

### III

## DE LA MINUSVALÍA A LA DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA: PASARELAS Y ASIMILACIONES LEGALES

M.<sup>a</sup> Fernanda MORETÓN SANZ

UNED

---

#### SUMARIO

	<u>Página</u>
I. CONSTITUCIÓN Y TUTELA DE LAS PERSONAS EN SITUACIONES ESPECIALES: MAYORES, MENORES Y «DISMINUIDOS» .....	89
II. DISCAPACIDAD Y MINUSVALÍA .....	90
1. Reconocimiento de la discapacidad .....	90
2. La falta de competencia de la vía civil para determinar la discapacidad o reconocer la dependencia .....	91
3. La falta de reconocimiento judicial de la discapacidad en los procedimientos de incapacitación .....	93
III. LA INCAPACITACIÓN COMO PROCEDIMIENTO JUDICIAL QUE AFECTA A LA CAPACIDAD DE OBRAR Y AL ESTADO CIVIL DE LA PERSONA ...	96
1. Notas sobre las normas sustantivas y procesales aplicables a la incapacitación .	96
2. La aplicación analógica de las normas en materia de patrimonio protegido a la venta de bienes de las personas incapacitadas judicialmente .....	98
IV. LA DEPENDENCIA Y LA AUTONOMÍA PERSONAL: SU CONFIGURACIÓN COMO NUEVO DERECHO DE CIUDADANÍA AJENO AL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL O ASISTENCIAL .....	99
1. Reconocimiento de la situación de dependencia .....	99
2. La base competencial de la Ley 39/2006 y las dudas sobre su constitucionalidad .....	102

3. Homologaciones y pasarelas: el tránsito del reconocimiento de la discapacidad a la equiparación de un nivel de dependencia .....	104
V. CONSIDERACIONES SOBRE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO Y NOVEDADES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL .....	105
VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS .....	105
VII. BIBLIOGRAFÍA .....	107

---

## RESUMEN

Las políticas de las dos últimas legislaturas dirigidas a la protección y tutela de personas especialmente desprotegidas han diseñado una pluralidad de procedimientos, calificaciones y derechos subjetivos destinados al sujeto en función de la discapacidad certificada (en grado y porcentaje), dependencia reconocida (en niveles) e, incluso, incapacidad declarada judicialmente.

Dicha pluralidad de situaciones es la que, a su vez, determina el ámbito subjetivo de aplicación de ciertas medidas tutelares, sin que exista una norma estatal que equipare y correlacione la dependencia, discapacidad e incapacitación entre los distintos órdenes.

El objeto de este trabajo valorará y cuestionará la conveniencia o no de una hipotética correlación y correspondencia entre incapacitación judicial, discapacidad y dependencia verificada mediante la aprobación de una norma de carácter estatal.

## ABSTRACT

The politicians of the last two legislatures for to the protection of people with special difficulty, they have designed a plurality of procedures, qualifications and subjective rights dedicated to the fellow in function of the certified disability (in grade and percentage), dependence (in levels) and, even, disability declared judicially.

This plurality of situations is the one that determines the subjective environment of application of certain guardian measures, without a statal law that compares exists and correlate the dependence, disability and handicap among the different orders.

The object of this work will value the convenience or not of a hypothetical correlation and correspondence among judicial disability, certified disability and dependence verified by means of the approval of a statal law.

**Palabras claves:** *Discapacidad, dependencia, incapacitación, legislación nacional, órdenes judiciales.*

**Key words:** *Handicap, dependence, disability, national legislation, judicial orders.*

## I. CONSTITUCIÓN Y TUTELA DE LAS PERSONAS EN SITUACIONES ESPECIALES: MAYORES, MENORES Y «DISMINUIDOS» <sup>(1)</sup>

La Constitución Española tuvo el acierto de contemplar a la persona en la totalidad de su recorrido vital, de modo que tutela no sólo al ser humano sin otros adjetivos o condicionantes cronológicos, sino a mayores, jóvenes y menores, tal y como dictan sus artículos 50<sup>(2)</sup>, 48<sup>(3)</sup> y 39<sup>(4)</sup>. Por tanto, la protección de la persona es uno de los elementos inspiradores de nuestra Constitución, muy particularmente de sus principios rectores, siendo destacable que lo hace y lo pretende en cualquiera de los momentos de la vida con atención a las singularidades que acompañan a cada trance vital humano<sup>(5)</sup>.

---

(1) Este estudio es uno de los trabajos resultantes del Proyecto de Investigación I+D+I del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad, IMSERSO), que lleva por título «Mayores en situación de dependencia y centros residenciales: análisis del sistema de ingresos y estancias con especial atención a la responsabilidad civil. Propuesta *lege ferenda* del estatuto de las personas institucionalizadas» (Orden TAS/1588/2005, de 20 de mayo y número de Proyecto 21/2007), siendo investigador responsable mi Maestro, el Profesor LASARTE ÁLVAREZ, Catedrático de Derecho Civil de la UNED, y coordinadora la autora de estas líneas.

(2) Recuérdesse que declara el artículo 50 «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

(3) Dice el artículo 48 que «los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural», y por su parte el 39 declara «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

(4) *Vid.*, en este sentido, las apreciaciones vertidas por el Profesor HERNÁNDEZ GIL (1988): «La persona en la Constitución», *Obras completas*, 7, Madrid, Espasa Calpe, pp. 309-327.

(5) Ténganse en cuenta otros trabajos de la autora de esta Comunicación, además de los citados en su lugar, como: «Aspetti civili di un nuovo diritto soggettivo di cittadinanza: la legge spagnola sull' autonomia personale e l'assistenza alle persone in stato di dipendenza», *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol., 37, 2008, 3 (en prensa); «Derechos y obligaciones de los mayores en la nueva Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Sección Asuntos Sociales*, 70, 2007, pp. 45-70; (2008), «La construcción de un derecho subjetivo de ciudadanía: nuevas perspectivas sobre autonomía personal y dependencia», *Las dimensiones de la autonomía personal*, Madrid, Cermi, pp. 29-61; (2008), «El sistema de ingresos en centros residenciales: nuevas perspectivas a la luz de la Ley 39/2006, de Autonomía personal y atención a la dependencia», en *Actas del II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores, celebrado en El Ejido (Almería), del 19 al 22 de febrero de 2008*, organizado por la Universidad de Almería y Ayuntamiento de El Ejido (Concejalía de Servicios Sociales) (en prensa); (2007), «El nuevo sistema de protección de la persona con autonomía limitada: de la incapacitación judicial a la discapacidad y dependencia», en LASARTE ÁLVAREZ (dir.): *La protección de las personas mayores*, Madrid, Tecnos, pp. 31-49.

## II. DISCAPACIDAD Y MINUSVALÍA

### 1. RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD

Como es sabido, el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía se articula en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. En él se establece un procedimiento tipo sometido a las prescripciones de la Ley de Procedimiento Administrativo<sup>(6)</sup>, con las especialidades previstas en dicho reglamento y en su Orden de desarrollo. La finalidad de este procedimiento se concreta en la calificación del grado de minusvalía en porcentajes.

A su vez, tanto la calificación como el grado dependen del alcance de la propia discapacidad y de la suma o concurrencia de ciertos factores complementarios, referidos éstos al entorno familiar, situación laboral, educativa y cultural que dificulten la integración social del sujeto sometido al reconocimiento de minusvalía<sup>(7)</sup>.

Por lo que al grado incumbe, es el resultado en porcentaje de la aplicación por los facultativos de los baremos. Éstos no son sino criterios técnicos unificados<sup>(8)</sup>. Son competentes para la emisión del dictamen correspondiente, en los supuestos en que esta materia no haya sido transferida a la Comunidad Autónoma de que se trate, los equipos técnicos de valoración y orientación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). En el caso de las Comunidades Autónomas, el dictamen lo emitirán los órganos técnicos competentes<sup>(9)</sup>. En ambos casos, la composición de los equipos es pluridisciplinar y estará formada, necesariamente, por médicos, psicólogos y trabajadores sociales<sup>(10)</sup>.

Las funciones de dichos equipos pluridisciplinares se concretan en la determinación del grado, su potencial revisión, la concreción de la necesidad del concurso

---

(6) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(7) Estos factores puede atribuir hasta quince puntos y, en todo caso, sólo serán tenidos en cuenta si ha sido reconocido un 25 por 100 de discapacidad material (*vid.*, artículo 5 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre).

(8) Los baremos, tal y como expresamente se dice en el Real Decreto, se basan en la CIDDM-1980 de la OMS. Y con ella, la discapacidad está referida a ciertas restricciones que afectan a la realización de actividades de la vida diaria. En el Reglamento se aprueban tres Anexos. El primero referido a las deficiencias en órganos, aparatos y sistemas; en su punto B, además se determinan los factores sociales a tener en cuenta. El Anexo 2 contiene los baremos para señalar la necesidad de asistencia de tercera persona. Por último, el Anexo 3 los establece para el transporte colectivo. En definitiva, los baremos se han construido no desde la enfermedad en sí misma considerada, sino por sus consecuencias en las actividades de la vida diaria (vestirse, comer, aseo, higiene), clasificadas, a su vez, en grados del 1 al 5 —que supone la nula posibilidad de realizar estas actividades—. Por fin también se establecen cinco clases según el porcentaje de la discapacidad.

(9) En ambos casos, su régimen se somete al de las Administraciones Públicas, en particular a los artículos 22 a 27 de la Ley 30/1992, sobre órganos colegiados.

(10) La competencia territorial dependerá, precisamente, del domicilio de la persona que someta al procedimiento.

de otra persona para la realización de actividades vitales y el señalamiento del plazo de revisión en los casos de probable mejoría o agravación<sup>(11)</sup>. En definitiva, con dichos elementos y recursos, la Comisión emitirá una propuesta de dictamen que necesariamente habrá de precisar el diagnóstico, el tipo de minusvalía y su grado, así como los puntos atribuidos para el concurso de tercera persona y la dificultad para usar transporte público y la existencia de dificultades de movilidad para utilizar los transportes públicos colectivos. El órgano que resuelve es el competente de la Comunidad Autónoma y, en su caso, el Director provincial del IMSERSO. Es importante destacar que contra esta resolución, tras la interposición de la preceptiva reclamación previa, queda expedita la vía laboral<sup>(12)</sup>.

## **2. LA FALTA DE COMPETENCIA DE LA VÍA CIVIL PARA DETERMINAR LA DISCAPACIDAD O RECONOCER LA DEPENDENCIA**

En este sentido, ha de tenerse presente que el Juez civil carece de competencia para graduar y calificar la discapacidad psíquica, física o sensorial que padezca la persona de la que se pretende su incapacitación. Con esta máxima a la vista, debe ser revisado el contenido de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de

---

(11) *Vid.*, el artículo 11 del Real Decreto 1971/1999, sobre la revisión del grado de minusvalía: «1. El grado de minusvalía será objeto de revisión siempre que se prevea una mejoría razonable de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento, debiendo fijarse el plazo en que debe efectuarse dicha revisión. 2. En todos los demás casos, no se podrá instar la revisión del grado por agravamiento o mejoría, hasta que, al menos, haya transcurrido un plazo mínimo de dos años desde la fecha en que se dictó resolución, excepto en los casos en que se acredite suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de grado, en que no será preciso agotar el plazo mínimo. 3. Los Directores provinciales del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, en el ámbito territorial de su competencia y dentro del plazo máximo previsto, deberán dictar resolución expresa en todos los procedimientos incoados para revisar el grado de minusvalía previamente reconocido».

(12) *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141/2003, de 14 de julio, dictada en un recurso de amparo interpuesto contra ciertas resoluciones sobre la determinación del grado de minusvalía. Por lo que se refiere a la competencia de la vía laboral, la doctrina al respecto ya ha sido «unificada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1996, 23 de febrero de 1996, 27 de diciembre de 1997, 17 y 24 de diciembre de 2001. Se declara en estas sentencias que «1.º Los Tribunales del Orden Jurisdiccional Social tienen plena competencia —artículo 2.b) de la vigente Ley de Procedimiento Laboral y 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial— para conocer en materia de Seguridad Social», en cuya esfera se incluyen, sin duda, todas las cuestiones relativas al derecho de percibir las pensiones tanto de invalidez permanente, como de jubilación ya sean contributivas o no contributivas (como con referencia a estas últimas sientan las Sentencias de 3 de junio de 1995 y 9 de febrero de 1996, según recuerda la Sentencia de 22 de marzo de 1996). 2.º Esta competencia debe extenderse a la determinación del grado de minusvalía que afecta al interesado, pues carecería de toda lógica que los Tribunales laborales pudieran resolver sobre el reconocimiento de las pensiones que tuvieran por substrato una cierta deficiencia psíquica o funcional, y se impidiera examinar lo que constituye el presupuesto fáctico de aplicación de la norma, cual es la determinación del grado de minusvalía» [*vid.*, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 3710/2003 (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 28 de noviembre; *vid.*, también el Auto del 19 de diciembre de 2002, dictado por la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, que resuelve el conflicto negativo de competencia en la materia a favor del orden social].

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, y la fórmula legal utilizada para la determinación de sus beneficiarios según su artículo segundo.

Por su parte, la mencionada Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 sienta que «beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurren o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas». A esta terminante declaración, se añade el dictado del artículo segundo cuyos términos son los siguientes «1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular. 2. A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100. 3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme». En definitiva, parece que excluye de las ventajas de la Ley a quienes estén incapacitados judicialmente si no tienen reconocidos los grados específicos de las tipologías de minusvalías en cuestión, toda vez que, como se ha dicho, el Juez civil carece, de momento, de las competencias para su concreción. De lo dicho se ha de concluir que si quien pretenda ser beneficiario de la institución sólo está incapacitado judicialmente, es más que posible que la constitución del patrimonio no llegue a buen puerto.

En su virtud y sobre su ámbito subjetivo ya hemos tenido ocasión de destacar que la Ley 41/2003 se caracteriza singularmente por los siguientes extremos:

- a) El legislador recurre a la figura de la discapacidad antes que a la incapacitación judicial, por lo que adopta una nueva línea tutelar atendiendo no a los tradicionales criterios de capacidad e incapacitación sino a una institución de nuevo corte para el Derecho Civil.
- b) Es necesario tener en cuenta la correlación judicial entre ciertos grados de minusvalía y la estimación de la incapacitación de la persona que las padece. Esta correspondencia entre la incapacitación judicial y la minusvalía del 65 por 100 es un dato que conviene tener a la vista, ya que cabe la posibilidad de que este criterio de equiparación termine por generalizarse a efectos civiles. De momento, la jurisprudencia menor consultada parece confirmar el criterio inverso, es decir, si hay reconocimiento administrativo de minusvalía procede la incapacitación con alcance absoluto o parcial <sup>(13)</sup>.

---

(13) *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 105/2004 (Sección 3.<sup>a</sup>), de 12 de marzo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz núm. 10/2003 (Sección 3.<sup>a</sup>), de 15 de enero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid núm. 383/2002 (Sección 1.<sup>a</sup>), de 15

- c) La Exposición de Motivos de la Ley tenía muy presente las consecuencias de los accidentes de tráfico y laborales, con la posible declaración para quien los sufra de incapacidad laboral permanente total, absoluta o gran invalidez que, a su vez, se corresponde reglamentariamente con un 33 por 100 de minusvalía. Se suman tres nociones de distinto corte, como son la incapacidad laboral absoluta, la incapacitación judicial que opera sobre la capacidad de obrar, y el reconocimiento administrativo de minusvalía, cuyas reciprocidades y equivalencias están reconocidas a efectos fiscales y de cobertura de la seguridad social<sup>(14)</sup>.

### 3. LA FALTA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA DISCAPACIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INCAPACITACIÓN

Como exponente de las anteriores consideraciones, vamos a traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 9 de marzo de 2004; esta resolución evidencia la superposición —o, en todo caso, la presencia simultánea— de la incapacitación judicial, invalidez laboral y los distintos tipos y grados de minusvalía. En el caso de autos, el presunto incapaz es un empresario que sufrió un grave accidente de tráfico; previo al procedimiento de incapacitación, se había dictado sentencia de separación fundada en las perturbaciones mentales deducidas del accidente en cuestión y, por su parte, se le había reconocido laboralmente una invalidez permanente absoluta para el ejercicio de cualquier actividad. Si bien la resolución no entra al fondo de la cuestión por un defecto del *petitum*, el juzgador declara que, pese a las secuelas físicas que siguieron al accidente, «no puede darse lugar a la declaración de discapacidad a los efectos del artículo 2 de la Ley de Patrimonios Protegidos, al no haber sido una

---

de noviembre y Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 145/2002 (Sección 1.ª), de 6 de mayo. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 127/2003 (Sección de lo Social), de 30 de abril de 2003, declara que «el umbral de estas deficiencias (se refiere a las psíquicas, físicas o sensoriales) se encuentra en el 33 por 100 —similar a la incapacidad parcial—».

(14) Resulta muy útil tener presente que, a los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el artículo 58.6 declara que «tendrán la consideración de discapacitados los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. *Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, cuando se trate de minusválidos cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado*» (Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas). Equiparación compartida por las prescripciones del artículo primero de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, tal y como se argumenta en las líneas dedicadas al ámbito subjetivo de aplicación de esta Ley (MORETÓN SANZ: «Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 687, 2005, pp. 61 a 115 y la bibliografía allí citada).

pretensión oportunamente deducida, sino meramente apuntada en la vista del presente recurso. El goce de los beneficios que la citada Ley proclama podrá ser obtenido con relativa facilidad a través de la calificación administrativa de su minusvalía»<sup>(15)</sup>.

En suma, dado que el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 41/2003 se hace depender de los pertinentes grados de discapacidad, estén o no los sujetos incapacitados, resulta que quienes sí hayan sido incapacitados en virtud de sentencia judicial firme, al estar incurso, en alguna de las circunstancias señaladas por el artículo 200 del Código Civil<sup>(16)</sup>, quedan excluidos de alguno de los aspectos de la norma. Por tanto se destaca que resultará imprescindible la acreditación de alguno de los grados y tipos reseñados<sup>(17)</sup> y no la sentencia de incapacitación. De modo que el tutor del incapacitado judicialmente deberá instar cuantas acciones resulten oportunas para la obtención de la certificación administrativa de discapacidad.

Por su parte, ciertos juzgados de primera instancia y audiencias ya han tenido ocasión de pronunciarse sobre el referido ámbito subjetivo, destacando, en todo caso, que «el concepto de beneficiarios que contempla la Ley es notablemente más amplio al de «incapacitado» comprendiendo a las personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 y a las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100 (artículo 2 de la Ley)»<sup>(18)</sup>.

De modo que, en el ámbito civil, buena parte de las medidas tuitivas previstas en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas

---

(15) En el caso de autos, fue instaurada una curatela limitada a la esfera patrimonial [*vid.*, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 14/2004 (Sección 4.ª), de 9 de marzo].

(16) Ha de tenerse en cuenta que son dos capítulos diferentes y que, en varias ocasiones, la alegación del grado de minusvalía reconocido como fundamento de la incapacitación judicial interesada ha sido desestimada por no vincular al juzgador ni cumplir con las exigencias del artículo 200 del Código Civil (*vid.*, Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2003). En los comentarios sobre la Ley, no parecen especialmente afortunadas las afirmaciones que entienden que los términos de discapaz e incapacitado se utilicen de forma indistinta. En realidad, más parece que el legislador desea superar la noción de incapacitación e ir en la dirección de unos baremos como los aprobados en materia de accidentes de tráfico. Pero, en todo caso, al día de hoy no podemos concluir que la Ley utilice ambos términos como sinónimos; LUCINI NICÁS, por su parte, entiende que, pese a la univocidad terminológica, no es posible confundir incapacidad con discapacidad (*vid.*, «La Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la LEC y de la normativa tributaria», AC, 2002, pp. 1621-1634). Finalmente, conviene tener en cuenta que la finalidad de las normas sobre ciertos conceptos relacionados con la materia no es idéntica; por ello, previo a la promulgación de la normativa que hace sinónimas ciertas situaciones, se había sostenido que la pretensión de la persona declarada en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, de que se le reconociera el grado de minusvalía del 33 por 100, consagraría situaciones de desigualdad carentes de de justificación objetiva (*vid.*, STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2001).

(17) Conviene tener presente ciertos pronunciamientos judiciales que recuerdan que la calificación que realicen los órganos técnicos competentes será independiente de la realizada por otros organismos públicos (*vid.*, STSJ del País Vasco de 10 de septiembre de 2002 y STSJ de Madrid, de 8 de marzo de 2001).

(18) Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres núm. 28/2004 (Sección 1.ª), de 12 de marzo, dictado con ocasión del recurso de apelación interpuesto contra la propuesta de auto dimanante del procedimiento sobre enajenación de bienes de incapaz.



con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de la normativa tributaria con esta finalidad, resultarán de aplicación sólo a quienes ostenten la certificación administrativa de discapacidad en ciertos grados y porcentajes, pero no a quienes ostenten el reconocimiento de dependencia, ni a quienes estén incapacitados judicialmente. Caso reproducido en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, o la normativa tributaria o social.

Previa a la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia —norma y derecho subjetivo que se reservan al cuarto epígrafe—, la jurisprudencia menor civil estimaba que ante una certificación de discapacidad resultaría procedente la incapacitación judicial total o parcial. Empero, si se revisan las leyes modificadas a su vez por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, hay que poner de manifiesto que todas se producen desde la exigencia del reconocimiento del grado de minusvalía<sup>(19)</sup>. Así el propio artículo primero de la Ley determina su objeto, considerando personas con discapacidad «aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100»<sup>(20)</sup>. Ratifica este sentido no sólo la finalidad de la Ley —en esta ocasión se trata de una política sectorial, como indica la intitulación oficial—, sino también su estructura y lógica interna<sup>(21)</sup>, por lo que es más consecuente estimar la necesidad de acreditación de la minusvalía/discapacidad. Por ello, si la discapacidad es una institución de reconocimiento puramente reglamentario<sup>(22)</sup>, sin exa-

---

(19) Sabemos que el legislador recurre a la dudosa técnica de la modificación de una norma, que poco o nada tiene que ver con el objeto principal, vía disposiciones finales. Con ello sortea el largo procedimiento legislativo impuesto por los Reglamentos de las Cortes, quiebra la estructura unitaria de la norma que termina por regular materias absolutamente dispersas y sin ningún tipo de nexo común. Como muestra no muy lejana en el tiempo, la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, Ley 23/2003, de 18 de julio, en su disposición final 3.ª modificaba el procedimiento de desahucio, cuestión absolutamente ajena al objeto de la norma, claramente indicado en su intitulación oficial.

(20) Sigue el artículo primero diciendo que «en todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 a 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 minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional», *vid.*, también *supra*, el contenido del artículo 58.6 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto refundido de la Ley sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

(21) También exige el grado mínimo del 33 por 100 de discapacidad en relación con las medidas de fomento del empleo y modalidades de contratación (*vid.*, la disposición adicional 4.ª de la Ley 51/2003, que a su vez modifica la disposición adicional 6.ª de Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

(22) La necesidad del reconocimiento del grado de discapacidad ha sido puesta de manifiesto de forma constante, así que cuando el legislador se refiere a personas con discapacidad es de aplicación el procedimiento aprobado al efecto por el RD 1971/1999. En este sentido, conviene detenerse en la sentencia que afirma «interesa poner de manifiesto cómo en el plano internacional, el Convenio número 159 de la OIT proporciona, una noción de inválido o “personas inválidas” muy genérica, pero dotada de

men judicial ni intervención de la Fiscalía se requerirá, en definitiva, su certificación acreditativa previa<sup>(23)</sup>.

### III. LA INCAPACITACIÓN COMO PROCEDIMIENTO JUDICIAL QUE AFECTA A LA CAPACIDAD DE OBRAR Y AL ESTADO CIVIL DE LA PERSONA

#### 1. NOTAS SOBRE LAS NORMAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES APLICABLES A LA INCAPACITACIÓN

Además de aquellas nociones provenientes del ámbito sanitario e introducidas recientemente en el Código Civil —en el caso de la discapacidad por la Ley 41/2003,

---

un importante elemento formal, en ocasiones ignorado. Conforme a su artículo 1.º, ha de incluirse en tal categoría a “toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”. El Estatuto de los Trabajadores prohíbe la discriminación de los trabajadores por razón de “disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales” [artículo 4.2.c)] y alude al trabajador minusválido a fin de contemplar ciertas particularidades en los contratos en prácticas y para la formación (artículo 11) o a los trabajadores disminuidos para concordar el control de su rendimiento con la capacidad real que posean (artículo 20.3). Pero *ninguna de estas normas laboral define qué debe entenderse en cada caso por trabajador minusválido o disminuido*, del mismo modo que suele pasarse de puntillas a la hora de precisar, con exactitud, *si se trata o no de conceptos equivalentes y si es necesario o no un previo reconocimiento oficial de tal cualidad en el trabajador afectado. La solución, por lo tanto, habrá de encontrarse en las normas específicamente reguladoras de la minusvalía*. Para la Ley General de la Seguridad Social, a su vez, no hay uno, sino varios conceptos de incapacidad. En la modalidad contributiva, se entiende por incapacidad permanente la situación del trabajador que, tras haberse sometido al correspondiente tratamiento, presenta «reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral» (artículo 136.1). Por otro lado, y por lo que aquí interesa, el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, atribuyó al Instituto de Servicios Sociales (IMSERSO), la competencia (transferida a las CCAA) en orden a la declaración de la condición de beneficiario así como la de homologar las declaraciones de incapacidad realizadas por la Seguridad Social “a efectos de las certificaciones acreditativas de la condición de minusválido”. En consecuencia queda confirmado que el concepto de inválido o incapaz utilizado por las normas de Seguridad Social no puede equipararse al de minusválido y que ésta es una cualidad que sólo debiera predicarse de quienes previamente hayan obtenido una expresa declaración en tal sentido. Es lógico que así sea porque para la minusvalía se toman en cuenta no sólo las secuelas padecidas por el sujeto, sino también otros factores sociales complementarios de tipo social, cultural, etcétera» [vid., Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 7366/2003 (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 21 noviembre].

(23) Basándose en la redacción anterior, CARRASCO PERERA había concluido la necesidad de su acreditación, toda vez que «el juez civil no puede calificar la minusvalía administrativamente no declarada, aunque se den las condiciones que bastarían para obtener una calificación de minusvalía [(2002), «Comentario al artículo 17», *Comentarios a la LPH*, p. 525, Pamplona, Aranzadi]. En contra, TEJEDOR MUÑOZ, «La eliminación de barreras arquitectónicas en las Comunidades de vecinos», *Consultor Inmobiliario*, 14, 2001, p. 23. Por su parte, MAGRO SERVET, a la vista del texto del proyecto, concluye que la Ley 15/1995, de 30 de mayo, a su vez integra la normativa de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal «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» («Repercusión en la Ley de Propiedad Horizontal del Proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades», *Diario La Ley*, 5797, 2003).

de 18 de noviembre, y la dependencia por la Ley 15/2005, de 18 de julio— hemos de tener en cuenta la incapacitación judicial. Esta institución, presente desde sus inicios en el Código Civil, afecta a la capacidad de obrar del sujeto incapacitado, quien pasa a estar representado o asistido legalmente por un tutor o, en su caso, por un curador<sup>(24)</sup>.

Por tanto, la incapacitación se ventila en un proceso judicial al que se pone fin mediante sentencia cuyos efectos tienen consecuencias sobre el estado civil de la persona, inscribiéndose en el Registro Civil la alteración producida sobre la capacidad de obrar<sup>(25)</sup>. Esta resolución judicial es graduable, es decir, puede privar de forma total o parcial la capacidad de obrar de quien se vea sometido a este proceso<sup>(26)</sup>. Y ello frente al derecho subjetivo de ciudadanía en materia de dependencia y la noción técnica de discapacidad, exentas ambas de consecuencias sobre el estado civil de quien ostente su acreditación. También, y frente a la dependencia y la discapacidad, el proceso de incapacitación tiene, insistimos, carácter judicial y a mayor abundamiento interviene el Fiscal para la recta protección y garantía de los derechos del presunto incapaz<sup>(27)</sup>. En los tres casos, la persona con legitimación para iniciar el procedimiento será el afectado siempre y cuando sea mayor de edad, pudiéndose promover, en su defecto, por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela correspondiente<sup>(28)</sup>.

De modo que, independientemente de la legitimación para incoar el procedimiento, cualquier persona, al margen de la edad que tenga, puede ser sometida tanto a la incapacitación como, con las limitaciones que ahora se verán, a la discapacidad y la dependencia. Pero ha de tenerse presente que las tres instituciones ostentan un

---

(24) Por lo que se refiere a la articulación de su régimen legal, ténganse presentes los artículos 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(25) De conformidad a lo prescrito por el artículo 1 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957. *Vid.*, en esta materia a mi Maestro el profesor LASARTE ÁLVAREZ (2007): *Principios de Derecho Civil, I, Parte General y Derecho de la persona*, 13.ª ed., Madrid, Marcial Pons, pp. 321 y ss...; *vid.*, también, el estudio de SANTOS MORÓN (2004), sobre la incapacitación como proceso limitador de los derechos fundamentales en «La situación de los discapacitados psíquicos», *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, CAMPOY CERVERA (ed.), Madrid, Dykinson-Carlos III, pp. 167-185 y últimamente el exhaustivo trabajo de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ: «¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», *RDP*, enero-febrero, 2006, pp. 9-67; también CORDERO CUTILLAS: «La discapacidad e incapacitación judicial», *AC*, 10, 2006.

(26) Texto del artículo 210 del Código Civil, ahora previsto su contenido en el artículo 760 de la LEC de 2000.

(27) Dice el artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «1. En los procesos de incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación, será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. 2. En los demás procesos a que se refiere este título [Título I. De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores] será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal».

(28) En este sentido, *vid.*, el artículo 757 de la LEC, donde, adicionalmente, se presenta otra cuestión de interés, ya que con su reforma operada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, la declaración de incapacitación puede promoverla el presunto incapaz.

fundamento común y es que, ineludiblemente, ha de acreditarse la causa que justifique la sentencia o resolución final.

Es decir, en la incapacitación judicial el presunto incapaz ha de estar incurrido en alguna de las causas que prevé el Código Civil en su artículo 200, es decir, «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan gobernarse a la persona por sí misma». Enfermedad o deficiencia que habrá de ser objeto de prueba en el proceso, donde es requisito preceptivo el previo dictamen pericial médico<sup>(29)</sup>.

## 2. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS NORMAS EN MATERIA DE PATRIMONIO PROTEGIDO A LA VENTA DE BIENES DE LAS PERSONAS INCAPACITADAS JUDICIALMENTE

En materia de patrimonio protegido, apréciase que el nombramiento y las facultades de la administración pueden recaer en el propio sujeto constituyente o un tercero nombrado por aquél<sup>(30)</sup>. Pero, en todo caso, serán de aplicación los supuestos de autorización judicial de los artículos 271<sup>(31)</sup> a 272<sup>(32)</sup> del Código Civil, con la particularidad de que se excluye expresamente la subasta pública prevista en la Ley de Enjuicia-

---

(29) *Vid.*, artículo 759 de la LEC sobre las pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación. Por cierto que en esta materia se presenta una cuestión de interés, dado que con la reforma de la LEC operada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, la declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz (artículo 757), por lo que cabe imaginar el caso de quien recién diagnosticado de Alzheimer y sin sintomatología desee promover su propia incapacitación. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de marzo de 2006, se estima el recurso de apelación y se revoca el auto del Juzgado de primera instancia, que había inadmitido a trámite la demanda de incapacitación por el propio y presunto incapaz. Con todo, parece rechazable la hipótesis de una resolución judicial que acepte la futura incapacitación por el proceso y decurso ordinario de una enfermedad. En puridad y atendiendo a la interpretación restrictiva de la limitación de la capacidad de obrar, SS.<sup>a</sup> habrá de desestimar la pretensión hasta que las evidencias de la enfermedad pongan en entredicho, como exige el Código Civil en su artículo 200, la capacidad de autogobierno de forma permanente. Habrá que estar a la naturaleza registral que como indicación se reserva para los poderes preventivos, tal y como en este sentido se ha pronunciado la RDGRN de 19 de junio de 2006.

(30) La norma no oculta la intención de favorecer la intervención de instituciones sin ánimo de lucro especializadas en la atención a personas con discapacidades.

(31) «Artículo 271. El tutor necesita autorización judicial: 1. Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. 2. Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. 3. Para renunciar a derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado. 4. Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades. 5. Para hacer gastos extraordinarios en los bienes. 6. Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en asuntos urgentes o de escasa cuantía. 7. Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años. 8. Para dar y tomar dinero a préstamo. 9. Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado. 10. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado».

(32) «Artículo 272. No necesitarán autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial».

miento Civil<sup>(33)</sup>. Y éste es el elemento que queremos destacar, ya que este precepto ha sido aplicado analógicamente y ha permitido la enajenación de bienes del incapaz sin necesidad de que el procedimiento pase necesariamente por pública subasta.

En este sentido, en un procedimiento sobre enajenación de bienes del incapaz, se ha declarado que «de esta manera, entiende la Sala que la prescripción comprensiva de la innecesariedad de la pública subasta, así como de la no aplicación del título XI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, viene referida exclusivamente a la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido, sin que, por tanto, suponga ni la derogación tácita del artículo 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ni que este último precepto no pudiera aplicarse a las enajenaciones de menores o incapacitados. Sin embargo, y, atendiendo a los razonamientos que anteriormente se explicitaron, sí se considera que el artículo 5.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, es susceptible de aplicación analógica en la medida en que, con el máximo rigor, en poco o en nada difiere la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de la de bienes de personas declaradas judicialmente incapacitadas, de modo que, si para aquéllas es beneficioso el que se prescinda de la pública subasta en la enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para éstas, si bien se estima necesario que el Órgano Jurisdiccional adopte las medidas de vigilancia y control que, en relación con la venta, estime adecuadas y pertinentes en beneficio del tutelado de conformidad con lo establecido en el artículo 233 del Código Civil»<sup>(34)</sup>.

De las consideraciones antecedentes, la Audiencia estimó tanto la impugnación interpuesta por la hija y tutora del incapacitado, como la deducida por el Ministerio Fiscal, autorizándose la enajenación sin necesidad «de que se realice en pública subasta y sin perjuicio —como ya se ha indicado— de que el Juzgado de instancia adopte las medidas de vigilancia y control que, en relación con la venta, estime adecuadas y pertinentes en beneficio del tutelado de conformidad con lo establecido en el artículo 233 del Código Civil».

#### **IV. LA DEPENDENCIA Y LA AUTONOMÍA PERSONAL: SU CONFIGURACIÓN COMO NUEVO DERECHO DE CIUDADANÍA AJENO AL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL O ASISTENCIAL**

##### **1. RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA**

Esta nueva política aborda como núcleo fundamental la autonomía personal entendida como «capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, de-

---

(33) *Vid.*, sobre la tutela y las funciones del tutor en general, LEONSEGUI GUILLOT (2001): «La tutela», *Curso sobre la protección jurídica del menor*, POUS DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ (coords.), Madrid, Colex, pp. 99 y ss.

(34) Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres núm. 28/2004 (Sección 1.ª), de 12 de marzo.

cisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria». Definición legal que atraviesa la lógica interna de la Ley y se convierte en clave de bóveda del sistema por mucho que la atención general se dé a la dependencia en sí misma, ya que en definitiva es la circunstancia que trata de prevenir.

En particular, y en cuanto al tratamiento desagregado de la enfermedad mental y de la discapacidad intelectual, funda también las bases de otras políticas que se ajusten con más acierto que hasta ahora a las especificidades de dos grupos que, pese a sus concomitancias, en un buen número de supuestos presentan intereses socio-jurídicos encontrados. Por ello también la Ley reconoce las necesidades de apoyo para la autonomía personal, descritas como «las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad». En definitiva, la falta de autonomía, en ocasiones, no procede tanto de la imposibilidad material de ejecutar alguna de las actividades básicas de la vida diaria cuanto de la falta de iniciativa del sujeto consecuencia de ciertos desórdenes.

En cuanto a la noción de dependencia, que forma parte del discurso médico y político desde hace tiempo<sup>(35)</sup>, el punto básico de la mencionada Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, es la definición de dependencia referida al «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<sup>(36)</sup>, 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»<sup>(37)</sup>.

En definitiva, el legislador español ha utilizado y ampliado la descripción del fenómeno incluida en la Recomendación número (98), del Consejo de Europa, relativa a

---

(35) *Vid.*, MORETÓN SANZ (2006): «Apuntes sobre la anunciada ley de promoción de la vida autónoma y atención a las personas en situación de dependencia», en LASARTE ÁLVAREZ (ed.), *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XXI*, cit., y «Menores necesitados de cuidados de larga duración», cit.

(36) Las razones «mentales» no estaban presentes en el Anteproyecto de la Ley. En este caso se ha de destacar que se trata de una de las mejoras incluidas gracias a las sugerencias realizadas por el Informe del Consejo Económico y Social. Por su parte, la advertencia explícita referida a las «personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal» ha sido otra enmienda incluida en trámite parlamentario.

(37) Así lo declara el artículo 2.2. Su párrafo primero define como autonomía «la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria», el punto tercero define, a su vez, las Actividades Básicas de la Vida Diaria (ABVD) como «las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas».

la dependencia, del 18 de septiembre de 1998. En ella, la dependencia es «la necesidad de ayuda o asistencia importante para las actividades de la vida cotidiana», en suma, como «un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria y, de modo particular, los referentes al cuidado personal»<sup>(38)</sup>. Definición hecha, «teniendo en mente que las políticas relativas a la vejez, a las personas minusválidas, a la salud, a la familia y al empleo tienen implicaciones para abordar el problema de la dependencia»<sup>(39)</sup>.

En síntesis, en una situación de dependencia, sea a la luz de la Ley española o de la Recomendación, podrá encontrarse una persona sometida a un proceso médico de larga duración, como quienes sufran enfermedades degenerativas o que cursen con deterioro cognitivo<sup>(40)</sup>. Con todo, ha de tenerse en cuenta que la política social que pretende la Ley de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia no se limita al apoyo en el desarrollo de las actividades esenciales de la vida diaria sino que se amplía al pleno ejercicio de sus derechos de ciudadanía<sup>(41)</sup>, por lo que se puede afirmar que construye un auténtico derecho subjetivo con un amplio repertorio de medidas para su reconocimiento eficaz.

Como decimos, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, tiene por objeto principal la construcción de un derecho subjetivo de ciudadanía. Por su parte, la titularidad del derecho subjetivo de ciudadanía, así como del conjunto de facultades que de él se deducen, no reside ni en la mera circunstancia cronológica ni en la potencial resolución judicial de incapacitación que pueda ostentar un sujeto, ni siquiera la certificación administrativa de discapacidad<sup>(42)</sup>.

---

(38) *Vid.*, sobre la dependencia, GONZÁLEZ ORTEGA y QUINTERO LIMA (2004): *Protección social de las personas dependientes*, Madrid, La Ley; en esta obra colectiva *vid.*, especialmente, GONZÁLEZ ORTEGA: «La protección social de las situaciones de dependencia», pp. 9-62; MERCADER UGUINA: «Concepto y concepciones de la dependencia», pp. 63-92 y PÉREZ MENAYO: «Políticas públicas en materia de dependencia: situación comparada en la Unión Europea», pp. 167-189.

(39) Sobre los aspectos referidos a la Unión Europea y al Consejo de Europa, así como a la nueva *Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, de 13 de diciembre de 2006, *vid.*, MORETÓN SANZ: «Apuntes sobre la Constitución Europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad», *Revista de Derecho, UNED*, 1, 2006, pp. 247-272 y «Los Derechos de las personas con discapacidad en el ámbito europeo e internacional (Nuevas perspectivas jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o dependencia)» *Revista de Derecho de Familia de Costa Rica*, 2, 2007, pp. 15-27.

(40) *Vid.*, MTAS (2005): *Libro Blanco de la Dependencia*, cap. I, Madrid, Servicio de Publicaciones del MTAS, pp. 58 y ss.

(41) *Vid.*, Exposición de Motivos.

(42) Para el análisis de la discapacidad y su incidencia jurídico-civil, *vid.*, MORETÓN SANZ: «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad horizontal», *RCDI*, 2005, 687, pp. 61 a 115, y sobre la autonomía como elemento común de distintas instituciones, de la misma autora (2007): «El nuevo sistema de protección de la persona con autonomía limitada: de la incapacitación judicial a la discapacidad y dependencia», *La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ (dir.), Madrid, Tecnos.

## 2. LA BASE COMPETENCIAL DE LA LEY 39/2006 Y LAS DUDAS SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD

Pese a que la Ley fue objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Gobierno y Parlamento navarros<sup>(43)</sup>, admitidos a trámite en su momento, lo cierto es que finalmente la parte interesada ha desistido de ambos<sup>(44)</sup>. En los dos se había puesto en tela de juicio el pretendido encaje competencial de esta norma, cuyo fundamento constitucional, según la disposición final octava de la Ley «se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales conforme al artículo 149.1.1 de la Constitución»<sup>(45)</sup>. A mayor abundamiento, la redistribución de Ministerios y competencias hace que ahora se desgaje la denominada Política Social del Ministerio de Trabajo y se asigne al de Educación, Política Social y Deporte, específicamente a la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a

---

(43) Recursos, ya desistidos, de inconstitucionalidad número 2250/2007 y 2313/2007 respectivamente; para su análisis *vid.*, el riguroso Dictamen del Consejo de Navarra de fecha 21 de marzo de 2007, donde cabe destacar la presencia, entre otros juristas, de RUBIO TORRANO, Catedrático de Derecho civil. En cuanto a la promoción del desistimiento, *vid.*, la Resolución de 8 de noviembre de 2007, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de la Junta de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Foral de Navarra y el Auto del TC de 22 de enero de 2008, por el que se tiene por desistido al Letrado de la Comunidad Foral de Navarra.

(44) Téngase en cuenta la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales; Ley que, por cierto, habiéndose aprobado en idéntica fecha que la Ley 39/2006, la contempla y a ella se remite en ciertos aspectos. También se fundamenta en la superación de la visión meramente asistencial, competencia propia de las Comunidades, y pretende superarla mediante la universalización del repertorio de derechos en ella previstos. En particular, su artículo cuarto, por cuanto determina como «personas destinatarias de los servicios sociales», «1. Serán titulares del derecho a acceder al sistema de servicios sociales establecido en esta Ley Foral los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea empadronados en cualquiera de los municipios de Navarra así como los extranjeros residentes. 2. También podrán acceder al sistema de servicios sociales los extranjeros que, encontrándose en Navarra, tengan la condición de exiliados, refugiados o apátridas, de acuerdo con lo que establezcan la legislación vigente y los tratados y convenios internacionales y, en su defecto, con el principio de reciprocidad. 3. Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de los requisitos adicionales que se establezcan para el acceso a determinadas prestaciones en las disposiciones que las regulen o establezcan. 4. En todo caso, las personas que se encuentren en Navarra en una situación de urgencia personal e indigencia, familiar o social, podrán acceder a aquellas prestaciones del sistema de servicios sociales que permitan atender a dicha situación. Esta situación será valorada por los profesionales de los servicios en función de su gravedad, precariedad y perentoriedad».

(45) Que atribuye competencia exclusiva al Estado sobre «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»; añadido al contenido de los artículos 9.1 «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» y 13.1 «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Por su parte, téngase en cuenta que el artículo 1 de la Ley 39/2006 declara como base competencial de la norma las previsiones del artículo 149.1.1 de la Constitución, precepto que, a su vez, determina la competencia exclusiva del Estado sobre «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».



la Discapacidad<sup>(46)</sup>, evidenciándose con ello, a mi juicio, la intención de separar de forma definitiva cualquier asociación al Derecho del Trabajo, tal y como ya auguraba el repertorio de recursos que caben contra el reconocimiento de dependencia que se ventilarán en vía contencioso-administrativa.

Por su parte, el Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley<sup>(47)</sup>, ya había manifestado la necesidad de explicitar distinto título competencial tanto por razones de seguridad jurídica como para evitar futuras controversias. En cuanto al Defensor del Pueblo, años antes de la promulgación de la Ley 39/2006, había incluido entre sus *Recomendaciones sobre la protección de los mayores*, la sugerencia para la inclusión del riesgo de dependencia en el régimen de la Seguridad Social<sup>(48)</sup>, inclusión que, justificada en la creación de un cuarto pilar distinto del de la Sanidad, tampoco se ha realizado en la nueva Ley.

En justa consecuencia cabe traer razón de las reflexiones sobre la aludida base competencial de la Ley y de su objeto, ya que, como afirma SEMPERE NAVARRO, «la protección de las situaciones de dependencia no se concibe *necesiter* como una materia por completo integrada en la Seguridad Social, del mismo modo que tampoco lo está en la Asistencia Social. La situación fáctica de necesidad en cuestión, más bien, aparece como susceptible de ser protegida por ambos tipos de técnicas; por eso muchas veces se disuelve el dilema por vía de superación, subsumiendo el sistema protector en el más amplio concepto de la “Protección Social”. De este modo, estaríamos ante una materia mixta, “transversal”, en el sentido de que habría varios títulos habilitantes, unos estatales (artículo 149.1.1.<sup>a</sup> y 17 de la CE) y otros autonómicos (artículo 148.1.20 de la CE), para regular la protección social de las personas dependientes. Con relación al título competencial establecido en el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> de la CE, es cierto que por parte de algunas instituciones públicas, así como desde diversas organizaciones representativas de personas dependientes (mayores, discapacitados) y desde los ámbitos sindical y académico se ha preconizado mayoritariamente la incardinación de las prestaciones de dependencia en el sistema de Seguridad Social, por considerar que esta opción representa la solución “natural” y la mejor garantía de atención a las necesidades sociales, al reconocer derechos subjetivos plenos a los beneficiarios sin supeditar la protección a la existencia de disponibilidades presupuestarias, al tiempo que asegura la igualdad en las condiciones de acceso a las prestaciones»<sup>(49)</sup>. Con todo, el desistimiento del recurso de inconstitucionalidad, este debate sobre la base competencial, carece de consecuencias prácticas, de momento.

---

(46) Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

(47) Dictamen 336/2006, de 23 de marzo de 2006.

(48) *Vid.*, DEFENSOR DEL PUEBLO (2000): *Informes, estudios y documentos. La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos. Recomendaciones del Defensor del Pueblo e Informes de la Sociedad española de geriatría y gerontología y de la Asociación multidisciplinaria de gerontología*, Madrid, pp. 9-233.

(49) «Antecedentes y estructura de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Dependencia», *Aranzadi Social*, 17, 2006.

Por lo que, en la actualidad, y con distinto alcance y exigibilidad de la certificación o reconocimiento correspondiente, nos encontramos con la discapacidad (que a su vez exigirá ciertos grados y tipos en función de las medidas o derechos a exigir), la dependencia y, además, la incapacitación judicial. En este sentido, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, tiene como finalidad principal la construcción de un derecho subjetivo de ciudadanía que ampare las situaciones enunciadas en su intitulación legal. Menos ambiciosa, 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, limitó a los efectos de la Ley a las personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 o las personas con una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100.

### 3. HOMOLOGACIONES Y PASARELAS: EL TRÁNSITO DEL RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD A LA EQUIPARACIÓN DE UN NIVEL DE DEPENDENCIA

En este sentido ha de tenerse en cuenta el sistema de homologaciones y «pasarelas» previsto en la Resolución de 23 de mayo de 2007, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se establecen los acuerdos en materia de valoración de la situación de dependencia<sup>(50)</sup>. Su punto segundo establece que «quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, con el grado y nivel que se determine mediante la aplicación del IVD (Instrumento de Valoración de Dependencia), garantizando en todo caso el Grado I Dependencia moderada, nivel I». De modo que la ostentación de una discapacidad se equipara en ciertos casos a la dependencia. Antes bien, la titularidad corresponde, por imperativo legal, a la ostentación de la dependencia debidamente acreditada mediante la tramitación y resolución del oportuno procedimiento, donde serán de aplicación los baremos vigentes<sup>(51)</sup>.

El acceso al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y, por ende, al nuevo derecho de ciudadanía se condiciona al resultado del procedimiento legalmente previsto. Una vez obtenido el grado y nivel que corresponda, el sujeto deviene acreedor del derecho subjetivo de ciudadanía previsto por la Ley. La necesidad de dicho reconocimiento y acreditación previos de las circunstancias particulares sobre la autonomía personal y dependencia confieren a este derecho una marcada nota lega-

---

(50) BOE de 7 de junio de 2007.

(51) Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 36/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. También conviene analizar las observaciones hechas por el Consejo de Estado en el Dictamen sobre este Baremo (626/2007, de 12 de abril) muy especialmente las referidas al insuficiente estudio y análisis del impacto de género recogido en el informe remitido con el proyecto.

lista, separándola de las tradicionales características de inherencia y esencialidad de las que están dotadas los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales.

## **V. CONSIDERACIONES SOBRE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO Y NOVEDADES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL**

A los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el artículo 58.6 declaraba que «tendrán la consideración de discapacitados los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. *Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, cuando se trate de minusválidos cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado*» (Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas). Equiparación compartida por las prescripciones del artículo primero de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, tal y como se argumenta en las líneas dedicadas al ámbito subjetivo de aplicación de esta Ley.

Y, a su vez, la disposición adicional 9.<sup>a</sup> de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, declara que «a los efectos de la aplicación de la Ley General de la Seguridad Social, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100, aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces».

De modo que, con las dos muestras anteriores, se acredita que la refundición de figuras y situaciones como las descritas en los puntos precedentes se hace a los exclusivos efectos de la aplicación de una norma en singular. Por tanto, no parece, ni existen de momento, pruebas o vestigios que apunten a una futura unificación, mediante tablas, de las situaciones de incapacitación, discapacidad o dependencia de modo general, efectivo e intercambiable entre unos órdenes legales y otros.

## **VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS**

De una parte, y pese a las dudas sobre su constitucionalidad, lo cierto es que el cuarto pilar del Estado social y democrático de Derecho se separa definitivamente del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, hasta el extremo de que en la reordenación ministerial fruto de las nuevas elecciones, la dependencia pasa al Minis-

terio de Educación, Política social y Deporte, y, por su parte, el antiguo Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que fue el que lideró la dependencia, se ocupará de Trabajo e Inmigración.

Por otra parte, y como explicábamos en las líneas antecedentes, en materia de autonomía personal, últimamente se han aplicado unos sistemas de pasarelas que permiten transitar y equipar de la situación previa certificada de discapacidad al correspondiente reconocimiento de dependencia, sin necesidad de que el sujeto pase por un nuevo procedimiento.

De modo que hay que detenerse en estas dos nuevas calificaciones personales con consecuencias jurídicas, como son la discapacidad y la dependencia, y compararlas con la tradicional incapacitación judicial, ya que la incorporación al Código Civil de estas nociones y conceptos, hasta ahora ajenos al Derecho privado, provoca la aplicación de ciertos institutos civiles de conformidad a criterios reglamentarios fijados en función de motivos económicos y presupuestarios.

Conviene tener presente por ello que la dependencia, en primer lugar, es una noción distinta de la discapacidad: difiere en su realidad práctica, ya que muchas personas con discapacidad reconocida no sufren merma en su autonomía personal y, por tanto, no están en situación de ser calificadas como personas con dependencia. Con todo, coinciden en su procedimiento de acreditación, que dependerá de equipos técnicos interdisciplinarios sin intervención judicial ni de la fiscalía. Difieren ambas, por tanto, de la incapacitación, proceso judicial donde la cercenación de la capacidad de obrar del sujeto que afecta, en suma, a su estado civil, está tutelada por el Ministerio Fiscal. Limitación o privación total de la capacidad de obrar del incapaz de la que se da publicidad en el Registro Civil, frente a la discapacidad y la dependencia, en las que sólo de forma indirecta se puede decir que se incluyen en este Registro con ocasión del nombramiento del Administrador del Patrimonio Protegido.

Sea cual sea la noción técnica que, finalmente, el legislador escoja como clave de acceso a ciertas medidas tutelares, lo cierto es que se fundan todas en el hecho indubitable de que, en las sociedades occidentales, el paulatino envejecimiento de su población ha evidenciado este nuevo riesgo social o situación de necesidad que es la dependencia o, en síntesis, aquel estado fundado en la pérdida o limitación de la autonomía personal que exige del concurso de un tercero para realizar ciertas actividades cotidianas. Nuevamente, el Derecho ha de intervenir ante la acreditación de situaciones en que el sujeto se encuentra, probablemente, desasistido o, cuando menos, necesitado de una especial tuición.

Seguramente los motivos y evidencias anteriores recomiendan y justifican el estudio y valoración de unas tablas que permitan transitar, entre cualquiera de los órdenes jurisdiccionales existentes y entre cualesquiera medidas tuitivas, de una situación a otra, toda vez que la práctica está evidenciando que la pluralidad de calificaciones ni está redundando en una mejora de la atención suministrada por las Administraciones a los afectados, ni en la debida seguridad jurídica que ha de presidir todo sistema tutelar.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2006): «¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», *RDP*, enero-febrero, pp. 9-67.
- CORDERO CUTILLAS (2006): «La discapacidad e incapacitación judicial», *AC*, 10.
- CARRASCO PERERA (2002): «Comentario al artículo 17», *Comentarios a la LPH*, Pamplona, Aranzadi, p. 525.
- GONZÁLEZ ORTEGA y QUINTERO LIMA (2004): *Protección social de las personas dependientes*, Madrid, La Ley.
- GONZÁLEZ ORTEGA (2004): «La protección social de las situaciones de dependencia», *Protección social de las personas dependientes*, Madrid, La Ley.
- HERNÁNDEZ GIL (1988): «La persona en la Constitución», *Obras completas*, 7, Madrid, Espasa Calpe, pp. 309-327.
- LASARTE ÁLVAREZ (2007): *Principios de Derecho Civil, I, Parte General y Derecho de la persona*, 13.<sup>a</sup> ed., Madrid, Marcial Pons.
- LEONSEGUI GUILLOT (2001): «La tutela», *Curso sobre la protección jurídica del menor*, POUS DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ (coords.), Madrid, Colex, pp. 99 y ss.
- LUCINI NICÁS: «La Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la LEC y de la normativa tributaria», *AC*, 2002, pp. 1621-1634.
- MAGRO SERVET (2003): «Repercusión de la Ley de Propiedad Horizontal del Proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades», *Diario La Ley*.
- MERCADER UGUINA (2004): «Concepto y concepciones de la dependencia», *Protección social de las personas dependientes*, Madrid, La Ley, pp. 63-92.
- MORETÓN SANZ (2008): «Aspetti civili di un nuovo diritto soggettivo di cittadinanza: la legge spagnola sull' autonomia personale e l' assistenza alle persone in stato di dipendenza», *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. 37, 3 (en prensa).
- (2008): «El sistema de ingresos en centros residenciales: nuevas perspectivas a la luz de la Ley 39/2006, de Autonomía personal y atención a la dependencia», en *Actas del II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores, celebrado en El Ejido (Almería), del 19 al 22 de febrero de 2008*, organizado por la Universidad de Almería y Ayuntamiento de El Ejido (Concejalía de Servicios Sociales) (en prensa).
- (2008): «La construcción de un derecho subjetivo de ciudadanía: nuevas perspectivas sobre autonomía personal y dependencia», *Las dimensiones de la autonomía personal*, Madrid, Cermei, pp. 29-61.
- (2007): «El nuevo sistema de protección de la persona con autonomía limitada: de la incapacitación judicial a la discapacidad y dependencia», en LASARTE ÁLVAREZ (dir.), *La protección de las personas mayores*, Madrid, Tecnos, pp. 31-49.
- (2007): «Derechos y obligaciones de los mayores en la nueva Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Sección Asuntos Sociales*, 70, pp. 45-70.