persona que representa y ampara de forma provisional a un menor de edad o incapacitado; su nombramiento es supletorio al cargo de tutor o curador en los siguientes supuestos:

– Que exista un **conflicto de intereses** entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. Si el conflicto fuera permanente no procede el nombramiento de defensor judicial (causa de incapacidad especial). En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de ellos, corresponderá al otro, representar y amparar al menor o incapacitado.

– Que el **tutor o el curador** designado **no desempeñe sus funciones** por cualquier causa. La causa puede ser voluntaria (desidia, falta de interés) o involuntaria (enfermedad o cualquier otra causa que le impida ejercer como tal).

– Mientras se tramita el **procedimiento de remoción del tutor o curador** (art. 249 CC)

– Mientras se tramita el **procedimiento de incapacitación**, para defender al demandado como presunto pródigo o incapaz si no se ha personado por sí mismo ni le defiende el Ministerio Fiscal

Cuando quien es designado tutor alega **excusa so-brevenida** para ejercer el cargo.

II. PROCEDIMIENTO PARA EL NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL

1. En el proceso de incapacitación (artículo 758 LEC)

Si el menor, el presunto incapaz o presunto pródigo no comparecen en el proceso con su propia defensa y representación y tampoco son defendidos por el Ministerio Fiscal (porque éste último haya sido promotor del proceso), el Tribunal designará un defensor judicial.

2. En procedimiento de Jurisdicción Voluntaria (artículo 300 CC)

Jurisdicción

Es competente la Jurisdicción civil conforme a los artículos 4 y 22 de la LOPJ.

Competencia

Son competentes los Juzgados de Primera Instancia (competencia objetiva, artículo 85.2 LOPJ) del lugar donde tenga su domicilio el menor o incapacitado (competencia territorial, artículo 63.18ª LEC/1881)

Capacidad

Podrán ser parte en los procesos civiles, entre otros, las personas físicas (artículo 6 LEC)

Legitimación

El procedimiento puede iniciarse (artículo 300 Código Civil):

- De oficio
- A petición del Ministerio Fiscal
- A petición del propio menor
- A petición de cualquier persona capaz de comparecer en juicio

Régimen de postulación

No es necesaria la representación por medio del Procurador ni la asistencia de Abogado, (artículo 4.5 LEC/1881).

Nombramiento como defensor

– El juez designará a quien considere más idóneo para el cargo: cualquier persona sin necesidad de que sea pariente o allegado.

– El nombrado tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez y deberá rendir cuentas de sus gestión una vez concluida.

– Al defensor judicial le son de aplicación las causas de inhabilidad, remoción y excusas de los tutores y curadores.

Procesos relativos a la capacidad de las personas

MERCEDES DE PRADA RODRÍGUEZ

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Procesal Centro Universitario Villanueva y Escuela de Práctica Jurídica (UCM)

I. CONCEPTO

Los *procesos declarativos especiales* (o *procesos especiales de declaración*) son aquellos que el legislador ha establecido para que sirvan de cauce a la tutela jurisdiccional en ciertas materias. Los procesos relativos al estado civil de las personas son procesos *especiales y plenarios*, referidos al derecho de familia y con efectos constitutivos, por el que se solicita del órgano jurisdiccional una sentencia que:

- Declare la incapacidad civil de una persona o revoque la incapacidad anteriormente decretada,
- Declare la paternidad, maternidad o cualidad de hijo
- O se pretende la solución jurisdiccional de las cuestiones surgidas como consecuencia de una crisis matrimonial.

Ámbito de aplicación: a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (art. 748 LEC).

II. CARACTERÍSTICAS COMUNES A ESTOS PROCESOS

- Los principios dispositivo y de aportación de parte se atenúan por el interés público que protegen.
- Se siguen los trámites del juicio verbal, con contestación escrita a la demanda.
- Otras características:

A) Intervención preceptiva del ministerio fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes.

Cuando alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal (art. 749 LEC).

B) Representación y defensa de las partes. Regla general: deber de postulación (art. 750 LEC).

C) Indisponibilidad del objeto del proceso

– No cabe la posibilidad de renuncia, el allanamiento ni la transacción.

– Las pretensiones acumuladas a la principal, que tengan por objeto materias disponibles: sí podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, conforme a lo previsto en la LEC.

– El desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal, con excepciones (ver art. 751 LEC)

D) Reglas especiales respecto de las alegaciones y la prueba (art. 752 LEC).

– No rigen las reglas generales sobre la preclusión en lo referido a la alegación y proposición de pruebas

– No vigencia en estos procesos del principio de aportación de parte ni en cuanto a los hechos ni en cuanto a la prueba de los mismos, resultando así que el Tribunal puede tener en cuenta cualesquiera hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados

– Prueba de oficio decretada por el Tribunal

– La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al Tribunal.

– No rigen las disposiciones generales de la LEC en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.

E) Audiencias y vistas a puerta cerrada:

– De oficio o a instancia de parte (art. 754 LEC: especialidad frente al art. 138.3 LEC).

F) Inscripción en registros públicos:

– **De oficio** y cuando proceda según la ley se comunicará a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan.

– **A petición de parte:** se comunicarán también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso procedan (art. 755 LEC).

III. PROCESOS SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS: INCAPACIDAD Y PRODIGALIDAD

1. Consideraciones previas

La limitación de capacidad de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial y en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 Código Civil).

Causas de incapacitación: las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 Código Civil).

Los procesos sobre capacidad de las personas pueden tener por objeto:

- La declaración de incapacitación o de prodigalidad
- La modificación de la incapacitación
- La reintegración de la capacidad
- El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico
- La rehabilitación del pródigo

2. Competencia

Será competente el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite (art. 756 LEC).

3. Legitimación. Art. 757 LEC

A. Activa

a) En los procesos de incapacitación:

- 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.

- El Ministerio Fiscal.

- La incapacitación de menores de edad sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 757.4 LEC).

b) En los procesos de declaración de prodigalidad:

- 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.

- El Ministerio Fiscal.

B. Pasiva

- El demandado, que será el presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite.

- Comparecen con su propia defensa y representación.

- Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento.

- Si el Ministerio Fiscal promovió la declaración de incapacitación o prodigalidad, se le designará un defensor judicial (arts. 299 y siguientes Código Civil). El defensor judicial debe nombrarse cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador.

4. Tramitación

El art. 753 LEC establece que «salvo que expresamente se disponga otra cosa, 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 art. 405 LEC».

Establece la ley un juicio verbal con contestación escrita, que es un híbrido entre el juicio verbal y el juicio ordinario.

5. Medidas cautelares. Art. 762 LEC

- De oficio, para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva la incapacitación, si lo estima procedente.

- A instancia del **Ministerio Fiscal**

- A instancia de cualquiera de las partes

6. Pruebas y audiencias preceptivas. Art. 759 LEC

- En los procesos de incapacitación existen determinadas pruebas y audiencias que han de practicarse obligatoriamente antes de dictar sentencia.

a) El Tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y

b) 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.

– 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:

a) Se oír a los parientes más próximos del presunto incapaz,

b) Al incapaz, si tuviera suficiente juicio, y

c) A las demás personas que el Tribunal considere oportuno.

– Estas reglas especiales sobre la práctica preceptiva de estas pruebas y audiencias se mantienen en segunda instancia.

7. Sentencia. Art. 760 LEC

Contenido:

– La extensión y los límites de la incapacitación

– El régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado

– La necesidad o no de internamiento (art. 763 LEC).

– En su caso, el nombramiento de la persona que deba asistir o representar al incapaz y velar por él.

– En el proceso de prodigalidad, los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.

8. Recursos

Rigen las reglas generales, tanto respecto de las resoluciones interlocutorias, como respecto de las definitivas.

IV. REINTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD Y MODIFICACIÓN DEL ALCANCE DE LA INCAPACITACIÓN. ARTÍCULO 761 LEC

Si sobrevienen nuevas circunstancias existe la posibilidad de instar un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida (art. 761 LEC).

1. Legitimación activa

– Las personas mencionadas en el art. 757.1 LEC: el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz

– Las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado

– El Ministerio Fiscal

– El propio incapacitado.

2. Prueba

Se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el art. 759, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda instancia (art. 761.3 LEC).

3. Sentencia

Deberá pronunciarse si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta.

V. INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO. ART. 763 LEC

1. Objeto

El **objeto** de este proceso consiste en recabar la autorización judicial necesaria para legitimar una mediada limitativa del derecho fundamental de libertad personal.

2. Presupuestos

a) Existencia de un trastorno psíquico

b) Necesidad de internamiento

c) Ausencia de consentimiento del afectado

3. Competencia

Juez de Primera Instancia del lugar de residencia de la persona afectada por el internamiento, cuando se trate de obtener autorización previa, o al Tribunal donde radique el centro donde se haya producido el internamiento, cuando se trate de obtener la ratificación.

– Requiere autorización judicial

– Regla general: autorización previa a dicho internamiento.

- Excepción: razones de urgencia
- Comunicación del responsable del centro lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

4. Personas legitimadas

1. En los procesos de obtención de la autorización previa, la tiene las mismas personas que pueden instar la incapacitación (art. 757 LEC).

2. En los procesos de ratificación del internamiento, será el Ministerio Fiscal.

3. En todo caso, es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal.

4. Preceptiva intervención de representación y defensa (art. 758 LEC).

5. Prueba

Audiencias y pruebas preceptivas:

- La persona afectada por la decisión, si fuera posible.
- Al Ministerio Fiscal y
- A cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida.
- El Tribunal deberá **examinar por sí mismo** a la persona de cuyo internamiento se trate y **oír el dictamen de un facultativo** por él designado.

6. Contenido de la Resolución:

- Obligación de los facultativos de informar periódicamente al Tribunal sobre la necesidad de mantener la medida. Regla general: cada 6 meses
- Cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al Tribunal competente.
- Recurrible en apelación

LA LEY Derecho de familia

REVISTA JURÍDICA SOBRE FAMILIA Y MENORES

Condiciones y criterios para la remisión de artículos

LA LEY Derecho de familia agradece la remisión de artículos para su publicación y solicita de sus autores que consideren las siguientes condiciones y criterios:

1. Los trabajos publicados en LA LEY Derecho de familia deberán ser inéditos. El incumplimiento por el autor de esta condición libera a la Editorial de cualquier compromiso adquirido respecto a la publicación del trabajo.
2. Los trabajos deberán enviarse a amgomez@wke.es y ajustarse a los parámetros que se indican a continuación:
 - a) **Extensión de los trabajos:** se aconseja un mínimo de 10 páginas y un máximo de 20 (cuerpo 11).
 - b) **Los trabajos irán acompañados** de un resumen (abstract) que informe de su contenido, orientación y trascendencia, con un promedio de seis líneas, tanto en castellano como en inglés, junto con sus correspondientes palabras clave (keywords) que al igual que el resumen deben también aparecer en ambos idiomas.
 - c) **Citas de jurisprudencia:** se utilizarán referencias propias de Editorial LA LEY o, en su defecto, se citarán con datos neutros que aseguren su localización (n.º de recurso, n.º de sentencia, etc.).
 - d) **Citas de legislación:** país, título, publicación (en cursiva), fecha de publicación, número, páginas.
 - e) **Notas a pie de página:** se reducirán en todo lo posible, en especial las notas bibliográficas y las remisiones a páginas Web, recomendándose la cita de bibliografía al final del trabajo.
 - f) **Los criterios para la citación bibliográfica** deberán ajustarse al siguiente esquema:

Libro completo

Apellidos, nombre del autor, o nombre de la entidad responsable, título (en cursiva), otros responsables: traductor, editor, etc. (opcional), edición, lugar de publicación; editorial, año, extensión del libro (opcional), colección (opcional), notas (opcional) y número ISBN.

Capítulo de un Libro

Apellidos, nombre del autor, o nombre de la entidad responsable del capítulo, título del capítulo (entre comillas), apellidos, nombre, o nombre de la entidad responsable del libro, título del libro (en cursiva), lugar de publicación, editorial, año, situación en la publicación y fuente (volumen, páginas, etc.).

Revistas

Revista completa: título (en cursiva), responsable de la revista, edición, identificación del fascículo (fecha y/o número), lugar de publicación, editorial, año, serie (opcional), notas (opcional) y número ISSN.

Artículo de una revista: apellidos, nombre del autor o nombre de la entidad responsable del artículo, título del artículo (entre comillas), colaboradores al artículo (opcional), título de la revista (en cursiva), edición, año, volumen, número y páginas.

3. Los originales serán sometidos a un proceso de selección por parte del Consejo Evaluador, el cual informará en todo caso al autor de la aceptación o no de su trabajo el mes siguiente a su entrega.
4. El autor consiente la publicación de su trabajo en LA LEY Derecho de familia y autoriza a la Editorial LA LEY a su inclusión en cualquier producto en soporte magnético o informático, tanto en CD-ROM, disquete o sistema on-line en el que se recojan los contenidos de esta revista.