



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

TESIS DOCTORAL

**LA AUTOPROTECCIÓN DE LAS
PERSONAS CON CAPACIDAD
MODIFICADA**

Presentada por Doña M^a DEL CARMEN
MELÉNDEZ ARIAS para optar al grado de
Doctor en Derecho por la Universidad de
Valladolid

Dirigida por: el DOCTOR PROFESOR DON
IGNACIO SERRANO GARCÍA CATEDRÁTICO DE
DERECHO CIVIL DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

**LA AUTOPROTECCIÓN DE LAS PERSONAS
CON CAPACIDAD MODIFICADA**

TESIS DOCTORAL

M^a DEL CARMEN MELÉNDEZ ARIAS

VALLADOLID 2012

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	12
--------------------------	-----------

CAPÍTULO I LA PERSONA Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

I-. LA PERSONA Y LA PERSONALIDAD.....	15
1. LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	18
II-. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA.....	21
1. LA DIGNIDAD.....	22
2. LA LIBERTAD.....	25
3. LA IGUALDAD.....	28
4. LA PROTECCIÓN.....	31
5. EL DERECHO INTERNACIONAL: LOS DERECHOS HUMANOS.....	37
III-. LOS PRINCIPIOS DE LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD.....	44
1. LA AUTONOMÍA.....	44
2. EL INTERÉS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	46

CAPITULO II LA CAPACIDAD

I-. LA CAPACIDAD.....	59
1. LA CAPACIDAD JURÍDICA.....	61
2. LA CAPACIDAD DE OBRAR.....	65
3. LA CAPACIDAD DE OBRAR SUFICIENTE.....	70
II-. LA INCAPACIDAD.....	77
1. CAUSAS DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD: ARTÍCULO 200 DEL CÓDIGO CIVIL.....	80
2. EL AUTOGOBIERNO.....	90
3. EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.....	94
3.1. ANTECEDENTES LEGALES.....	97
3.2. LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.....	100
3.2.1. COMPETENCIA.....	102
3.2.2. COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL.....	102
3.2.3. LEGITIMACIÓN ACTIVA.....	102
4. PROMOCIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE UN MAYOR DE EDAD 5. LA AUTOINCAPACITACIÓN.....	102
5. LA AUTOINCAPACITACIÓN.....	103
6. EL JUEZ Y EL MINISTERIO FISCAL.....	104
7. LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD.....	106
8. LA SENTENCIA DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.....	108

8.1 NATURALEZA JURÍDICA.....	110
8.2 PRONUNCIAMIENTOS.....	116
9. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA CAPACIDAD DE OBRAR: LA GRADUACIÓN DE LA INCAPACIDAD.....	117
10. LA AVERSIÓN A LA INCAPACITACIÓN.....	126

CAPITULO III LAS INSTITUCIONES DE GUARDA

I-. SISTEMAS TUTELARES: TUTELA DE FAMILIA O TUTELA DE AUTORIDAD.....	134
II-. LA TUTELA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	138
1. ANTECEDENTES.....	138
1.1. EL DERECHO ROMANO.....	138
1.2. EL DERECHO GERMÁNICO.....	139
1.3. EL DERECHO ESPAÑOL.....	140
1.3.1. <i>LOS FUEROS</i>	140
1.3.2. <i>LAS PARTIDAS</i>	140
1.3.3. <i>LOS PROYECTOS DEL CÓDIGO CIVIL</i>	141
1.3.4. <i>EL CÓDIGO CIVIL DE 1889</i>	142
1.3.5. <i>CRÍTICAS A LA TUTELA DE FAMILIA</i>	144
2. LA REFORMA DE LA TUTELA.....	146
3. PRINCIPIOS DEL NUEVO SISTEMA.....	147
3.1. SISTEMA DE AUTORIDAD.....	147
3.2. LA TUTELA ES UN DEBER.....	150
3.3. EL INTERÉS DEL TUTELADO.....	151
3.4. PLURALIDAD DE LAS INSTITUCIONES DE GUARDA.....	152
4. LA TUTELA.....	153
5. LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA.....	156
6. LA CURATELA.....	158
7. EL DEFENSOR JUDICIAL.....	164
8. EL GUARDADOR DE HECHO.....	165
9. LA TUTELA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	167
10. LA TUTELA DE LA ENTIDAD PÚBLICA: EL DESAMPARO DE LOS MENORES DE EDAD.....	170
11. EL DESAMPARO DE LOS MAYORES DE EDAD.....	177
12. LA AUTOPROTECCIÓN.....	182
13. CRÍTICAS A LA TUTELA DE HOY.....	187
14. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006: ¿UNA NUEVA PROTECCIÓN?.....	190
III-. LA DISCAPACIDAD.....	209
1. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	209
2. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	213
3. ¿CÓMO SE ACREDITA LA DISCAPACIDAD?.....	216
IV-. LA DEPENDENCIA.....	217

CAPITULO IV LA AUTOPROTECCIÓN

I. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	225
1. CONCEPTO.....	225
2. LÍMITES.....	229
2.1. LA LEY.....	229
2.2. LA MORAL.....	231
2.3. EL ORDEN PÚBLICO.....	233
2.4. OTROS LÍMITES.....	234
3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	234
4. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	236
5. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA.....	237
6. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA TUTELA.....	240
7. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA SANIDAD.....	246
7.1 EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	247
II. LA AUTOPROTECCIÓN.....	249
1. LAS INSTRUCCIONES PREVIAS.....	249
1.1. ANTECEDENTES.....	249
1.2. CONCEPTO.....	250
1.3. CONTENIDO.....	252
1.4. LÍMITES.....	254
1.5. ELEMENTOS PERSONALES.....	255
1.6. FORMA.....	257
1.7. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN.....	259
2. LA AUTOTUTELA.....	260
2.1. ANTECEDENTES DOCTRINALES.....	262
2.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: LA LEY CATALANA.....	266
2.3. LA AUTOTUTELA EN EL CÓDIGO CIVIL.....	268
2.4. LEY 2/2006, DE 14 DE JULIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA.....	270
2.5. LA LEY ARAGONESA.....	271
2.6. DERECHO COMPARADO.....	272
2.7. CARACTERES DE LA AUTOTUTELA.....	273
2.8. ELEMENTOS PERSONALES.....	274
2.9. FORMA Y PUBLICIDAD.....	276
2.10. CARÁCTER PERSONALÍSIMO DE LA AUTOTUTELA.....	278
2.11. EFICACIA.....	279
3. LA INCAPACITACIÓN VOLUNTARIA.....	281
4. EL MANDATO PREVENTIVO.....	288
4.1. EL MANDATO.....	289
4.2. LA EXTINCIÓN DEL MANDATO POR INCAPACIDAD DEL MANDANTE.....	293

4.3. EL MANDATO QUE SUBSISTE DESPÚES DE LA INCAPACITACIÓN DEL MANDANTE.....	298
4.4. LOS PODERES PREVENTIVOS.....	299
4.5. ELEMENTOS PERSONALES.....	299
4.6. CONTENIDO.....	302
4.7. LA INCAPACIDAD APRECIADA CONFORME A LO DISPUESTO POR EL MANDANTE.....	304
4.8. SUSTITUCIÓN DEL MANDATARIO.....	305
4.9. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN DEL PODER PREVENTIVO.....	306
4.10. COEXISTENCIA DEL MANDATO PREVENTIVO Y LA TUTELA.....	307
4.11. RENDICIÓN DE CUENTAS.....	308
4.12. FORMA DEL MANDATO PREVENTIVO.....	310
4.13. PUBLICIDAD DEL MANDATO PREVENTIVO.....	311
4.14. DERECHO FORAL.....	313
4.15. DERECHO COMPARADO.....	314
4.15.1. DERECHO ALEMÁN.....	314
4.15.2. CODE CIVIL DE QUEBEQUOIS.....	315
4.15.3. DERECHO ITALIANO.....	316
4.15.4. DERECHO FRANCÉS.....	317
5. FIGURAS Y SITUACIONES AFINES AL MANDATO PREVENTIVO.....	319
5.1. LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES EN EL CASO DE INCAPACIDAD DE UNO DE LOS CÓNYUGES.....	320
5.2. LA COMISIÓN MERCANTIL.....	325
5.3. EL CONTRATO DE AGENCIA.....	327
5.4. LA AUSENCIA LEGAL.....	328

CAPITULO V

DESIGNACIÓN PREVENTIVA DEL CARGO TUTELAR

I.- DESIGNACIÓN PREVENTIVA DEL CARGO TUTELAR.....	334
CAPACIDAD E IDONEIDAD DEL CARGO TUTELAR.....	333
2. CAUSAS DE INHABILIDAD.....	335
3. LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	340
4. DISPENSA DE LAS CAUSAS DE INHABILIDAD.....	346
II.- DESIGNACIÓN PREVENTIVA DE VARIOS TUTORES.....	348
1. JUSTIFICACIÓN DE LA TUTELA PLURAL.....	350
2. FORMAS DE TUTELA PLURAL.....	352
2.1. UN TUTOR ÚNICO PARA LA PERSONA Y OTRO TUTOR ÚNICO PARA LOS BIENES.....	353
2.2. TUTORES CON ACTUACIÓN SUCESIVA.....	354
2.3. TUTELA MANCOMUNADA Y TUTELA SOLIDARIA.....	357
3. PROBLEMAS DE LA TUTELA PLURAL.....	359
3.1. QUÓRUM EN LA TOMA DE DECISIONES.....	360
3.2. DESACUERDO O FALTA DE ACUERDO DE LOS TUTORES.....	361

3.3. LA ABSTENCIÓN.....	362
3.4 SUPUESTOS DE URGENCIA.....	363
3.5. CONFLICTO DE INTERESES.....	364
3.6. CESE DE UNO DE LOS TUTORES.....	366
III.- LA RETRIBUCIÓN DEL TUTOR.....	367
1. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETRIBUCIÓN DEL TUTOR.....	368
2. FORMA, MODO, FUENTE Y CUANTÍA DE LA RETRIBUCIÓN....	370
3. LA RETRIBUCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA TUTORA.....	377
4. RETRIBUCIÓN PORCENTUAL.....	381
5. ASIGNACIÓN DE FRUTOS POR ALIMENTOS.	383
5.1. EL DERECHO A PERCIBIR LOS FRUTOS.....	385
5.2. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.....	386
5.3. TUTORES A LOS QUE SE LE ASIGNAN LOS FRUTOS.....	301
5.4. ¿QUIÉN PUEDE ACORDAR LA ASIGNACIÓN DE FRUTOS POR ALIMENTOS?.....	392
5.5. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR ALIMENTOS.....	393
6. FRUTOS POR REPRESENTACIÓN.....	397
6.1. LA POSESIÓN TEMPORAL.....	398
6.2. LA POSESIÓN DE BUENA FE.....	400
6.3. NO RENDICIÓN DE CUENTAS.....	401
7. ANALOGÍAS ENTRE FRUTOS POR REPRESENTACIÓN Y FRUTOS POR ALIMENTOS.....	401
IV.- OTRAS PREVISIONES.....	404
1. EL INVENTARIO.....	404
2. LA FIANZA.....	407
3. INFORME DE LA SITUACIÓN PERSONAL DEL TUTELADO Y RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE SU PATRIMONIO.....	412
V.- DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADOR.....	414
1. EL ADMINISTRADOR DESIGNADO POR EL DISPONENTE DE BIENES A TÍTULO GRATUITO.....	415
2. EL ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.....	417

CAPITULO VI PREVISIONES PATRIMONIALES

I.- EL PATRIMONIO.....	420
1. TEORÍAS SOBRE EL PATRIMONIO.....	422
1.1. TEORÍA PERSONALISTA O CLÁSICA.....	423
1.2. TEORÍA REALISTA U OBJETIVISTA.....	424
1.3. TEORÍA MODERNA O MIXTA.....	425
2. DEFINICIÓN DE PATRIMONIO.....	426
2.1. CARACTERES.....	427
2.1.1. VALORACIÓN ECONÓMICA.....	427
2.1.2. UNIDAD E IDENTIDAD.....	428
2.1.3. LEGALIDAD.....	428
2.2. FUNCIONES DEL PATRIMONIO.....	429
3. CLASES DE PATRIMONIO.....	429

3.1. PATRIMONIO PERSONAL.....	429
3.2. PATRIMONIO SEPARADO.....	430
3.3. PATRIMONIO CON TITULAR INTERINO.....	431
3.4. PATRIMONIO COLECTIVO.....	431
3.5. PATRIMONIO DE DESTINO.....	432
II.- EL PATRIMONIO DEL DISCAPACITADO.....	432
1. EL PATRIMONIO PROTEGIDO.....	433
1.2. CARACTERES.....	435
1.2.1. PATRIMONIO SEPARADO.....	435
1.2.2. PATRIMONIO DE DESTINO.....	440
1.2.3. PATRIMONIO SIN PERSONALIDAD JURÍDICA.....	442
1.3. CONCEPTO DE AFECCIÓN.....	442
1.4. CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.....	444
1.4.1. EL DISCAPAZ-CAPAZ CONSTITUYENTE.....	444
1.4.2. PERSONAS DISTINTAS AL DISCAPACITADO.....	446
1.4.3. EL TERCERO CON INTERÉS LEGÍTIMO.....	447
1.4.4. CONSTITUCIÓN JUDICIAL.....	448
1.5. APORTACIONES DE BIENES.....	449
1.6. EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.....	451
1.7. EL PATRIMONIO PROTEGIDO EN EL DERECHO CATALÁN.....	452
2. FIGURAS AFINES AL PATRIMONIO PROTEGIDO.....	454
2.1. FUNDACIONES ASISTENCIALES O FAMILIARES.....	454
2.2. EL TRUST.....	456
3. BIENES CEDIDOS A TÍTULO GRATUITO.....	458
III.- LA ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO DE LA PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA.....	461
1. LA DILIGENCIA DE UN BUEN PADRE DE FAMILIA.....	462
2. EXTENSIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL REPRESENTANTE LEGAL.....	464
3. JUSTIFICACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	466
4. ACTOS SUJETOS A AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	470
4.1. ACTOS DISPOSITIVOS.....	470
4.1.1. REQUISITOS: A) CARÁCTER DISPOSITIVO, B) INSCRIPCIÓN REGISTRAL.....	472
4.2. RENUNCIA DE DERECHOS, TRANSACCIÓN Y ARBITRAJE.....	474
4.3. ACEPTACIÓN Y REPUDIO DE LA HERENCIA Y LAS LIBERALIDADES.....	476
4.4. GASTOS EXTRAORDINARIOS.....	477
4.5. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES.....	479
4.6. ARRENDAMIENTOS.....	480
4.7. PRÉSTAMOS DINERARIOS.....	482
4.8. DISPOSICIÓN GRATUITA DE BIENES Y DERECHOS.....	483
4.9. CESIÓN DE CRÉDITOS.....	484
5. TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	485
5.1. REQUISITOS: A) UTILIDAD Y NECESIDAD, B) CARÁCTER PREVIO, C) CONCRECIÓN Y DETERMINACIÓN DEL OBJETO.....	486

6. SANCIÓN LEGAL A LA FALTA DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	488
6.1. TEORÍA DE LA NULIDAD RADICAL Y ABSOLUTA.....	491
6.2. TEORÍA DE LA ANULABILIDAD.....	495
6.3. LA SANCIÓN DEL ARTÍCULO 1259 DEL CÓDIGO CIVIL....	497
6.3.1. <i>TEORÍA DE LA NULIDAD</i>	498
6.3.2. <i>TEORÍA DE LA ANULABILIDAD</i>	501
6.3.3. <i>TEORÍA DE LA NULIDAD RELATIVA</i>	502
6.3.4. <i>TEORÍA DE LA EFICACIA SOMETIDA A</i> <i>CONDICIÓN</i>	502
6.3.5. <i>TEORÍA DE LA OFERTA</i>	505
6.3.6. <i>TEORÍA DEL NEGOCIO INCOMPLETO O EN VÍA DE</i> <i>FORMACIÓN</i>	505
6.4. CONCLUSIONES.....	512
6.4.1. <i>EL REPRESENTANTE</i>	513
6.4.2. <i>EL TERCERO</i>	514
6.4.3. <i>EL REPRESENTADO</i>	515
6.4.4. <i>TERCEROS EXTRAÑOS AL NEGOCIO</i>	517
7. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.....	518
8. EXONERACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PRECEPTIVA.....	524
8.1. BIENES CEDIDOS GRATUITAMENTE.....	526
8.2. PATRIMONIO PROTEGIDO.....	530
9. EXONERACIÓN VOLUNTARIA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	533
 CONCLUSIONES.....	 542
 BIBLIOGRAFÍA.....	 549

INTRODUCCIÓN

La sociedad del siglo XXI presenta unas características especiales en lo que se refiere a su demografía, que según los expertos nos sitúa ante una realidad compleja¹.

Los avances científicos, médicos, sanitarios e higiénicos, determinan la superación de no pocas enfermedades y deficiencias, en el pasado mortales de necesidad si no de forma inmediata sí a medio o corto plazo.

En la actualidad, el tratamiento de esas patologías y la posibilidad de un temprano y correcto diagnóstico, termina con la incorporación del paciente a la vida en muchos casos en plenitud sin secuelas, y en los menos favorables con alguna dificultad de carácter leve susceptible de ser corregida con la aplicación de los apoyos oportunos.

El efecto es el aumento de esperanza de vida para todos sin excepción, algo sin duda positivo que, permite una mayor posibilidad de realización de la persona. Pero paralelamente aparece un fenómeno negativo: el envejecimiento de la población, que se manifiesta en el incremento del número de personas mayores de sesenta y cinco años, y la disminución de menores de catorce, con la consiguiente mayor frecuencia de enfermedades degenerativas propias de la edad avanzada, y el agravamiento de las deficiencias en el caso de las personas con discapacidad. Esa pérdida de facultades desemboca en diferentes grados de dependencia, situación en la que la persona necesita cuidados y atenciones específicas, cuya prestación corrió tradicionalmente a cargo de la familia.

Los núcleos familiares han experimentado en relación con el pasado una reducción en el número de sus miembros, propiciando que los posibles candidatos a cuidar a la persona dependiente o con capacidad modificada sea cada vez menor, y con una dedicación limitada a causa de las ocupaciones profesionales fuera del hogar, acentuado por la incorporación de la mujer, principal por no decir única cuidadora en estos casos, al ámbito laboral.

Todos tomamos conciencia de esta realidad, vislumbrando la posibilidad más o menos certera y segura de un futuro en el que viéndonos afectados de una dependencia más o menos leve, o más o menos severa, necesitemos atenciones y apoyos concretos.

¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gerardo, La problemática social y familiar de la enfermedad del alzhéimer. Los cuidados con nombre de mujer, en Alzheimer: un reto de presente y futuro, Asociación Familiares enfermos alzhéimer La Coruña (AFACO), Coordinadoras MARTÍNEZ PULLEIRO, M^a Carmen, y CAMPOS PÉRES, Ximena, (2006), págs. 15-28. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gerardo, y MELÉNDEZ ARIAS, M^a del Carmen, Envejecimiento poblacional, dependencia y previsión de la autoprotección. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas, Volumen 9 número 1, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, (2010), págs. 137-160.

El Derecho, siempre previó medidas de protección de las personas a las que una enfermedad o deficiencia impedía tomar decisiones libre y voluntariamente, que se reducían a la tutela y la curatela con un tratamiento pasivo en el que el afectado se limitaba a recibir la tuición legalmente prevista, encomendada y ejercida por otros.

La rápida evolución de la sociedad ha propiciado la irrupción tardía, pero fulminante y sin posible marcha atrás, de la autonomía de la voluntad, como medio de previsión de la protección de las situaciones de pérdida de facultades, introduciendo a este tenor las instituciones jurídicas oportunas, reforma todavía inacabada que seguramente ofrecerá más novedades.

El planteamiento de este trabajo es el análisis de las posibilidades que nuestro Ordenamiento Jurídico brinda, a aquella persona que en plenitud de sus facultades físicas y mentales, quiere organizar libremente su dependencia, inaptitud o capacidad modificada futuras.

CAPITULO I

LA PERSONA Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

I.- LA PERSONA Y LA PERSONALIDAD

La persona es una condición que se vincula al hombre, desde el Derecho Romano, si bien, en aquella época no era una consecuencia inmediata de la naturaleza humana, sino en tanto en cuanto el hombre reunía los requisitos previamente establecidos por la ley para ser sujeto de derecho.

En Roma, el estado civil definía que hombre era persona, cuando concurrían tres circunstancias objetivas establecidas por el Derecho, los llamados tres status: libertatis, civilitatis y familiae.

Ser libre, ciudadano romano y no estar sometido a la autoridad familiar, eran los requisitos que un hombre debía reunir para ser persona; de manera que, existían hombres como los esclavos y los siervos que no eran personas.

La aparición del Cristianismo significa un giro total en la definición del concepto de persona y de su relación con el hombre, pasando a ser el valor específico de la condición humana, sin tener en cuenta otras circunstancias previstas en el Derecho.

Todos los hombres sin excepción son personas, y esa cualidad inherente a su naturaleza especial dotada de inteligencia y voluntad, es previa a toda norma, es más, el Ordenamiento Jurídico se fundamenta en la persona siendo esta su razón de ser.

Santo Tomás, habla de la persona como *“lo más perfecto de la naturaleza la máxima dignidad que por esencia reside en la naturaleza racional del hombre”*². Según Juan XXIII, *“en toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre”*.³

El hombre es el único ser dotado de *inteligencia y de voluntad libre*, y en consecuencia, el único que puede actuar y decidir, constituyendo relaciones que implican la titularidad de derechos y obligaciones, que

² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, 1, 29, a, 3.

³ Encíclica *Pacem in Terris*.

nacen, se modifican y se extinguen con un fin en si mismas que es el bien común de la sociedad.

El profesor De Castro⁴, distingue dos direcciones en la definición del concepto de persona: una *positivista o normativista*, que la considera como “*una consecuencia o mero reflejo de la atribución o imputación de derechos y obligaciones como disponga el derecho positivo*”; y otra *iusnaturalista*, que entiende por persona “*el término expresivo de la consideración jurídica que exige la dignidad humana*”.

La opción positivista identifica persona con capacidad jurídica o aptitud para las relaciones jurídicas, siendo equivalente a personalidad, que sería un producto del reconocimiento del Ordenamiento Jurídico.

Nuestro ordenamiento está inspirado en el humanismo cristiano, reconociendo al hombre la condición de persona y la personalidad como consecuencia de su naturaleza racional y libre.

La persona no solo es un sujeto de derecho y obligaciones, es algo mas, su naturaleza es especial porque piensa y razona, decidiendo lo que quiere hacer, donde quiere ir, sus actos se inspiran en un motivo y se dirigen a un fin; razón por la que, la ley aparte de regular las relaciones jurídicas, debe implicar tanto en su contenido como en su aplicación e interpretación, el respeto a la dignidad del hombre.

El profesor De Castro,⁵ analiza el alcance y significado de la persona como, “*ese valor especial de dignidad jurídica que tiene el hombre en el derecho, sea como sujeto o como objeto jurídico*”. Distingue, la inteligencia y voluntad como facultades propias de la naturaleza humana, que significan que el hombre piensa, decide y actúa, dos facetas en la persona: una activa y otra pasiva.

En la faceta activa “*la persona es titular de la comunidad jurídica, titularidad básica la primera de las relaciones jurídicas, la que consiste en “ser”miembro nato de la comunidad jurídica*”; en la pasiva, “*aparece como perteneciente a la comunidad, estando en ella, como parte de la sociedad organizada jurídicamente, en la que es sujeto de derechos y de obligaciones*”.

⁴ CASTRO y BRAVO, Federico De, “Introducción y Derecho de la persona”, *Compendio de Derecho Civil*, Madrid (1970), Págs. 166 y siguientes.

⁵ CASTRO y BRAVO, Federico De, “Derecho de la Persona”, Parte Primera, “La Persona y su Estado Civil”, *Derecho Civil de España*, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid (1952), Págs. 30 y siguientes.

Diez Picazo y Gullón⁶, consideran persona ***“al hombre en su traducción jurídica, revestido de lo que se llama su dignidad, y titular de unos derechos inviolables”***. Para el profesor Albadalejo⁷, es ***“todo ser a quien el derecho acepta como miembro de la comunidad, cuya aceptación lleva consigo el reconocimiento de la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, de derechos y obligaciones”***.

El profesor Serrano García⁸, afirma que, ***“todo ser humano es persona, es decir una naturaleza dotada de inteligencia y voluntad”***, continuando que, ***“la persona está dotada con los atributos de la racionalidad y de la libertad”***. ***Sobre la persona se fundamenta el ordenamiento jurídico. De ella deriva la noción de bien común, entendido como ejercicio efectivo de los derechos y cumplimiento fiel de los deberes”***.

O’Callaghan,⁹ manifiesta literalmente que ***“la persona es el ser humano”***, considerado ***“como sujeto de derecho: sujeto de la relación jurídica y sujeto del derecho subjetivo y del deber jurídico”***, concluyendo que la personalidad ***“es la cualidad inherente a la persona como tal. Es la condición de persona. La personalidad guarda íntima relación con el concepto dado de persona”***. ***“Si persona es el ser humano, sujeto de derecho, y personalidad la condición de persona, también puede entenderse por personalidad la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas, sujeto de derecho, se es persona, se tiene personalidad”***, añade Castán¹⁰.

La persona y la personalidad implican la titularidad de derechos y obligaciones, y la aptitud de mediante su ejercicio crear actos con efectos jurídicos de repercusión inmediata en la sociedad, por lo que es imprescindible conocer exactamente cuando comienza y termina la personalidad.

El Código Civil dispone en los artículos 29 y 32, que ***“el nacimiento determina la personalidad”***, y que ***“la personalidad civil se extingue con la muerte de las personas”***. De manera que, el solo hecho de nacer

⁶ DÍEZ PICAZO, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, “Introducción derecho de la Persona, Autonomía Privada, Persona Jurídica”, en *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Tecnos (1985), Pág. 229 y 230.

⁷ ALBADALEJO, Manuel, (1991), *Derecho Civil*, Vol. I 12ª ED, Bosch Barcelona, Pág. 213.

⁸ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel Madrid (2008), página 33.

⁹ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, , *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Segunda Edición corregida y puesta al día, Ed. Edersa (1992), Pág. 239, y 240

¹⁰ En *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, Volumen 2º, 13ª Ed., Madrid (1982), Pág. 117.

determina la personalidad extinguiéndose solo por la muerte física, no existe la muerte civil en el Derecho español.

1. LAS PERSONAS JURIDICAS

Solo el hombre con dignidad propia e inherente a su naturaleza es persona, en el sentido que hemos explicado en el apartado anterior. No obstante, el Derecho con el fin de facilitar o posibilitar el cumplimiento de determinados fines que se proponen ciertos grupos de personas, dota de personalidad jurídica a ciertas organizaciones humanas, que denomina personas jurídicas.

De Castro,¹¹ hace la siguiente distinción entre persona como *“realidad existente”*, y la personalidad *“como manifestación de la esencia de aquella”* que *“sería la cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica que corresponde al hombre como tal, y se le reconoce traslativamente a determinadas organizaciones humanas”*; es decir, a las personas jurídicas. Dejando claro con una afirmación categórica que, *“la persona es el hombre”* y *“traslativamente, ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica”*.

Traslativamente quiere decir, en virtud del reconocimiento expreso del Ordenamiento Jurídico, una vez que esa organización humana se constituye observando los requisitos previamente establecidos por la ley. El mismo De Castro, nos aclara el alcance y significado del término, cuando dice que *“en la técnica jurídica se distingue la persona física (el hombre) de la persona jurídica u organización social a la que el Derecho reconoce o atribuye personalidad jurídica”*.

García Valdecasas¹², reitera que, *“La personalidad jurídica es una situación jurídica subjetiva, una cualidad o aptitud reconocida por el derecho a ciertas organizaciones sociales”*.

Es posición unánime que el hombre es persona por ser hombre, su personalidad jurídica es una consecuencia directa e inherente a su condición de persona, sin que ninguna norma lo reconozca así expresamente y, que las organizaciones humanas tienen personalidad

¹¹ CASTRO Y BRAVO, Federico De, *Derecho Civil de España*, Tomo II, “Derecho de la persona, Parte Primera, La persona y su Estado Civil”, Instituto de Estudios Políticos Madrid, (1952), Págs. 30 y 31.

¹² GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *Parte General del Derecho Civil Español*, Civitas. Madrid, (1983), Pág. 191.

jurídica porque el Derecho se la atribuye, reiterando una y otra vez en los diferentes estudios doctrinales esta idea.

Diez Picazo y Gullón¹³, estudian a las personas jurídicas bajo el epígrafe *“Personificación de las realidades sociales”*, argumentando que, *“en la vida observamos como se dan supuestos de hecho en los que hay una pluralidad de personas que se agrupan para conseguir un fin común a todas ellas o en que una persona dispone de sus bienes para que nazca una institución dedicada a obras benéficas”*, surge así, *“una unión de persona o un patrimonio que se destina a un fin benéfico, funciona en el tráfico jurídico como una individualidad”*.

Los citados autores justifican la existencia de las personas jurídicas, como realidad sociológica, como una imposición de la *“misma naturaleza del hombre, que pretende beneficiar, a un grupo indeterminado de personas, con su patrimonio no de una forma esporádica, sino de una manera estable y duradera, creando al efecto una organización, un modo de realizar sus ideas benéficas. Esta es la esencia real de lo que siempre se ha conocido con el nombre de fundación, o bien porque el hombre por sí solo no puede alcanzar los muchos fines que el desarrollo de su propia personalidad postula, porque trascienden inexorablemente de su capacidad individual. Necesita entonces unirse a otros hombres para su realización, dando lugar al fenómeno que conocemos como asociación”*.

El Derecho responde con la creación de la persona jurídica como organización o agrupación de personas físicas con personalidad jurídica propia e independiente de la de sus miembros, a la necesidad planteada previamente de alcanzar un fin, un objetivo de interés para un grupo de personas, que es tanto como decir para la sociedad.

O’Callaghan,¹⁴ insiste en que *“la persona es el ser humano”*, considerada como *“sujeto de la relación jurídica, sujeto del derecho subjetivo y del deber jurídico”*, junto a la persona física se encuentran *“las organizaciones humanas; es decir, las personas jurídicas que tienen como fin “alcanzar fines tan amplios o tan duraderos, que la vida humana no puede alcanzar” y a las que el derecho atribuye personalidad jurídica”*.

De lo expuesto, deducimos que las diferencias entre la persona física y la persona jurídica son evidentes; persona con dignidad, es el ser humano,

¹³ *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I. Introducción. “Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica”, 5ª Edición revisada y puesta al día, Tecnos (1985), Pág. 539 y siguientes.

¹⁴ O’CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, (1992), Pág. 240.

la persona física; y la persona jurídica, como dice la doctrina sin excepción y entre ellos como ejemplo Diez Picazo y Gullón¹⁵, ***“es siempre, en última instancia, obra del Estado. El reconocimiento o atribución de su personalidad por parte del Estado es lo que contribuye a que la persona jurídica surja a la vida”***.

La persona jurídica, es una creación del hombre por medio del Derecho como respuesta a los objetivos que se propone en la vida, y que en solitario no podría lograr. Por esta razón, como afirma Lete del Río,¹⁶ ***“no puede haber una doctrina común a la persona física y a la persona jurídica; cada una tiene su propio significado y sus peculiares principios, siendo la persona física la que primeramente y de forma más completa fue regulada en todos sus aspectos, se han utilizado sus conceptos y reglas para la persona jurídica, como los de capacidad jurídica y de obrar, representación nacimiento y muerte etc., pero no debe olvidarse que se trata de una aplicación analógica y que siempre, en cada caso, se podrán advertir diferencias en la aplicación”***.

Rovira Sueiro¹⁷ concluye, que ***“desde un punto de vista de estricta técnica jurídica la persona física y la jurídica son lo mismo, ahora bien no ocurre así desde una perspectiva institucional. Desde este punto de vista mientras que la persona jurídica es un posterius, un instrumento, y su reconocimiento es constitutivo de lo que implica una capacidad extrínseca, restringida y desigual, la persona física es un prius, un fundamento cuyo reconocimiento es declarativo”***.

Las personas jurídicas son una organización formada por personas individuales o físicas, con una personalidad independiente de la de sus miembros; son en definitiva, en palabras del Diez Picazo y Gullón¹⁸, ***“realidades sociales a las que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia distinta a la de sus componentes, sujetos de derechos y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos o representantes”***.

El Código Civil y las leyes especiales regulan los requisitos de reconocimiento y capacidad de las personas jurídicas, y su funcionamiento se regirá por sus normas internas o estatutos formuladas por sus miembros.

¹⁵ *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Introducción, “Derecho de la Persona, Autonomía Privada, Persona Jurídica”, 5ª Edición Tecnos (1985).

¹⁶ LETE DEL RÍO, José Manuel, *Derecho de la Persona*, Tecnos, Madrid, (1991), Pág. 22.

¹⁷ ROVIRA SUEIRO, M^a Esther, *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, (2005), Págs. 13 y 14.

¹⁸ *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, “Introducción, Derecho de la Persona, Autonomía Privada, Persona Jurídica”.

II-. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

El profesor De Castro¹⁹, habló del *“deber general de respeto a la persona”*, afirmación que fundamenta en la idea de que *“el hombre, como persona, tiene un valor intrínseco que se manifiesta en el significado institucional de la persona”*, de la persona física en sentido estricto.

Ese significado institucional de la persona, *“se deriva de su dignidad de ser racional, de propios fines, que el derecho civil respeta y protege”*, y *“se manifiesta de modo directo en la regulación del Derecho de la persona, mas llamativamente en la esfera de la personalidad, y, en general, en que impone un especial matiz (personal) a todas las relaciones jurídicas que tocan directamente la persona (orden público)”*.

Para Diez Picazo y Gullón,²⁰ *“El hombre y la vida social son la razón del Derecho, un prius respecto a este, pues sin hombres y sin vida social el Derecho no existiría”*. Serrano García²¹, asevera que *“sobre la persona se fundamenta el Ordenamiento Jurídico. De ella deriva la noción de bien común, entendido como ejercicio efectivo de los derechos y cumplimiento fiel de los deberes”*. Rovira Sueiro²², sitúa a la persona como *“valor prioritario del derecho, todas las demás instituciones son posteriores, existen porque existe la persona”*. Arce y Flórez-Valdés²³, afirma que: *“la persona, su dignidad y sus derechos han sido siempre considerados, como la razón de ser del derecho, como su ultimo fundamento”*. Seoane Rodríguez,²⁴ considera que *“por encima de las diferencias y tipologías hay circunstancias relevantes que se predicarán de toda persona, existen unos principios enunciados por la Constitución Española, e integrados en el ordenamiento jurídico que se refieren a toda persona, en sí misma considerada, sin aditamento, cualidad, o condición”*.

Podríamos, continuar detallando, las infinitas conclusiones formuladas por la Doctrina a lo largo del tiempo, en sus estudios y análisis de la persona como punto de partida de toda estructura jurídica.

¹⁹ CASTRO y BRAVO, Federico De, *Compendio de Derecho Civil*, “Introducción y Derecho de la Persona”, 5ª Edición Madrid (1970), Pág. 164 y 165.

²⁰ *Sistema de Derecho Civil*, Pág. 229.

²¹ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel Madrid (2008), pagina 33.

²² *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid (2005), Pág. 14, estudiando a LEGAZ LACAMBRA, Luis, en *Humanismo, Estado y Derecho*, Editorial Bosch, Barcelona (1960), Pág. 112 y SS.

²³ ARCE y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín, en *Los Principios Generales del Derecho y su formulación Constitucional*, Editorial Civitas (1990), Pág. 103.

²⁴ SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, “La definición de la discapacidad intelectual de la AAMR, y la determinación jurídica de la (in)capacidad. Hacia un nuevo paradigma”, en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Aequitas, 2ª Edición revisada y aumentada, (2005).

El efecto de esa posición de centro, origen, razón de ser del Derecho, que ocupa la persona como consecuencia consustancial a su naturaleza, es la existencia de unos Derechos de carácter previo no otorgados por Ley, fundamentales e informadores del Ordenamiento Jurídico, y de otros que surgen del ejercicio de los primeros.

El Derecho español, siempre proclamó como principio el respeto a la persona, y como no podía ser menos la Constitución de 1978, siguió esta línea, estableciendo en el Título I, Capítulo Segundo, Sección Primera, bajo el epígrafe de los **“Derechos Fundamentales y Libertades públicas”**, aquellos principios esenciales de aplicación inmediata sin necesidad de que sean desarrollados por Ley: la Dignidad, la Libertad y la Igualdad.

1. LA DIGNIDAD

La dignidad de la persona es el valor fundamental del Derecho, que la Constitución de 1978, recoge expresamente en el artículo 10/1: **“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 el fundamento del orden público y de la paz social”**.

Para Arce y Flórez Valdés,²⁵ **“los términos del artículo 10 no dejan lugar a duda sobre la condición del principio fundante de nuestro Ordenamiento Jurídico que tiene la persona humana”**. Considera que la redacción de dicho precepto no es una idea nueva en el Derecho español, porque, **“el enaltecimiento de la dignidad de la persona se ajusta a la mejor tradición española ya manifestado en Las Partidas: “la persona del home es la más noble cosa del mundo”**.

Sánchez Agesta²⁶ a su vez, opina, que el precitado precepto **“reconoce la realidad de que la dignidad de la persona es un principio con validez anterior al Ordenamiento Jurídico, definiéndola como fundamento del orden político y de la paz social, con lo que la sitúa en relación directa con la finalidad última del derecho”**.

La dignidad de la persona, **“no es un derecho que otorga el Ordenamiento Jurídico, sino es un prius del propio ordenamiento, su reconocimiento significa la plena identificación del ser humano con la condición de persona”**, afirma Arce y Flores-Valdés.

²⁵ ARCE y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín, *Los Principios Generales del Derecho y su formulación Constitucional*, Pág. 146 y 147.

²⁶ SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, (1984), Pág. 100.

Para Hernández Gil, la dignidad, **“no es mera consecuencia o reflejo de la ordenación jurídica. Tiene una existencia previa, si bien el ordenamiento habrá de dotarla de significación”**²⁷. Dignidad y persona, son dos condiciones correlativas e inseparables, para el citado autor, de manera, que **“no puede por consiguiente, haber quienes, siendo antropológicamente personas, no lo sean también jurídicamente”**. La persona implica dignidad, y esta última es inseparable de aquella, de forma, que **“en la actualidad”**, continua, **“no hay quien siendo humano, no sea por lo mismo persona, como ocurrió históricamente con la esclavitud; ni se pueden dar diferentes clases sustanciales de personas, como aconteció en la sociedad feudal. Porque la persona, ante el derecho, ha llegado a dar expresión unívoca de una dignidad que no es susceptible de medida ni de variabilidad; toda persona por el hecho de serlo tiene el mismo coeficiente de dignidad”**.

Lete del Río²⁸, define la dignidad, como **“principio fundamental del derecho moderno”**, determinando que, **“todo hombre es persona. Esta condición de persona es esencial e inseparable en el hombre de acuerdo con su naturaleza y su destino: por su dignidad de ser racional, y como tal libre y responsable para regular la propia actividad, proponerse objetivos y un límite en el obrar”**.

Recasens Siches²⁹, justifica el reconocimiento de la cualidad de persona a todo ser humano y la consagración de su dignidad en que, **“el hombre a diferencia de las cosas tiene un fin propio que cumplir”**, porque tiene inteligencia y voluntad conformando así una naturaleza propia y especial.

El significado de la dignidad de la persona como principio es, según Sánchez Agesta,³⁰ **“la afirmación de su autonomía e independencia”**, y la **“exclusión de toda coacción externa al desarrollo de su personalidad, toda actuación que suponga cualquier degradación del puesto central que le corresponde”**.

²⁷ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *El cambio político español y la Constitución*, Barcelona, (1982), Pág. 148.

²⁸ LETE DEL RÍO, José M^a, *Derecho de la Persona*, (1986), Pág. 20.

²⁹ RECASENS SICHES, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, México, (1961), Pág. 469 y siguientes.

³⁰ SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, (1984), Pág. 100 y siguientes.

Para Arce y Flórez-Valdés³¹, supone: ***“la continuada presencia y lubricación del ordenamiento a través de unos derechos emanados de la personalidad que siempre deben ser respetados. Y todo aquello que, cualquiera que sea su etiología, impida o dificulte el libre desarrollo de la personalidad o menoscabe su dignidad debe ser desterrado, en aras de la afirmación sin reservas de una realidad personal”***. A la vez que comporta, puntualiza Sánchez Agesta³², ***“la exigencia, el respeto y la protección de sus inalienables derechos, repele cualquier atentado proveniente de otras personas o de los poderes públicos, la negación de los medios fundamentales para su desenvolvimiento como persona o la imposición de condiciones inhumanas de vida”***.

Serrano García, apunta que la dignidad de la persona implica directamente ***“un deber universal de respeto a la persona”*** y ***“un derecho a la búsqueda de la felicidad a través del ejercicio libre de sus aptitudes”***³³.

En una persona pueden concurrir ciertas circunstancias que obstaculicen o impidan el ***“libre ejercicio de sus aptitudes”***, nos referimos a las personas con discapacidad a las que alude Seoane Rodríguez,³⁴ como ***“titulares de derechos”***, entre los cuales el primero de todos es ***“ser reconocidas y respetadas como personas”***. Nadie duda que la dignidad, tal y como es formulado en el artículo 10 de la Constitución de 1978, es un principio de naturaleza categórica, incondicionada y absoluta, de carácter universal, porque, todas las personas, independientemente de sus circunstancias personales, son irrepetibles, incluidas las que sufren cualquier tipo de discapacidad, que ***“al igual que el resto de las personas, es merecedora de consideración y respeto”***.

El principio de dignidad de la persona en el plano interindividual, continua Seoane Rodríguez³⁵, ***“remite a la obligación de respeto recíproco de respetar a todos los seres humanos, sin excepción, de manera que las personas con discapacidad intelectual no pueden ser instrumentalizadas ni sustituidas por nada ni nadie; no son solo medios u objetos sino personas”***. Para este autor, la definición o proclamación de la dignidad no es suficiente, porque esa ***“noción de dignidad avanzada”***, se trata de ***“una***

³¹ *Los Principios Generales del Derecho y su formulación constitucional*, Pág. 150.

³² SÁNCHEZ AGESTA, Luis, en *Sistema Político de la Constitución española de 1978*, Págs. 100 y siguientes.

³³ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, página 96.

³⁴ En “La definición de la discapacidad intelectual de la AAMR, y la determinación jurídica de la (in)capacidad. Hacia un nuevo paradigma”, *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Aequitas, 2ª Edición revisada y aumentada, (Febrero 2005), página 140.

³⁵ Obra citada en la nota anterior

noción potencial o constitutiva que únicamente da lugar a un principio de naturaleza estática. Se trata de un principio sin contenido determinado que más bien instituye una obligación universal de respeto incondicionado”, requiriendo, “por consiguiente, el concurso de otros principios complementarios de naturaleza dinámica, que hagan posible el tránsito de la dignidad constitutiva o potencial a la denominada dignidad personal o actual, en particular a través de los derechos y libertades reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico: los principios de libertad e igualdad, y con carácter subsidiario, el principio de protección”.

La libertad y la igualdad, son los principios de naturaleza dinámica, que garantizan a la persona el desarrollo de su personalidad, proceso que consiste en actuar y decidir por sí misma, y en los supuestos en los que no pueda hacerlo por carecer de facultades para asumir responsablemente los efectos y consecuencias de sus actos, entrará en juego el principio de protección de carácter subsidiario, con el fin de que esa persona en circunstancias especiales, no experimente una merma en las posibilidades de ejercicio de sus derechos fundamentales.

2. LA LIBERTAD

El concepto de libertad ha sido estudiado y definido desde diferentes puntos de vista: filosófico, social, ético, político, jurídico, etcétera, en un sentido estático como principio, o dinámico como facultad o poder para actuar³⁶. A los efectos de este trabajo nos interesa la definición jurídica, y el aspecto dinámico, como instrumento para la toma de decisiones y la realización de actos libre y voluntariamente.

En la Constitución de 1978, la libertad es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, a tenor del artículo 1 del Título Preliminar, definido genéricamente en el artículo 17 en relación al aspecto personal: *“toda persona tiene derecho a la libertad”,* como consecuencia, *“nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”,* quedando así proscritas las privaciones de libertad ilegales o arbitrarias.

El principio general de libertad personal, enlaza con el ejercicio de los derechos en el desarrollo de aptitudes y facultades, y se manifiesta en una serie de aspectos como son la libertad ideológica y religiosa del

³⁶ ARCE FLOREZ-VALDÉS, Joaquín, *Los Principios Generales del Derecho y su formulación constitucional*, Págs., 158 y siguientes.

artículo 16, la libertad de residencia y circulación en el 19, la libertad de expresión en el 20, los derechos de reunión, asociación y participación en los artículos 21 y el 23, todos de la Constitución, desgranándose en diferentes apartados correspondientes a las actividades que cada persona puede verse obligada a realizar o a las que voluntariamente se quiera dedicar.

Para Seoane Rodríguez³⁷, la libertad es la consecuencia automática del reconocimiento de la dignidad de la persona, y como principio tiene una importancia máxima en la definición del estatuto jurídico de las personas vulnerables o necesitadas de protección, como son las personas con discapacidad. ***“Toda persona”,*** incluyendo a las que sufren discapacidad también, ***“ha de elegir aquello que quiere ser”,*** porque, ***“cada ser humano es el protagonista de su propia vida y, en cierto modo, configurador de su modo de ser”.*** En este sentido, ***“la libertad es el hilo conductor de nuestra trayectoria vital, que se compone de opciones y posibilidades”,*** en su ejercicio ***“cada individuo configura su personalidad e identidad mediante la elección y la acción”.*** Cada persona en el ejercicio de su libertad individual, ***“se hace cargo de su vida: piensa y se conduce por sí misma”;*** es decir, actúa con autonomía.

Arce y Flórez Valdés³⁸, afirma que ***“la libertad exige autonomía personal, y que la efectividad de esta última es competencia directa del Estado, pues al tratarse de un derecho fundamental no puede ser abandonado a la iniciativa particular”.***

Seoane Rodríguez, concluye que, ***“el valor de la libertad deriva de la capacidad que protege, que no es otra que la capacidad para expresar el carácter personal en la propia vida, para el libre desarrollo de la personalidad”.***

La libertad se vincula así a la responsabilidad, en el sentido que la actuación libre de las personas se ajuste a criterios que eviten que se produzcan perjuicios a la propia persona que actúa y a terceros, que en los casos de las personas con discapacidad tiene unas consecuencias determinadas, como alude el profesor Serrano García³⁹, que consisten en el establecimiento de un régimen jurídico especial que evite las privaciones

³⁷ SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, “La definición de la discapacidad intelectual de la AAMR, y la determinación jurídica de la (in)capacidad. Hacia un nuevo paradigma”, *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Aequitas, páginas 140 y 141.

³⁸ ARCE y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín, *Los Principios Generales del Derecho y su formulación constitucional*, Pág. 159.

³⁹ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Pág. 96.

de libertad arbitrarias e ilegales, concretándose en el internamiento involuntario, y en las instituciones de guarda.

El internamiento involuntario es **“una privación de libertad”**, afirma Chimeno Cano⁴⁰, que como tal requiere ser **“autorizada o convalidada judicialmente”**, y se llevará a cabo en **“un centro sanitario especializado con el objeto de aplicar una terapia psiquiátrica sobre la persona afectada por trastorno psíquico, cuando no tenga capacidad de decidir por sí y exista un grave riesgo para su salud”**.

La privación de libertad que significa el internamiento solo se justifica como **“medida de tratamiento terapéutico” o “terapéutico asistencial”**⁴¹, que determina su **“temporalidad: no se concede para siempre, sino tan solo por el tiempo estrictamente necesario”** después de acreditar **“una situación jurídica cautelable”** y la **“necesidad de la medida”**; es decir que, como consecuencia del trastorno, exista un peligro para la vida o integridad física de quien lo padece, o de terceros.

García-Ripoll Montijano,⁴² califica el internamiento como una privación de libertad en la que colisionan varios bienes o intereses jurídicos como son: la integridad física y moral, y la libertad.

La responsabilidad es además, el motivo que genera las instituciones de guarda, cuando **“la persona tiene que ser protegida, para que no tenga que responder personal y patrimonialmente de sus actos, para que no resulte perjudicada por sus actuaciones que realiza sin total libertad”**, añade Serrano García⁴³.

La tutela, la curatela, y el defensor judicial son las figuras previstas en el Código Civil, para la protección de la persona y de los bienes, de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, porque sus facultades están afectadas por una enfermedad o deficiencia, que les impide decidir libre y voluntariamente.

Las instituciones tutelares, a simple vista indican que, la persona sujeta a ellas tiene limitada su libertad, pero hay que señalar que, esa

⁴⁰ CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, Tutela e internamiento del enfermo mental*, Thomson Aranzadi, (2004), Pág. 209.

⁴¹ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, (2000), páginas 137 y siguientes.

⁴² GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, , *La Protección civil del enfermo mental no incapacitado*, J.M Bosch Editor, Barcelona (1992) , Págs. 91 y siguientes.

⁴³ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Pág. 96.

limitación es al igual que el internamiento, una medida de protección en unas circunstancias determinadas y justificadas, que tiene como fin la incorporación del afectado a la sociedad, aunque sea en la forma en la que permita su situación especial.

Estamos hablando de situaciones diferentes, que requieren un tratamiento específico que asegure el desarrollo de la personalidad dentro de esas circunstancias distintas. Con carácter universal, pero especialmente patente en el caso de aquellos, que sufren una desventaja de la clase que sea, entre las que ocupa una posición sino preferente si importante, la discapacidad. El desarrollo de la personalidad no puede realizarse libremente al cien por cien, si no se dan unas condiciones de igualdad, que eliminen las diferencias.

En este sentido, Seoane Rodríguez⁴⁴, razona el siguiente argumento: *“a través de nuestras acciones y decisiones, libres y responsables, configuramos nuestra personalidad. No obstante, en el caso de las personas con discapacidad, difícilmente (en algunos casos mas que otros), resultará colmado este objetivo con el único concurso de la libertad, es preciso apelar a un principio adicional; la igualdad”*.

La igualdad como instrumento para corregir desigualdades, se convierte en fundamento para la supresión de la discriminación, que ciertas situaciones especiales pueden causar al impedir el desarrollo normal de la personalidad.

3. LA IGUALDAD

La igualdad de los hombres es un *“principio tradicionalmente reconocido como de Derecho Natural o de Derecho Universal”*, afirma Arce y Flórez-Valdés⁴⁵. Su abstracción determina como en la mayoría de los principios su difícil definición, este autor apunta que la igualdad *“es compatible a veces incluso exige una cierta diferenciación o desigualdad”*.

Rodríguez Piñero,⁴⁶ califica la igualdad como *“un concepto relativo, lo que equivale a la historicidad de su contenido. El concepto de igualdad es además, relacional; es decir, exige siempre para su validación una*

⁴⁴ SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, “La definición de la discapacidad intelectual de la AAMR, y la determinación jurídica de la (in)capacidad. Hacia un nuevo paradigma”, *Discapacidad Intelectual y Derecho*, páginas 140 y 141.

⁴⁵ *Los Principios Generales del Derecho y su formulación constitucional*, Pág. 161.

⁴⁶ *Igualdad y discriminación*, Madrid (1986), Pág. 46.

comparación. En tercer lugar, se aleja del “igualitarismo” y de la uniformidad, por lo que en cierto modo, implica la admisión de “desigualdades”.

Igualdad no quiere decir que todos deban ser tratados de la misma manera; al contrario, significa según expresa Perlingieri⁴⁷, *“desigualdad de trato, sobre todo a favor de aquellos que se encuentran en una situación de inferioridad, respecto de quienes ostentan una situación más ventajosa”.*

“Los hombres no somos iguales en la misma medida en que lo son dos objetos”, dice Hernández Gil,⁴⁸ “porque la individualidad inherente a la personalidad de cada uno nos hace irrepetibles”, el principio de igualdad comporta que “todas las personas merecen la misma consideración ante la ley, que todas participan en el poder, y que son los mismos sus derechos y obligaciones”.

El artículo 14 de la Constitución de 1978, formula el principio genérico de igualdad, afirmando que, *“todas las personas son iguales ante la ley”.* El significado del precepto es doble: de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley, porque, *“tanto se conculca la igualdad ante una discriminación procedente de la misma ley, cuanto por la aplicación de trato jurídico diferente en situaciones o supuestos reconocidamente iguales”⁴⁹*, insiste Arce y Flórez Valdés.

Marín Calero⁵⁰, en su análisis del artículo 14 de la Constitución llega a la conclusión de que, *“por un lado y de forma tácita, atribuye igualdad ante la ley a todos los españoles, sin posibilidad de segregación o exclusión de ningún colectivo, y por otro lado refuerza y concreta ese mandato prohibiendo toda forma de discriminación”.*

El principio de igualdad *“exige tratar del mismo modo lo igual y de modo distinto lo desigual”*, reitera el profesor Serrano García⁵¹, citando al respecto la doctrina del Tribunal Constitucional, que en la sentencia 22/1981 de 2 de julio, así lo manifiesta literalmente, explicando que ese

⁴⁷ *Profili istituzionali del Diritto Civile*, Nápoles (1979), Pág. 1.029.

⁴⁸ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *El cambio político*, Pág. 455.

⁴⁹ ARCE y FLÓREZ VALDÉS, Joaquín, *Los Principios Generales del Derecho y su formulación Constitucional*, ED Civitas (1990), Pág. 163.

⁵⁰ MARÍN CALERO, Carlos, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, (2005), pág. 8.

⁵¹ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Pág. 97.

trato igual de lo igual y distinto de lo desigual debe atender “*a las diversas capacidades y aptitudes de las personas*”.

La aplicación del principio de igualdad, o “*el tratamiento jurídico de la persona en base a la igualdad, requiere reconocer y remediar las desigualdades en la medida en que supongan un detrimento en sus relaciones intersubjetivas*”.

El Derecho, para lograr una situación de igualdad se apoyará, dice el Tribunal Constitucional, en la “*igualdad de oportunidades*”, que tendrá como objeto el “*pleno desarrollo de la personalidad*”, “*reconociendo*” previamente “*la existencia de diferencias*”.

La igualdad de oportunidades, como medida jurídica para eliminar las desigualdades producidas por la discapacidad, es unánimemente aceptada por la Jurisprudencia con el Tribunal Constitucional a la cabeza, y por la Doctrina, de la que mencionamos entre otras las citas del profesor Serrano García ya aludida, la de Seoane Rodríguez⁵², cuando habla de que “*el objetivo es eliminar las desigualdades en el punto de partida, adoptando determinadas medidas jurídicas a favor de las personas con discapacidad*”.

Para el Tribunal Constitucional, el trato diferente de situaciones diferentes, se ajustará a los criterios de racionalidad y proporcionalidad; “*racionalidad en el sentido de que las razones de una diferencia de trato deben dirigirse a la consecución de objetivos constitucionalmente justificados, y deben ser adecuados para llegar a esa consecución*”, y proporcionalidad, porque “*la diferencia de tratamientos debe ser proporcional al fin que se persigue*”.

Seoane Rodríguez,⁵³ define el principio de igualdad como la “*afirmación y despliegue de la dignidad*” de las personas, y para las personas con discapacidad, en concreto, “*representa el contexto que requiere la libertad para actuar y colmar la dignidad*”. Siguiendo la línea doctrinal del Tribunal Constitucional expuesta, manifiesta que la igualdad es “*la más elemental exigencia de justicia*”, que insta a “*tratar de modo igual lo igual y de modo distinto lo desigual*”, insistiendo en que “*igualdad no equivale a identidad, sino a equiparación del tratamiento jurídico*”, que, “*implica, por tanto, el reconocimiento y el respeto a la diferencia*”, y en el caso de las personas vulnerables, está determinada por

⁵² “La definición de la discapacidad intelectual”, *Discapacidad Intelectual y Derecho*, pagina 145.

⁵³ La definición de la discapacidad intelectual”, *Discapacidad Intelectual y Derecho*, paginas 141, 142, 143, 144 y 145.

“disparidad de capacidades y aptitudes de las personas con discapacidad”, que exigen “una respuesta jurídica adecuada”, requiriendo “reconocer y remediar, de forma justificada y razonable las desigualdades”.

La eliminación de esas desventajas o perjuicios, es para este autor, la actitud *“primaria y motriz del logro de los restantes objetivos”, y “simultáneamente un objetivo que compendia o enuncia los restantes logros”, que requiere “una doble actitud: inicialmente, reconocimiento y respeto”; es decir, “considerar a la persona con discapacidad como alguien digno e igual al resto de la sociedad en cuanto a persona. Así mismo significa aceptar su singularidad, sus diferencias”.*

La segunda actitud es, *“la sensibilidad jurídica ante la diversidad de situaciones y la desigualdad de trato conduce a una toma de posición activa encaminada a la equiparación e integración de las personas con discapacidad que haga posible la satisfacción de sus necesidades básicas”.*

El reconocimiento de limitaciones, que supone una dificultad o desventaja, y la eliminación de esas diferencias evitando la discriminación, para *“equilibrar y compensar las limitaciones”*⁵⁴ de las personas con discapacidad, *“es necesaria la intervención de un cuarto principio de naturaleza subsidiaria”*: el de protección.

El principio de protección del artículo 49 de la Constitución respecto a los *“disminuidos”*, hoy diríamos a las personas con discapacidad, y el 39 respecto a la familia, con alusión expresa a la *“protección integral de los hijos”* en el apartado 2º, y a los menores en general en el 4º, cierran el marco de amparo por el Derecho español, a aquellos que por las circunstancias expuestas, constituyen el interés jurídico más débil y en consecuencia más necesitado de protección.

4. LA PROTECCIÓN

El artículo 49 de la Constitución, establece, 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”.*

⁵⁴ Palabras literales de José Antonio Seoane Rodríguez, en “La definición de la discapacidad intelectual”, página 143.

El precepto se ubica en el Capítulo Tercero, del Título I, bajo el epígrafe ***“De los principios rectores de la política social y económica”***; de modo que, a diferencia de los principios de dignidad, libertad, e igualdad, situados en los Capítulos Primero y Segundo, la protección es un principio rector de la política social y económica, no es un Derecho subjetivo como los anteriormente citados, pero tiene un valor normativo directo e inmediato, vinculado a los poderes públicos y a la sociedad.

Seoane Rodríguez⁵⁵, subraya la naturaleza subsidiaria del principio de protección, al constituir el complemento que tiene como fin ***“hacer efectivos los derechos y facultades de aquellas personas que por alguna razón no pueden ejercitarlos”***, como consecuencia del ***“carácter fundamental de los principios de dignidad, igualdad y libertad”***, que ciertas ***“circunstancias personales”*** impiden su ejercicio con responsabilidad, porque, ***“solo la necesidad de proteger a una determinada persona, en atención a sus circunstancias y aptitudes singulares, justifica la existencia de limitaciones a la capacidad”***, las medidas de protección son el instrumento que el Ordenamiento Jurídico prevé, para que la persona que lo necesite reciba lo ***necesario para su formación y desarrollo***, aquello que ***“no puede realizar ni puede esperarse razonablemente que haga por sí sola”***, es ***“un complemento, ayuda, refuerzo, nunca la suplantación de la persona”***.

El profesor Serrano García,⁵⁶ afirma, que el principio de protección derivado del artículo 49 de la Constitución, ***“implica el respeto de la concepción vital de la persona discapacitada o incapacitada”***, insistiendo en su subsidiariedad, argumentando que ***“la protección actúa de forma subsidiaria en relación con los principios de dignidad, libertad, e igualdad”***, porque puede conllevar una restricción de su libertad, y por este motivo, es un concepto, que ***“debe ser manejado con sumo cuidado, ya que un ejercicio imprudente de la protección puede invadir la igualdad, la dignidad y la libertad”***, cuando el alcance de la medida de protección sea excesiva respecto a la realidad de la situación, causando desprotección y desamparo cuando peca por defecto en su intensidad.

El artículo 49 define la acción protectora a la que quedan vinculados los poderes públicos, como ***previsión, tratamiento, rehabilitación e integración***.

⁵⁵ SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, “La definición de la discapacidad intelectual”, página 143.

⁵⁶ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Pág. 97 y SS.

Previsión o prevención, según Seoane Rodríguez,⁵⁷ es **“proporcionar los medios para prevenir la aparición y expansión de una serie de factores que dan lugar a la discapacidad”**, que comienza identificando **“los factores de riesgo que pueden contribuir o generar situaciones de discapacidad”**. Una vez identificados esos factores de riesgo, corresponde actuar **“en el entorno y en el contexto”**, para corregir las diversas situaciones causantes de la discapacidad como son la **“marginalidad, pobreza, accidentes, violencia”**, proveyendo los oportunos **“servicios de educación, sanitarios”**. El tratamiento es para el mencionado autor, **“impedir que se agrave y atenuar sus consecuencias”**, la enfermedad o deficiencia causante de la discapacidad. Y la rehabilitación, es la **“promoción de la autodeterminación y cuidado de la dependencia”**, que permita la incorporación y participación del discapacitado en la sociedad.

Durán Corsanego,⁵⁸ habla de los **“factores de riesgo de la discapacidad”**; señalando como tales, **“las enfermedades emergentes”** causadas por el envejecimiento de la población, como son las neurodegenerativas, que producen en el enfermo una discapacidad; señala, además, causas externas como la jubilación a edad temprana, el paro de larga duración, los accidentes sobre todo de tráfico o laborales, que frecuentemente son causa de discapacidad, que en no pocos supuestos deriva en una incapacidad. Para este autor, la política preventiva es **“una adecuada legislación y el establecimiento de las condiciones sanitarias y sociales necesarias para que esas situaciones adversas sean corregidas o al menos atenuadas antes de que se conviertan en permanentes y de difícil solución”**.

Marín Calero,⁵⁹ centra la previsión en **“las acciones destinadas a evitar o atajar el problema incluso antes de que verdaderamente se de o aparezca”**; mientras, que tratar y rehabilitar es, **“una forma de tratar y tanto como los tratamientos persiguen la rehabilitación de la persona”**, coincidiendo con la doctrina en que, lo esencial de la protección es la integración, **“un problema esencialmente cultural y social en el sentido más amplio del término”**, frente al carácter técnico, sanitario, y de un modo más amplio educativo, del tratamiento y la rehabilitación. La integración es la cuestión en la que hay que poner el acento, al ser la de mayor trascendencia, si lo que se pretende es, que la protección sea el

⁵⁷ “La definición de la discapacidad intelectual”, *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Aequitas, página 153 y siguientes.

⁵⁸ DURÁN CORSANEGO, Emilio, *La Autorregulación de la Tutela*, ED Centro Universitario Ramón Areces, (2007),, Págs. 19 y SS

⁵⁹ MARÍN CALERO, Carlos, *La Integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Pág. 7.

medio, en virtud del cual, la persona con discapacidad alcanza la plena realización personal en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

En este sentido García Pons⁶⁰, afirma que ***“la palabra clave es la integración, la integración del discapacitado, pero integración en todos sus sentidos, social, cultural, laboral, etc., y sin discriminación alguna”***.

La integración es la incorporación plena a la sociedad del discapacitado, como uno más, con las diferencias que exigen sus especiales circunstancias. Los poderes públicos y la sociedad en general, tienen el deber de brindar al discapacitado igualdad de oportunidades respecto a los demás, sin que exista un trato de favor pero tampoco discriminación.

La protección enlaza así, con las ideas expuestas por los principios fundamentales de dignidad, libertad, igualdad, no discriminación, e igualdad de oportunidades, que convergen en su ejercicio en un solo objetivo: la integración en la sociedad como forma de protección desde la diferencia.

La integración es la ***“inmersión del discapacitado en la sociedad, o sea, en el todo, exactamente como uno más”***, según Marín Calero,⁶¹ ***“lo contrario de la exclusión; en este caso, lo contrario de la exclusión social”***, que puede ser positiva, apartando a la persona retirándola de la sociedad, o negativa quitando no dando oportunidades ni posibilidades de ejercer los derechos fundamentales. La persona con discapacidad tiene que ser incluida en igualdad de derechos y correlativamente de riesgos, sin olvidar la desventaja que le produce su deficiencia o enfermedad, siendo compensada con la atención especializada que se requiera en todos los ámbitos: jurídico, social, sanitario, educación, y patrimonial.

El profesor Serrano García⁶², señala a la integración y no discriminación, como el objetivo de la protección y actitud esencial para el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad, concluyendo que la previsión, tratamiento y rehabilitación a la que se refiere el artículo 49 de la Constitución Española, ***“no parece suficiente, porque gran parte de las actuaciones hacia los que la CE llama disminuidos, implican discriminación”***. El objetivo de las políticas de protección, es decir, ***“la***

⁶⁰ GARCÍA PONS, Antonio, *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, ED Universitaria Ramón Areces, Madrid (2008), Pág. 24.

⁶¹ MARÍN CALERO Carlos, en *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquico o intelectual*, Pág. 7

⁶² SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Pág. 99.

actitud o actuaciones deben ir dirigidas a tratar a los discapacitados como personas con una esencial igualdad, con los que no están discapacitados. El verdadero camino el más eficaz es la normalización; esto es, tratar a los discapacitados como a todos los demás individuos, a los que no se les aplica ningún adjetivo". En resumen, la potenciación del ejercicio de las capacidades y aptitudes de la persona con discapacidad, *"y ello porque si el acento se pone en tratarles, rehabilitarles e integrarles, significa sustituir a la persona por su circunstancia. Los términos tienen un significado negativo absoluto, lo que no se corresponde con las facultades y capacidades subsistentes en toda persona con menoscabo. Son denominaciones que denotan perpetuidad, sin conceder un resquicio de esperanza, al reciclaje. Finalmente y esto me parece lo más grave* (opinión literal del profesor Serrano), *son identificaciones que sustituyen a la persona por su circunstancia*". Continúa explicando la conveniencia de entender la protección como necesidad de apoyo o ayuda a una persona como consecuencia directa del menoscabo de sus facultades y aptitudes, *"como fundamento de la tutela"* en el Derecho Civil, precisamente porque, el ejercicio de la tutela es un *"complemento, ayuda, refuerzo, pero en determinados ámbitos (sustitución que no hay que confundir con suplantación de la persona incapacitada)"*.

Las funciones tutelares son, podríamos decir, el grado más intenso de protección, al significar la ocupación de la esfera íntima y privada de la persona, aunque siempre se realice por necesidad imperiosa de protección del afectado, siguiendo como criterio de actuación el mayor beneficio de la persona con capacidad modificada, el *incompetent's best interest* del Derecho anglosajón; extremo que implica, *"la toma de decisiones atendiendo al sistema de valores y a las necesidades de la persona incapacitada y no al criterio del encargado de su protección (tutor)"*⁶³.

La protección ha evolucionado desde la existencia de una única medida: la tutela, a la que quedaban sujetas las personas incapacitadas judicialmente, hasta la diversidad de medidas que van desde la citada tutela y la curatela, para aquellos a los que se les ha modificado su capacidad judicialmente, a medidas de apoyo a personas con discapacidad con sus facultades intelectivas y volitivas íntegras.

Aunque el Código Civil, sigue siendo el principal cuerpo legal en el que se concentran las disposiciones en materia de protección, existen numerosas normas de todo rango fuera del mismo, entre las que citamos como ejemplo: La Ley 13/1982, de 13 de abril, de Integración Social de los

⁶³ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*.

Minusválidos, la primera disposición que desarrolla el artículo 49 de la Constitución, en su artículo 1 proclama que: ***“los principios que inspiran la ley se fundamentan en los derechos que el artículo 49 de la Constitución reconoce, en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias”***.

Le seguirán por citar las principales, Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, modificado por el Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, y por el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril; la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad de 18 de noviembre de 2003, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre Empleo público de discapacitados; la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las familias numerosas, que junto a otras disposiciones sin tratar directamente de las personas con discapacidad establecen una serie de ventajas a su favor.

La sucesión de normas es continua, destacando la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; 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 sordas con discapacidad auditiva y sordociegas, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el Régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

El abanico de disposiciones legislativas que el Ordenamiento Jurídico prevé tanto en el ámbito estatal, como autonómico y municipal, es amplio, y abarca desde la movilidad, medidas laborales, sociales, hasta el patrimonial con la regulación de prestaciones, y el establecimiento de un régimen jurídico de protección patrimonial con la Ley 41/2003.

La interacción de los principios fundamentales de dignidad, libertad e igualdad, en la protección de las personas con discapacidad, que se define como subsidiaria y tendente a la integración de la persona protegida, cambia la concepción de la acción protectora, ***“entrando en juego en primer término el principio de autonomía de la persona, así como el pleno desarrollo de su dignidad, personalidad y libertad”***, apunta García

Pons⁶⁴, porque, no puede existir plena integración sin autonomía, entendida como la posibilidad real y efectiva de actuar con libertad e independencia.

5. EL DERECHO INTERNACIONAL: LOS DERECHOS HUMANOS

La dignidad, la libertad, la igualdad, y la protección, constituyen Derechos fundamentales de la persona, en virtud de su proclamación como tales por la Constitución de 1978.

La consecuencia del carácter de fundamentales de los citados principios, es su función orientadora del Ordenamiento Jurídico, que se manifiesta en su observación escrupulosa por el Legislador en la elaboración de las normas, y en su aplicación directa por Jueces y Tribunales en la resolución de los asuntos que les corresponda.

El reconocimiento de los Derechos fundamentales en las normas constitucionales de los Ordenamientos nacionales, no es un hecho que se produzca espontáneamente, sino el resultado de la toma de conciencia universal que se plasma en la proclamación de los Derechos Humanos, y que da lugar a una nueva concepción del Derecho en el mundo entero.

Cuando hablamos de discapacidad, en el ámbito del Derecho nacional, los principios fundamentales establecidos por la norma constitucional, delimitan el modelo de tratamiento jurídico de estas situaciones; mientras que, los Derechos humanos, con carácter previo casi siempre, lo convierten en una cuestión de Derechos Humanos⁶⁵.

Valera Autran⁶⁶, apunta que, ***“en el llamado Derecho Internacional de los Derechos humanos debe encontrar encuadramiento específico la reivindicación de los derechos fundamentales del discapacitado y la protección legal que el mismo reclama en orden a su plena integración social”***.

García Pons⁶⁷, habla del nuevo paradigma que en el Derecho español delimita los principios de la Constitución de 1978, aludiendo a otro pilar

⁶⁴ GARCÍA PONS, Antonio, *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Pág. 49.

⁶⁵ Véase a SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, “La definición de la discapacidad intelectual”, *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Aequitas, Pág. 138, y a GARCÍA PONS, Antonio, *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español*, Pág. 28 y 29.

⁶⁶ VALERA AUTRÁN, Benigno, “La discapacidad en el Derecho Español y la Constitución Española”, *Discapacidad intelectual y Derecho*, 2ª Edición Revisada y aumentada Febrero (2005), Ed. Aequitas, Pág. 91.

⁶⁷ *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español....*, Pág. 29.

esencial en la construcción del tratamiento jurídico de la discapacidad, que **“podría denominarse paradigma internacional”**, y que consistiría en **“el apoyo a las personas con discapacidad y a sus derechos por parte de una organización internacional a nivel mundial”**.

Seis son los Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que, **“ofrecen grandes posibilidades para la protección jurídica de las personas con discapacidad, y sin embargo, hasta la fecha no se le ha sacado suficiente provecho”**, según la opinión de Rafael De Lorenzo y Agustina Palacios⁶⁸.

Los instrumentos a los que se hace referencia son los siguientes: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966⁶⁹, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁷⁰, La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984⁷¹, La Convención sobre los Derechos del niño de 1989⁷², con una previsión específica de la discapacidad en el artículo 23, con el siguiente literal: **“1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.**

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y aseguraran, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas, y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de las otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden al niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo, y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de

⁶⁸ “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, LORENZO, Rafael De, y PALACIOS, Agustina Palacios, en la obra colectiva, *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I Aspectos Jurídicos, Director del proyecto Javier Laorden, coord. José Luis Terreros, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, (2007), págs. 3-123, Pág. 34.

⁶⁹ A/6316 (1966).

⁷⁰ A/6316 (1966).

⁷¹ A/39/51.

⁷² A/44/49.

que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico, y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en esas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

Este precepto, reconoce, el derecho de los niños con discapacidad, a una vida plena, que asegure las condiciones que exige su dignidad como persona desde su nacimiento; y, que, le permitan su integración en la sociedad potenciando sus capacidades y facultades, al objeto de que, se desenvuelva por sí mismo en el futuro dentro de sus posibilidades. Garantiza la asistencia y cuidados que el niño requiera, como tratamiento de su situación, y la ayuda en este sentido a las personas encargadas de su atención, padres, tutores o guardadores, asegurando el carácter gratuito de la prestación de los servicios oportunos, haciendo una referencia especial a los países en desarrollo, en el sentido de proporcionales la ayuda internacional precisa para su equiparación a los desarrollados, en la prestación de servicios necesarios para la prevención, tratamiento y rehabilitación de las discapacidades que afecten a los niños.

Otros instrumentos de Derecho Internacional son la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1982,⁷³ y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1963, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, instó a los órganos de vigilancia a tener en cuenta los derechos de las personas con discapacidad en sus actividades relacionadas con cada uno de los seis tratados principales (estos que hemos detallado), en materia de derechos humanos.

Como instrumentos de protección específicos de los derechos de las personas con discapacidad, a partir de los años cincuenta del siglo XX, la Asamblea General y el Consejo Económico y Social, aprobaron varias resoluciones que se centraron en la prevención y la rehabilitación de la discapacidad, si bien, es preciso puntualizar, que esos instrumentos siguen respecto al tratamiento el llamado modelo médico, y que, es a partir de los

⁷³ A/34/46.

años sesenta, cuando se comienza a considerar los primeros indicios del tránsito al de Derechos Humanos.

Son importantes, en el sentido indicado, de la Asamblea de las Naciones Unidas en el año 1971: las Declaraciones del Derecho del Minusválido, y de los Derechos del Retrasado Mental; en 1975 la Declaración de los Derechos de los impedidos de 9 de diciembre; y el Programa de Acción Mundial para los impedidos, también de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1982.

La Declaración de los Derechos del retrasado mental de 1971, comienza afirmando en su artículo 1 que esas personas (las que padecen retraso mental), deben gozar de los mismos derechos que los demás seres humanos, enumerando los que revisten especial importancia, como la educación, la capacitación, o la rehabilitación, advirtiendo contra la posibilidad de que la mera incapacidad del ejercicio pleno de los derechos origine la eliminación, supresión, o dificulte el ejercicio de los mismos.

La Declaración de los Derechos de los Impedidos, es el segundo instrumento y data de 1975, afirmando que el impedido tiene los mismos derechos civiles y políticos, que los demás seres humanos, instando a que se tomen las medidas destinadas a permitir que estas personas logren la mayor autonomía posible, a la vez que, enumera una serie de derechos económicos y sociales de importancia para el desarrollo de las capacidades y la integración social de las personas en situación de discapacidad. Para esta Declaración, impedido, es ***“toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia congénita o no, de sus facultades físicas o mentales”***.

Entre las medidas de protección destacan, el mencionado Programa de Acción Mundial en el año 1982, que determinó el paso irreversible desde el modelo médico hacia el modelo social o de derechos humanos en el ámbito del Derecho Internacional.

El año 1981, fue proclamado como Año internacional de los Impedidos por la Asamblea General de Naciones Unidas, y el decenio comprendido entre 1983 y 1992, denominado de Naciones Unidas para las personas con discapacidad, siendo aprobada por la Asamblea General el 3 de diciembre de 1982 la Resolución 37/52, el llamado Programa Mundial para las personas con discapacidad, que constaba de tres partes. La primera trataba sobre objetivos, antecedentes y conceptos, la segunda de la situación actual, (en aquel momento), y la tercera de la ejecución del

programa, siendo sus fines la prevención, la rehabilitación, y la equiparación de oportunidades. En el apartado 12 del programa, se habla de equiparación de oportunidades, concepto que es definido como: ***“el proceso mediante el cual el sistema general de la sociedad, tal como el medio físico y cultural, la vivienda y el transporte, los servicios sociales y sanitarios, las oportunidades de educación y trabajo, la vida cultural y social, incluidas las instalaciones deportivas y de recreación, se hacen accesibles para todos”***. El documento afirmaba que, la experiencia ha demostrado que es, en gran parte, el ***medio*** el que determina el efecto de una deficiencia o incapacidad sobre la vida diaria de la persona, (párrafo 21), por lo que la igualdad de oportunidades, exige medidas que vayan mas allá de las tradicionales de rehabilitación.

Respecto a la igualdad de oportunidades, destaca en el año 1993, la Resolución 48/96, de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1993, denominada Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, que a pesar de carecer de carácter obligatorio, llevan implícito el firme compromiso moral y político de los Estados en orden a adoptar medidas para alcanzar la igualdad de oportunidades.

Pero la Doctrina⁷⁴, denunciaba la insuficiencia de instrumentos a nivel global, y la necesidad de una Convención Internacional, ***“amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”***, con fuerza obligatoria para los Estados Partes, que formalicen el oportuno proceso de ratificación, como medio de completar el tratamiento jurídico de la discapacidad como materia de Derechos humanos, lo que García Pons⁷⁵ llama ***“el paradigma internacional amplio e integral”***, porque, al ser la discapacidad un tema inmerso en la materia de los Derechos Humanos en general, ***“se echaba de menos una referencia mundial de amplio espectro y carácter integral que abordara los temas de la discapacidad en concreto, y en particular un instrumento internacional de derechos humanos pero exclusivo para las personas con discapacidad, en forma de convenio o convención”***. Ese instrumento, será la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. Los trabajos comenzaron en 2001, con la Resolución 56/168, de 19 de diciembre, la Asamblea General de las Naciones Unidas, que establece un Comité Especial encargado de preparar una Convención Internacional, que tendrá como objeto proteger y promover los derechos y la dignidad de las

⁷⁴ Véase a GARCÍA PONS, Antonio, *Las Personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español.....*, Págs. 29, 30 y 31.

⁷⁵ Pág. 32, obra citada en la nota anterior.

personas con discapacidad, desde un enfoque integral y amplio de la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos, y la no discriminación, y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión de Desarrollo Social.

El resultado es la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, que en el artículo 1 proclama como propósito: ***“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”***.

Los principios generales son los detallados en el artículo 3: ***“a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas. b) La no discriminación. c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas. e) La igualdad de oportunidades. f) La accesibilidad. g) La igualdad entre el hombre y la mujer. h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”***.

La Convención recoge lo que denomina ***“toma de conciencia”*** sobre la discapacidad, que se traduce en obligaciones para los Estados Partes, que se comprometen a ***“adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: a) sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas; b), luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida; c) promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad”***.

Desde ese momento, tienen la consideración de Derechos de las personas con discapacidad: la igualdad y no discriminación (artículo 5); la accesibilidad (artículo 9); igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12). La protección a la vida, artículo 10, en situaciones de riesgo, artículo 11, contra la explotación, la violencia y el abuso, en los artículos 15, 17, 22 y 23. La libertad y autonomía personal, libertad y seguridad personal, artículo 14, de desplazamiento, artículo 18, vida independiente, artículo 19, movilidad, artículo 20. La participación: libertad de expresión,

opinión y acceso a la información, artículo 21, participación en la vida política y pública artículo 29, y en la cultural y recreativa artículo 30. Derechos sociales, como la educación, artículo 24, la salud, artículo 25, la rehabilitación, artículo 26, el trabajo y el empleo, artículo 27, nivel de vida adecuado y protección social, artículo 28.

La Convención de 13 de diciembre de 2006, a diferencia de la Convención de los Derechos del niño de 1989, no se limita al desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad, sino que los aborda desde la perspectiva del principio de igualdad de oportunidades y no discriminación.

En el ámbito de la Unión Europea, desde su fundación en 1957, la entonces llamada Comunidad Económica Europea, destaca por la adopción de una política de no discriminación de las personas en circunstancias especiales, entre las que se menciona expresamente a las que se encuentran en situación de discapacidad.

En este sentido, el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, en el artículo 13, dispone, que: ***“el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen social o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”***.

Tres Directivas desarrollan el precitado precepto: la 2000/43/CE, para la Igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico, y la 2000/78/CE, para la Igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, y la 2002/73/CE, para la Igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

En el Proyecto de Constitución Europea, que publicó el Gobierno de España, en su parte II ***“Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión”***. Título III, Igualdad, artículo II.81: ***“No discriminación”***, se hace constar, que, ***“se prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión, o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, nacimiento, discapacidad, edad, u orientación sexual”***. Y el II.86, dice, respecto de la: ***“integración de las personas discapacitadas”***, que ***“La Unión reconoce y***

respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

A mediados de los años noventa del siglo XX, surgió un consenso acerca de la necesidad de que la Unión Europea, apremiada por el Parlamento europeo y la sociedad civil, se enfrentase a la discriminación en una serie de campos adicionales, entre ellos la discriminación por razón de discapacidad. Como resultado el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor en 1997, en su artículo 13, autorizó por primera vez a la Unión Europea a adoptar medidas para luchar contra la discriminación de las personas con discapacidad, siendo esa referencia la primera específica en ese sentido en un tratado⁷⁶, proporcionando así la base para abordar situaciones de discriminación incluyendo una definición igual para todos sin dejar de reconocer los retos específicos a los que se enfrenta cada grupo.

III-. LOS PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD

1. LA AUTONOMÍA

La palabra autonomía nos sugiere en su más elemental significado, independencia, libertad, soberanía, potestad o facultad.

García Pons⁷⁷, opina que ***“si la palabra clave en el mundo de la discapacidad es la integración, otro concepto no de menor importancia es la autonomía”***. Integración y autonomía son dos conceptos correlativos y complementarios, porque, continua el citado autor: ***“la completa integración social de los discapacitados, en condiciones de absoluta igualdad, no discriminación y accesibilidad universal, debe producirse no solo respetando, sino incluso fomentando y promoviendo la activa participación de la persona con discapacidad para el logro de aquellos objetivos”***.

El discapacitado participando activamente, desde su situación de desventaja en la sociedad, se incorpora a la misma, igualándose a los demás que no son discapacitados y que actúan libre y voluntariamente.

⁷⁶ Extremo que se hace constar en, “Discapacidad, derechos fundamentales y Protección constitucional”, por LORENZO Rafael De, y PALACIOS, Agustina, en la obra colectiva, *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Pág. 47.

⁷⁷ GARCÍA PONS, Antonio, *Las Personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Pág. 25

El principio de autonomía, cambia el alcance del principio de protección, que *“pasa a un segundo plano, o al menos se contempla de otra manera”*. De manera que, *“el principio de protección, será supletorio del de autonomía de la persona con discapacidad, y entrará en acción cuando la autoprotección por medio de la autonomía individual no pueda conseguirse”*⁷⁸.

El artículo 2/1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, define el concepto legal de autonomía como: *“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”*.

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, por primera vez en sede de Derecho Internacional, hace hincapié en la independencia personal y la autonomía en el Preámbulo, *“reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste la autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”*; y en el artículo 19, hace referencia expresa al *“derecho a vivir de forma independiente”*, y a *“ser incluido en la comunidad en condiciones de igualdad y no discriminación”*.

La autonomía implica, que, la vida del discapacitado sea autónoma e independiente; que para Marín Calero,⁷⁹ es *“la actuación que sin duda sería la de más importantes efectos (junto a la integración laboral), para la integración y normalización de los discapacitados psíquicos”*.

El artículo 2/1 de la Ley 39/2006, define la autonomía como *“la capacidad de controlar, afrontar, y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales a cerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”*.

La capacidad de control y toma de decisiones por propia iniciativa, implica capacidad para decidir libre, voluntaria y responsablemente; extremo que enlaza directamente en lo que respecta a las posibilidades de

⁷⁸ GARCÍA PONS, Antonio, *Las Personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Pág. 50.

⁷⁹ MARÍN CALERO, Carlos, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Pág. 15.

autonomía e independencia y de vida autónoma e independiente con la facultad de autogobierno, que cuando está afectada por la enfermedad o deficiencia que produce la discapacidad, justifica la modificación de la capacidad judicialmente y el sometimiento a tutela o curatela⁸⁰.

La autonomía se fundamenta en los Derechos Fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, la dignidad, libertad e igualdad, y se proyecta en todos los aspectos de la vida de una persona: personal y patrimonial,⁸¹ su promoción por las disposiciones legales corresponde a todas las materias y ámbitos legislativos, desde las normas de accesibilidad, movilidad, y eliminación de barreras que desarrollan lo que podríamos llamar autonomía material, hasta las de potenciación de la autonomía formal o autoprotección con instituciones como la autotutela, el mandato preventivo o el patrimonio protegido.

La autonomía personal, afirma García Pons⁸² *“constituirá el mejor vehículo para lograr la protección del individuo, y solo cuando dicho principio de autonomía falle o no sea posible conseguir la debida protección a través del mismo, habrá que dar entrada al principio de protección jurídica pura y simple, pero teniendo siempre presente como criterio guía el interés de la persona con discapacidad”*, que es el siguiente principio que analizamos.

2. EL INTERÉS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El principio del interés superior de las personas con discapacidad, es un criterio invocado continuamente en disposiciones legales, y resoluciones judiciales y administrativas, como fundamento de las normas en el primero de los casos, y de las medidas adoptadas en el segundo respecto a una persona en la situación mencionada.

El interés del menor de edad, fue el primero en ser invocado, analizado y estudiado por la Doctrina, y recogido por la ley, con diferentes expresiones: principio de interés del menor, de interés superior del niño, principio prevalente de del interés superior del niño, como dice Linacero de la Fuente⁸³, o el *“tout pour l'enfant”* del Derecho francés, al que se

⁸⁰ Artículo 200 del Código Civil.

⁸¹ Entre otros, RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, (2004), *La representación legal de menores e incapaces. Contenido y límites de la actividad representativa*, Thomson Aranzadi. Pág. 90.

⁸² GARCÍA PONS, Antonio, *Las Personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Pág. 50.

⁸³ LINACERO DE LA FUENTE, María, (2001), *Protección jurídica del menor*, ED Montecorvo, Madrid, Pág. 54.

refiere Diez Picazo⁸⁴, haciendo constar que la alusión a los hijos en el Derecho tradicional español, concretamente en el Derecho Privado, es continua en la regulación de las relaciones paterno filiales.

El interés del menor es considerado en las disposiciones relativas a instituciones y supuestos de hecho excepcionales, como son la tutela, la restricción de la capacidad de obrar en el Derecho Civil, o la limitación de responsabilidad en el Derecho Penal como consecuencia de la minoría de edad. Con el paso del tiempo, la preocupación del Derecho por los menores de edad, va en aumento progresivo ofreciendo cada vez una regulación más exhaustiva abarcando mas situaciones y diferentes ámbitos jurídicos, extendiéndose al Derecho Administrativo, al Derecho Laboral, a la educación, y a otras materias como son los espectáculos públicos, la circulación de vehículos a motor, deportes, y todas las actividades en las que pueda participar un menor de edad. A la vez que, sus posibilidades de obrar han ido aumentando en la misma proporción que las limitaciones de su capacidad han disminuido, por lo que el legislador se ha ocupado de regular dicho principio en un número cada vez mayor de materias.

El Derecho Internacional, concretamente la Asamblea General de las Naciones Unidas, abordó el tema en 1959, aprobando la Declaración de los Derechos del Niño. Le seguirán entre otros: el Convenio de la Haya sobre competencia de las autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961, Convenio de La Haya nº 24, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 2 de octubre de 1973, Convenio de La Haya nº 28, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980, la Convención de los Derechos del Niño de 1989, Recomendación del Consejo de Europa 112/1990, sobre los derechos del niño, de 1 de febrero de 1990, Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de los Derechos del niño 8 de julio de 1992, Convenio relativo a la protección de los derechos del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, La Haya 29 de mayo de 1993, Recomendación del Consejo de Europa 1286/1996, relativa a una estrategia europea para los niños de 24 de febrero de 1996.

“No es extraño ante esta prolija normativa internacional”; como dice Diez Picazo, que el artículo 39 de la Constitución de 1978, en su párrafo 2º, disponga que, ***“los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos”***, y en el 4º ***“los niños gozarán de la protección prevista en los Acuerdos internacionales que velan por sus derechos”***,

⁸⁴ En su intervención en las Jornadas de Derecho del menor, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, del 29 al 31 de marzo de 1984, recogida en *Familia y Derecho*, bajo el epígrafe, “Principio de protección integral de los hijos”, ED Civitas (1985), Págs. 171 y SS.

porque, ***“los llamados derechos del niño son los derechos del hombre cuando todavía se encuentra en edad temprana”***.

A partir de ese momento, todas las reformas legislativas del Derecho de familia y de la tutela, recogen criterios que expresan el principio de interés del menor. El artículo 154 del Código Civil, dispone que, ***“la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos”***; es decir, ***“se modaliza la potestad y su ejercicio”***, haciendo ***“inadmisible los actos que entrañan beneficio exclusivo del titular”***.

El artículo 170 del Código Civil, al regular la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad a los padres, por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, faculta a los Tribunales a que acuerden la recuperación del ejercicio de la precitada potestad, indicando que siempre se haga en ***“beneficio e interés del hijo”***.

El artículo 92 dispone que las medidas judiciales en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, se adoptaran en ***“beneficio de los hijos”***, y el 103 respecto a las medidas provisionales que se podrán acordar en los litigios de familia, establece como criterio ***“el interés de los hijos”***.

El beneficio e interés del hijo, es el fundamento en las adopciones, resolviendo el juez ***“lo más conveniente para el adoptado”***, si cualquiera de los llamados a prestar consentimiento no pudiera ser citado o no compareciera, (artículo 173 del Código Civil).

La Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, proclama en su artículo 2, como principio general de la materia ***“el interés superior de los menores”***; extremo que significa que, una Ley especial con categoría de orgánica reconoce el interés superior de los menores, como principio rector en todos los trámites, y procedimientos en los que se adopten resoluciones que afecten a la vida de un menor de edad.

Respecto a las personas con discapacidad, no existe formulación legal del principio del interés del discapacitado, aunque Doctrina y Jurisprudencia, entienden como afirman Díaz Alabart, Hernández Díaz-Ambroña, Álvarez Moreno y Represa Polo⁸⁵, que ***“todas las disposiciones que regulan estas instituciones tutelares de adultos, han de interpretarse tomando en cuenta el principio básico del interés superior del discapacitado, bien por tratarse de incapacitado judicialmente o, bien***

⁸⁵ DÍAZ ALABART, Silvia, *La Protección jurídica de las Personas con discapacidad*, Ibermutuamur (2004), Págs. 46 y 47, bajo el epígrafe “Principios de actuación jurídica”.

como persona que debería estarlo”; porque, “se trata de un principio que, si bien, no está formulado legalmente como el del interés superior del menor (Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, artículo 2, y en el mismo sentido la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores), tiene raíces similares”. Esa raíz o fundamento común, es “la necesidad de protección jurídica y social de un colectivo de individuos especialmente precisados de ella. Sobre todo si observamos, que de ordinario mientras la infancia es una etapa de la vida y la necesidad de protección acaba con la madurez de las personas, en cambio, con respecto a los discapacitados incapacitados es frecuente que permanezcan durante toda su vida en una situación equiparable a la de los menores”.

El artículo 49 de la Constitución de 1978, si bien no formula el principio de interés de las personas con discapacidad, si establece el de su protección vinculando a los poderes públicos, desarrollándose a partir de ese momento una amplia labor legislativa, que tiene como criterio, guía o fundamento el precitado principio.

En el Código Civil, a partir de la reforma de la tutela de 24 de octubre de 1983, las alusiones al interés del discapacitado son continuas, aunque como en el caso de los menores, con diversidad de expresiones. El *“beneficio del tutelado”*, es el criterio general a observar en el ejercicio de las funciones tutelares, a tenor del antiguo artículo 206 y del actual 216, ambos del Código Civil. El artículo 236 en su apartado 1º, prevé la posibilidad de nombrar un tutor para la persona y otro para los bienes, justificando tal medida *“por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o en su patrimonio”*; es decir, cuando la salvaguarda o protección de su interés personal o patrimonial así lo exija. El 304 considera hechos en interés del presunto incapaz, los actos realizados por su guardador *“si redundan en su utilidad”* no pudiendo ser impugnados.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, se refiere en varios artículos el 3/2, 4/2, y 7/1, al *“beneficio de las personas con discapacidad”*.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, en el artículo 12 párrafo 4º, trata de *“las salvaguardias que asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”*. Y en el inciso final del párrafo hace constar

que ***“las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”***.

Para García Pons⁸⁶; con este precepto la Convención como instrumento internacional vinculante para los Estados partes, regula y establece específicamente el principio del mayor interés de las personas con discapacidad.

El concepto del principio del interés del discapacitado enlaza por su similitud, con el del interés del menor que es definido por la doctrina como un concepto jurídico indeterminado, ***“por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación”***, dice Rivero Hernández⁸⁷.

Para Ruiz Rico⁸⁸, el interés del menor constituye ***“un principio genérico con el que se condensa y resume la necesidad de proteger la dignidad de unos determinados sujetos”***, los menores de edad ***“guía de la interpretación y aplicación de las normas de patria potestad, tutela, y de protección en general”***, siendo su posición de ***“preponderancia absoluta del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que concurra”***.

La preferencia y superior consideración del interés del menor en el Derecho español, se fundamentan legalmente en el artículo 2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del menor que dispone que: ***“en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”***.

Según Ruiz Rico, ***“la novedad de la regla contenida en ese artículo, es que por vez primera se expresa, no ya que el interés del menor es la guía y referencia en la aplicación e interpretación de las normas sobre patria potestad, tutela etc., sino que se destaca la preponderancia absoluta de ese interés sobre cualquier otro interés legítimo”***, porque dicho precepto, está enunciado en clave de conflicto de intereses, de manera que ***“habiendo dos o mas intereses en pugna”*** el que afecta al menor ***“será prevalente”***.

⁸⁶ GARCÍA PONS, Antonio, *Las Personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Pág. 176.

⁸⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, define así el interés del menor, en las páginas 70-71, en *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid (2000).

⁸⁸ RUIZ- RICO RUIZ, José Manuel, y ALGUACIL, M^a José, *La Representación legal de menores e incapaces* Thomson Aranzadi, (2004), Pág. 66.

Linacero de la Fuente,⁸⁹ se refiere al prevalente interés superior del niño, definiéndolo como, **“un concepto abstracto e indeterminado”** que **“se consagra como directriz básica de toda la legislación de menores”**.

Díez Picazo⁹⁰, habla de la **“idea de la condición más beneficiosa para los hijos o para los menores, que no puede quedar reducida a una mera cláusula de estilo, a una idea retórica o a un concepto que facilite el puro arbitrio judicial”**. En su análisis distingue tres aspectos: **“Inicialmente parece que es una modalización del ejercicio de la potestad y un criterio de solución de los conflictos interconyugales, que se dirige a los titulares de los poderes y de las funciones tuitivas y a los órganos de Derecho público y de Derecho privado”**. En segundo lugar, **“Es, ante todo, un factor determinante en las decisiones que en relación con las situaciones del hijo hay que adoptar. Es, asimismo, la función social que la ley atribuye a la potestad y a los actos de ejercicio y que en alguna medida los causaliza.”** Por último, **“la cláusula de beneficio de los hijos, o de beneficio de los niños, constituye también un criterio de selección, entre las diferentes y eventuales opciones que en relación con ellos se pueden adoptar”**. Pero la cláusula de beneficio de los hijos o de beneficio de los niños, no es solo una idea o criterio, **“supone una regla, en virtud de la cual en caso de conflicto el interés de los hijos prepondera y el interés de los padres se sacrifica y cede”**, porque, **“no se trata ya solo de la selección entre las diferentes opciones en las diversas situaciones del hijo, sino del sacrificio de uno para otorgar ventajas al otro”**.

El interés del discapacitado es un concepto jurídico indeterminado y su ámbito de aplicación también es el conflicto de intereses, en el que está involucrada en este caso una persona con discapacidad, su posición es prevalente y preferente como en el supuesto de los menores a todos los demás intereses que concurren.

Para García Pons⁹¹, el mayor interés de la persona con discapacidad, **“no deja de ser un concepto de los que la doctrina científica llama indeterminado, por la forma o modo en que la ley lo establece y tipifica, a través de cláusulas generales de contenido ambiguo”**, aunque **“existe una determinación mediata”** de su contenido, **“a través del principio de no discriminación e igualdad de oportunidades”**, que **“caracteriza la materia**

⁸⁹ LINACERO DE LA FUENTE, María, *Protección jurídica del menor*, ED Montecorvo Madrid (2001), Págs. 54, 55 y 57.

⁹⁰ DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, en su intervención en las Jornadas de Derecho del menor celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, del 29 al 31 de marzo de 1984, recogida en *Familia y Derecho*, “Principio de protección integral de los hijos”, ED Civitas (1985), Págs. 171 y SS, exactamente página 175.

⁹¹ *Las personas con discapacidad.....*, obra citada, Pág. 155 y SS.

de derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, y se repite constantemente como un objetivo básico a conseguir". La consideración del interés del discapacitado, es el medio de aplicación práctica del principio de no discriminación e igualdad de oportunidades, con el fin de *"alcanzar en la práctica la finalidad pretendida, que no es otra que el goce pleno en condiciones de igualdad de aquellos derechos"*.

Seoane Rodríguez,⁹² alude al *"mayor interés del incapaz o incompletent's interest, como es designado en el derecho anglosajón"*, como un criterio que *"se ha convertido en la regla interpretativa básica del principio de protección"*.

Una vez admitido que el principio de interés del menor, y el del discapacitado, es un concepto jurídico indeterminado, guía o criterio para la resolución de los conflictos a favor de la parte más débil y más necesitada de protección, constituida en los supuestos a los que aludimos por un menor de edad o una persona con discapacidad, ¿cómo se determina qué es lo más conveniente, o en otras palabras, cual es el contenido de ese interés?

El profesor Díez Picazo⁹³, responde que, *"como en tantos conceptos o cláusulas generales se produce aquí una fórmula de gran ambigüedad, en la que solo la casuística puede ir perfilando las líneas del dibujo"*.

Como ideas para definir esa *"gran ambigüedad"*, cita las siguientes: *"no es lo más beneficioso lo que subjetivamente el padre entiende, si bien en algunos casos se permite que sea decisivo el criterio subjetivo del padre"*; *"tampoco son decisivas las creencias de los órganos jurisdiccionales, aunque de facto son las que acaban por imponerse. Por consiguiente habrán de ser las convicciones generalizadas de la sociedad o grupo humano las que determinen lo más beneficioso. Además, convendrá señalar la importancia que tiene predicar el beneficio respecto del momento presente o de un momento futuro"*.

Seoane Rodríguez,⁹⁴ excluye en la determinación del interés del discapacitado, *"toda interpretación o aplicación de las normas jurídicas que persigan alguna finalidad distinta"*, se refiere al bienestar del discapacitado, añadiendo que *"entre estas cabe señalar el interés de los guardadores, tutores, familiares o cualquier otro tercero"*, advirtiendo

⁹² "La definición de discapacidad intelectual", en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Aequitas, Pág. 144, y SS.

⁹³ *La Protección integral de los hijos*.

⁹⁴ "La definición de la discapacidad intelectual", en *Discapacidad Intelectual y Derecho*.

que el interés del discapacitado es el suyo propio, personal e intransferible, y no el de su entorno, o el que estos crean que es adecuado.

Ruiz Rico,⁹⁵ refiriéndose al interés del menor afirma que **“condensa y resume la necesidad de proteger la dignidad”**, de los menores de edad y por aplicación analógica de los discapacitados.

Linacero de la Fuente,⁹⁶ combina el criterio casuístico expresado por Díez Picazo, y el de protección del ejercicio de los derechos fundamentales de Ruiz Rico, afirmando que la fijación del interés del menor, **“vendrá dada por las circunstancias de hecho de cada caso concreto”**, **“su contenido se determina poniendo en relación dicho principio con los derechos fundamentales del niño”**.

En la línea de protección del ejercicio de los derechos fundamentales, insiste García Pons,⁹⁷ cuando dice que el interés del discapacitado, **“consiste básica y finalmente en promover y garantizar sus derechos fundamentales como persona y fomentar el libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 de la Constitución Española), bien por sí mismo si tiene capacidad de obrar suficiente y no es susceptible de incapacitación judicial, o por medio de su tutor si está sujeto a tutela”**.

Durán Corsanego⁹⁸, habla de una perspectiva externa y otra interna del interés del tutelado, y García Pons⁹⁹, de una apreciación objetiva y otra subjetiva. La externa u objetiva, es la manifestada por la familia, las personas que componen su entorno, profesionales, funcionarios, cargos públicos, el Juez y el Fiscal, e incluso el mismo Legislador. La apreciación interna o subjetiva, es la opinión del discapacitado que manifiesta que es lo que quiere hacer con su vida, que se convierte en una necesidad, como dice Díaz Alabart¹⁰⁰, **“siempre que tenga capacidad natural suficiente para ello, e incluso respetar su actuación por sí solo en cuanto ello no entrañe riesgos, porque hay que partir del principio de capacidad. Se trata de proteger (tanto jurídica como familiarmente) no de sobreproteger”**. Enlazamos con el Derecho de audiencia o a ser oído, pero para los casos en

⁹⁵ RUIZ- RICO RUIZ, José Manuel, y ALGUACIL, M^a José, *La Representación legal de menores e incapaces*, Pág. 66 y SS.

⁹⁶ *Protección jurídica del menor*, Págs. 59 y SS.

⁹⁷ *Las personas con discapacidad...*, Pág. 155 y SS.

⁹⁸ DURÁN CORSANEGO, Emilio, *La Autorregulación de la Tutela*, ED Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces (2008), Pág. 51 y ss.

⁹⁹ *Las Personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*.

¹⁰⁰ *La Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Págs. 46 y 47, “Principios de actuación jurídica”, Capítulo II, coautoras: HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a Dolores, ÁLVAREZ MORENO, M^a Teresa, REPRESA POLO, Patricia

los que quizá no sea posible que el discapacitado por el grado de afectación de sus facultades manifieste sus preferencias, Linacero de la Fuente,¹⁰¹ refiriéndose a los menores, apunta, que, ***“podría resultar orientativo establecer unos criterios esclarecedores del interés del menor en la línea del artículo 3 de la Ley 8/1995 del Parlamento de Cataluña”***, cuyo literal es el siguiente: ***“para la determinación de dicho interés debe tenerse en cuenta, en particular los anhelos y opiniones de los niños y adolescentes, y también su individualidad en el marco social y familiar”***.

Alonso Pérez¹⁰², ofrece como criterios orientadores los clásicos de la Doctrina, como son el ***“desenvolvimiento libre e integral de su personalidad”***, que es el objeto que se persigue con la acción tuitiva, y que se concreta en la ***“supremacía de todo lo que le beneficie”*** al menor o al discapacitado, ***“mas allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores, o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural”***.

Rivero Hernández¹⁰³, resume los criterios orientativos en el ***“desarrollo integral del menor”***, que configura la noción de su interés como ***“guía incluso obligación, a seguir en los comportamientos por las personas, instituciones u organismos que, en cada caso concreto, adopten medidas en relación con los menores”***.

Para García Pons¹⁰⁴, el principio del mayor interés o del interés preferente de las personas con discapacidad, es un Principio General del Derecho, que como todos los de su especie en su ***“alcance y límites”*** no es ***“absoluto ni incondicionado”***, sobre esa indeterminación propia del principio, ***“puede establecerse alguna regla con base a los criterios que nos ofrece la misma legislación y el sistema de fuentes de derecho”***, como son ***“la Ley y la costumbre como fuentes de Derecho de rango superior a los principios generales del Derecho”***, la aplicación de los demás Principios Generales del Derecho como ***“la buena fe exigida para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los contratos*** (artículos 7/1 y 1258 del Código Civil), ***“la interdicción del abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo”*** (artículo 7/2 del Código Civil). Es de carácter vinculante y de ***“obligada observancia”***, como consecuencia ***“su***

¹⁰¹ *Protección Jurídica del menor*, Pág. 57.

¹⁰² ALONSO PÉREZ, Mariano, “La situación Jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras” *Actualidad Civil*, (6 de enero de 1997), Págs. 17 y SS, revista nº 2.

¹⁰³ “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”, *Revista General del Derecho*, (junio de 1996), Pág. 6.503.

¹⁰⁴ *Las Personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Págs. 178 y SS.

incumplimiento puede dar lugar a la correspondiente reclamación ante la jurisdicción ordinaria, y ***“deberá ser aplicado, incluso sin necesidad de ser alegado por las partes, en toda clase de procedimientos por los Jueces y Tribunales”***.

En cuanto a las formas de manifestación del interés del discapacitado o del menor, Ruiz Rico,¹⁰⁵ alude a múltiples en atención a cada tipo concreto de circunstancias, ***“por lo tanto, conviene señalar que no se limita a los aspectos de índole personal o espiritual del menor, sino que alcanza a los aspectos patrimoniales o económicos”***.

García Pons¹⁰⁶, identifica el interés del discapacitado principalmente con el aspecto económico, fundamentando su conclusión en el artículo 1163 del Código Civil, que considera válido el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes ***“cuando se hubiere convertido en su utilidad”***, y en el artículo 1304 también del Código Civil, que establece que cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes no está obligado ***“el incapaz”*** a restituir sino ***“en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que lo recibiera”***; es decir, cuanto le fue útil o productivo en el sentido económico.

El interés del discapacitado o del menor en la esfera patrimonial y económica en general, es de fácil y sencilla definición, al referirse a elementos susceptibles de valoración contable y cuantificación en metálico.

El aspecto personal es de más difícil definición al afectar a cuestiones de índole familiar y social, que pueden ser interpretadas desde diferentes puntos de vista según las ideas propias de cada cual. Además, las cuestiones patrimoniales condicionan la situación personal del discapacitado, de manera que, el nivel económico determina la vida personal.

García Pons, distingue, además, un aspecto ***positivo***, que define como, aquello que es más conveniente, que beneficia, que redunde en el bienestar del menor, del incapacitado, o del discapacitado, que previene o compensa las desventajas o dificultades en su participación o incorporación plena a la sociedad, atendiendo a sus circunstancias, siguiendo la definición del artículo 8 párrafo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal; y otro

¹⁰⁵ RUIZ- RICO RUIZ, José Manuel, y ALGUACIL, M^a José, *La Representación legal de menores e incapaces*, Pág. 66.

¹⁰⁶ *Las Personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Págs. 151 y SS.

negativo, que se refiere a lo que le perjudica, es un peligro, del que tiene que ser apartado, porque es una fragante infracción de sus derechos.

El interés del discapacitado es un principio que como tal, está llamado a intervenir en conflictos de intereses, en una situación en la que colisionan los factores determinantes del bienestar de un discapacitado con otros intereses, por lo que lo más habitual es que se discuta en un procedimiento judicial. El Juez, apreciará discrecionalmente qué es el interés de un discapacitado en un determinado conflicto en ese momento concreto, llegando a la conclusión que fundamente su pronunciamiento al respecto.

Esa apreciación discrecional, no significa arbitrariedad, en este sentido, Linacero de la Fuente¹⁰⁷, cita como límites a la valoración judicial del interés del menor que hacemos extensiva al discapacitado **“la racionalidad en la apreciación de los hechos y evitar en todo perjuicio espiritual y la protección de sus derechos”**.

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, alude al interés de las personas con discapacidad, en el último inciso del párrafo 4º de artículo 12, que bajo el epígrafe de **“Igual reconocimiento como persona ante la ley”**, se refiere a la capacidad jurídica, y al ejercicio de la capacidad de jurídica, (capacidad de obrar en nuestro Derecho), especialmente en los supuestos en los que falta, en lo que refiere a la salvaguardias que los Estados deberán proporcionar, que **“serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”**; las salvaguardias tienen como fin la protección del interés de persona, y su intensidad se ajustará proporcionalmente al mismo.

El interés de las personas con discapacidad, se convierte así, en el objeto de la protección que define y determina el alcance y contenido de las medidas que se adopten en este sentido, ya sea la tutela, la curatela o cualquier otra¹⁰⁸. En la tramitación del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, se concretará el interés de la persona a proteger, en

¹⁰⁷ *Protección jurídica del menor*, Pág. 61.

¹⁰⁸ Ver como instrumentos de interpretación de la Convención al Derecho interno español, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2009, y las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas, *La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus efectos en el Derecho interno*. Dirección: GANZENMÜLLER ROIG, Carlos, PAZ RUBIO, José Mª, LÓPEZ-EBIR, Gonzalo, LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, Nuria, FABREGA RUIZ, Cristóbal, MENDIOLA GÓMEZ, Carmen, BARQUILLA, Carmen. Comunicaciones recibidas: SANTOS URBANEJA, Fernando.

todos los ámbitos de su vida, personal, patrimonial, sanitario, social, etcétera¹⁰⁹.

Esa averiguación y constatación del interés de la persona con discapacidad, requiere para su efectividad, promocionar las figuras jurídicas que exteriorizan la autonomía de la voluntad, como la autotutela, los poderes preventivos, instrucciones previas, y todas aquellas que garanticen el ejercicio y manifestación de la voluntad de forma anticipada a la adopción de la medida de protección.

Nuestro Ordenamiento Jurídico, ofrece un amplio abanico de posibilidades de autoprotección, habiendo legislado con anterioridad a la Convención las instituciones referidas, proporcionando a la persona con discapacidad, y a la que no lo es, en previsión de situaciones futuras la ocasión de elegir las medidas que se ajusten a sus necesidades de protección y apoyo, respondiendo así adecuadamente a su interés.

Los Derechos y Principios analizados, conforman la base sobre la cual, se edifica el tratamiento de la protección de las diferentes discapacidades o situaciones de vulnerabilidad, determinado el estatuto jurídico aplicable a las personas que se encuentren en esas circunstancias definiendo los apoyos necesarios para que su personalidad se desarrolle con la misma libertad que los demás.

¹⁰⁹ Las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales, se refieren expresamente a los ámbitos personal y salud, patrimonial, de inclusión social y de vida independiente.

CAPITULO II
LA CAPACIDAD

I.- LA CAPACIDAD

El estudio de la capacidad de la persona es un tema *“sumamente arriesgado y complejo”*, manifiesta Rovira Sueiro¹¹⁰; precisamente porque se trata de una de las cuestiones fundamentales del Derecho, y como tal, *“implica adentrarse en la substancia de la persona misma”*; *“estamos ante la más radical, general y directa traducción jurídica de la personalidad”*, dice Gordillo Cañas¹¹¹, por ello *“entrar en el tema de la capacidad supone pisar sagrado”*.

La capacidad es un tema capital, comprendiendo esa trascendencia tanto el tratamiento de su existencia como el de su falta. Ambas situaciones han de ser observadas desde la perspectiva delimitada por los principios de dignidad, libertad e igualdad, reconocidos universalmente y proclamados por nuestra Constitución de 1978, como fundamentales e inherentes a la persona.

Pese a la importancia del tema, ni el Código Civil, ni el Código de Comercio, ni las Leyes especiales, definen el concepto de capacidad. Los preceptos legales, se limitan a aludir continuamente al término refiriéndose a su grado o extensión, a su consideración o falta, o a los requisitos exigidos para la eficacia de un acto concreto. Se habla de capacidad para adquirir, para enajenar, para otorgar testamento, para contraer matrimonio, para comparecer en juicio, o para ejercer el comercio, de capacidad plena, de completar la capacidad, de capacidad suficiente, de condiciones de madurez, de suficiente juicio, de discernimiento.

La falta de capacidad tampoco es definida con exactitud, empleándose términos como incapaz sin distinguir entre la falta de capacidad natural por no haber alcanzado la madurez propia del menor de edad, y la causada por concurrir una de las causas de incapacitación del artículo 200 del Código Civil que no es otra que la imposibilidad de autogobierno. Otras expresiones, como incapacitado judicialmente o judicialmente incapacitado, presunto incapaz, o incapacidad apreciada conforme a lo dispuesto por este del artículo 1732 en sede de mandato, significan una vaguedad más en el alcance y significado de la definición de capacidad y sobre todo de su falta.

¹¹⁰ ROVIRA SUEIRO, M^a Esther, *La relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, ED Universitaria Ramón Areces, (2005), Págs. 11 y SS.

¹¹¹ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos (1986), Pág. 13.

Para Rovira Sueiro,¹¹² la imprecisión afecta tanto a la terminología del Código Civil, de la Doctrina, y de la Jurisprudencia, como al contenido del concepto de capacidad. La unificación de criterios y no digamos de definiciones no es tan fácil; porque, como apunta García Ripoll¹¹³, ***“cada acto jurídico no es unitario pues la falta de esos requisitos no determina siempre los mismos efectos”***.

La Doctrina siguiendo a la Pandectista alemana, y con el fin de establecer un orden, distingue dos conceptos básicos unánime y plenamente aceptados, capacidad jurídica: ***“la aptitud de la persona para ser titular de derechos y de obligaciones; y, capacidad de obrar: “la aptitud de la persona para realizar actos con eficacia jurídica”***¹¹⁴.

La delimitación del concepto de capacidad jurídica y de capacidad de obrar, es un requisito previo tanto para el estudio de la capacidad como de la falta de capacidad o incapacidad; y, por supuesto, de la incapacitación como estado civil que determina un estatus jurídico específico en la persona incapacitada, y del contenido de la acción tuitiva que le corresponde a tenor de sus circunstancias¹¹⁵.

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su artículo 12, establece el modelo a seguir por los Estados partes, en orden a la capacidad de las personas, refiriéndose a la ***“capacidad jurídica y al ejercicio de la capacidad jurídica”***; en vez, de la distinción clásica de capacidad jurídica y capacidad de obrar. En esa terminología no hay que ver más que la diferente mentalidad de los dos bloques; el occidental, del que forma parte la Unión Europea, y el resto de países de Europa, y América, que eran partidarios de la mención expresa de capacidad jurídica y capacidad de obrar, mostrando una posición abierta al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en el sentido más amplio, incluyendo la titularidad jurídica y el ejercicio. Y por otro lado, el compuesto por los países islámicos a los que se unieron China y Rusia, que optaban por la referencia exclusiva a la capacidad jurídica obviando cualquier alusión a la capacidad de obrar, con la intención de atribuir a las personas con discapacidad la titularidad formal de los

¹¹² La relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad, Pág. 12.

¹¹³ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch Editor, Barcelona (1992), Pág. 27.

¹¹⁴ CASTRO y BRAVO, Federico DE, *Derecho Civil de España*, Tomo II parte I, Madrid (1952), Pág. 40.

¹¹⁵ En este sentido, ROVIRA SUEIRO, M^a Esther, *La relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Pág. 12.

derechos, pero reservándose para su legislación interna la regulación en la práctica del ejercicio de tales derechos.

En principio, en un intento conciliador, al objeto de que tal discusión no fuera un obstáculo, el Comité Especial de Naciones Unidas propuso la inclusión de una nota a pie de página del artículo 12, con la siguiente aclaración **“en árabe, chino y ruso, la expresión capacidad jurídica se refiere a la capacidad jurídica de ostentar derechos, no a la capacidad de obrar”**. Al final, se suprimió dicha nota y la redacción final del artículo 12 de la Convención no recogió los términos capacidad jurídica y capacidad de obrar¹¹⁶.

Los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar tradicionales en nuestro Derecho, son plenamente coincidentes y se corresponden con la idea que transmiten los de la Convención: capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica. Así lo manifiestan entre otros, el profesor Serrano García¹¹⁷, en su análisis del artículo 12 de la Convención concluye, que, cuando en el apartado 3 se habla de **“proporcionar el apoyo que puedan necesitar para ejercer su capacidad jurídica”**, hay que entenderlo como **“referido a la capacidad de obrar**, porque en el Derecho español la capacidad jurídica se tiene no se ejerce. Y García Pons¹¹⁸, a su vez dice, que: **“el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad distingue esos dos conceptos o afecciones de la capacidad”**; se refiere a capacidad jurídica y capacidad de obrar; continuando, que **“los apartados tercero y cuarto, seguramente los más polémicos de la Convención, hacen referencia a la capacidad de obrar, aunque sin mencionarla con ese nombre, pero otra cosa es “el ejercicio de la capacidad jurídica”**.

1. LA CAPACIDAD JURÍDICA

El profesor De Castro¹¹⁹, define la capacidad jurídica distinguiendo la general o **“aptitud de una persona para ser titular de relaciones jurídicas”**; es decir, **“para que le sean propias”**; y la especial, o **“aptitud para ser titular de una determinada clase de relaciones jurídicas”**.

¹¹⁶ Sobre este extremo véase a GARCÍA PONS, Antonio, Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006, ED Universitaria Ramón Areces, Madrid (2008), Pág. 42 y 43.

¹¹⁷ SERRANO GARCÍA, Ignacio, “Revista Voces” nº 373 noviembre-diciembre 2008, de FEAPS, Confederación Española de organizaciones a favor de las Personas con discapacidad Intelectual.

¹¹⁸ GARCÍA PONS, Antonio, Las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español. La convención internacional de 13 de diciembre de 2006, Pág. 45 y 46.

¹¹⁹ CASTRO y BRAVO, Federico DE, *Compendio de Derecho Civil*, Introducción y Derecho de la persona 5ª ED Madrid, 1.970, Pág. 165.

Díez Picazo¹²⁰, dice que la capacidad jurídica es *“la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones”*; y Gullón Ballesteros¹²¹, que *“es la aptitud que posee toda persona para ser sujeto de derechos”*. Para Castán Tobeñas¹²², *“implica la aptitud para la titularidad de derechos y obligaciones, que se despliega en el goce de esos derechos”*.

Lete del Río y Ogayar Ayllón¹²³; afirman que, *“la capacidad jurídica es la aptitud que el Derecho reconoce a toda persona para ser sujeto de relaciones jurídicas; es decir, titular de derechos y obligaciones una titularidad actual o potencial”*, que se corresponde con *“una posición estática del sujeto, al que se considera como titular o portador potencial de todos los valores (derechos y obligaciones) de un sistema normativo concreto”*.

Ramos Chaparro¹²⁴; insiste en que, la capacidad jurídica *es una cualidad pasiva para ser receptor de efectos jurídicos”*; mientras que, para Gordillo Cañas¹²⁵ *“suele definirse como la aptitud de la persona para ser sujeto de derecho, la idoneidad para ser sujeto de facultades y deberes”*.

O’Callaghan¹²⁶; realiza su aportación considerando que, *“la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos subjetivos y de deberes jurídicos. O en otras palabras, la idoneidad para ser sujeto de relaciones jurídicas”*. Y Rovira Sueiro¹²⁷, la define como *“la aptitud de la persona para ser titular de derechos y de obligaciones”*.

¹²⁰ DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, “Introducción y Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica”, 5ª ED, Tecnos (1985), Pág. 230.

¹²¹ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, “Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar”, en la obra colectiva, *Los Discapacitados y su protección jurídica*, Directores: GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, y PICÓN MARTÍN, José, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (1999), Pág. 13.

¹²² CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo I, Introducción y parte general, Vol. II, “Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos”, Madrid, Ed. Reus, (1965), Pág. 136.

¹²³ LETE DEL RÍO, José Manuel, OGAYAR AYLLÓN, Tomás, *Comentarios del Código Civil*, “Artículos 181 al 332, Sección IX De la Incapacitación”, 2ª Edición, Madrid (2004), Directores: ALBADALEJO, Manuel, y DÍAZ ALABART, Silvia, Versión digital vLex. Com Id. vLex: VLEX-230643.

¹²⁴ RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, ED Tecnos, Madrid (1995), Pág. 263.

¹²⁵ *Capacidad, Incapacidades y estabilidad de los contratos*, ED Tecnos, Madrid (1986), Pág. 20-21, compone esta definición aludiendo a las de Ruggiero, Carnelutti, De Castro, y Rescigno, pie de pagina nºs 1, 2, 3, y 4.

¹²⁶ *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, parte general, Edersa (1992), Pág. 261.

¹²⁷ En *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, paginas 13 y siguientes.

La capacidad jurídica se vincula a la titularidad de derechos de obligaciones y deberes, inherentes a la condición de sujeto de derecho que ostenta toda persona por el mero hecho de serlo, idea sobre la que el profesor De Castro¹²⁸; puntualiza que, ***“no es un tener, poseer, adquirir, gozar de un derecho, o estar en relaciones jurídicas, pues de puede tener, poseer etc... por y para otro como un instrumento, servidor, representante o fiduciario. La capacidad jurídica entra en juego cuando ese tener, poseer, etc., es para sí, afectando inmediatamente, aunque sea mediante la actuación de otra persona, la esfera jurídica personal”***. La unión de la capacidad jurídica a la persona es indiscutible; de manera, que, todos los autores la definen como cualidad propia a la misma. En este sentido, argumenta que, ***“la capacidad jurídica de la persona”***, resultante de esta condición, ***“se refiere a la cualidad intrínseca que la habilita para ser titular de relaciones jurídicas (indeterminadamente) y, así, para ser centro unificador e independiente de las relaciones jurídicas propias”***. ***“Es una cualidad esencial de la persona”***; de manera que, ***“no es persona quien carece de capacidad jurídica”***; a la vez que, ***“negar a un hombre la capacidad jurídica o restringirla de modo injustificado es contrario a los Principios Generales del Derecho (artículo 6 del Código Civil)”***; y en consecuencia, ***“cualquier disposición extranjera en tal sentido, no se podría aplicar en España (orden público internacional)”***; quedando las cuestiones relativas a la capacidad jurídica ***“fuera de la autonomía de la voluntad”***.

Díez Picazo¹²⁹, manifiesta que, ***“toda persona por el mero hecho de serlo, posee capacidad jurídica. La capacidad jurídica, en tal sentido es un atributo o cualidad esencial de ella”***. O’Callaghan,¹³⁰ aclara respecto a este extremo que, ***“ya se ha dicho que el concepto de capacidad jurídica es coincidente con el de la personalidad. Sin embargo, personalidad es la emanación jurídica de la persona y la capacidad le es atribuida por el Ordenamiento Jurídico. Lo que sí es cierto es que la personalidad es presupuesto e implica capacidad jurídica; toda persona, por el hecho de serlo tiene capacidad jurídica; la tiene desde el comienzo hasta el fin de su personalidad”***. Puntualizando García Ripoll¹³¹, que ***“hoy se reconoce a todo hombre la personalidad y como consecuencia su capacidad jurídica, por el mero hecho de serlo, a diferencia de otros tiempos en los que no***

¹²⁸ Derecho Civil de España Tomo II, Pág. 46, ED Civitas, Madrid 1984, y *Compendio de Derecho Civil*, Introducción y Derecho de la persona 5ª ED Madrid, (1970), Pág. 165.

¹²⁹ *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, “Introducción y Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica”, 5ª ED, Tecnos (1985), Pág. 230.

¹³⁰ *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, parte general, Pág. 261.

¹³¹ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Págs. 25 y SS.

ocurría lo mismo (esclavos, siervos etc.). La capacidad es la manifestación fundamental de la personalidad”.

Gullón¹³²; argumenta que, *“la capacidad jurídica no es mas que la expresión de la igualdad y dignidad de la persona que resalta la Constitución española. Es por tanto la misma durante toda la vida, uniforme, inmune a graduaciones o modificaciones. Es la que hace al hombre sujeto de Derecho, reflejo de su personalidad y a ella necesaria e inmediatamente conectada. En nada se ve afectada por las circunstancias personales del individuo. La capacidad jurídica no se concede, es una necesidad derivada de la misma personalidad humana”.* A la vez, Sancho Gargallo¹³³; concluye que, *“toda persona que nace con vida, en las condiciones previstas en el artículo 29 del Código Civil, goza de esta capacidad jurídica, que solo perderá con la muerte, con independencia de su edad y estado de salud mental y física. La capacidad jurídica es una cualidad que el derecho no otorga sino que reconoce a toda persona por el mero hecho de serlo”.*

Esa identificación de la capacidad jurídica con la persona y la personalidad, y su condición de previa y anterior a todos los derechos y relaciones jurídicas, determina que sea calificada como *“fundamental, una, indivisible, irreductible, esencialmente igual siempre y para todos los hombres”*, según Castán¹³⁴.

Para García Ripoll¹³⁵, *“lo característico de la capacidad jurídica es su carácter general y abstracto, apriorístico a cualquier relación jurídica. No se trata de un derecho subjetivo, sino que es precisamente, el antecedente lógico a los concretos derechos subjetivos”.*

La capacidad jurídica es una e igual para todos, no es susceptible de graduación, ni de renuncia o negocio en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, es una cuestión indisponible, permaneciendo inalterable desde el nacimiento hasta la muerte, por encima de las circunstancias que afecten al individuo por su unión a la dignidad nadie puede ser privado de ella. Porque la titularidad de derechos y de obligaciones que significa, es el origen de todas las relaciones jurídicas, las cuales no serían posibles, no existirían sin el reconocimiento previo de esos derechos susceptibles de ejercicio.

¹³² GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, “Capacidad jurídica y Capacidad de obrar”, en la obra colectiva, *Los Discapacitados y su protección jurídica*, Directores: GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, y PICÓN MARTÍN, José, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (1999), Pág. 13.

¹³³ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia (2000), Pág. 27.

¹³⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español Común y foral*, Pág. 163.

¹³⁵ Pág. 29 de *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*.

2. LA CAPACIDAD DE OBRAR

De Castro, siguiendo el esquema empleado en la delimitación de la noción de capacidad jurídica, define la capacidad de obrar en general como *“la aptitud de una persona para realizar actos con eficacia jurídica”*, o *“posibilidad general de cada persona de actuar según su estado civil”*, y la capacidad de obrar especial como *“la aptitud requerida para realizar con eficacia jurídica un determinado acto”*.¹³⁶

La capacidad de obrar especial entendida como requisito de la eficacia de los actos, tiene dos aspectos, *“positivo o negativo”*, su existencia determina la eficacia del acto, y su falta la impide. En resumen, capacidad de obrar es *“la aptitud de una persona para realizar actos con eficacia jurídica”*.

Diez Picazo¹³⁷ asevera que, la capacidad de obrar es la *“aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, la capacidad para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones”*. Gordillo Cañas, insiste en esa idea de aptitud e idoneidad para realizar actos jurídicos eficaces y el ejercicio de los derechos, definiendo la capacidad de obrar como *“aptitud o idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos eficaces, idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos y ejercer sus derechos”*¹³⁸.

Para Lete y Ogayar,¹³⁹ *“De la capacidad jurídica se distingue la capacidad de obrar o aptitud reconocida por el Derecho a la persona para realizar, por sí y para sí (o para otra por ella representada), actos con eficacia jurídica. Con ello se hace referencia a la eficaz actuación de la persona en el comercio jurídico, a su aptitud para el ejercicio de los derechos, a la capacidad para adquirir y obligarse.”*

Castán Tobeñas, considera que, *“la capacidad jurídica o aptitud para la titularidad de derechos y obligaciones, se despliega en el ejercicio*

¹³⁶ *Compendio de Derecho Civil*, “Introducción y Derecho de la persona”, 5ª ED Madrid (1970), Pág. 166 y 167.

¹³⁷ *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, “Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica”, Tecnos (1985), Págs. 230 y 231.

¹³⁸ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidades, incapacidades...* obra citada Pág. 34

¹³⁹ *Comentarios del Código Civil*, “Artículos 181 al 332”, Sección IX De la Incapacitación, 2ª Edición, Madrid (2004), Directores: ALBADALEJO, Manuel, y DÍAZ ALABART, Silvia. Versión digital vLex. Com Id. vLex: VLEX-230643.

*de tales derechos, cuando entramos en el ámbito de la capacidad de obrar*¹⁴⁰.

O'Callaghan,¹⁴¹ se refiere a la capacidad de obrar como *“la aptitud para el ejercicio de los derechos subjetivos y de los deberes jurídicos”*, distinguiendo *la titularidad de los derechos (capacidad jurídica) y ejercicio de los mismos (capacidad de obrar)*.

Bercovitz, vincula capacidad de obrar con eficacia de los actos afirmando que, es la *“aptitud para actuar con eficacia jurídica, para que los actos realizados por una persona puedan ser considerados en su caso como jurídicamente validos”*¹⁴².

Sancho Gargallo¹⁴³, argumenta que, *“para ejercitar derechos y cumplir con las obligaciones se precisa un complemento, que se denomina capacidad de obrar”*. Mientras que, para Rovira Sueiro¹⁴⁴, *“capacidad de obrar constituye una aptitud de carácter dinámico, productora, cuya consecuencia es la firmeza de los actos, es decir, de esta capacidad depende no solo la existencia de los actos sino también su firmeza”*

García Ripoll¹⁴⁵, aduce que, la capacidad de obrar es un concepto elaborado por la doctrina que poco a poco ha penetrado en la legislación y en la jurisprudencia, que se suele definir como, *“la aptitud de la persona para realizar actos jurídicos eficaces; de manera, que, la imposibilidad de realizar eficazmente un acto jurídico sería una incapacidad, y la persona en tal situación: incapaz”*. Esa puntualización, es una llamada de atención respecto a la importancia de la delimitación de los conceptos en materia de capacidad en relación con las consecuencias de su falta; porque, cuando una de las partes intervinientes en un acto jurídico, no reúne los requisitos de capacidad exigidos, el acto nace viciado, no es eficaz, porque en cualquier momento puede ser impugnado y eliminado del tráfico jurídico; en definitiva, no es un acto jurídico.

La capacidad de obrar al igual que la capacidad jurídica es un atributo de la persona y de la personalidad, es *“una cualidad propia e*

¹⁴⁰ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, Introducción y parte general, Vol. II, “Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos”, Madrid, Reus, (1965), Pág. 136.

¹⁴¹ *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, parte general, Pág. 261.

¹⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, Rodrigo, *Derecho de la persona* Pág. 197, Madrid (1976).

¹⁴³ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch Valencia (2000), Pág. 27.

¹⁴⁴ *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Pagina 18.

¹⁴⁵ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Pág. 46 y 47.

inseparable de cada persona, atributo de la personalidad”, dijo De Castro¹⁴⁶. El ejercicio de los derechos y de las obligaciones es la consecuencia y el complemento de la titularidad de los mismos; de manera que, los derechos subjetivos no serian tales derechos sin el reconocimiento universal de su libre ejercicio.

Para Gordillo Cañas; la capacidad de obrar es el “*aspecto dinámico y activo de la personalidad*”, porque “*connota ya en su misma denominación la actuación humana*”¹⁴⁷, frente al “*aspecto estático de la personalidad*”, que representa la capacidad jurídica. En este sentido, se manifiestan varios autores entre ellos, Castán Tobeñas, apuntando que “*la capacidad de derecho, (capacidad jurídica), supone una posición estática del sujeto, mientras que la capacidad de ejercicio, (capacidad de obrar), denota una idea dinámica*”¹⁴⁸.

García-Ripoll,¹⁴⁹ añade que, “*es doctrina común considerar que la capacidad jurídica es una manifestación de la dimensión estática de la persona, y la capacidad de obrar, una manifestación de la dimensión dinámica*”, deduciendo que, “*la capacidad jurídica es un prius respecto a la capacidad de obrar no se puede predicar la capacidad de obrar de una persona si esta no es previamente sujeto de derecho, apta para ser titular de derechos y de obligaciones*”.

La capacidad de obrar es el complemento de la capacidad jurídica, el ejercicio de los derechos cuya titularidad implica esta última; ambas son un atributo de la personalidad, inherentes a la persona, pero existe una diferencia entre una y otra.

La capacidad de obrar significa actuación de la persona, implicando libertad, voluntad, y responsabilidad, porque esos actos tienen que ser jurídicamente eficaces. Por lo tanto, no es una, igual, invariable o inalterable para todos como la capacidad jurídica, “*depende de la capacidad natural*”, afirmó De Castro,¹⁵⁰ o “*conocimiento y voluntad*”, caracteres propios del “*mayor de edad*”, de los que carece “*el menor y el loco*”.

¹⁴⁶ *Compendio de Derecho Civil*, Introducción y Derecho de la persona, 5ª ED Madrid, (1970), Pág. 166 y 167.

¹⁴⁷ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Pág. 34.

¹⁴⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, Introducción y parte general, Vol. II, Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos, Pág. 136.

¹⁴⁹ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Pág. 34.

¹⁵⁰ *Compendio de Derecho Civil*, Introducción y Derecho de la persona 5ª ED Madrid, 1970, Pág. 167.

Para Gullón Ballesteros¹⁵¹, *“si la capacidad jurídica es el reflejo directo de la personalidad, la capacidad de obrar la presupone, pero exige un mínimo de madurez en el sujeto para cuidar de su persona y bienes”*, de ahí que, *“la capacidad de obrar a diferencia de la capacidad jurídica, admite graduaciones, porque no son iguales las condiciones de madurez en todas las persona, o si se quiere, su capacidad de entender y de querer”*.

De la capacidad natural, el conocimiento y voluntad, del profesor De Castro; o las facultades intelectivas y volitivas, a las que alude García Ripoll¹⁵², se derivan la contingencia y variabilidad que, definen la eficacia jurídica de los actos de una persona. Porque, *“el ejercicio de los derechos mediante la constitución de relaciones jurídicas y la necesidad de que sus efectos sean eficaces, exige que la persona tenga inteligencia y voluntad plenamente desarrollada y consciente, para conocer y entender el alcance y significado del acto o negocio que se dispone a realizar”*, como presupuesto de su capacidad de obrar, condiciones intelectivas y volitivas que *“no son iguales para todas las personas, su intensidad varía dependiendo de ciertas circunstancias que inciden en la madurez, como son la edad o las enfermedades o deficiencias que afectan a la capacidad de autogobierno”*.

La Doctrina unánimemente afirma, que la capacidad de obrar no es igual, ni homogénea, al contrario puede ser modificada o restringida dando lugar a diferentes grados previstos en la ley, aunque, eso sí, en principio se presume plena. Su extensión escapa en todo caso del ámbito de la autonomía de la voluntad, se considera una cuestión de orden público interno, afirmó De Castro¹⁵³, y como tal se justifica con el estado civil, que acredita el grado que corresponde a cada persona en un momento concreto de su vida.

El estado civil como dato objetivo que indica el grado de capacidad de obrar, es una idea aceptada por la mayoría de la doctrina, y en este sentido, Díez Picazo¹⁵⁴, asevera que, la capacidad de obrar, *“no corresponde por igual a todos los que poseen capacidad jurídica. Depende del estado civil o, si se quiere, de ciertas cualidades que el Ordenamiento Jurídico toma en consideración (mayor o menor edad,*

¹⁵¹ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Capacidad jurídica y Capacidad de obrar*, Pág. 13.

¹⁵² GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Pág. 25 y SS.

¹⁵³ *Compendio de Derecho Civil*, Introducción y Derecho de la persona 5ª ED Madrid (1970), Pág. 166 y 167.

¹⁵⁴ *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I. “Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica”, Tecnos (1985), Págs. 230 y 231.

capacitado o incapacitado etc) por cuanto determinan un diferente modo de ser y estar en la comunidad según sea el estado civil de la persona, así será el radio de acción de su capacidad de obrar”.

En la misma línea, O’Callaghan¹⁵⁵; manifiesta que, la capacidad de obrar, *“no corresponde a toda persona ni es igual para todos, sino que tiene una serie de grados que corresponden al estado civil y que tienen íntima relación con la edad, la incapacitación, la nacionalidad y la vecindad civil respecto a la ley personal. La capacidad de obrar plena se presume; la falta o la restricción de capacidad ha de ser acreditada de modo evidente y completo”*, no puede abandonarse a la duda o la incertidumbre.

La capacidad de obrar plena corresponde a los mayores de dieciocho años, a tenor del artículo 322 del Código Civil, que establece que: *“el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil”*; es decir, ejercita personalmente sus derechos y obligaciones, con las excepciones previstas en la Ley, nos referimos a las capacidades especiales, o actos para los que la ley exige requisitos específicos de capacidad, como es la adopción fijada en veinticinco años por el artículo 175 del Código Civil.

La incapacidad significa la falta de capacidad o aptitud para el ejercicio de los derechos y obligaciones propias, actuando en su nombre el representante legal: el titular o titulares de la patria potestad o el tutor.

La capacidad de obrar restringida o limitada, implica la aptitud para el ejercicio de derechos y obligaciones propios, pero con la asistencia debida en ciertos actos. Se encuentran en esta situación el menor emancipado o habilitado de la mayor edad, aquel con capacidad modificada parcialmente, y el pródigo.

La extensión de la capacidad en los casos en los que se haya modificado judicialmente, depende en su extensión de los pronunciamientos de la sentencia que la declare, (artículo 760/1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000), acordando un régimen de representación legal o de asistencia o complemento de la capacidad de obrar.

¹⁵⁵ *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, parte general, Pág. 262.

3. LA CAPACIDAD DE OBRAR SUFICIENTE

La capacidad de obrar suficiente es un concepto que aparece en nuestro Derecho, con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, y que trasciende al Código Civil, en virtud del nuevo párrafo introducido en el artículo 223 regulando la autotutela. Posteriormente, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en su artículo 4/2-f, reconoce a la persona dependiente o en situación de dependencia, el derecho a ***“decidir, cuando tenga capacidad de obrar de suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno”***

En nuestra legislación, nos encontramos con expresiones similares a capacidad de obrar suficiente, como son condiciones de madurez o suficiente juicio.

Las condiciones de madurez, aparecen en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, concretamente en el artículo 2, que refiriéndose al consentimiento de los menores e incapaces en las cuestiones relativas a los derechos que se regulan en la precitada norma, que, ***“deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”***.

En el Código Civil, el artículo 92/6, habla del suficiente juicio de los menores como requisito para ser oídos en el procedimiento de nulidad, separación y divorcio de sus padres, en orden a la adopción de los efectos civiles oportunos relativos a su guarda, custodia, régimen de visitas y comunicación con el progenitor no custodio.

El 154/2º párrafo segundo, relativos al ejercicio de la patria potestad, prevé que los hijos si ***“tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten”***, respecto a su representación y la administración de sus bienes.

El 156 regula el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, estableciendo en el segundo párrafo que, en el caso de que los progenitores acudan al Juez al objeto de que resuelva un supuesto de desacuerdo, ambos serán oídos y también el hijo, ***“si tuviera suficiente juicio”***, fijando como criterio para determinar ese momento a los ***“doce años”***, afirmando que, el hijo será oído ***“en todo caso”***, es decir, siempre, si ha cumplido esa edad.

El 177/3 al señalar quienes serán oídos por el Juez en una adopción, se refiere al adoptando menor de doce años siempre que tenga suficiente juicio, presuponiendo en concordancia con el 156, que el mayor de doce años lo tiene.

El 231 relativo a la constitución de la tutela, establece como requisito previo la audiencia ante el Juez, de los parientes mas próximos, de las personas que se considere oportuno **“y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre que fuera mayor de doce años”**.

El 237 insiste en **“oír al tutelado si tuviere suficiente juicio”**, en la resolución de los desacuerdos de varios tutores cuando se haya desdoblado el ejercicio de la tutela, siendo de idéntico contenido el 248 respecto a la remoción del tutor.

Es común a todos estos preceptos el requisito de oír al menor o a la persona con capacidad modificada con suficiente juicio, para expresar su opinión aunque sin carácter vinculante.

El 162 concede al menor de edad una autentica capacidad decisoria en la celebración por sus padres titulares de la patria potestad, de contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales, supuesto en el que se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio.

No existe una definición legal detallando el alcance y significado de los conceptos que nos ocupan, siendo preciso hacerse la siguiente pregunta: ¿qué es capacidad de obrar suficiente, suficiente juicio, o condiciones de madurez?

El artículo 1263 del Código Civil, en sede de obligaciones y contratos, define la capacidad de obrar suficiente desde un aspecto negativo aludiendo a su falta, disponiendo que, **“no pueden prestar consentimiento: 1º los menores no emancipados. 2º los incapacitados”**.

El artículo 1300 del precitado cuerpo legal, continuando en esta línea de definición negativa, regula los efectos de la falta de capacidad de obrar en los contratos: **“los contratos en que concurran los requisitos del artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley”**.

Uno de los requisitos del artículo 1261, que viciado puede dar lugar a la anulación del contrato, es **“el consentimiento de los contratantes”**, que

no pueden prestar validamente, aquellas personas que no tienen plena capacidad de obrar, o si queremos decirlo así capacidad de obrar suficiente para ese acto.

No obstante, el artículo 1261 al establecer que no pueden prestar consentimiento los incapacitados, se refiere a los incapacitados judicialmente, en virtud de sentencia de modificación de capacidad, dictada como resultado de la tramitación del procedimiento establecido legalmente al efecto. Pero, como la cuestión, es la promoción de la autonomía y de la capacidad de obrar de quien la tiene limitada, la capacidad de obrar suficiente, será aquella que resulte ***“bastante para consentir un acto favorable, algo que claramente beneficia a la persona con discapacidad y que al parecer determina que no sea necesaria la capacidad ordinaria, total o plena”***, puntualiza García Pons¹⁵⁶.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, utiliza en varios de sus preceptos el término capacidad de obrar suficiente, uno de ellos es el artículo 3/1º-a, que legitima para constituir un patrimonio protegido a ***“la propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo siempre que tenga capacidad de obrar suficiente”***. Pero ¿cuándo puede el propio discapacitado constituir a su favor un patrimonio protegido?, desde luego, si su capacidad no está modificada judicialmente y es mayor de edad, no existe impedimento legal alguno para que realice dicha constitución, ya que, se encuentra en una situación de plena capacidad de obrar que le legitima para regir todos los actos de su vida.

La capacidad de obrar suficiente entra en juego en los supuestos en los que falta la capacidad de obrar, cuando el interesado está sujeto a la patria potestad, tutela o curatela. De ahí que, la doctrina se haya planteado la posibilidad de que la legitimación del discapacitado con capacidad de obrar suficiente para constituir un patrimonio protegido, se refiera al discapacitado sujeto a curatela.

Marín Calero¹⁵⁷, cita al Notario Alfonso Bolás, que manifestó al respecto en su intervención en las Jornadas organizadas por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo el 15 de mayo de 2003 que, la razón de la introducción en la Ley del ***“término “capacidad suficiente” sustituyendo al de capacidad plena, está en la cuestión, meramente técnica, de dar entrada a la intervención de los curadores como complemento de la***

¹⁵⁶ GARCÍA PONS, Antonio, Pág. 110 de *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La convención internacional de 13 de diciembre de 2006.*

¹⁵⁷ En *La Integración patrimonial de las personas con discapacidad*, Págs. 63, 64 y 65.

capacidad de obrar del discapacitado, cuando así lo haya establecido la sentencia de incapacitación”.

El mismo Marín Calero y García Pons¹⁵⁸, puntualizan que, en el anterior precepto la capacidad de obrar suficiente para constituir un patrimonio protegido por el propio discapacitado, es independiente a la intervención del curador; es decir, que, el incapacitado sujeto a curatela no tendría capacidad suficiente para dicha constitución, porque el mismo precepto implica en su apartado b, la intervención del curador, ***“cuando la persona con discapacidad no tenga la capacidad de obrar suficiente”.***

Además, razona Marín Calero que, ***“alguien que tiene el grado suficiente de discernimiento para realizar por sí solo actos de aceptación de herencias y todo tipo de liberalidades, para enajenar bienes muebles, de valor no extraordinario, hacer gastos ordinarios en toda clase de bienes y cederlos en arrendamiento, por plazo no superior a seis años, no creo que sea razonable decidir que no pueda formar un patrimonio protegido”.***

El artículo 3 párrafo 1 de la LPPD, da algunos criterios para delimitar al menos en que consiste esa capacidad de obrar suficiente, al afirmar que ***“el discapacitado tendrá capacidad suficiente para constituir un patrimonio protegido, si puede otorgar un documento público, y establecer unas reglas de administración, de fiscalización, designar administrador, aportación de bienes y las reglas oportunas de administración y conservación del patrimonio, que pueden incluir la exención de la autorización judicial para actos de disposición al administrador del patrimonio protegido, a tenor del artículo 7 de la LPPD”.*** Los actos descritos corresponden a una persona con plena capacidad de obrar, y en este sentido se manifiestan Díaz Alabart, y Álvarez Moreno¹⁵⁹ haciendo la siguiente observación: ***“conforme a las reglas generales sobre la capacidad, tiene que tratarse de alguien que pueda gobernarse por sí mismo, que tenga pleno discernimiento, y poder de disposición sobre sus bienes y derechos”.*** Será una persona mayor de edad que no ha sido incapacitada judicialmente, independientemente de su condición de discapacitada, mantiene íntegras sus facultades intelectivas, y volitivas.

Si analizamos el artículo 223 del Código Civil, ***“asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de***

¹⁵⁸ GARCÍA PONS, Antonio, *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Pág. 109.

¹⁵⁹ Página 113 de *Protección jurídica de las personas con discapacidad*.

ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor". La capacidad de obrar suficiente, significa ser consciente de la posibilidad de una futura incapacidad, de la necesidad de prever la protección de la propia persona y bienes para esa situación, además de ser capaz de valorar que persona es la idónea para asumir la guarda y cuales son las medidas mas oportunas.

Suficiente juicio, condiciones de madurez, capacidad de obrar suficiente, se fundamentan en los principios de autonomía personal, libre desarrollo de la personalidad, y en el derecho a una vida independiente de las personas con discapacidad en general, y de los incapacitados judicialmente en especial.

La consecuencia del estudio del concepto de capacidad de obrar suficiente, es no solo la suavización de las instituciones de guarda de sustitución del menor o incapacitado, sino la potenciación de las de apoyo, limitando las primeras solo a los casos en los que sea absolutamente imprescindibles, postura que subraya la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006.

La definición de la capacidad de obrar suficiente de los menores de edad, cuenta con los principios de la Ley 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del menor; que como disposición de protección integral de estos, establece o al menos aclara los criterios a seguir en orden a la delimitación de las posibilidades de actuar eficazmente de los menores, imponiendo como principio la interpretación restrictiva de todas las limitaciones que se refieran a un menor¹⁶⁰.

Para los incapacitados judicialmente no existe ninguna disposición legal que se refiera a sus posibilidades de actuar con eficacia, debido a que no es tarea fácil, quizá sea imposible, si tenemos en cuenta la diversidad de deficiencias y enfermedades, y la continua evolución de los tratamientos médicos, que en muchas ocasiones cambian el diagnóstico en principio pesimista, por otros mejores de los previstos.

Teniendo en cuenta esa dificultad la capacidad de obrar suficiente es un concepto jurídico indeterminado a definir en cada caso concreto, a tenor de las circunstancias y de la importancia y trascendencia del acto que se pretende realizar.

¹⁶⁰ Artículo 2 como principio general proclama: *"las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva"*.

Rivera Álvarez,¹⁶¹ en relación al patrimonio protegido, afirma, que: ***“la expresión “capacidad suficiente de obrar” debe ser interpretada, de manera que fije la capacidad exigible al beneficiario para la realización de los negocios y actos relativos al patrimonio protegido, ya sea la constitución, aceptación de las aportaciones posteriores, etcétera, o para llevar a cabo un acto de administración o de control de esta última”***.

Esta interpretación nos remite a la capacidad natural del sujeto para realizar un determinado acto en un momento concreto, concepto que va más allá que el formalismo de la incapacitación declarada en virtud de sentencia judicial, y que viene determinada por sus facultades intelectivas y volitivas que le permiten entender y querer, ser consciente libre y voluntariamente del alcance y significado de ese acto, y que puede variar a mejor o a peor desde la incapacitación judicial, según la evolución de la deficiencia o enfermedad, siendo susceptible de una nueva apreciación.

Digamos que la capacidad de obrar suficiente está en íntima relación con la capacidad natural si se trata de una persona con capacidad modificada judicialmente, o de la incapacitación natural si nos referimos a alguien a quien todavía no se le ha modificado la capacidad. Díaz Alabart y Álvarez Moreno¹⁶², la definen como ***“una categoría demasiado general y poco técnica”, haciéndose la pregunta de “sí tener capacidad suficiente significa tener plena capacidad de obrar, o si basta con que el discapacitado no esté incapacitado”***.

El profesor Serrano García, se refiere al citado concepto, como ***“aquella expresión que se corresponde con la situación indeterminada del sujeto inicialmente capaz que va perdiendo progresivamente sus facultades”***, en clara referencia a las personas afectadas por una enfermedad degenerativa; ***“o el incapacitado que tiene capacidad de obrar suficiente para un acto determinado, es el resto de la capacidad de obrar del incapacitado”***¹⁶³. Digamos que es la oportunidad de obrar con eficacia de un incapacitado que puede hacer un determinado acto, porque conserva dentro de su incapacitación capacidad para ese acto, a la vez que no la tiene para otros, y para la persona que va perdiendo progresivamente su capacidad, es la aptitud que le va quedando para realizar ciertos actos.

¹⁶¹ RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín, “La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Privado* nº 1-2/2006, (Enero- Febrero 2006), Pág. 6 Versión digital vLex.com, generada para el usuario del ICAM (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), el 11 de febrero de 2009.

¹⁶² DÍAZ ALABART, Silvia, ÁLVAREZ MORENO, M^a Teresa, Página 112 de *La Protección jurídica de las personas con discapacidad*.

¹⁶³ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la ley 41/2003*, página 49.

La capacidad de obrar suficiente se refiere a los actos que la persona con capacidad modificada, o la que sufre pérdida progresiva sin que se le haya modificado judicialmente puede hacer, porque la merma o pérdida de su inteligencia y voluntad no afecta a ese acto. Su justificación solo procede en los casos de personas con capacidad modificada judicialmente, los discapacitados tienen en principio plena capacidad de obrar, aunque pueden surgir dudas en un acto concreto, en cuyo caso, habrá que analizar si sus facultades son las adecuadas o no lo son.

No es un grado intermedio entre la plena capacidad de obrar y la incapacidad de obrar, ***“no existen personas con capacidad de obrar plena, personas con capacidad de obrar limitada por sentencia judicial, y personas con capacidad de obrar suficiente”***, afirma con acierto el profesor Serrano García.¹⁶⁴

La capacidad de obrar suficiente para un acto en el supuesto de una persona con capacidad modificada judicialmente, se define a tenor de la sentencia oportuna, que en sus pronunciamientos nos dirá si su incapacidad de obrar es total o parcial, si está sujeto a tutela o a curatela, y en consecuencia si el tutor le sustituye o suple su capacidad de obrar, o si el curador le asiste y le complementa.

Los actos de trascendencia como son los de disposición patrimonial y gravamen, tienen que ser autorizados por un Notario, que tiene la obligación de realizar el juicio de la capacidad de los otorgantes, no autorizando si comprueba que las aptitudes de alguno no son las adecuadas

Marín Calero¹⁶⁵, relaciona el concepto de capacidad de obrar suficiente con la integración del discapacitado, sobre todo en el ámbito jurídico y patrimonial, de manera que su finalidad es convertirse en el instrumento o uno de los instrumentos de aquella. A tal fin, debe implicar que el ***“discapacitado tenga ocasión de expresar su opinión, según ese sentido general de los citados artículos del Código Civil, pero además que su voluntad sea plenamente operativa, en todo lo relacionado con la constitución y gestión del patrimonio protegido, cuando su nivel de entendimiento y comprensión de la existencia y funcionamiento de tal patrimonio sea suficiente”***. Su objeto es ser el instrumento de la aplicación de los principios que la Convención de 13 de diciembre de 2006, establece en su artículo 3: ***“respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad para tomar las propias decisiones, y la***

¹⁶⁴ Observación de SERRANO GARCÍA, Pág. 383 de la obra citada en la nota anterior.

¹⁶⁵ MARÍN CALERO, Carlos, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad*, ya citada, págs. 63-65.

independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad”.

II-. LA INCAPACIDAD

Si la capacidad es un tema capital para el Derecho, su falta no es una cuestión de menor importancia, porque al igual que aquella, significa penetrar en la esencia de la personalidad, y su estudio debe observar el más absoluto respeto a la dignidad y demás derechos fundamentales de la persona.

No existe una definición legal de incapacidad, aunque tanto en el Código Civil, Penal, de Comercio, y las leyes especiales se refieren continuamente a la incapacidad cuando analizan los elementos esenciales para la eficacia de los actos. Esas referencias son tanto expresas como tácitas determinando los requisitos de capacidad e indicando así los supuestos de su carencia.

La Doctrina ha formulado numerosas definiciones, la incapacidad, *“supone una prohibición para actuar”*, dice García Ripoll¹⁶⁶; que *“se circunscribe a la constatación de un estado de cosas objetivo: la falta de capacidad natural la cual debe ser declarada judicialmente”*, afirman Lete y Ogayar¹⁶⁷. Para O’Callaghan¹⁶⁸, es *“la falta de capacidad de obrar”*; es decir, *“el grado inferior de la capacidad de obrar”*, puntualizando las consecuencias: *“al carecer de aptitud para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, es otra persona quien los ejerce en su nombre, que es el representante legal”*.

Diez Picazo¹⁶⁹, manifiesta que, *“la capacidad de obrar se entiende plena por principio. Existe una normal presunción de capacidad plena por ser esta idea más acorde con los principios de libertad y desarrollo de la personalidad”*; la incapacidad, o mejor dicho, *“la capacidad de obrar limitada representa una excepción, por lo que las normas que reducen y limitan la plena capacidad han de ser objeto de una interpretación restrictiva”*, como consecuencia, la limitación de la capacidad de obrar *“ha de ser expresa no puede inducirse ni presumirse”*, y *“las únicas*

¹⁶⁶ *La protección del enfermo mental no incapacitado*, Pág. 47

¹⁶⁷ LETE DEL RÍO, José Manuel, Y OGAYAR AYLLÓN, Tomás, *Comentarios al Código Civil*, Directores: ALBADAJEJO, Manuel, Y DÍAZ ALABART, Silvia, Art. 181-332, 2ª Edición Madrid (2004).

¹⁶⁸ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, “Parte General”, Enero de 1993, versión digital vLex.com: VLEX-VP372, generada para el usuario del ICAM, (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), 30 de enero de 2008.

¹⁶⁹ DÍEZ PICAZO y PONCE de LEÓN, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, “Introducción Derecho de la persona, Autonomía privada. Persona jurídica”, Tecnos (1985), Pág. 231.

limitaciones de la capacidad en sentido propio que hoy reconoce el Derecho son la menor edad y la incapacitación judicial”.

La capacidad de obrar es un atributo de la personalidad, como tal se presume plena, y su limitación solo puede fundamentarse como medida de protección en los supuestos previstos expresamente en la ley: la menor edad y la modificación judicial de la capacidad por imposibilidad de autogobierno.

La incapacitación natural es la que afecta a los menores de edad, que como dice Sancho Gargallo¹⁷⁰, es ***“consecuencia de no haber alcanzado el pleno desarrollo de sus facultades mentales, volitivas y físicas”***, porque, ***“la capacidad de obrar presupone unas condiciones de madurez psíquica, que permitan adquirir conocimientos de los derechos y deberes sociales y de las reglas de la vida en sociedad, tener suficiente juicio para aplicarlos en un caso concreto y firmeza de la voluntad para inspirar una libre decisión. El Derecho crea la ficción que estas condiciones de madures las adquieren todos al llegar a una determinada edad, en nuestro Ordenamiento Jurídico, los dieciocho años. Mientras son los padres o, a falta de ellos, quien haya sido designado tutor, quienes asumen la representación legal”***.

La minoría de edad como situación de limitación de la capacidad de obrar susceptible de protección por la tutela, está contemplada en el artículo 222 del Código Civil, en el párrafo 1º al prever qué condiciones son las que deben concurrir en un menor para estar amparado por la precitada institución: ***“no estar emancipado”***; el emancipado, está protegido por la curatela cuando ***“sus padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley”***, (artículo 286/1 del Código Civil); y, ***“no estar bajo la patria potestad”***¹⁷¹. Al mayor de edad; continua Sancho Gargallo¹⁷², ***“se le presume, con una presunción iuris tantum, la plena capacidad de obrar al presuponer las cualidades necesarias para obligarse y ejercitar por sí mismo sus derechos. Solo en el caso en que carezca de estas cualidades, porque una enfermedad o deficiencia física o psíquica lo haya impedido o le haya privado de ellas, podría ser incapacitado”***.

¹⁷⁰ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela, Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, Pág. 28.

¹⁷¹ MUÑIZ ESPADA, Esther, “Descripción de las causas que originan la formación de la tutela”, *Actualidad Civil* nº 11/14, (20 de marzo de 1994), Págs. 201 a 217.

¹⁷² SANCHO GARGALLO, Ignacio *Incapacitación y tutela, Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Pág. 28 y SS.

Díaz Alabart, Hernández Díaz-Ambrona, Álvarez Moreno y Represa Polo¹⁷³, opinan que **“toda actuación jurídica en este ámbito”**; es decir, la incapacitación o cualquier limitación o restricción de la capacidad de obrar; **“debe estar presidida por el principio de protección de la persona discapacitada”**, porque, **“el ordenamiento jurídico, en esta función tuitiva, debe velar por la protección de estas personas incapaces, tal y como es garante de la tución de los menores”**.

Sancho Gargallo¹⁷⁴, asevera que **“la incapacitación lo es siempre en interés de la persona afectada por ella, y no de terceros. Adaptando la situación legal a la real, al declarar a una persona incapaz se persigue su protección, asegurando su correcto cuidado y atención personal, y preservando sus intereses patrimoniales. Para esto último se le nombra un representante legal o alguien que le asista o complemente su capacidad, que asumirá los deberes legales del cargo y la responsabilidad consiguiente. La incapacitación es una cuestión que traspasa la esfera estrictamente privada, en la medida en que supone una privación de la libertad civil de una persona, de sus derechos fundamentales, afectando al orden público. Nuestro ordenamiento prevé que la incapacitación, que afecta al estado civil deberá ser declarada judicialmente, solo puede obedecer a unas causas determinadas (artículo 200 CC)”**.

Leña¹⁷⁵, insiste en el carácter tuitivo de esta figura, al recomendarla como **“primera medida”**, que han de adoptar los padres respecto al hijo discapacitado.

El objeto de la modificación judicial de la capacidad, no es otra más que, proveer al incapacitado de la protección que necesita según su situación respecto a su persona y bienes, constituyendo la institución de guarda pertinente prevista al efecto en el Ordenamiento Jurídico; su esencia, es la tución de una persona en situación de vulnerabilidad.

Fabrega Ruiz¹⁷⁶ reflexiona sobre esta cuestión concluyendo que, **“para determinar si una persona debe ser incapacitada debe valorarse qué necesita hacer de forma ordinaria para atender a sus asuntos, autorrealizarse y ser feliz. Determinar luego qué es lo que puede hacer por sí misma para conseguir esos objetivos y luego comparar ambos aspectos. Solo si la persona debe hacer mas de lo que puede, habrá que**

¹⁷³ La Protección jurídica de las personas con discapacidad, Pág. 43.

¹⁷⁴ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela, Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Pág. 29.

¹⁷⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del Discapacitado*, ED Consejo General del Notariado, Madrid (1997), Págs. 17 y ss.

¹⁷⁶ FABREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial Ramón Areces, Madrid (2006).

buscar el mecanismo de protección que supone la incapacitación, limitándola a aquello que el incapaz necesita hacer ordinariamente y no puede realizar por sí solo”.

La limitación de la capacidad de obrar de una persona solo debe afectar a aquellos actos que no puede realizar con libertad, voluntad, pero por encima de todo con conciencia de su alcance. Solo puede concebirse como medida de protección frente a las consecuencias que ese acto irresponsable tendría para su persona y bienes, teniendo presente que esa irresponsabilidad no es consciente, sino debida a circunstancias involuntarias como es la pérdida de las facultades intelectivas y volitivas, que por su propia naturaleza impiden la actuación responsable.

1. LAS CAUSAS DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD: ARTÍCULO 200 DEL CÓDIGO CIVIL

La modificación de la capacidad de una persona significa la limitación de su libertad individual, razón por la que es definida como una circunstancia excepcional, y como tal, sus causas solo son las tipificadas por la ley.

El Derecho Romano ya preveía la protección de aquellas personas impedidas para ejercer sus derechos y obligaciones, existiendo la curatela de los locos y de los pródigos, junto a la tutela del impúber, y de la mujer.

El Derecho germánico, se ocupó de la tuición de estas situaciones mediante la institución de la tutela. Las Partidas recogen esta tradición para el Derecho español, estableciendo que, aquellos que no pudieran administrar sus bienes ***“por ser locos o desmemoriados”***, quedarían sometidos a curatela ejemplar.

Los diferentes proyectos de Código Civil del siglo XIX nacidos a la luz de la codificación, mantienen la postura de nuestro Derecho tradicional; así, el de 1851 en el artículo 279, se refiere a ***“el loco o demente, aunque tenga intervalos lúcidos; el sordomudo que no sabe leer ni escribir, el prodigo, y el que está sufriendo la interdicción civil”***, como causas de incapacitación que determinan el sometimiento a curatela.

El Código Civil en la primitiva redacción de 1889, en el artículo 32 establecía que ***“la menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son mas que restricciones de la personalidad jurídica”***. La primera observación a este precepto, es la diversidad de causas y naturaleza de las mismas, unas relativas a la falta de capacidad como son la menor edad, la demencia y la imbecilidad; la

sordomudez que no tiene porqué implicar una incapacidad, y la prodigalidad y la interdicción civil, que nada tienen que ver con la incapacidad natural. La segunda es la imprecisión e inexactitud del literal, cuando define dichas situaciones como causas de restricción de la personalidad; que, como comenta Chimeno Cano¹⁷⁷, debían ser definidas **“como restricción de la capacidad de obrar y no de la personalidad, pues esta no puede ser objeto de limitación”**, porque **“se adquiere la personalidad civil por el único hecho de ser persona física”**, por el nacimiento con vida una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, a tenor de los artículos 29 y 30 del Código Civil, **“independientemente de las condiciones mentales con las que nazca”**.

El artículo 200 del Código Civil, era otro precepto que regulaba la materia que nos ocupa estableciendo que: **“están sujetos a tutela: 1º. Los menores de edad no emancipados legalmente; 2º. Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer ni escribir; 3º. Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos; 4º. Los que estuviesen sufriendo pena de interdicción civil”**. A primera vista, las causas de incapacitación podían deberse a una incapacidad y a otras circunstancias: los sordomudos sin instrucción, los pródigos, y los que sufrieren pena de interdicción civil.

Para Muñoz Espada¹⁷⁸; **“estas mismas causas de incapacitación”**, son las tradicionales en el Derecho español, que **“venían recogidas en el artículo 32 y se repiten en los números 2º y 4º del artículo 200 del Código Civil de 1889, aunque como hechos que están sujetos a tutela”**. Insistiendo en que, **“la imprecisión técnica de términos como “loco” o “dementes” y sobre todo la exclusión que se hacía respecto de determinados supuestos de incapacitación no expresamente previstos por la ley dejaban incompleta esta materia, haciendo de ella un motivo mas para reformar el régimen legal de la incapacitación y de la tutela”**.

Chimeno Cano¹⁷⁹, alude a la inspiración del precepto en el Código Civil francés que distinguía en su artículo 489, tres situaciones de imbecilidad: debilidad de espíritu, demencia y furor, que determina la previsión como causas de incapacitación junto con la prodigalidad, la locura y la demencia; los oligofrénicos y débiles mentales eran

¹⁷⁷ *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pág. 42, pie de Pág. 31.

¹⁷⁸ MUÑOZ ESPADA, Esther, “Descripción de las causas que originan la formación de la tutela”, cita a Díez Picazo en *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*, Madrid (1977), Pág. 17, y en el análisis del artículo 200 del Código Civil en, *Estudio para la reforma del Código Civil en materia de tutela*, y el *Proyecto de Apalategui*, artículo 202, en los que se basó la reforma de 1983.

¹⁷⁹ *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pág. 42.

“incapacitados de hecho” a través del internamiento, siendo excluidos de la incapacitación legal.

El grupo de **“dementes”** del antiguo artículo 200 del Código Civil, incluía a efectos de tutela, a todo tipo de discapacidades independientemente del tratamiento específico que requirieran, siendo este uno de los inconvenientes, mas criticados del precepto y del sistema.

Hasta aquí las causas de incapacitación no dependían necesariamente de la incapacidad natural del sujeto, sino de circunstancias previstas legalmente; extremo que, llevaría a Lete del Río¹⁸⁰ a afirmar que en virtud de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, **“la incapacidad ha dejado de ser obra arbitraria de la ley”**, pasando a depender únicamente de la imposibilidad de autogobierno derivada de los efectos de una enfermedad o deficiencia, excluyendo la prodigalidad y la interdicción civil que nada tienen que ver con la incapacidad.

La reforma de 1983 da a la incapacitación un tratamiento independiente de la tutela, ubicando su regulación en el nuevo Título IX del Libro I del Código Civil, bajo el epígrafe De la incapacitación, el artículo 200 establece como causas de incapacitación: **“las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”**, optando por una causalidad amplia, derogando el artículo 32 que suponía una fuente de confusión¹⁸¹.

La conclusión de Muñiz Espada,¹⁸² ante el literal del artículo 200 del Código Civil es que, **“no hay mas causas de incapacitación que aquellas que provengan del estado de incapacidad del sujeto”**; subrayando las ventajas de la flexibilidad de la redacción, que **“supone, también, un evidente acierto porque permite incluir en la formulación general de dicho precepto, como causa de incapacitación, cualquier tipo de enfermedad que pueda describirse en un futuro, evitando posibles desfases de esta formula por desarrollos y avances médicos y científicos en la materia (aunque la desventaja es el peligro de toda formulación abierta y flexible); enfermedad que para dar lugar a la incapacitación ha de ir siempre acompañada de los requisitos de persistencia y falta de autogobierno”**.

¹⁸⁰ *Derecho de la persona*, Madrid (1986), Pág. 90.

¹⁸¹ CABRERA MERCADO, Rafael, “El Proceso de Incapacitación”, en la obra colectiva, *Los discapacitados y su protección jurídica*, Directores: GONZÁLEZ POVEDA Pedro, y PICÓN MARTÍN, José Picón, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (1999), Pág. 212. Y CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pág. 23.

¹⁸² MUÑIZ ESPADA, Esther, “La descripción de las causas que originan la formación de la tutela”, Pág. 209.

Chimeno Cano¹⁸³; considera que, las imprecisiones del antiguo artículo 200 del Código Civil son corregidas con la Reforma de 24 de octubre de 1983, *“definiendo como causas de incapacitación: las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”*; continuando que, *“según este artículo se entenderán exclusivamente afectadas de incapacidad aquellas personas que carezcan de idoneidad natural para regirse con plena autonomía, por causa de enfermedad o deficiencia psíquica. Y por ello no hay identidad entre limitación de la capacidad de obrar por incapacitación y limitación de la capacidad de obrar por prodigalidad, pues el prodigo es naturalmente capaz”*, concluyendo con la siguiente aseveración: *“la actual redacción del artículo 200 del Código Civil, establece una causa abierta a cualquier enfermedad o deficiencia que produzca limitación en el autogobierno, sin ceñirlo a categorías sindrómicas determinadas”*.

Para Sancho Gargallo¹⁸⁴, *“el Código Civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley de 24 de octubre de 1983, en vez de una enumeración de enfermedades y patologías que constituyen por sí solas causas de incapacitación, opta por una fórmula más flexible, cual es exigir la concurrencia de una enfermedad o deficiencia que, prolongándose en el tiempo, impida a una persona gobernarse por sí misma, total o parcialmente”*.

Sin embargo; Díez Picazo¹⁸⁵, se mostró partidario de una *“clasificación exhaustiva de causas que garantizaran la seguridad jurídica y la uniformidad en su aplicación”*. En ese sentido se manifiesta Martínez Díez¹⁸⁶, que califica la redacción del artículo 200 del Código Civil de vaga e imprecisa, alegando que una de las razones que se oponen a la iniciación de los procesos de incapacitación es *“la propia indeterminación legal de sus causas, y la inexistencia de una nomenclatura fiable y universalmente aceptada para distinguir los diversos grados de incapacidad”*.

El anteproyecto del SEREM preveía la siguiente enumeración de causas de incapacitación: *“las enfermedades y las deficiencias mentales, en tanto en cuanto ocasionen la imposibilidad de autogobierno, las anomalías orgánicas y funcionales que determinen que la persona no*

¹⁸³ *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pág. 42.

¹⁸⁴ *Incapacitación y tutela. Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Págs. 31, 32 y 33.

¹⁸⁵ *Sistema de Derecho Civil*, Vol I, Tecnos 1992, Págs. 257 a 284.

¹⁸⁶ MARTÍNEZ DÍEZ, Rafael, “Los discapacitados no incapacitados. Situaciones especiales de protección, en la obra colectiva”, *Los discapacitados y su protección jurídica*, Directores: GONZÁEZ POVEDA, Pedro, y PICÓN MARTÍN, José, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (1999), Págs. 186 y 187.

pueda comunicarse suficientemente con los demás para cuidar sus asuntos o intereses, y el alcoholismo o toxicomanía cuando produzcan las consecuencias previstas en los apartados anteriores; es decir, la imposibilidad de autogobierno”.

El proyecto de la Reforma en la línea anterior, mantenía un sistema de clasificación de causas, que suprimió el debate parlamentario imponiendo una causa ***“única y genérica de incapacitación”***: la imposibilidad de autogobierno causada por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico; alegando la necesidad de evitar futuros problemas de aplicación al tener que interpretar términos científicos. Seguramente por esta razón Martínez Díe¹⁸⁷, subraya que, ***“la vaguedad con que se produce el artículo 200 del Código Civil fue plenamente intencionada. El legislador, en efecto, quiso huir de formulas psiquiátrico-psicológicas que le hubieran conducido a clasificar las enfermedades que originan la pérdida de la aptitud de autogobierno”***, al estilo de la Clasificación Internacional de las enfermedades psiquiátricas que se publica cada diez años por la Organización Mundial de la Salud (OMS), y de la publicación de las enfermedades psiquiátricas que realiza la Asociación Psiquiátrica Americana¹⁸⁸, ***“con la perturbadora consecuencia de trasplantar al Derecho positivo lo que es propio de una ciencia experimental en constante avance. Desde esta perspectiva, constituye un incuestionable acierto haber prescindido de criterios casuísticos, necesariamente variables y siempre mejorables. Consecuentemente, el artículo 200 del Código Civil adopta una técnica estrictamente jurídica que prescinde del concreto diagnóstico de la causa incapacitante, que en realidad le es indiferente, haciendo depender la aplicación de su consecuencia jurídica sobre un trípode de factores que deben presentarse de manera concurrente”***.

Sancho Gargallo¹⁸⁹, añade que, ***“esta dicción legal”***, el literal del artículo 200 del Código Civil fruto de la reforma de 1983, ***“es lo suficientemente amplia y flexible para que cualquier anomalía física o psíquica que determina en la practica una incapacidad de hecho pueda ser apreciada como causa de incapacitación, y al mismo tiempo suministra al juez los parámetros necesarios para valorar dicha incapacidad natural”***.

¹⁸⁷ En la obra citada en la nota anterior.

¹⁸⁸ Menciona que La clasificación internacional de las enfermedades psiquiátricos se publica cada diez años por la OMS. También tiene merecido prestigio la publicación de las enfermedades psiquiátricas que realiza la Asociación Psiquiátrica Americana. Pie de Pág. 15 Pág. 186 de “Los discapacitados no incapacitados...”.

¹⁸⁹ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela. Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Págs. 31, 32 y 33.

Guilarte Martín-Calero¹⁹⁰, opina que, ***“se puede afirmar, por tanto, que frente a la regulación anterior, la fórmula genérica adoptada por el legislador supone, de un lado, la ampliación de los supuestos determinantes de la incapacitación, pues hoy cualquier enfermedad, física o psíquica, que impida a una persona gobernarse por sí misma es encuadrable en el artículo 200 y, de otro, una reducción de aquellos, al no englobar dicha fórmula, la incapacitación por prodigalidad y la interdicción civil. La correlación incapacitación-deficiencia de capacidad natural que informa hoy el Ordenamiento Jurídico español impide la consideración de la prodigalidad como causa autónoma de incapacitación”***.

Las causas de incapacitación judicial tienen un alcance y significado específico y determinado; porque, como dice Chimeno Cano¹⁹¹: ***“los criterios que determinan la incapacidad civil son propios de esta, y no pueden ser confundidos con conceptos análogos empleados en otros órdenes jurisdiccionales”***. La inimputabilidad penal, incapacidad o invalidez laboral, e incapacitación civil pueden coincidir pero no tiene por qué ser así. ***“Tampoco existe una concordancia con el criterio médico de incapaz”***, citando como apoyo a la Jurisprudencia¹⁹², continúa con el razonamiento de la resolución judicial aludida: ***“la incapacidad a efectos civiles, no emana de lo que merezca tal consideración en el aspecto estrictamente médico de índole psiquiátrica, sino simplemente de las circunstancias que el mencionado precepto, (el artículo 200 del Código Civil), establece de que existan en una persona: una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma”***.

Puntualiza Pereña Vicente¹⁹³, que ***“en el planteamiento del Código Civil, el concepto de incapacidad está nítidamente consagrado en el artículo 200, como referido a la falta de capacidad de autogobierno, lo que puede estar provocado por una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico”***. Si las facultades intelectivas y volitivas no están afectadas permitiendo a la persona autogobernarse, no existe posibilidad de incapacitación, no concurre la causa prevista en el artículo 200, porque la enfermedad o deficiencia sea cual sea su origen no tiene como efecto la imposibilidad de autogobierno.

¹⁹⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, ED Mc Graw-Hill, Madrid (1997), Pág. 86.

¹⁹¹ *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pág. 43.

¹⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986, en su Fundamento Jurídico segundo.

¹⁹³ PEREÑA VICENTE, Montserrat, *Dependencia e incapacitación. Libertad de elección del cuidador o del tutor*, ED Universitaria Ramón Areces, (2008), Pág. 23.

En definitiva, la única causa de modificación de la capacidad es la imposibilidad de autogobierno, es decir, carecer de facultades para obrar con libertad y con responsabilidad, como consecuencia de una enfermedad o deficiencia, de las que el Código Civil no ofrece como en tantas ocasiones definición o criterio alguno para su delimitación, debiendo acudir una vez más a la Jurisprudencia y a la Doctrina.

El Tribunal Supremo en sentencia de 10 de febrero de 1986 en el Fundamento Jurídico segundo, define la enfermedad como: ***“un proceso en el tiempo que el tratamiento médico puede mejorar o empeorar”***. Y la deficiencia ***“como una situación estable consecuencia de las condiciones genéticas o de la evolución de una enfermedad”***; o de forma mas completa por en la Sentencia de 31 de diciembre de 1991, como ***“aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanencial 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 al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles”***.

Sancho Gargallo¹⁹⁴, considera que, los términos enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, ***“si bien no son sinónimos, si que se refieren en ocasiones a la misma realidad, y cuando menos se complementan impidiendo que quede fuera de las causas de incapacitación una situación real de autogobierno persistente”***

La sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Navarra de 30 de abril de 1999¹⁹⁵ afirma que, ***“la enfermedad o deficiencia no interesa tanto por si misma y en su causa, cuando por el efecto que produce en la persona en cuestión, es decir, nos encontramos con una causa de incapacitación si la enfermedad impide a la persona gobernarse, al ser esta ineptitud, mas que la causa, lo que va a determinar que el enfermo sea privado de su capacidad”***. Para que una enfermedad o deficiencia sea causa de modificación de la capacidad, lo esencial no es su diagnostico, sino que se constate que el efecto que una u otra produce en una persona es la falta de capacidad; siendo indiferente que el origen sea psíquico o físico, siempre que ocasione una imposibilidad de autogobierno.

¹⁹⁴ Incapacitación y tutela. Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Pág. 32.

¹⁹⁵ Mencionada por FABREGA RUIZ, Cristóbal, en *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial Ramón Areces, Madrid (2006), pte de página 5 de la página 2, y por SERRANO GARCÍA, Ignacio, en *La protección patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, página 157, pte de página 130.

El artículo 200 del Código Civil, no tiene un criterio predeterminado para declarar la incapacidad¹⁹⁶; sino que, se va definiendo con ***“el examen de la enfermedad mental que padece el sujeto, su persistencia, y el grado de pérdida de autogobierno”***, la enfermedad o deficiencia ha de ser persistente.

La persistencia de la enfermedad o deficiencia significa que ha de ser ***“permanente, firme, y constante, o, lo que es lo mismo, su duración será permanente en el tiempo con independencia de la mayor o menor intensidad periódica”***; según definición del Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo, en sentencia 461/1998, de 19 de mayo de 1998, resolviendo el Recurso de Casación 1369/1995, siendo ponente O’Callaghan Muñoz, en el Fundamento de Derecho segundo, cita las sentencias del 31 de diciembre de 1991, y 31 de octubre de 1996, que reiteran la idea de que ***“carecer de aptitud para autogobernarse”*** significa que la ***“enfermedad o deficiencia ha de ser constante, entendida como permanencia en el futuro”***; es decir, crónica de difícil o imposible curación, porque como dice Chimeno Cano¹⁹⁷, ***“la persistencia no es tanto la duración de la enfermedad en el pasado como la previsión para el futuro”***.

Martínez Díe¹⁹⁸; insiste en que, la persistencia de la enfermedad o deficiencia es ***“otro presupuesto fundamental para que pueda decretarse la incapacidad es que su origen debe proyectarse hacia el futuro de forma persistente; es decir, tienen que ser de suficiente entidad como para crear un estado permanente”*** en el tiempo.

Leña Fernández¹⁹⁹, alude a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1996, que concluye, que ***“el carácter persistente de las deficiencias hay que entenderlo como de permanencia hacia el futuro y no hacia el pasado, es decir, que lo que se requiere es una presunción científica, apreciada por el juez, de que el impedimento de autogobierno detectado y probado en el momento presente va a perdurar en el futuro”***, porque la protección que se pretende con la incapacidad se proyecta hacia el futuro y no al pasado, sus efectos son irretroactivos.

¹⁹⁶ CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pág. 43.

¹⁹⁷ En *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pág. 46.

¹⁹⁸ MARTÍNEZ DÍE, Rafael, “Los discapacitados no incapacitados. Situaciones especiales de protección” ya citada, Pág. 188.

¹⁹⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, Pág. 18.

Muñiz Espada²⁰⁰; a su vez comenta que, ***“la exigencia legal de persistencia en la anomalía debe ser interpretada en el sentido de cierta duración, que se prevea razonablemente que va a permanecer a lo largo de un lapso de tiempo indeterminado. Pero permanencia no definitiva, puesto que el artículo 212 del CC, posibilita pedir, sobrevenidas nuevas circunstancias, una nueva declaración judicial, cuyo objeto sea dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”***. Con la puntualización de ***“permanencia no definitiva”*** de la enfermedad o deficiencia, lo que quiere decir, es que esa característica no tiene como consecuencia que la incapacitación sea irreversible. Todas las limitaciones de la capacidad de obrar son revisables, porque a pesar del carácter crónico y permanente de la enfermedad o deficiencia no se desecha la posibilidad de una mejoría que revierta en una extinción o modificación de la incapacidad declarada.

Sancho Gargallo²⁰¹, reflexiona que ***“se precisa que esas enfermedades o deficiencias sean persistentes en el tiempo, de tal modo que pueda asegurarse que será crónica o cuando menos que presumiblemente se prolongará por mucho tiempo”***. Evidentemente, los trastornos esporádicos o intermitentes no son en principio causa de incapacitación; pero, la enorme variedad de la naturaleza de las causas que pueden originarlos, excluye una conclusión categórica de carácter general, exigiendo un cuidadoso y detallado análisis de cada uno de los casos.

Un trastorno producido por una adicción a sustancias estupefacientes, no es causa de incapacitación aunque ***“puede ser tenido en cuenta a fin de determinar la imputabilidad de un hecho delictivo o la concurrencia del consentimiento válido en la realización de un negocio jurídico (artículos 1261/1º, con relación al 1263/3, respecto a los contratos; artículos 663.2º y 665 CC, en el testamento)”***.

En el caso de enfermedades mentales, antes de instar la modificación de la capacidad, es aconsejable esperar un tiempo al objeto de comprobar la evolución positiva o negativa de sus efectos, teniendo en cuenta la edad de la persona que la sufre y sus posibilidades de rehabilitación y tratamiento, que definirán el grado de limitación de las facultades del afectado.

²⁰⁰ MUÑIZ ESPADA, Esther, “Descripción de las causas que originan la formación de la tutela”, *Actualidad Civil* nº 11/14, 20 de marzo de 1994, Pág. 209 y SS.

²⁰¹ *Incapacitación y tutela. Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Págs. 31, 32 y 33.

El internamiento y la posibilidad de instar la anulabilidad o la nulidad por imposibilidad de prestar consentimiento válido²⁰², son medidas de protección previstas en nuestro Ordenamiento Jurídico para los casos de trastornos mentales intermitentes respecto a los negocios y actos realizados bajo sus efectos; extremo que, no significa que los intervalos lúcidos sean un impedimento para la modificación de la capacidad que enerve la deficiencia o enfermedad como causa de la misma, habiéndose pronunciado en este sentido reiteradamente la Jurisprudencia²⁰³. En definitiva, es esencial el dictamen médico que definirá el carácter permanente o transitorio de la enfermedad o deficiencia, su evolución en el tiempo, y lo más importante sus efectos respecto al grado de autogobierno.

La Enfermedad o Deficiencia ha de ser grave. La gravedad es el segundo requisito que el artículo 200 del Código Civil exige a la dolencia o trastorno, para que sean considerados como causa de modificación de la capacidad. Muñiz Espada²⁰⁴, comenta que ***“junto al carácter duradero de la enfermedad o deficiencia psíquica se exige además, como condición sine qua non, que esta sea grave, que sea de tal magnitud que impida a la persona gobernarse por sí misma”***. La permanencia en el tiempo, y la dificultad o improbable curación, sin descartar una potencial mejoría, definen el grado de gravedad de la enfermedad o deficiencia, aunque la imposibilidad de autogobierno es el efecto que determina que esa enfermedad o deficiencia sea causa de incapacitación.

El elemento clave para la incapacitación es que la persona esté impedida para autogobernarse, desde el punto de vista jurídico, como afirma Rovira Sueiro²⁰⁵, ***“resultan indiferentes cuales sean esas enfermedades o deficiencias, lo definitivo son los resultados que estas puedan conllevar”*** porque ***“lo trascendente es su repercusión, su incidencia en el desarrollo cotidiano de la vida de la persona. Lo trascendente es que su padecimiento persistente impida el autogobierno de la persona. En tal sentido lo relevante, junto con la persistencia, es esa imposibilidad de autogobierno, la cual deberá ser apreciada”***. Lo esencial es definir qué es el autogobierno, qué significa autogobernar los asuntos propios y sobre todo delimitar los efectos de su falta.²⁰⁶

²⁰² Artículos 1261/1º y 1263/3º respecto a los contratos, y artículos 663/2º y 665 en relación con el testamento, todos ellos del Código Civil.

²⁰³ Sancho Gargallo, cita en la página 34 de *Incapacitación y Tutela...*, obra citada, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986, y de 28 de julio de 1998, reconociendo la posibilidad de que la dolencia o patología se agudice con carácter oscilante impidiendo el autogobierno.

²⁰⁴ “Descripción de las causas que originan la formación de la tutela”, *Actualidad Civil* nº 11/14, 20 de marzo de 1994, Pág. 209 y SS.

²⁰⁵ *La Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*. Pág. 28.

²⁰⁶ En este sentido Rafael Leña en *El Notario y la protección del discapacitado*,” Pág. 18.

2. EL AUTOGOBIERNO

Tampoco existe una definición legal de autogobierno, ni de su falta, ni siquiera de los criterios a seguir para determinar este último aspecto, es la Doctrina y la Jurisprudencia mediante el análisis de los supuestos reales las que se han encargado de acuñar sino el concepto como tal, si las pautas o reglas que lo delimitan.

Una persona no puede autogobernarse cuando está impedido para actuar o defenderse por sí mismo; es decir, *“que dejada la persona a merced de sus impulsos y fuerzas, existe la posibilidad de que lleve a cabo una actividad socialmente valorada como inconveniente y perjudicial para ella misma”*, según Diez Picazo²⁰⁷.

Sancho Gargallo²⁰⁸, define el autogobierno como, *“la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, o dicho de otro modo, de actuar libremente”*, y *“una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de la voluntad, de querer o desear algo”*, añadiendo que, *“la inteligencia y la voluntad pueden verse afectadas por algunas enfermedades o deficiencias, que impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia”*.²⁰⁹

El Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de julio de 2004, resolviendo el Recurso de Casación 584/2000, del que es ponente Pedro González Poveda, en el Fundamento de Derecho tercero, define el autogobierno *“desde un punto de vista médico”*, presentando *“tres dimensiones o intensidades: la patrimonial”* que identifica con la *“autonomía e independencia en la actividad socioeconómica, la adaptativa e interpersonal”*, que entiende como *“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 por último, *“la personal”*, que significa *“desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas mas inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado”*.

Esa línea sigue Díaz Alabart, Hernández Díaz-Ambrona, Álvarez Moreno y Represa Polo²¹⁰, cuando afirman que *“bajo esta expresión”*, se

²⁰⁷ “Comentario al artículo 200 del Código Civil”, en *Estudios para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a tutela*, SEREM 1977.

²⁰⁸ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela, conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Pág. 35.

²⁰⁹ Continúa Sancho Gargallo en la obra citada.

²¹⁰ En *La Protección Jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 45.

refiere a la imposibilidad de autogobierno, **“se alude al comportamiento normal que en la sociedad se espera de una persona adulta y capaz”**, que consiste, **“no solo en que una persona pueda por sí misma cumplir sus funciones vitales (higiénicas, de alimentación, vestirse o caminar), sino también que puede llevar a cabo todos los actos (y negocios) que requiere la vida ordinaria (por ejemplo entre otros cubrir sus necesidades de transporte, tener y desarrollar un trabajo remunerado, gestionar su patrimonio etcétera) e incluso con carácter mas extraordinario, por lo trascendental de dichas decisiones (obtención de una vivienda, decidir cómo y con quien quiere vivir etcétera)”**.

Chimeno Cano²¹¹, define el autogobierno como **“la capacidad que tiene la persona para velar por sí misma, por sus intereses y para ejercer con responsabilidad sus derechos y deberes sociales”**; precisando que, **“cuando la enfermedad o deficiencia psíquica alcanza un grado tal que limita esa capacidad de la persona, entonces nos encontramos, indiciariamente, ante una pérdida de autogobierno”**. Esa pérdida se manifiesta, o mejor es evidente, **“cuando la persona deja de comprender la realidad, por deterioro de sus funciones cognostivas y cognoscitivas, por déficit intelectual o por ideación delirantes, quedando alterada su voluntad y aptitud para decidir, con efectos directos en su conducta”**. Esa falta de apreciación de la realidad, y como consecuencia, de merma de facultades, es la **“primera manifestación que debe concurrir a la hora de determinar si estamos ante una causa de incapacidad”**.

Esa insistencia en las definiciones de autogobierno de capacidad de comportarse convenientemente en la social, evitando perjuicios para uno mismo o para los demás, no significa que el concepto esté integrado por **“realidades sociales o circunstanciales”**²¹², al estilo de las opiniones vertidas por algunos autores como Vicente Chamorro o Lete del Río²¹³, que se muestran partidarios de que la incapacidad se fundamente no solo criterios médicos sino también en criterios sociales y de conducta de la persona.

Chimeno Cano, apunta la inseguridad jurídica que conllevaría la aceptación de tal teoría, podría significar la adopción de criterios subjetivos sin base médico científica, considerando como causa de incapacitación, por ejemplo, conductas antisociales dependiendo la definición como tal del

²¹¹ *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Págs. 44 y 45.

²¹² En *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, ya citada.

²¹³ Sobre el Recurso de Casación en materia de incapacitación, *Revista del Ministerio Fiscal* (julio-diciembre de 1995), Págs. 301-303, y *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* Pág. 159-494, respectivamente.

momento político concreto, aunque esta postura no quiere decir, que no deban valorarse tales hechos o actitudes a efectos de determinar el grado de incapacidad, eso sí, nunca como fundamento de su existencia y de la declaración de incapacidad. Exponiendo²¹⁴ distintos grados de autogobierno como criterios orientativos: ***“1º. El grado mínimo o de debilidad mental, supone en la persona una cierta capacidad de desenvolvimiento doméstico, social y de administración económica propia pero simple. 2º. En un segundo grado la persona tiene capacidad para realizar funciones domésticas simples y una limitada orientación urbana, pero no operaciones comerciales sencillas. 3º. En un tercer grado la persona carecería de autonomía para realizar actividades higiénicas y nutritivas elementales y de orientación en lugares conocidos. 4º. El grado máximo de pérdida de autogobierno sería la carencia total de autonomía y de habilidades personales, necesitando cuidados de otras personas para las tareas más elementales”***.

No es posible que una persona sea capaz de autogobernarse, si no tiene capacidad de conocer y decidir²¹⁵; pero ¿qué enfermedades o deficiencias impiden el autogobierno?, las psíquicas, las físicas, o ambas dependiendo de su intensidad o de las circunstancias del afectado.

Lo más frecuente es que sea una enfermedad o deficiencia psíquica la causante de la incapacidad, aunque puede ser que una de carácter físico tenga idéntico efecto, lo fundamental es que entre la enfermedad o la deficiencia y la incapacidad natural del afectado exista un nexo causal indiscutible. Chimeno Cano²¹⁶, insiste en esta idea afirmando que ***“cuando la enfermedad física no afecta a la normalidad mental y a los procesos psíquicos ordinarios del sujeto y este conserva correcto el ejercicio de la inteligencia y voluntad, no podrá ser incapacitado civilmente, pese a que precise la asistencia de un tercero para realizar las actividades básicas de la vida”***; siendo la enfermedad o deficiencia psíquica la que comúnmente es causante de la falta de autogobierno, porque son las que por su propia naturaleza tienen una mayor incidencia en la inteligencia y la voluntad al impedir ***“el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia”***²¹⁷, que es en lo que en realidad consiste autogobernarse.

²¹⁴ Pág. 45 obra citada.

²¹⁵ A la falta de capacidad de conocer y decidir se refiere como causa de la imposibilidad de autogobierno, la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 19 de julio de 2006.

²¹⁶ *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pág. 44.

²¹⁷ Exposición de SANCHO GARGALLO, Ignacio, en las Págs. 31, 32, y 33, de *Incapacitación y tutela. Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de julio de 2004, resolviendo el Recurso de Casación 584/2000, en su Fundamento de Derecho segundo, reconoce que el afectado, ***“presenta una tretalgia y una imposibilidad para la comunicación verbal; precisando de cuidados de forma continua, con imposibilidad de autogobierno para su persona. Hay que destacar que sus funciones psíquicas superiores están totalmente conservadas pero la afasia que padece le impide expresar su voluntad de forma libre”***. Continúa la resolución apuntando que, ***“carece de libertad para llevar a la práctica las decisiones que haya tomado anteriormente, tanto respecto a su persona como respecto de la administración de sus bienes”***, y en consecuencia procede la modificación de la capacidad.

La afasia y otras enfermedades o deficiencias físicas o sensoriales, impiden la comunicación con el exterior y como consecuencia el enfermo no puede expresar libremente sus decisiones. Antiguamente, ocurría algo parecido con los sordomudos sin instrucción, que al no saber leer ni escribir, estaban impedidos para manifestar su voluntad, situación hoy corregida por la implantación del lenguaje de signos, y la divulgación de su aprendizaje, facilitando no solo la libre comunicación de las personas con esa discapacidad sensorial, sino también su acceso a la formación.

La causa abierta y genérica del artículo 200 del Código Civil, abarca tanto ***“enfermedades de origen físico, enfermedades psíquicas sobrevenidas y deficiencias psíquicas de origen somático”***²¹⁸, ***“con independencia de su carácter congénito o adquirido, de su orden fisiológico o psicológico, siendo indiferente que sea producto de hecho accidental, genético, traumático, derivada de contagio o de los hábitos del incapacitado etc.”***, explica Martínez Díe²¹⁹.

El profesor Serrano García,²²⁰ afirma que, ***“cabe una imposibilidad de autogobierno que no tenga nada que ver con la capacidad mental del sujeto, puede ser y así ha sido, existen ejemplos conocidos, de personas de gran inteligencia y talento incapaces de llevar una vida personal y patrimonial ordenada, y personas de menos inteligencia y talento, sin instrucción alguna que gobiernan sus asuntos personales y patrimoniales correctamente”***.

²¹⁸ CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pág. 44.

²¹⁹ MARTÍNEZ DÍE, Rafael, “Los discapacitados no incapacitados. Situaciones especiales de protección”, Pág. 187.

²²⁰ Pág. 157 pie de Pág. 130 en *La protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*.

²²⁰ Mencionada por FABREGA RUIZ, Cristóbal, en *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, y por SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*.

La mayoría de las personas con capacidad modificada son discapacitados psíquicos o intelectuales, al ser las enfermedades o deficiencias de este tipo las que más afectan a las facultades intelectivas y cognitivas. Otros trastornos afectan directamente al control de impulsos, anulan o merman la voluntad, impidiendo que la persona actúe, de acuerdo con aquello que piensa que es racional y conveniente impidiendo el autogobierno normalmente de forma transitoria, como pueden ser la ludopatía y las adicciones al consumo de sustancias estupefacientes²²¹, pero su carácter esporádico los excluye como causa de modificación de la capacidad.

3. EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

El artículo 199 del Código Civil establece que *“nadie puede ser incapacitado sino por sentencia judicial y por las causas previstas en la Ley”*; es decir, por las del artículo 200. Estos preceptos, para García Ripoll²²², significan la reiteración de la naturaleza judicial y legal de la incapacitación, atendiendo a su carácter excepcional como medida tuitiva.

El procedimiento de incapacitación *“tiene por finalidad declarar que una persona carece de aptitud para autogobernarse debido a una enfermedad o deficiencia persistente de carácter psíquico”*, dice Chimeno Cano²²³, *“esta declaración principal lleva anejas otras determinaciones, como la extensión y límites de esa capacidad, así como el régimen de guarda, asistencia o representación, al que ha de quedar sometida la persona, según su grado de discernimiento artículo 760/1º”*.

Sancho Gargallo²²⁴, reitera la definición anterior afirmando que, *“el procedimiento de incapacitación persigue un pronunciamiento judicial que declare si una persona es o no civilmente capaz, y en su caso el alcance de la incapacidad, a si como el régimen de tutela al que deba quedar sometido el incapacitado”*.

Para el profesor Albadalejo²²⁵, la incapacitación consiste, *“en la reducción o limitación de la capacidad general de obrar de quienes se hallan en casos de ingobernabilidad por sí mismos realizada por el*

²²¹ Alusión de SANCHO GARGALLO en *Incapacitación y tutela*.

²²² GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch Editor, (1992), Barcelona, Pág. 72 y 73.

²²³ *Incapacitación tutela e internamiento del enfermo mental* Pág. 26.

²²⁴ *Incapacitación y tutela.....*, Pág. 88.

²²⁵ ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil I*, Introducción y Parte General Vol I, ED Bosch Barcelona (1991), Pág. 260.

oportuno procedimiento y en virtud de sentencia judicial pero no cabe despojar a la persona de toda su capacidad de obrar”.

La capacidad de obrar solo puede ser restringida, en virtud de sentencia judicial, la cual en sus pronunciamientos establece la nueva situación jurídica o estatuto de la persona a la que se le ha modificado la capacidad. A este respecto, Díez Picazo²²⁶ puntualiza que, ***“este régimen legal debe aplicarse a las personas incapacitadas, en sentido propio, pues de las que puede predicarse una incapacidad natural para comprender y para querer, no se precisa declaración judicial”***. Se refiere a los menores, cuya incapacidad natural responde a la falta de madurez propia de la edad, que desaparece con el paso de los años, siendo susceptibles de incapacitación cuando sufran enfermedades o deficiencias durante la minoría de edad y se prevea que las mismas persistirán después de cumplir la mayoría de edad.

Podemos decir, que el procedimiento de incapacitación, hoy de modificación de capacidad, es aquel trámite judicial que pretende una sentencia en la que a tenor del artículo 760/1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, se declare la ***extensión y límites de la incapacidad de obrar*** que afecta a una persona, y el régimen de guarda al que queda sujeto. Pero por encima de todo, hay que entender este trámite como una medida de protección, que tiene como fin librar de perjuicios y abusos a una persona que tiene sus facultades intelectivas y volitivas afectadas por una enfermedad o deficiencia²²⁷.

Los principios de legalidad y de oficialidad de los artículos 199 y 200 del Código Civil, y los de protección, beneficio e interés del discapacitado, determinan las especialidades del procedimiento judicial propias de la materia que constituye su objeto.

Sancho Gargallo²²⁸, apunta que la incapacitación es ***“una cuestión que supera el interés particular”***, ese interés público justifica la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal; bien sea, ***“interesando la incapacitación cuando no lo hagan quienes están legitimado para ello”***; o bien, ***“representando o asistiendo al demandado cuando aquellos si la***

²²⁶ *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*. Tecnos. Madrid (1986), Pág. 179.

²²⁷ La doctrina y la jurisprudencia se muestra unánime en este sentido, destacamos a LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, que así lo manifiesta en *El Notario y la protección del discapacitado*, y a DÍAZ ALABART, Silvia, en *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, donde afirma que ***“la raíz de las instituciones tutelares es el interés y la necesidad de protección jurídica y social de un colectivo de individuos especialmente necesitados de ella”*** y que son: ***los menores y los incapacitados***.

²²⁸ *Incapacitación y tutela, Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Págs. 62 y SS

hayan promovido”, a tenor de los artículos 749 y 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.

Al referirse la modificación de la capacidad de obrar de una persona, a su estado civil, el objeto del proceso es *“indisponible”*, porque no se trata de un *“conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes”*, como generalmente el resto de los procedimientos²²⁹. Esa indisponibilidad lo sustrae de la autonomía de la voluntad de las partes, excluyendo el desistimiento y el allanamiento, según el antiguo artículo 203 del Código Civil, y el 757/3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.

El demandado, presunto incapaz, no puede ser declarado en rebeldía, debiendo ser representado y asistido en defensa de sus intereses por el Ministerio Fiscal, y cuando sea este el promotor de la demanda, asumirá dicha función un defensor judicial, a fin de asegurar de manera efectiva la contradicción en el procedimiento.

La posición del Juez, no es la habitual de los otros procedimientos, en la incapacitación deberá *“buscar la verdad material mas allá de la formal”*; de manera que, la conformidad de las partes respecto a los hechos, y sus alegaciones no le vinculan en sus pronunciamientos. En este sentido, el artículo 752 apartado 1º expresamente prevé que *“los procesos a los que se refiere este Título”*; es decir, el procedimiento de modificación de capacidad se decidirán, *“con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento”*.

El Juez investiga de oficio la justificación de las circunstancias alegadas como fundamento de la incapacitación, acordando todas las pruebas que considere necesarias para conocer la capacidad natural del demandado, siendo preceptiva la practica de ciertas pruebas, como la exploración judicial del incapaz, el dictamen de un facultativo, y la audiencia de los parientes mas próximos, (artículo 759 de La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000).

El presunto incapaz es parte necesaria del procedimiento como garantía de su derecho de defensa²³⁰, asumiendo el Juez en salvaguarda del interés público un papel más propio de parte que de árbitro, *“así, no entran*

²²⁹ SANCHO GARGALLO, apoya su razonamiento en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1995.

²³⁰ CHIMEN CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pág. 23.

en juego el principio dispositivo y el de aportación de parte, que se convertirán en inquisitivo y de investigación de oficio, puesto que el Juez puede modificar los hechos en que se fundamenta la demanda sin que por ello la sentencia este viciada de incongruencia; el órgano jurisdiccional puede así mismo proponer que se realicen otras pruebas, de las propuestas por las partes, para llegar a la verdad material y se cerciore de que concurren las circunstancias previstas en la Ley para proceder a la incapacitación”²³¹.

Las peculiaridades del procedimiento de modificación de capacidad, se corresponden con la especialidad de su objeto, la tuición de la persona afectada que lleva consigo la definición de su estado civil.

3.1. ANTECEDENTES LEGALES

El carácter judicial de la declaración de incapacidad, es un trámite relativamente moderno, concretamente del siglo XIX, dependiendo hasta entonces el nombramiento del tutor o curador del hecho natural de la incapacidad²³².

Las Partidas sometían a curatela ejemplar a los “*locos o desmemoriados*”, sin declaración previa de incapacidad, bastaba con que al Juez le constara la situación de limitación de facultades en una persona.

Es el proyecto del Código Civil de 1851, el que recoge por primera vez, el reconocimiento judicial de la incapacidad en un procedimiento contradictorio que se tramitaría en el Juzgado de Primera Instancia, con intervención del Ministerio Fiscal, al que se ponía fin con una sentencia que era susceptible de recurso de apelación, dicho procedimiento era requisito previo para la constitución de la curatela ejemplar. Este proyecto no entró en vigor, y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 mantuvo el sistema de Las Partidas, sin requisito de procedimiento judicial previo.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, estableció por primera vez la exigencia de la declaración judicial de incapacidad previa a la constitución de la institución de guarda.

El procedimiento era el declarativo ordinario de mayor cuantía, artículo 483/3º, que en su primera redacción lo concebía como modelo o

²³¹ Asevera MUÑIZ ESPADA, Esther, “Descripción de las causas que originan la tutela”, Pág. 213, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1991.

²³² Seguimos el estudio de CHIMENO CANO, Marta, de los antecedentes legislativos del procedimiento judicial de incapacitación en *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Págs. 19 y SS.

cajón de sastre de todos los procesos civiles, con una tramitación bastante dilatada. Mientras no se dictase sentencia, la protección del presunto incapaz se encomendaba a un curador ejemplar interino, que se ocupaba sobre todo de los asuntos patrimoniales, que era nombrado en virtud, de un expediente de jurisdicción voluntaria, debiéndose acreditar la incapacidad del afectado (artículo 1848 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El Código Civil de en su redacción de 1889, introdujo cambios al establecer en su artículo 218 que, ***“la declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente”***. Entre los procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no se encontraba ninguno con la denominación de sumario, siendo la única referencia a esa clase de trámite la del artículo 1848: ***“cuando la incapacidad por causa de demencia no resulte declarada en sentencia firme, se acreditará sumariamente en un antejuicio y se nombrará un curador ejemplar interino, reservando a las partes el derecho que puede asistirles en el juicio correspondiente”***.

La Doctrina interpretó el término *sumariamente* de distintas formas: para unos²³³, el juicio sumario era un procedimiento contencioso en el que el presunto incapaz era parte necesariamente. Otros²³⁴, opinaban que sumariamente, quería decir que la incapacitación debía tramitarse por el procedimiento declarativo ordinario de mayor cuantía. Incluso hubo una tercera postura, que entendía que el juicio sumario que citaba el artículo 218 del Código Civil, era un juicio autónomo y diferente, contencioso de naturaleza cautelar, instrumental y dependiente del procedimiento declarativo de incapacitación, su finalidad era una declaración temporal de incapacidad, para la posterior adopción de medidas cautelares y el nombramiento de un tutor interino.

La práctica apoyada por la Jurisprudencia se decidió por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, tramitándose el juicio sumario por los cauces establecidos en las Disposiciones Generales artículos 1811 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la oposición no convertía el expediente en contencioso.

Un auto ponía fin al expediente contra en que no cabía recurso de casación porque no era definitivo, aunque quedaba la posibilidad de promover el juicio ordinario de mayor cuantía a tenor del artículo 219 de Código Civil: ***“contra los autos que pongan término al expediente de***

²³³ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil* Tomo I, Madrid (1.899), y MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, Madrid (1893).

²³⁴ Entre los que se encuentra MANRESA y NAVARRO, José M^º, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo II, Madrid (1914).

incapacidad, podrán los interesados deducir demanda en juicio ordinario. El defensor de los incapacitados necesitará, sin embargo, autorización especial del consejo de familia”

La situación no cambió hasta la Reforma de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que en su Disposición Adicional Única estableció como trámite procesal para la incapacitación: ***“entre tanto no se proceda a regular de otra manera en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el juicio declarativo de menor cuantía”***, que confirma la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La limitación de la capacidad de obrar es una materia de interés público, extremo que, determina la imposibilidad de aplicación de los principios propios del procedimiento declarativo ordinario de menor cuantía. No cabe allanamiento, ni transacción, ni renuncia, como se encarga de recordar la Disposición Adicional, porque estamos hablando de una cuestión indisponible no susceptible a ser sometida a la autonomía de la voluntad de las partes, por tratarse del estado civil de una persona.

Las críticas de la doctrina, en relación al procedimiento de incapacitación surgido de la Ley de 24 de octubre de 1983, se dividen en congratulaciones por el incremento de seguridad jurídica y garantías procesales a favor del presunto incapaz respecto al proceso anterior; y críticas a su carácter largo y costoso, cuando razones de urgencia exigen un proceso mas breve, y ágil, sin que estos requisitos impliquen desprotección²³⁵; apuntando ya, la conveniencia de un procedimiento especial de incapacitación, porque, el juicio de menor cuantía es un cauce procesal pensado para ***“la sustanciación de cuestiones de muy diversa naturaleza e inspirado en principios absolutamente contrarios a los que debe presidir el proceso de incapacitación”***.

El legislador era consciente de estos inconvenientes, previendo en el artículo 209 del Código Civil, la posibilidad de que el Juez pueda adoptar con carácter cautelar: ***“las medidas que estime necesarias para la protección del presunto incapaz o de su patrimonio, en cualquier estado***

²³⁵ MUÑIZ ESPADA, Esther, “Descripción de las causas que originan la tutela”, Pág. 212, citando en el pie de Pág. 42 y 43, a MONTES REYES, “Preceptos procesales en la Ley de 24 de octubre de 1983”, *Revista de la Universidad de Granada* nº 3, (1984), Pág. 186; y LETE DEL RÍO, José Manuel, “Comentario al artículo 199”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo IV, Madrid (1985), Pág. 168; FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación y figuras afines*, Madrid (1987), Págs. 58, 89 y 90. Y M.A Fernández en Los procesos de incapacitación en vol. col, La personalitat civil, Anuari de la Facultat de Pret, Estudi general de Lleida, Barcelona 1984, Págs. 52, 53, 61 y SS, pie de Pág. 44.

del procedimiento". Porque, como razona Cabrera Mercado²³⁶, *"el procedimiento de incapacitación puede durar bastante tiempo, la garantía que supone la contradicción del menor cuantía, se tiene que conjugar con la rapidez que exigen las circunstancias del caso concreto en orden a la inmediata protección personal y patrimonial del supuesto incapaz. Para lograr este objetivo, el artículo 203 del Código Civil, regula de forma muy amplia y permisiva la adopción de medidas cautelares"*, que se adoptarán, *"discrecional y libremente por el Juez de oficio o a instancia de parte, incluyendo al propio demandado, lo cual no deja de ser excepcional en nuestro Derecho, y en cualquier estado en que se encuentre el proceso"*, continua, *"no se determinan el tipo de medidas que se podrán tomar, aunque se distinguen entre medidas de protección de la persona y medidas de protección del patrimonio; Tampoco se establece el procedimiento a seguir para su adopción. El objeto de las medidas cautelares es asegurar la efectividad de la sentencia"*. Son de la naturaleza que exija las circunstancias del presunto incapaz, afectando a la esfera personal o a la patrimonial, incluyendo el internamiento que se regulaba en el artículo 211 del Código Civil.

El literal de la Disposición Adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, indicaba su carácter temporal hasta que una nueva ley estableciera si no el definitivo, si uno con vocación de permanencia, y eso ocurrió con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Chimeno Cano²³⁷; alude a la desvirtuación del juicio de menor cuantía, al ser *"tantas las particularidades del procedimiento de incapacitación cuando se tramitaba como procedimiento de menor cuantía, que ya entonces quedaba desdibujada su conformación como tal, desde la casi inaplicabilidad de la comparecencia previa del artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a los principios de la prueba"*²³⁸.

3.2 LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

El procedimiento de incapacitación se regula por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la de 7 de enero de 2000, concretamente en el Libro IV dedicado a los procesos especiales, Título I, Capítulo II, De los

²³⁶ "El Proceso de Incapacitación", en la obra colectiva, *Los discapacitados y su protección jurídica*, Pág. 217.

²³⁷ *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental* pie de Pág. 29 de la Pág. 24.

²³⁸ Cita CHIMENO CANO, Marta, como partidarios de esta opinión a Roca Guillamón, *Comentario del Código Civil*, Tomo I Ministerio de Justicia, Madrid (1991); Martín Granizo, *La incapacitación y figuras afines*, Colex (1987); Lete del Río, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo IV, ED Revista de Derecho Privado 1985, págs. 159 y SS.

procesos sobre la capacidad de las personas, derogando los artículos 202 al 214 del Código Civil, que quedan sin contenido.²³⁹

El trámite judicial de la incapacitación es el juicio verbal, a tenor del artículo 753, sin perjuicio de las especialidades que exige la naturaleza jurídica de la cuestión que se decide, en atención a la que, la contestación a la demanda no se hará en el acto de la vista, sino por escrito y en el plazo de veinte días desde que se da traslado de aquella a los demandados y al Ministerio Fiscal, acomodándose en la primera fase de demanda, contestación y alegaciones mas al juicio ordinario.

La demanda no será una simple papeleta, sino un escrito con los requisitos del artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la contestación se atenderá a lo prescrito en el artículo 400 del mismo cuerpo legal.

Una vez formuladas las alegaciones, el juicio proseguirá por los trámites del juicio verbal, citándose a las partes a la celebración de la vista, acto en el que una vez resueltas las posibles excepciones procesales (artículo 443/3 de la LEC), la cuestión litigiosa se ceñirá al juicio de la capacidad de la persona, y al régimen de guarda al que debe quedar sujeto (artículo 760 de la LEC). Después de que se hayan practicado los medios de prueba, las partes expondrán sus conclusiones, quedando los autos listos para sentencia.

Leña Fernández²⁴⁰, respecto a los medios de prueba, nos ofrece la siguiente reflexión: ***“las pruebas de la incapacidad han de ser directas, concluyentes y rotundas, y han de ser apreciadas dentro de los cauces procesales legalmente arbitrados y con observancia de las garantías constitucionales y ello porque la capacidad de la persona física es atributo de su personalidad, aunque quepa su restricción y control por disposición expresa de la ley mediando las que han sido llamadas circunstancias modificativas de la capacidad, por lo que la capacidad mental se presume siempre, mientras no quede demostrado lo contrario”***. Es decir, una vez practicada la prueba, el Juez debe llegar a la conclusión total, absoluta e irrefutable de que el presunto incapaz no puede gobernar sus asuntos, y el grado de esa imposibilidad.

²³⁹ En nuestra exposición seguimos a SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela, Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Págs. 62 y SS, y a CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*.

²⁴⁰ *El Notario y la protección del discapacitado*, Pág. 18 y SS.

3.2.1. COMPETENCIA

Los Juzgados y Tribunales españoles son competentes en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona y de los bienes de los menores o incapacitados cuando estos tuvieren su residencia habitual en España, a tenor del artículo 22/3º de Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los extranjeros residentes en España, pueden ser incapacitados por los Juzgados y Tribunales españoles, si bien aplicando la normativa sustantiva y las causas previstas por la ley civil de su nacionalidad, apercibiendo en el escrito de demanda de dicha circunstancia y aportando el texto de la norma aplicable²⁴¹.

3.2.2. COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL

Serán competentes para conocer las demandas sobre capacidad el Juez de Primera Instancia o el especial de Incapacitaciones y Tutelas en las demarcaciones judiciales en las que exista, del domicilio residencia habitual del presunto incapaz.²⁴²

3.2.3. LEGITIMACIÓN ACTIVA

En cuanto a las personas legitimadas activamente para promover la incapacitación, se distingue según se trate de la incapacitación de un mayor de edad o de un menor de edad²⁴³.

4. PROMOCIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE UN MAYOR DE EDAD

La legitimación activa para instar el procedimiento de incapacitación, antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, se preveía en el artículo 202 del Código Civil, que establecía que: *“corresponde promover la declaración al cónyuge o descendientes, y, en defecto de estos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz”*.

²⁴¹ Artículo 9 párrafo 1º del Código Civil: *“la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y estado civil, los derechos y deberes de la familia y la sucesión por causa de muerte”*.

²⁴² Artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.

²⁴³ Artículo 757 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y la doctrina en sus estudios, entre los que citamos a SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela, según la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, CHIMENO CANO, Marta, en *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, MUÑIZ ESPADA, Esther, en “Descripción de las causas que originan la formación de la tutela”.

El artículo 757 apartado 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, se encarga de la regulación de los legitimados activamente para instar la incapacitación de un mayor de edad, restringiendo tal facultad a los parientes mas cercanos, con una redacción no idéntica a la del antiguo 202 del Código Civil.

A este respecto, Sancho Gargallo²⁴⁴ puntualiza que, tanto el anterior 202 del CC como el actual 757/1º LEC, contienen una enumeración cerrada, y por lo tanto de *numerus clausus* de legitimados, restringido a aquellas personas unidas por vínculos de parentesco como son: el cónyuge, los hijos, y a falta de estos, los ascendientes y los hermanos.

La Doctrina argumentó la necesidad de ampliar la legitimación, reconociéndola a todos los mencionados en el artículo 202 del Código Civil sin sujeción a prelación alguna, para facilitar la incapacitación²⁴⁵. Parece que siguiendo esta interpretación, el artículo 757/1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se limita a enumerar de forma seguida los legitimados para promover la incapacitación: ***“la declaración de incapacidad pueden promoverla el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o hermanos del presunto incapaz”***.

La legitimación para la promoción de la demanda de incapacitación, dice Sancho Gargallo²⁴⁶, ***“constituye un derecho deber, pues no solo habilita para promover la incapacitación sino que comporta una obligación legal de hacerlo, siempre y cuando haya indicios de concurrir una causa de incapacitación”***; subrayando así, el fin tuitivo de la incapacitación que comporta la obligación a los allegados a la persona necesitada de protección de proporcionarle los medios oportunos que eviten su desamparo.

5. LA AUTOINCAPACITACIÓN

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, en su artículo 14, modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en materia de procesos sobre la capacidad de las personas, legitimando en primer lugar al presunto incapaz para promover su propia incapacitación, quedando el literal del apartado 1

²⁴⁴ Pág. 74 de *Incapacitación y tutela, según la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*.

²⁴⁵ Entre ellos SANCHO GARGALLO, cita a CASTRO GARCÍA en “Procesos de incapacitación introducidos en el Código Civil por la reforma del CC en materia de tutela”, en *Jornadas de Derecho procesal*, Madrid (1984), Pág. 73, y O’CALLAGAN MUÑOZ, “La incapacitación”, *Actualidad Civil* (1986), Pág. 8 pie de Pág. 16 Pág. 75.

²⁴⁶ Pág. 76 de *Incapacitación y tutela según la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*.

del artículo 757 que es el precepto que se ocupa de la regulación de la precitada cuestión como sigue: ***“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”***.

La autoincapacitación o legitimación del presunto incapaz para promover su propia incapacitación, es una de las medidas que el legislador propone con el objeto de facilitar la protección del discapacitado, según expresa la Exposición de Motivos de la LPPD, y que complementa la autotutela del artículo 223 del Código Civil, o posibilidad de establecer la autoprotección de una futura situación de incapacidad, y el mandato preventivo o apoderamiento de protección futura del artículo 1732.

Analizaremos la autoincapacitación en el apartado correspondiente, limitándonos en este a dejar constancia de la posibilidad de promoción de la demanda de la demanda de la propia incapacitación.

6. EL JUEZ Y EL MINISTERIO FISCAL

El Ministerio Fiscal está legitimado para promover la incapacitación, cuando no existan parientes legitimados o estos no la insten, según el artículo 757/2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, que sustituye al 203 del Código Civil.

La legitimación del Fiscal, se fundamenta en el interés público que constituye el objeto del procedimiento de incapacitación, cuya defensa se atribuye al Ministerio Fiscal con carácter general, en virtud de los artículos 124/1º de la Constitución de 1978, el 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y con carácter especial en los procesos sobre el estado civil e incapacitación en el artículo 3/6º y 7º del mencionado Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Sancho Gargallo, explica la legitimación del Ministerio Fiscal con el siguiente razonamiento: ***“cuando el artículo 757/2º de la LEC dice que el Ministerio Fiscal “deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado, se pretende evitar que la declaración de incapacidad de un presunto incapaz quede supeditada al interés o diligencia de sus familiares mas próximos, o a la existencia de estos”***. En este caso, el Fiscal promueve la demanda en defensa del interés público, a fin de evitar el desamparo de una persona cuya capacidad debe ser modificada, pero no lo es, bien porque, no existen legitimados a tenor del artículo 757 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil para instar el oportuno procedimiento, o porque mantienen una actitud pasiva no iniciando los trámites procesales.

Puede ser que, el Fiscal tenga conocimiento directo del desamparo de una persona incapacitable, o que se lo comunique el Juez. También puede tener noticia de esa situación por medio de terceros que careciendo de legitimación activa para formular la demanda, por ejemplo, **“parientes colaterales, amigos, vecinos, gerentes de una residencia geriátrica”** etcétera, por razón de proximidad, relación de parentesco, profesión, cargo u oficio, sepan de la existencia de una persona en la que concurre una posible causa de incapacitación, comunicándolo al Ministerio Fiscal, al objeto de que éste inste la adopción de las medidas de protección que corresponda. **“De esta forma”,** concluye Sancho Gargallo, **“la restricción de legitimación prevista en el artículo 757/1º LEC no impide que pueda ser promovida la incapacitación”**²⁴⁷, evitándose el desamparo de aquel que necesitando protección, no es protegido porque no existen legitimados para promover el procedimiento judicial, o bien existiendo mantienen una actitud indiferente desentendiéndose de la cuestión.

El Juez, está legitimado para adoptar medidas de protección del presunto incapaz, como el internamiento previsto en el antiguo 211 del Código Civil, 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, vigente en la actualidad. Si tiene noticia de la concurrencia de una causa de incapacidad en una determinada persona, y que requiere medidas de protección podrá adoptar las que estime pertinentes a tenor del artículo 762/1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula las medidas cautelares.

Para Sancho Gargallo, las medidas cautelares son **“accesorias del procedimiento de incapacitación”**; porque, en el supuesto de que el Juez las adopte deberá ponerlo en conocimiento de la Fiscalía para que inste el procedimiento oportuno. Son provisionales y se fundamentan como medio para solucionar un problema pasajero, solo serán definitivas si se tramita el correspondiente procedimiento de incapacitación, y se acredita que la necesidad de protección tiene un carácter estable y de permanencia en el tiempo.

²⁴⁷ SANCHO GARGALLO, Ignacio, Incapacitación y tutela....., Págs. 78 y 79.

7. LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD

El Código Civil en la redacción de 1889 no preveía expresamente la incapacitación del menor de edad, el artículo 200 no distinguía entre menores y mayores, y el 213 establecía que, ***“no se puede nombrar tutor a los locos, dementes y sordomudos mayores de edad, sin que proceda la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes”***.

Una interpretación literal de los anteriores preceptos, dio lugar a que parte de la doctrina, se manifestara partidaria de la no incapacitación de los menores de edad, considerando como requisito para el citado trámite la mayoría de edad²⁴⁸, se exceptuaban los menores emancipados, precisamente porque estos están habilitados para regir su persona como si fueran mayores, aunque con las limitaciones legalmente previstas para ciertos actos.

El análisis del artículo 776 del Código Civil que, aunque refiriéndose a otra materia dice que: ***“el ascendiente podrá nombrar sustitutos al descendiente mayor de catorce años que, conforme a derecho, haya sido incapaz por enajenación mental”***, llevó a la doctrina a concluir que, si bien, la incapacitación del menor de edad no estaba expresamente admitida por la ley, si lo estaba en su espíritu, al presuponer el precitado artículo 776 la incapacitación del descendiente mayor de catorce años incapaz por enajenación mental.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo siguió esa línea, y se aceptó la incapacitación del menor de edad, si bien, subrayando la ***“conveniencia de solicitar la declaración de incapacidad, siendo aún menor, para que no haya solución de continuidad entre la protección de la que como menor es objeto y de la que debe recibir como incapacitado”***.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, incapacidad y régimen económico matrimonial, da una nueva redacción al artículo 171 del Código Civil, introduciendo la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieran sido incapacitados siendo menores de edad, de modo que una vez que alcanzaban la mayoría de edad seguían dentro del régimen de la patria potestad.

²⁴⁸ Entre ellos GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *La Curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, p. 398, página 77, citando la postura de la Doctrina del Tribunal Supremo.

Antes de la reforma, el menor de edad incapacitado seguía bajo la patria potestad de los padres, pero una vez que cumplía la mayoría de edad si era incapacitado se le nombraba tutor siendo indiferente que el cargo correspondiera a los mismos padres.

La reforma de 1983 en materia de tutela, en el artículo 201 del Código Civil estableció que los menores de edad ***“podrán ser incapacitados cuando concurran en ellos causas de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”***.

Leña Fernández²⁴⁹, manifiesta que las deficiencias que sufre un menor para ser causa de su incapacitación durante su minoría de edad, requieren que ***“se prevea que las mismas persistirán después de que este alcance la mayoría de edad,”*** porque evidentemente, lo que se pretende con la incapacitación de un menor de edad, es evitar su desamparo a la extinción de la patria potestad.

Chimeno Cano²⁵⁰, afirma que ***“el menor de edad tiene una capacidad de obrar limitada que le imposibilita para realizar determinados actos o negocios jurídicos”***²⁵¹; y que, ***“se le puede ampliar esa capacidad de administración propia a través de la emancipación o del beneficio de la mayoría de edad, pero esa capacidad de obrar sigue siendo limitada para determinados actos”***²⁵². ***Puede ocurrir que por la conformación natural del menor o porque padezca una enfermedad psíquica, se prevea la imposibilidad de que llegada la mayoría de edad, pueda autogobernarse. En este caso se podrá instar la incapacidad como modo de neutralizar los efectos jurídicos de la mayoría de edad, manteniendo de modo indefinido unos límites en su capacidad de obrar o restringiéndolos aún más”***.

Muñiz Espada²⁵³; dice respecto a la incapacitación de los menores, que, ***“supone dejar prevista su protección llegada la mayoría de edad, pero también, privarle de aquella pequeña esfera de actuación que le concede el derecho, siempre y cuando, entiendo, y como prescribía el artículo 15 del Estudio de 1977”***²⁵⁴, ***la incapacitación declarada fuese***

²⁴⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, El Notario y la protección del discapacitado, Pág. 18.

²⁵⁰ Pág. 57 de Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental.

²⁵¹ Los artículos 162 y 164 del Código Civil, regulan los actos para los que los menores tienen limitada su capacidad de obrar.

²⁵² Artículo 315 del Código Civil.

²⁵³ “Descripción de las causas que origina la formación de la tutela”, Págs. 210 y 211.

²⁵⁴ Se refiere al dirigido por el profesor Díez Picazo (SEREM).

determinante de una limitación de la capacidad de obrar superior a la que le correspondería por razón de la edad”.

El artículo 757/4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 dispone que, están legitimados para solicitar la incapacitación de un menor de edad quienes ejerzan la patria potestad o la tutela. Chimeno Cano,²⁵⁵ puntualiza sobre el precitado precepto que, ***“se refiere a los menores sujetos a patria potestad o tutela, los emancipados o con beneficio de la mayor edad, al haberse extinguido la patria potestad o la tutela”²⁵⁶, será de aplicación el artículo 757/1º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a las personas legitimadas para promover la incapacitación”.***

La modificación de la capacidad de un menor de edad, exige la concurrencia de gravedad y persistencia en su enfermedad o deficiencia, en tal grado que, asegure su continuidad al cumplir la mayoría de edad, imposibilitando su autogobierno por afectación a sus facultades intelectivas y volitivas; la pretensión es que, la protección no sea interrumpida, evitando el desamparo.

8. LA SENTENCIA DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

Una sentencia es la resolución judicial que pone fin al procedimiento de incapacitación a tenor del artículo 199 del Código Civil, a diferencia de los antiguos procesos sumarios del artículo 219, anteriores a la reforma de 1983, en los que la incapacitación era declarada en virtud de un auto.

La sentencia declarará si una persona está o no está incapacitada para regir su persona y bienes, sí se pronuncia respecto a la incapacitación fijará extensión y límites de esta, estableciendo el régimen de guarda al que queda sujeta.²⁵⁷

Para Cabrera Mercado²⁵⁸, el objeto de la incapacitación ***no es la declaración de incapacidad solamente, también lo es la determinación de las bases de actuación de esa persona, cómo se le va a apoyar de cara a su presencia en la sociedad, a su rehabilitación e integración en la misma”***, su forma de estar y de actuar en la sociedad. Por ello, ***“en consonancia con la necesidad de respeto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad”***, dice Rovira Sueiro²⁵⁹, ***“la***

²⁵⁵ Pagina 58 de *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*.

²⁵⁶ Artículos 169/2, 171/1, y 276/4 del Código Civil.

²⁵⁷ Artículo 760/1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.

²⁵⁸ CABRERA MERCADO, Rafael, El proceso de incapacitación, en la obra colectiva, *Los Discapacitados y su protección jurídica* Pág. 222 y 223.

²⁵⁹ RÓVIRA SUEIRO, Mª Esther, *La relevancia...*, Pág. 31.

incapacitación en tanto limitación de libertad ha de estar rodeada de todas las garantías de modo que se eviten, además de las incapacitaciones innecesarias, las privaciones arbitrarias de capacidad". En esa necesidad de apoyo en su medida justa, adaptando las posibles limitaciones de libertad que puede suponer la protección a la situación real de la persona, de manera que, no exista superprotección ni desamparo, es para Rovira Sueiro el fundamento del artículo 199, y de la naturaleza legal y judicial de la incapacitación.

El Juez, en el ejercicio de la discrecionalidad que la ley le otorga, modifica la capacidad de obrar de una persona, en el grado que requiera la intensidad de la enfermedad o deficiencia que padece, en atención al grado de aptitud de autogobierno que haya apreciado.

La declaración judicial de incapacidad no tiene efectos hasta que sea firme, siendo susceptible de recurso de apelación en ambos efectos, (artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000), quedando excluida expresamente por el artículo 525 de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil la ejecución provisional.

La sentencia tiene efectos erga omnes, enervando el principio de presunción universal de capacidad de obrar plena, del artículo 322 del Código Civil, razón por la que, tiene carácter irretroactivo, los pronunciamientos miran al futuro, porque, ***“la persona jurídicamente incapaz no existe hasta que lo declara el juez por sentencia”***, afirma Cabrera Mercado. Siendo la modificación de la capacidad de un menor de edad, el supuesto en el que se refleja con mayor evidencia esa proyección de futuro, al justificarse en la previsión de la persistencia de la enfermedad o deficiencia después de cumplir la mayoría de edad, y preverse la prorrogación de la patria potestad como medida de guarda²⁶⁰.

La incapacitación no es una situación definitiva o irreversible, sino revisable en cualquier momento siempre que nuevas circunstancias sobrevenidas justifiquen su modificación o extinción, rompiendo así con el principio de inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes, interés público que en el caso de la incapacitación, razona Cabrera Mercado²⁶¹, cede ***“ante la eventual lesión de un derecho fundamental a la libertad y a la seguridad jurídica”***. En este sentido el artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 establece en su párrafo 1º que: ***“la sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto***

²⁶⁰ Artículos 172 y 201 del CC.

²⁶¹ CABRERA MERCADO, Rafael, *El proceso de incapacitación...*, Pág. 223.

dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”; previendo así expresamente, el procedimiento de revisión de la incapacidad de obrar declarada.

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, propone en su artículo 12, la revisión periódica de oficio de la situación de los incapacitados, con el fin de comprobar la pertinencia de los pronunciamientos acordados, o la necesidad de su modificación o de su supresión.

El Código Civil en el artículo 269, regula las obligaciones del tutor, contemplando bajo el deber general de *“velar por el tutelado”*, entre otros en el apartado 4º el de *“informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado”*, en este deber se incluye, como cuestión capital el agravamiento o mejoría de la enfermedad o deficiencia, que revierten directamente sobre la posible adquisición o recuperación de capacidad, siendo la puntual exigencia de este deber sin necesidad de la tramitación de un nuevo procedimiento judicial, un cauce para la verdadera revisión y comprobación de las condiciones de capacidad del afectado.

8.1 NATURALEZA JURÍDICA

Dos son las posturas de la doctrina respecto a la definición de la naturaleza jurídica de la sentencia de incapacitación: la llamada jurídico formalista a la que se adhiere la mayoría, y la minoritaria o jurídico realista.

La postura jurídico formalista afirma el carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación, al considerar que en su virtud, se constituye un nuevo estado civil: el de incapacitado.

El estado civil es una institución jurídica del Derecho Romano, que consideraba que la persona para ser sujeto de derecho debía ser libre y ciudadano romano, condiciones que definían su forma de estar y de actuar en la sociedad.

Las Partidas en coherencia con la herencia jurídica romana, definen el status como la *“condición o manera en que los omnes viven o están”*²⁶², tradición que recoge el Derecho español contemporáneo, concretándose en la teoría jurídica elaborada por el profesor De Castro²⁶³, que define el

²⁶² Partida 4, 23, I.

²⁶³ CASTRO y BRAVO, Federico De, *Derecho Civil de España*, pagina 70, Editorial Civitas 1991, con la introducción del profesor DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, Págs. 68 y SS.

estado civil como **“la cualidad jurídica de la persona, por su especial situación (y consiguiente condición de miembro) en la organización jurídica, y que como tal caracteriza su capacidad de obrar y el ámbito propio de su poder y responsabilidad”**, concepto del que se desprenden tres conclusiones.

La primera es que es **“una cualidad de la persona”**; es decir, **“tiene carácter personal, está unido y califica a la persona”**. La segunda es que, determina la **“situación y condición de miembro”**, extremo que significa que va unido a la idea de **“estabilidad; la de estar situado (tener una situación determinada) con cierta estabilidad, en una comunidad jurídica”**. Por último, el estado civil, **“caracteriza la capacidad de obrar de la persona: cada estado civil afecta conforme a su especialidad, a la situación jurídica de la persona; el efecto común del estado civil es que caracteriza, según su clase, a la capacidad de obrar de cada persona”**. En consecuencia, para De Castro, la sentencia de incapacitación es **“el acto judicial que modifica el estado civil de una persona sometiéndola a una especial tutela”**.

El estado civil es para sus partidarios, la mayoría de la doctrina, la mejor forma de acreditar fehacientemente la capacidad de obrar de una persona, al constituir un criterio objetivo establecido por la ley para determinar el grado de capacidad de obrar, cuestión que por su trascendencia no puede ser objeto de duda o incertidumbre²⁶⁴.

Sancho Gargallo²⁶⁵, afirma que la sentencia de incapacitación **“tiene naturaleza constitutiva, al crear un estado o situación jurídica inexistente con anterioridad a ella”**, puesto que la persona cuya incapacitación se discute en el oportuno procedimiento, tiene su capacidad de obrar limitada, solo desde la firmeza de la sentencia, nunca antes.

Para Chimeno Cano²⁶⁶, la sentencia que estima la incapacitación es de **“naturaleza constitutiva al crear “ex nunc” una nueva situación jurídica, que afecta al estado civil de quien ha sido declarado incapaz”**;

²⁶⁴ Entre los partidarios de esta orientación llamada jurídico-formalista, está la mayoría de la doctrina, como ejemplo citamos a Albadalejo, Díez Picazo, Gullón, O’Callaghan, Lete del Río, que así se manifiestan en su extensa obra, García-Ripoll Montijano, en *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Muñiz Espada en “Descripción de las causas que originan la formación de la tutela”, Pág. 168; Sancho Gargallo, en *Incapacitación y tutela, Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Págs. 110 y siguientes, Cabrera Mercado, en *El proceso de incapacitación*, Págs. 222 y 223, Rovira Sueiro, *La relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia incapacidad*, Pág. 32. Chimeno Cano, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*.

²⁶⁵ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela. (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Págs. 119 y 120.

²⁶⁶ CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Págs. 87 y SS

además, es *“necesaria, pues es el único medio por el que se puede producir ese efecto jurídico, ya que nadie puede ser declarado incapaz sino en virtud de sentencia judicial”*.

Cabrera Mercado²⁶⁷, insiste en el carácter constitutivo y necesario de la sentencia de incapacitación, *“en cuando que se pronuncia respecto a una limitación de la capacidad de obrar”*.

Rovira Sueiro²⁶⁸, afirma que *“la sentencia que establece la incapacitación tiene carácter constitutivo supone una modificación del estado civil de la persona”*, porque, en virtud de dicha resolución, *“una persona incapaz natural pero legalmente capaz pasa a tener el estado civil de incapacitado, y, por consiguiente, resultará legalmente incapaz dentro de los límites personales y/o patrimoniales determinados en la propia sentencia”*.

La sentencia de incapacitación, establece el status jurídico al que deberá atenerse la persona incapacitada desde ese momento, que queda sometida al régimen de representación legal que encarna la tutela, o al de asistencia de la curatela; por otro lado, es necesaria, porque el artículo 199 proclama el carácter legal y judicial de la incapacitación.

La segunda postura minoritaria en la doctrina²⁶⁹, es la jurídico-realista representada principalmente por Gordillo Cañas y Ramos Chaparro, para los que, la sentencia de incapacitación es declarativa de incapacidad y constitutiva de tutela, porque no crea un nuevo estado civil, solo reconoce que las causas de incapacitación descritas en el artículo 200 del Código Civil, concurren en el sujeto incapacitado.

Gordillo Cañas, considera que en el derecho moderno es imposible el sometimiento a tutela sin previa declaración judicial de incapacitación, y que el literal tanto los artículos 213, 221 y 228 del Código Civil, como el 1847 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son tajantes en este sentido. *“Ahora bien”*, continua en su razonamiento, *“de ahí a entender que el pronunciamiento judicial fuera constitutivo de incapacidad, creemos discurre un trecho no cubierto por la regulación legal de la incapacidad”*. La limitación de la libertad personal que implica la

²⁶⁷ En *El proceso de incapacitación*, Pág. 222.

²⁶⁸ ROVIRA SUEIRO, M^a E, *La relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Página 32.

²⁶⁹ Esta postura es defendida por GORDILLO CAÑAS, en *Capacidad, incapacidades, y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid (1986), siguiéndole RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, ED Tecnos, Madrid (1995).

incapacitación, exige que las causas sean objeto de verificación con las debidas garantías, justificando así la necesaria intervención judicial.

Pero para este autor, la intervención judicial como requisito en la modificación de la capacidad de obrar, no significa que *“sea constitutiva de la incapacidad”*, aludiendo a la terminología legal como criterio orientativo, concretamente los precitados artículos 1847 de la LEC de 1881, 213 y 221 del CC, que hablan de declaración de incapacidad. La actuación judicial, es constitutiva de la tutela en lo que respecta a su puesta en funcionamiento, pero *“una cosa es esto y otra, bien distinta, que lo sea igualmente en cuanto a la previa situación de incapacidad que la justifica”*. Insiste en lo significativo de la expresión de los preceptos legales, *“no podrá nombrarse tutor, sino al previamente declarado incapaz (art. 213 CC en su redacción originaria) por sentencia firme (art. 1.847 LEC). Si se nos apura, no es solo la terminología legal la que en su precisión (hay que reconocer que no siempre consecuentemente mantenida) nos lleva a negar el carácter constitutivo de la resolución judicial en cuando a la incapacidad de obrar; lo es también del sentido de su regulación”*. Además, *“lo que en el art. 1848 de la LEC sería el resultado de la incapacidad, el nombramiento de tutor, puede adelantarse a la sentencia declarativa de la incapacidad, mediante el nombramiento del que la LEC llamaba curador ejemplar interino; posibilidad en su sustancia con cabida hoy en el artículo 209 del Código Civil”*.

El nuevo artículo 199 del Código Civil, continua razonando Gordillo, *“proclama hoy con exquisita exactitud que “nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas por la ley”*. Efectivamente, *“debe entenderse, y mas desde la nueva regulación, que en materia de incapacidad el absoluto respeto a la dignidad y libertad personales produce por consecuencia que solo la enfermedad incapacitante sea la causa de la incapacidad y que el pronunciamiento judicial, hoy necesaria sentencia, en este punto haya de ser de comprobación de la verificación de tal causa y, eo ipso de la declaración de la incapacidad (artículo 210). Lo que no obsta a que, complementariamente y para dar cauce a la necesaria guarda y protección del declarado incapaz, haya de proveerse en la sentencia la tutela del mismo. Es aquí donde el pronunciamiento, al situar erga omnes al declarado incapaz en una nueva situación jurídica (status); y consiguientemente, al someterlo a un nuevo estatuto, adquiere valor constitutivo; no por el contrario, en lo que contiene de mera constatación de una situación de hecho que, aún sin traducción jurídica general hasta*

entonces, podía ya, sin ella, afectar los presupuestos de voluntad exigidos para la eficacia jurídica de los actos del naturalmente incapaz²⁷⁰.

La sentencia de incapacitación tiene, según esta postura, una doble naturaleza: declarativa en lo que respecta a la declaración de incapacidad, y constitutiva en lo que se refiere al régimen de guarda al que queda sujeto el incapacitado.

La teoría del estado civil, es calificada por Gordillo y sus seguidores, de rígida y trasnochada, desde que la reforma de 1983 estableció, como única causa de incapacitación la imposibilidad de autogobierno.

Es cierto, que la posición de De Castro responde a un contexto normativo diferente al que instaura la reforma de 1983, pero aún así, sigue siendo la mejor solución, opina Rovira Sueiro²⁷¹, y la que mejor encaja con la regulación actual, conclusión que fundamenta explicando que el estado civil, como acreditación de la incapacidad de obrar declarada es coherente con lo dispuesto en el artículo 199 del Código Civil. Esa coherencia, se extiende a otros preceptos del precitado cuerpo legal, concretamente a los artículos 1300 siguientes y concordantes, que regulan el régimen jurídico de la nulidad de los contratos.

El artículo 1301 establece que: ***“la acción de nulidad solo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados desde que salieran de la tutela”***, es decir, que el ejercicio de la acción de impugnación de los contratos celebrados por incapacitados y su cómputo supone necesariamente la existencia de una incapacitación.

La cuestión a dilucidar entre la postura jurídico formalista y la jurídico realista, es si es suficiente a la hora de analizar jurídicamente la capacidad de la persona atender a su apariencia externa de incapacidad natural o lo que resulta determinante es el estado civil de la persona atribuido por la sentencia de incapacitación.

En este análisis, la postura jurídico-formalista opta por la seguridad jurídica y la protección de terceros, y la jurídico-realista por la realidad o apariencia de incapacidad.

²⁷⁰ Páginas 72, 73, 74 y 75, de *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*.

²⁷¹ ROVIRA SUEIRO, *La Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*. Pág. 33.

Ramos Chaparro, insiste en que tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar son: ***“una cualidad persona o propia del ser humano, que se percibe como la “traducción jurídica de la personalidad en cuanto que expresa las consecuencias jurídicas de un aspecto esencial y definitorio de la naturaleza o estructura personal como es el psiquismo humano”²⁷²***. Para este autor, la capacidad de obrar está determinada por el grado de autogobierno, y citando a Gordillo, afirma que ***“allí donde tal capacidad de autogobierno se verifica, debe reconocerse, y en esa misma medida la capacidad de obrar”***.

La delimitación de la capacidad natural es una cuestión en ocasiones difícil y complicada, puede que una persona incapacitada judicialmente tenga capacidad natural para un acto concreto, o que una persona legalmente capaz sea incapaz natural, bien porque no ha sido incapacitada judicialmente, o porque se encuentra transitoriamente en una situación que afecta a sus facultades intelectivas y volitivas causándole incapacidad de obrar, apunta Rovira Sueiro²⁷³, por ejemplo una persona bajo los efectos del consumo de estupefacientes, o de cualquier toxicomanía como la embriaguez.

La teoría jurídico formalista, no pretende la supresión de la capacidad natural, y el mismo De Castro,²⁷⁴ reconoce que la ***“aptitud psíquica es tenida en cuenta por la ley, así para el cambio de estado civil que supone la incapacitación, (falta habitual de capacidad natural), y como requisito para un determinado negocio o acto (falta actual de capacidad de obrar). La capacidad de obrar aunque mediatamente puede estar afectada por la aptitud natural del individuo, jurídica e inmediatamente, resulta el reflejo de cada estado civil”***.

O’Callaghan²⁷⁵, apunta que la capacidad de obrar ***“tiene un substrato en las condiciones naturales del sujeto, pero como el principio de justicia a que debe aspirar el Derecho tiene que conjugarse con el principio de seguridad en el tráfico jurídico no se puede dejar en la incertidumbre y difícil prueba, si el sujeto reúne o no dichas condiciones naturales básicas para la capacidad de obrar, sino que se liga a hechos objetivos externamente reconocibles”***.

²⁷² RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, Págs. 154 y 281.

²⁷³ Observación de ROVIRA SUEIRO, *La relevancia de la voluntad.....* Pág. 17.

²⁷⁴ CASTRO y BRAVO, Federico, DE, *Derecho civil de España* Tomo II Madrid (1984), Pág. 49.

²⁷⁵ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, Lección 14ª *Compendio de Derecho Civil. Tomo I (parte general) (Enero 1993) Versión vLex.com*, Id. vLex: VLEX-VP372.

Para Rovira Sueiro²⁷⁶, “*vincular la justificación de la capacidad de obrar al estado civil, no significa negar la capacidad natural del sujeto para ciertos actos dentro de su propio estado civil, y no digamos respecto a las actuaciones personales*”, es decir, los actos personalísimos en ejercicio de los derechos de la personalidad, excluidos por disposición de los artículos 162 y 267 del Código Civil, del ámbito de representación legal de los padres titulares de la patria potestad y del tutor, así como los que, el menor o el incapacitado puedan realizar “*por sí solos*”, pretendiendo que las posibilidades de obrar del menor o del incapacitado sean tan amplias como lo permitan su capacidad natural.

La capacidad de obrar, para terminar, “*constituye una aptitud de carácter dinámico, productora, cuya consecuencia es la firmeza de los actos, es decir, de esta capacidad depende no solo la existencia de los actos sino también su firmeza. Si falta la capacidad de obrar los actos tendrán una eficacia claudicante lo cual no quiere decir que sean inexistentes el acto puede ser impugnado, es anulable. La razón de ser de esta sanción de la anulabilidad es clara: buscar la protección del incapaz, si la sanción fuese la nulidad de pleno derecho no podría beneficiarse de los efectos no perjudiciales de sus actos*”. De esta reflexión se desprende, que con el estado civil se pretende la garantía de la protección del menor o incapacitado, evitando la sucesión de actos susceptibles de impugnación.

La orientación jurídico realista, sostiene la naturaleza declarativa de la sentencia de incapacitación, primando el dato real, el supuesto fáctico de la situación psicológica del sujeto, instrumentalizado en el valor de la publicidad de la sentencia, de manera que, la incapacidad declarada si no es cognoscible no es oponible a terceros, a la vez que, la incapacidad no inscrita ni declarada si es notoria será oponible.

En los casos en los que, se desestime la modificación de la capacidad, la sentencia tiene naturaleza declarativa, puesto que no altera el estado civil.

8.2. PRONUNCIAMIENTOS

El artículo 760/1º de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, establece que: “*la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo*

²⁷⁶ ROVIRA SUEIRO, Mª E, *La Relevancia.....*, Págs. 17 y 18.

dispuesto en el artículo 763". El precepto quiere decir que, el contenido de la sentencia consta de dos pronunciamientos principales: la extensión y los límites de la modificación de la capacidad, y el régimen de tutela o guarda.

Y otros secundarios o accesorios, como son el internamiento, o cualquier otra medida de carácter personal o patrimonial, que el Juez a tenor de las circunstancias concretas de un caso concreto, estime oportuno adoptar para el interés y bienestar del afectado.

9. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA CAPACIDAD DE OBRAR: LA GRADUACIÓN DE LA INCAPACIDAD

La determinación de la extensión y límites de la capacidad de obrar en la sentencia de incapacitación, significa la graduación de la incapacidad de obrar, constituyendo una cuestión de capital importancia, porque, la admisión de esa posibilidad da lugar a un sistema de guarda plural, flexible y adaptable a las circunstancias propias de cada caso. La actitud contraria tiene como efecto un sistema de tutela única, que significa el tratamiento igualitario de todos los supuestos, ignorando las características especiales de cada supuesto determinadas por los diferentes efectos que cada enfermedad o deficiencia producen en quien las padece.

El Código Civil en su redacción de 1889 en el artículo 218, establecía que: *“la declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente. La que se refiere a los sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquellos”*. El tenor de este precepto, imponía la regla general de que la incapacitación era plena sin posibilidad alguna de graduación, agrupando bajo la denominación de *“locura, demencia y enfermedad mental”*, a todas las deficiencias. Los sordomudos eran la excepción, al ser posible la apreciación de un mayor o menor grado de incapacidad determinando una tutela con una extensión y límites determinados, precisamente porque su incapacidad se debía en la inmensa mayoría de los casos, a la imposibilidad de comunicación por el desarrollo casi nulo del lenguaje de signos en la época, la sordomudez por sí sola no afecta a las facultades intelectivas y volitivas, sino va acompañada de otra deficiencia de tal naturaleza que implique un menoscabo de estas, constituyendo una causa de modificación de la capacidad. Respecto a los pródigos, ocurría algo similar, ya que según el artículo 221: *“la sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre, y los casos en que por uno o por otro habrá de ser consultado en consejo de familia”*.

En la practica existía una tutela plena con tutor protutor y consejo de familia para los menores y los locos o dementes, y otra restringida para los menores emancipados, en la que solo se nombraba tutor con la función de asistir prestando su conformidad como control de los actos que el emancipado o habilitado de edad no podía realizar por sí solo a tenor del antiguo artículo 323 del Código Civil, todos de carácter patrimonial, extremo que suponía el reconocimiento de la existencia de una tutela exclusivamente patrimonial.

Las críticas de la doctrina al sistema del Código Civil en su redacción de 1889, partían de error de incluir en el concepto de dementes y con similitud de efectos en la institución de guarda a la que quedaban sujetos, a una multitud de enfermos de características muy diversas, con necesidades de protección diferente²⁷⁷. Por otro lado, la inclusión de los sordomudos como incapaces sujetos a tutela o curatela, cada vez tuvo menos fundamento al generalizarse el aprendizaje del lenguaje de signos facilitando así la comunicación de las personas que sufrían esa discapacidad; porque, solamente esa imposibilidad de comunicación con el exterior podría justificar la incapacitación del sordomudo, ya que la sordomudez por sí sola no afecta a las facultades intelectivas, siendo excluida como causa de incapacitación por el Código de Napoleón²⁷⁸.

La reclamación de un sistema de graduación de la incapacidad, no era una novedad en el Derecho español, sino más bien una solicitud de regreso a la tradición jurídica, que partiendo de la dualidad tutela y curatela del Derecho Romano, que implicaba la apreciación progresiva de la incapacidad, fue el adoptado por Las Partidas, manteniéndose en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, y en los proyectos de Código Civil de 1821 y 1851, siendo por lo tanto, la primera versión de nuestro Código, una transgresión a los principios observados por nuestro Ordenamiento Jurídico en la materia que nos ocupa.

En este contexto, el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de marzo de 1947,²⁷⁹ reconoció expresamente (Considerando III) que ***“los medios legales de suplemento de capacidad de las personas que no pueden gobernarse por sí mismas deben ser adecuados a las situaciones que los***

²⁷⁷ Así lo hacen constar HEREDIA PUENTE, Mercedes, y FABREGA RUIZ, Cristóbal, *La protección legal de incapaces*, Colex, Madrid (1998), Pág. 15.

²⁷⁸ ROCA GUILLAMÓN, *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid (1991), Tomo I Pág. 629.

²⁷⁹ Resolución estudiada por el profesor De Castro, con el título de “La incapacitación del imbecil”, publicado en *Anuario de Derecho Civil* de (1948), páginas 291-303, incluida en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico De Castro*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, (1997), Tomo II, páginas 1.555-1566.

imponen, sin incurrir en exceso ni en defecto". Argumentando que, si bien el Código Civil parte del principio de unidad de guarda, intenta ajustarse al criterio de adecuar el suplemento de capacidad a la situación del sujeto, distinguiendo una tutela que afecta a la persona y a los bienes, y otra que solo alcanza al patrimonio, autorizando la graduación de la tutela con arreglo a las circunstancias. Además de los supuestos de los artículos 218 y 221 respecto a la tutela de los sordomudos y la de los pródigos, la citada sentencia fundamenta su doctrina en otros casos regulados por el Código Civil, de suplemento de la capacidad de obrar distintos de la tutela para supuestos concretos como son los previstos en el artículo 59, relativo a la administración de bienes de la sociedad conyugal por el marido menor de edad; los artículos 317 y 324, que se refieren a la enajenación o gravamen de inmuebles y celebración de contratos de préstamos por el menor emancipado o que hubiese obtenido la habilitación de edad; y los artículos 1352, 1353, y 1361, respecto al ejercicio de determinados derechos de la mujer casada igualmente menor de edad, cuando se trate de garantía, o enajenación de sus bienes.

El Considerando cuarto, razona al hilo del litigio que pretende resolver, que el Código Civil no regula la tutela del imbecil, que como retraso de debilidad mental es un estado diferente al de demencia, faltando un precepto que establezca la acomodación de la función tutelar a la extensión de la incapacidad propia del débil mental.

El profesor De Castro, afirma que la referida sentencia al admitir que el Código Civil no regula la tutela del imbecil, establece una doctrina innovadora que permite que en esta situación se aplique por analogía una tutela graduada e incompleta, de manera que los imbeciles u oligofrénicos, sean declarados *"incapaces para poder administrar sus bienes"* con la provisión de un tutor *"a los solos efectos de tal administración"*.

La doctrina en aquel momento mantenía que la tutela del imbecil, como la de toda clase de personas que padecieran perturbaciones o decadencia de sus facultades mentales, estaba regulada en el Código Civil en la tutela de los locos y dementes. En consecuencia, dicha tutela (la del imbecil), como demente, era plena y absoluta, comprendiendo la guarda de la persona y la de los bienes.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo razona apartándose de esta doctrina, afirmando que el Código Civil adolece de una manifiesta omisión al no regular, de modo especial la tutela del imbecil como lo hacen las legislaciones de otros países, reconociendo que la imbecilidad y la locura,

son *“estados médicamente distintos, diferencia hoy evidente y reconocida en las legislaciones de otros países”*.

La sentencia tiene el valor de reconocer como necesidad imperiosa, la graduación de la incapacidad a tenor de la situación real del incapacitado, y de constituir una medida de guarda de suplemento de la capacidad de obrar que falta, fundamentando su postura en los mismos preceptos del Código Civil, que proclamaba el principio de unidad de guarda. Además, es la demostración práctica de que el principio de unidad de guarda, y no graduación de la restricción de la capacidad de obrar es de imposible aplicación y supervivencia en la vida real, al caracterizarse esta última por la multitud de situaciones probables, improbables, previsibles, imprevisibles, o de difícil o imposible previsión.

La doctrina se dividió a favor y en contra de las conclusiones vertidas por el Tribunal Supremo, por un lado el profesor De Castro²⁸⁰, que se manifiesta en contra manteniendo que *“las razones dadas en la sentencia no convencen de la necesidad de la conveniencia o siquiera de la posibilidad jurídica de abandonar la doctrina hasta ahora seguida, pues entre otras razones no hay laguna legal porque la tutela de la persona con discapacidad intelectual, (entonces imbécil), se hallaba regulada como tutela del demente, la graduación de la tutela del sordomudo del artículo 218 del CC tenía un carácter excepcional y especial, que impedía su aplicación por analogía, y tampoco cabe aplicar el mismo sistema de analogía con la tutela del prodigo del artículo 221 porque esa se deriva de la protección a la familia a diferencia de la que estudiamos en que se protege al mismo incapaz”* y concluye de Castro: *“la doctrina de la sentencia no puede aceptarse como interpretación correcta del derecho vigente y tampoco es recomendable de lege ferenda”*.

El profesor Bonet Ramón²⁸¹, se mostraba de acuerdo con la sentencia de 5 de marzo de 1947, al tratar el concepto de debilidad mental considerándolo como una de las causas que dan origen a una tutela restringida, de extensión proporcionada al mayor o menor grado de intensidad en que se manifiesta el retraso mental.

Es en el año 1977 cuando comienza a discutirse en serio una posible reforma que afectaría al Derecho de familia en general, y en consecuencia a la incapacitación y a la tutela. En esta línea, el profesor Díez Picazo con la colaboración de juristas de reconocido prestigio, elaboran el Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela, con el

²⁸⁰ “La incapacitación del imbécil”..... ya citada.

²⁸¹ *Revista de Derecho Privado*, nº 366, septiembre de (1947), Págs. 687-690.

patrocinio de la Fundación General Mediterránea y el SEREM, proponiendo respecto a la graduación de la incapacidad, el siguiente literal del artículo 218 del Código Civil: ***“la sentencia que declara la incapacitación determinará la extensión, alcance y límites de esta, así como la institución tutelar a que deba estar sometido el incapacitado, y se inscribirá en el Registro Civil”***.

El proyecto de reforma de 1983, recogió ese mismo texto o parecido para el artículo 210: ***“la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”***, siendo aprobada tal cual, sin discusión al no plantearse enmienda alguna, lo que evidencia el pleno acuerdo de todos los grupos parlamentarios respecto a la implantación en nuestro Derecho del principio de graduación de la incapacidad de obrar.

La graduación de la incapacidad, y como consecuencia, la constitución del régimen tuitivo plural, susceptible de regulación a tenor del grado de capacidad que conserve el afectado, y que será de tutela o representación, o de curatela o asistencia, ***“merece el aplauso, constituyéndose sin duda en uno de los ejes mas importantes en torno al que giró la regulación de la tutela”***²⁸², comenta Cabrera Mercado.

El legislador, otorga así al Juez, un amplio margen de discrecionalidad, a la hora de determinar la extensión y alcance de la incapacitación y al régimen tuitivo al que queda sujeto el incapacitado, que será el mas adecuado a sus necesidades, y el mas eficaz para sus circunstancias. Porque como asevera, Guilarte Martín-Calero²⁸³, ***“esta posibilidad de graduar la incapacitación, reconocida en el artículo 210 del Código Civil, contribuye a flexibilizar la figura de la incapacitación, pues permite adaptar la incapacidad en cada caso concreto, atendiendo a la intensidad de la causa natural que provoca la imposibilidad de autogobierno, frente a la intensidad absoluta que tenía el antiguo artículo 213 del Código Civil”***.

El artículo 210 del Código Civil, hoy derogado, fue sustituido por el artículo 760/1º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ubicado en el Capítulo II De los procesos sobre la capacidad de las

²⁸² CABRERA MERCADO, Rafael, “La graduación de la sentencia dictada en el proceso de incapacitación”, en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Aequitas, 2ª Edición revisada y aumentada, Febrero (2005), Pág. 127.

²⁸³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, ED Mc Graw-Hill, Madrid (1997), Pág. 87.

personas, del Título I del Libro IV De los procesos especiales, estableciendo el principio de graduación de la incapacidad de obrar, con el siguiente literal: ***“la sentencia que declare la incapacidad determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”***.

El Juez, valorará las pruebas a los efectos de pronunciarse sobre la capacidad de una persona, para determinar la extensión y límites de la incapacidad, comenta Sancho Gargallo²⁸⁴, haciendo un esfuerzo por tratar de representarse la autonomía personal y patrimonial que esa persona tiene o puede tener en la vida.

El problema es que, como apunta Leña Fernández,²⁸⁵ ***“no es nada fácil para el juez, graduar la incapacidad y fijar la extensión y límites de la incapacidad declarada en su aspecto intrínseco, y de precisar con suficiente detalle, en su aspecto extrínseco, los actos que podrá realizar por sí mismo el incapacitado, y aquellos otros para los que será necesaria la actuación de un tutor o el complemento de capacidad de un curador”***.

Sí tenemos en cuenta, que, la complejidad de los supuestos, y de las posibles soluciones, la falta de tiempo, de conocimientos médicos, de medios técnicos y personal especializado, son los problemas con los que se enfrentan los Jueces cuando abordan la graduación de la incapacidad en los procedimientos de incapacidad.

Los inconvenientes propios de la graduación de la incapacidad, son teóricos y prácticos, afirma Cabrera Mercado²⁸⁶, alegando que, ***“el que se de la posibilidad legal de fijar una extensión y límites de la incapacidad puede crecer la idea de que existe una incongruencia entre el contenido del artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los artículos 199 y 200 del Código Civil. Por un lado, incapaz es toda persona que, a causa de una enfermedad que padece, no puede gobernarse por sí misma, declarándose así en la sentencia; pero, por otro lado, cabe que el ya declarado incapaz por sentencia sea capaz de realizar una serie de actos y negocios jurídicos a los que no le afectaría esa declaración de incapacidad”***. Es decir, puede existir un incapaz, ***“no incapaz”***, para un determinado acto o determinados actos, o determinada categoría de actos.

²⁸⁴ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Págs. 110 y siguientes.

²⁸⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, “La Graduación de la incapacidad”, en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, Jornadas de la Fundación Aequitas, Madrid (8 y 9 de marzo de 2004), Págs. 204 y SS, Ed. Fundación Aequitas, noviembre 2004.

²⁸⁶ CABRERA MERCADO, Rafael, La graduación de la sentencia dictada en el proceso de incapacidad, *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Aequitas, 2ª Edición revisada y aumentada, Febrero 2005, Pág. 129.

La graduación es una medida de protección, que permite el establecimiento de una guarda a medida, es decir, como la incapacidad puede tener una diferente extensión según los supuestos, la medida protectora ha de corresponder en intensidad a esa diferente extensión de la incapacidad de obrar declarada.

Cabrera Mercado²⁸⁷, afirma que, *“quizá hubiera sido mas acertado no ser tan riguroso y taxativo cono los términos y palabras empleadas en los artículos 199 y 200 del código Civil. Aunque también podríamos entender que cuando se habla de enfermedades que lleguen a impedir a la persona gobernarse por sí misma, lo tengamos que poner en relación con un gobierno pleno y total, de modo que cualquier limitación al mismo, si es persistente, puede dar paso a la incapacitación. Que duda cabe que, siendo la regla general, que toda persona mayor de edad o menor emancipada tiene plena capacidad de obrar, restringírsela al a misma, aunque fuera parcialmente, exige una declaración judicial, que constate los actos que dicha persona no puede resolver automáticamente.*

En definitiva, van a ser los órganos jurisdiccionales los que intenten conseguir el equilibrio, difícil pero necesario, entre los dos grandes valores que se manejan: de un lado, las garantías legal y judicial de la incapacitación plasmadas en los artículos 199 y 200 del código Civil, y de otro el principio de graduación judicial de la misma, manifestado especialmente en los artículos 760 de la LEC y 287 del Código Civil referido a la curatela”.

La incapacitación solo procede si se acredita que la persona no puede gobernarse, que es precisamente el requisito que establece el artículo 200 del Código Civil, precepto que convierte al autogobierno en *“la pieza clave de toda incapacitación”*, como afirma Rovira Sueiro²⁸⁸, y *“de ahí la importancia de delimitar con precisión su alcance”*.

Una vez, que el Juez ha comprobado la incapacidad determinada por la imposibilidad de autogobernarse a sí mismo, procederá a la determinación gradual de sus efectos, en atención al grado de discernimiento o la afectación de las facultades intelectivas y volitivas, concluyendo si la incapacidad es total o absoluta, si el autogobierno personal y/o patrimonial está totalmente impedido; o parcial, limitada o restringida, si el autogobierno esta disminuido o mermado.

²⁸⁸ ROVIRA SUEIRO, M^a E, *La relevancia de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Pág. 29 y siguientes.

Sancho Gargallo²⁸⁹, subraya la dificultad para apreciar el grado de incapacidad, cuando ***“el presunto incapaz mantiene sus funciones cognitivas básicas, aunque con alguna limitación, pero o bien carece de juicio prudencial práctico para cuidarse y velar por sus propios intereses personales y patrimoniales, o bien adolece de suficiente voluntad para hacerlo”***. Estos supuestos, se corresponden con ***“enfermedades mentales leves, trastornos de personalidad o conducta”***, en los que la valoración del Juez debe someterse a una especial prudencia, ***“pensando en lo que ocurre o puede ocurrir al demandado cuando se enfrenta con la realidad de la vida”***. Entiendo que, la limitación de la capacidad de obrar no puede ser excesiva y desproporcionada constituyendo una restricción injustificada de la libertad individual, pero tampoco tan suave y leve que cause desamparo, al quedar el afectado expuesto a situaciones que no puede resolver.

La incapacitación parcial, procede cuando ***“el déficit de capacidad afecta solo a algunas facetas del ser humano, impidiéndole actuar libremente o haciéndose vulnerable a engaños y abusos”***, puntualiza Sancho Gargallo, ***“en estos casos existe un mínimo de facultades cognitivas, pero bien la limitación de estas, o bien las carencias de voluntad o la deficiencia afectiva, limitan parcialmente su capacidad. De ahí que el Juez deba ceñir la incapacitación únicamente a aquellas esferas o ámbitos de la actividad del hombre que realmente se vean afectadas por los efectos de la enfermedad o deficiencia, y en las que evidencia una necesidad de protección”***.

Cabrera Mercado²⁹⁰, menciona una opinión manifestada con frecuencia, según la cual, la sentencia es el ***“corazón del organismo procesal (según Calamandrei), que declara la incapacidad debe ser un traje a medida, y no un pret-a-porter”***. El objeto es la protección del incapacitado, que la sentencia de incapacitación debe de diseñar atendiendo a sus necesidades, a la vez que impulsa el ejercicio de la capacidad de obrar que le queda, cuestión nada fácil.

El pronunciamiento principal de la sentencia, es si la incapacitación que se declara en su virtud, es total o parcial, precisando los ***“límites de la incapacidad y de las facultades y actos que el incapacitado puede realizar por sí mismo”***, afirma Cabrera Mercado. A este respecto el Juez podrá,

²⁸⁹ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, 110 y 111.

²⁹⁰ CABRERA MERCADO, Rafael, “La graduación de la sentencia dictada en el proceso de incapacitación”, Pág. 130 y 131.

según propone Sancho Gargallo²⁹¹, ***“enumerar los actos concretos para los que necesita de la asistencia o representación de alguien”, o “proceder a la inversa, y declarar la incapacidad general de la persona, dejando a salvo una serie de actos que se enumeran”***.

Cabrera Mercado, reflexiona insistiendo en las dificultades para fijar los actos que puede hacer el incapacitado y los que no puede hacer, con independencia del grado de capacidad que conserve, sobre todo en los casos en los que la institución de guarda a la que está sujeto es la tutela o la patria potestad prorrogada o rehabilitada, en los que se acentúa la dificultad apuntada al no existir un precepto legal que determine los actos que por defecto corresponden al tutor o al titular de la patria potestad, al estilo de la curatela, en la que a falta de pronunciamiento judicial expreso, el curatelado necesitará la asistencia o complemento del curador en los actos para los que el tutor necesita autorización judicial, es decir, los especificados en el artículo 271 del Código Civil.

El artículo 267 del Código Civil, define al tutor como ***“el representante del menor o incapacitado”***, exceptuando de esa representación legal: ***“los actos que el pupilo pueda realizar por sí solo”***, expresión generalista que nada concreta, remitiendo para su determinación a los fijados ***“por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación”***. Los actos que la ley dispone expresamente como excluidos de la representación legal del tutor, son los personalísimos, según O’Callaghan²⁹², ***“aquellos que solo pueden ser realizados por el sujeto y si este no puede o no quiere, nadie los puede realizar por él; es decir o los realiza él o no los realiza nadie”***, como son contraer matrimonio, reconocer un hijo, otorgar testamento, todos ellos se formalizan ante el funcionario encargado del registro o el Notario, que actuarán como garantes de la capacidad de obrar suficiente del incapacitado para ese acto.

El artículo 267 no aclara los actos que puede realizar el incapacitado en orden al grado de su capacidad de obrar, solamente nos indica que, los actos personalísimos solo le corresponden a él, y si no los puede realizar porque su capacidad natural no es suficiente, no los puede realizar nadie.

En el caso de privación del derecho de sufragio, a tenor de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de Régimen Electoral General, ha de ser declarada expresamente en los pronunciamientos de la sentencia, en caso

²⁹¹ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Págs. 110, 111 y 112.

²⁹² O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “La tutela. Actos personalísimos”, en *La protección jurídica del discapacitado*, I Congreso Regional Castilla y León, coord. SERRANO GARCÍA, Ignacio, ED Tirant lo Blanch (2003), Pág. 161.

contrario, la persona con capacidad modificada tiene derecho a emitir su voto que será válido, según Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1991.

10. LA AVERSIÓN A LA INCAPACITACIÓN

La incapacitación no es una situación agradable para nadie, la reforma de 1983, pretendió superar los errores e inconvenientes del sistema anterior, estableciendo una regulación en la que prevalecen los principios fundamentales de la Constitución de 1978, de respeto a la dignidad de la persona, libertad, e igualdad. Pese al empeño del legislador, tanto las personas relacionadas con el mundo de la discapacidad continúan oponiéndose a la incapacitación, a la vez que, la doctrina sigue exponiendo sus críticas.

Leña Fernández²⁹³, fundamenta su consejo a los padres respecto a la incapacitación del hijo discapacitado como *“primera medida de su protección, en la menor suspicacia que suscita en el Juez, la interposición de dicha demanda por los padres”*, supongo que por considerar, que es un presupuesto generalmente asumido, que estos son los más preocupados y sensibilizados por el bienestar futuro de un hijo en situación de discapacidad, y por solventar su futuro cuando ellos falten.

El profesor Serrano García²⁹⁴, bajo el epígrafe *“El estigma que soporta la incapacitación”*, se refiere a esta *“como una cuestión menor, pero que tiene alguna relevancia social”*, afirma que *“la incapacitación es una expresión percibida con gran rechazo por el individuo afectado y por su familia, dicho rechazo se extiende también a la expresión tutela (no olvidemos que tutela se opone a libertad)”*.

Díaz Alabart²⁹⁵, insiste en que, *“para la opinión común, la incapacitación produce un rechazo enorme, no solo entre las personas discapacitadas y sus familiares, sino entre algunos profesionales del Derecho. Igualmente la palabra tutela también parece tener algunas connotaciones peyorativas, como mucho se acepta hablar de curatela”*.

²⁹³ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, ED Consejo General del Notariado, Madrid (1997), Pág. 17 y siguientes.

²⁹⁴ Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003, Pág. 173 y 174.

²⁹⁵ DÍAZ ALABART, Silvia, coautoras: HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a Dolores, ÁLVAREZ MORENO, M^a Teresa, REPRESA POLO, Patricia, *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 32.

Marín Calero²⁹⁶, va mas allá calificando el procedimiento de incapacitación como *“auténticamente odioso”*, que es *“rechazado, psicológicamente, por los interesados y por sus familiares”*, y además, *“en muchas ocasiones, es desaconsejado, por sus muchos inconvenientes, por los juristas profesionales a los que esos familiares solicitan consejo”*, proponiendo como solución una reforma, que signifique una *“modificación sustancial”* del procedimiento de incapacitación, planteando como alternativa, *“una interpretación extensiva de las competencias del guardador de hecho, con exigencia puntual de autorización judicial o incluso sin ella, pero sin necesidad de incapacitación judicial”*, que sería posible sí *“la discapacidad calificada por la Administración Pública, no judicial, pero en todo caso dictada por el Estado, tuviera plenos efectos en todos los ámbitos del Derecho y, por supuesto, plenamente en todo el Derecho Privado”*.

La propuesta anterior pasa por un reconocimiento de los efectos de la certificación administrativa de discapacidad, ampliando las funciones del guardador de hecho en los supuestos en los que fuese necesario, lo que no podemos negar que quizá supondría una simplificación de trámites, a la vez que, un cauce para eludir el control judicial, que hoy por hoy a tenor del artículo 216 del Código Civil es uno de los principios de la tuición de las personas con capacidad modificada.

Aguirre Zamorano²⁹⁷, propone el patrimonio protegido como cauce adecuado para la protección del discapacitado, que al no requerir previamente la incapacitación de este, puede ser el medio de eludir dicho trámite judicial. Sin duda, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, introduce además del patrimonio protegido, el mandato o apoderamiento preventivo mediante la modificación del artículo 1732 del Código Civil, excluyendo como causa de extinción del mandato la incapacidad sobrevenida del mandante, cuando este así lo haya dispuesto, como medio de previsión de una situación de pérdida de facultades. La pretensión del legislador es proveer la posibilidad de organizar eficazmente la tuición de una situación de pérdida de facultades, y podemos entender que, pudiendo eludir el procedimiento judicial de modificación de capacidad. En ambos casos, la LPPD y el Código Civil en sede de mandato, prevén los medios de control que se

²⁹⁶ MARÍN CALERO, Carlos, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad*, págs. 35-40.

²⁹⁷ AGUIRRE ZAMORANO, PÍO, “La sentencia de incapacitación: alcance y efectos”, en la obra colectiva, *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I, Aspectos Jurídicos, Director: LAORDEN, Javier, coordinador, TERREROS, José Luis, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2007), Pág. 265-287

corresponden a todos los gestores de bienes ajenos, a los que se pueden añadir los que el interesado crea oportuno²⁹⁸.

Amunategui²⁹⁹, analiza los inconvenientes de la incapacitación, que concreta en la concurrencia de una serie de causas que determinan su fracaso como institución tuitiva de las personas que carecen de capacidad natural o sufren una limitación de la misma, afirmando que, a los motivos personales que afectan al presunto incapaz, y los familiares de su entorno, definidos por Aguirre Zamorano³⁰⁰, como la ***“necesidad de dotar al incapacitado de una persona que se ocupe de el, no siempre hay personas dispuestas a asumir dicha carga y tratan de rehuirla no incapacitando al que debe serlo”***, se añaden los derivados de la descoordinación entre las diversas instituciones, como son la Administración de Justicia, los organismos de la Seguridad Social, los profesionales como los médicos o los asistentes sociales, y todos los que en el desempeño de su profesión o cargo, pueden conocer o de hecho conocen la falta de capacidad de una persona. Esa descoordinación institucional, tiene como consecuencia el desentendimiento del cumplimiento de la obligación de comunicación o denuncia del derogado artículo 203 del Código Civil, y del vigente 757/3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, al Ministerio Fiscal, de la existencia de una persona en la que concurre causa de incapacitación, siendo el primer efecto la permanencia o prolongación en el tiempo de la guarda de hecho.

La falta de medios y de especialización de los órganos judiciales, es otro de los inconvenientes a tener en cuenta, que revierten en una inadecuada tramitación del procedimiento, no hay que olvidar que, solo en las ciudades importantes existen juzgados especiales de incapacitaciones y tutelas. Se añade además, la lentitud derivada del colapso de los Juzgados, que si bien es propia de todo tipo de procedimientos, en el caso de una cuestión tan delicada como la modificación de la capacidad de obrar tiene un efecto más perjudicial.

Todos estos factores, no hacen más que aumentar la desconfianza hacia la institución, fomentando la idea de que más que la protección del incapaz, lo que se consigue tramitando su incapacitación son problemas.

²⁹⁸ Tanto el patrimonio protegido como el mandato preventivo, se estudian en el apartado correspondiente de este trabajo, concretamente en el Capítulo III al que nos remitimos.

²⁹⁹ AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *Revista de Derecho Privado*, nº 1-2/2006, (enero-febrero de 2006), utilizamos la versión digital, Id. VLEX: VLEX-289865, versión generada por el usuario del ICAM, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, el 11 de febrero de 2009.

³⁰⁰ AGUIRRE ZAMORANO, Pío, “La sentencia de incapacidad...”, ya citada. Pág. 265-287.

La realidad, como hace constar Aguirre Zamorano³⁰¹, “*es que la mayoría de las incapacidades de hecho no se traducen en incapacitaciones judiciales*”, por varios motivos, como el carácter excesivamente proteccionista de la regulación, que ignora la protección integral del discapaz, la desconfianza hacia los cargos tutelares, y la tramitación del procedimiento que traumatiza al demandado sobre todo en los casos en los que tiene suficiente juicio para apreciar y ser consciente de lo que le sucede.

García Pons³⁰², apunta a la terminología inadecuada, que en la materia que nos ocupa tiene una importancia indudable, al contribuir expresamente a la remoción de obstáculos respecto a la igualdad de oportunidades y plena integración de las personas con discapacidad. En este sentido, los términos que emplea la regulación legal no es la más apropiada, refiriéndose al “*mal llamado procedimiento de incapacitación*”, denominación mantenida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que pese a que el epígrafe del Título I Capítulo II, se titula como “*De los procesos sobre la capacidad de las personas*”.

Es una realidad que la terminología ha evolucionado, en el Derecho Suizo, se quiere introducir como expresión sustitutiva de incapacitado “*person-nes á proteger*”. El Code Francés en su reforma de la Ley 308/2007, de 5 de marzo, que se denomina de protección jurídica de las personas mayores, se refiere a las personas protegidas y a mayores en situación de vulnerabilidad, suprimiendo “*incapable*” por “*majeurs protege*”.

La BGB alemana, fruto de dos reformas una de 12 de noviembre de 1990, Ley para la reforma del derecho de la tutela y curatela de los mayores de edad o Ley de asistencia, y otra de 25 de junio de 1998, Ley de modificación del derecho de asistencia, habla como los títulos de las referenciadas normas indican de personas asistidas y de derecho de asistencia.

La Ley 6/2004 de 9 de enero de modificación del Código Civil italiano, habla de *interdetti* en vez de incapacitados. El Código Civil de Québec, emplea el concepto inaptitud o falta de aptitud, a los que también se refiere el anteproyecto de reforma del derecho suizo.

En España cada vez se utiliza mas las expresiones personas vulnerables o protegidas, apuntando la conveniencia de sustituir incapacitación por capacitación o por formas diferentes de la capacidad de

³⁰¹ AGUIRRE ZAMORANO, Pío, “La sentencia de incapacidad: alcance y efectos”, Pág. 265-287

³⁰² GARCÍA PONS, Antonio, *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Pág. 64 y 65.

obrar³⁰³. El legislador recoge esta idea en la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, en su Disposición final primera, establece que, el gobierno en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la 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.

El fundamento de esa decisión de reforma del procedimiento de incapacitación y de cambio de su denominación es según la citada Disposición Final Tercera, ***“su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006”***.

La Ley 1/2009, de 25 de marzo, entró en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, verificada el día 26 de marzo de 2009; es decir, el 25 de junio de 2009, finalizando el plazo para la remisión del proyecto de ley a las Cortes Generales, el 25 de diciembre de 2009, fecha superada sin que ni siquiera se haya anunciado un anteproyecto o proyecto de ley al respecto. No obstante, esta terminología ha calado en los profesionales y las personas vinculadas a este ámbito, refiriéndose unánimemente al antiguo procedimiento de incapacitación como de modificación de la capacidad de obrar, y a los incapacitados judicialmente como personas con capacidad modificada.

Después de formular las oportunas críticas, la doctrina reconoce, que hoy por hoy, la incapacitación sigue siendo el cauce con mas garantía para que el desagradable trámite de limitar la capacidad de obrar de una persona, se lleve a cabo respetando al máximo la dignidad, la libertad, y el libre desarrollo de la personalidad de la persona afectada, siendo este el mismo argumento al que recurren los detractores de la incapacitación, para justificar sus conclusiones y propuestas.

Para Aguirre Zamorano³⁰⁴, la principal ventaja de la incapacitación, es que, ***“permite a nuestro familiar funcionar en la vida jurídica de igual manera que si estuviera sano, sin los riesgos y problemas que pueda***

³⁰³ AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, en “¿Crisis de la Incapacitación?, La Autonomía de la Voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *Revista de Derecho Privado*, (enero-febrero 2006), página 9-68; GARCÍA PONS, Antonio, en *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español, La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*; el profesor SERRANO GARCÍA, se refiere al ***“estigma de la incapacitación”*** en *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, pagina 173.

³⁰⁴ AGUIRRE ZAMORANO, Pío, “La sentencia de incapacidad: alcance y efectos”, Pág. 265-287.

acarrearle su enfermedad". Amunategui³⁰⁵, termina su exposición respecto a los inconvenientes afirmando, que *"el hecho de que la incapacidad tenga que ser el resultado de un procedimiento contradictorio terminado por sentencia, en el que el sujeto acude como demandado con su propia defensa y representación, con todas las garantías y trámites previstos, se considera como un beneficio para el mismo, pues existe, al menos en teoría, la seguridad de que no se restringirá su libertad si no es lo aconsejable tras la tramitación de todo el proceso"*. Porque, la incapacidad es por una parte, *"la solución ideal en cuanto a la protección de la persona y bienes de aquel que carece de capacidad natural"*, y al mismo tiempo, *"la peor situación en que puede encontrarse un sujeto al ver restringida o mermada su capacidad"*.

Marín Calero³⁰⁶, después de verter la dura calificación de odioso al procedimiento de incapacidad, apunta que, *"sin embargo y en mi opinión, hay situaciones en las que la garantía de la tutela judicial sigue siendo útil. Creo, por tanto, que el sistema puede ser reconducido, hasta hacerlo aceptable, de modo que cumpla los fines que verdaderamente le son propios"*

Díaz Alabart³⁰⁷, hace alusión a *"algunas tímidas propuestas que, desde luego, excluyendo la incapacidad, sugieren la creación de una figura que garantice una guarda con cierto control judicial adaptada a las características de las personas límite. Si lo que se pretende es que sin procedimiento de incapacidad se arbitre una figura de guarda, es decir, la tutela sin incapacidad previa"*, el procedimiento de incapacidad, *"con todos los inconvenientes que se quiera, lo cierto es que está pensado como garantía"*.

Por encima de la discusión terminológica, lo importante es la flexibilización del sistema permitiendo al mismo tiempo la potenciación de la capacidad con los apoyos necesarios, que en algunos casos exigirán la modificación de la capacidad en el grado que proceda con la constitución de alguna de las instituciones de guarda, no existiendo ningún obstáculo que impida la adaptación del ejercicio de estas a determinadas circunstancias especiales según convenga a la autonomía del afectado. Lo

³⁰⁵ AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, "¿Crisis de la Incapacidad?, La Autonomía de la Voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores". *Revista de Derecho Privado*, (enero-febrero 2006), páginas 9-68.

³⁰⁶ MARÍN CALERO, Carlos, La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, Pág. 39.

³⁰⁷ DÍAZ ALABART, Silvia, coautoras: HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a Dolores, ÁLVAREZ MORENO, M^a Teresa, REPRESA POLO, Patricia, *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 32.

que queremos decir, es que, siempre habrá casos en los que quizá no sea necesaria la incapacitación o la modificación de capacidad, y otros en los que sea una autentica medida de tuición imprescindible.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sale al paso de las voces que se levantaron con motivo de la Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006, que vieron en sus preceptos un motivo no solo para el cambio de denominación del procedimiento, sino para plantear la cuestión de que la limitación o restricción de la capacidad de obrar es contraria a los preceptos de la citada norma, porque significa la suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales de la persona incapacitada.

La sentencia de 29 de abril de 2009, dictada en el Recurso de Casación 1259/2006, concluye que la incapacitación es una medida de protección justificadas por las circunstancias especiales en las que se encuentra la persona, y fundamentada por los preceptos de la Constitución, artículo 49 que vincula a los poderes públicos en la protección de las personas vulnerables. La Sala, explica que la incapacitación es una forma distinta de ejercer los derechos fundamentales de la persona, y nunca la suspensión de su ejercicio.

La protección de las personas en situaciones especiales de vulnerabilidad es también un principio constitucional, y la incapacitación es el instrumento de llevarla a cabo en los supuestos en los que el afectado no puede gobernarse a sí mismo, lo esencial no es el nombre que reciba, sino que el procedimiento en virtud del cual se declara tal situación, sea tramitado con las garantías que determinen la pertinencia y oportunidad de la adopción de dicha medida en el supuesto concreto.

Lo importante no es la denominación, sino establecer garantías suficientes en el trámite judicial, y medios de control una vez dictada la sentencia, que aseguren la protección y el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales de la persona vulnerable.

CAPITULO III
LAS INSTITUCIONES DE GUARDA

I-. SISTEMAS TUTELARES: TUTELA DE FAMILIA O TUTELA DE AUTORIDAD

Cuando hablamos de sistemas tutelares, nos referimos a las *“directrices fundamentales sobre el modo de organizar la tutela”*, afirma O’Callaghan³⁰⁸, o a *“la estructura interna y principios rectores de las instituciones de guarda”*, según Díez Picazo³⁰⁹. Los fundamentos, desde los que, se constituye la guarda legal de los menores y de los incapacitados, son básicamente dos: el sistema de familia y el de autoridad.

En el sistema de familia, la función tutelar se encomienda al grupo familiar al que pertenece el menor o incapacitado; para Chimeno Cano³¹⁰, *“es un sistema de organización de la guarda de carácter privado en el que la intervención judicial es escasa y el protagonismo de la familia fundamental. El tutor es un mero ejecutor de las decisiones del consejo de familia”*.

El consejo de familia, está formado por personas particulares unidas al menor o incapacitado por vínculos de parentesco, extremo que en principio, parece que es una garantía para el cuidado y atención del tutelado, y que, en el supuesto de irregularidades en el ejercicio de la función tutelar facilitaría la reclamación de responsabilidades. Sin embargo; esa confianza en los parientes no siempre equivale a una tuición eficaz, precisamente porque el consejo de familia goza de una excesiva autonomía respecto al Juez, que dificulta el control del ejercicio de sus funciones. Además, el vínculo de parentesco, puede llevar implícito un interés particular sobre todo en el ámbito patrimonial, que revertirá directamente en perjuicio de la persona necesitada de protección.

En el sistema de autoridad, recuerda O’Callaghan³¹¹, el control de los órganos tutelares se confiere a la Autoridad judicial o administrativa, y el cuidado de la persona y de los bienes del pupilo, recae sobre una persona física o jurídica privada dedicada a tal función, o a la entidad administrativa competente. La supervisión y control es en principio más ágil al depender de un solo órgano unipersonal, siendo esta forma de tutela la

³⁰⁸ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “Representación Legal del incapaz: Tutela, curatela, y guarda de hecho”, en la obra colectiva *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I Aspectos Jurídicos, Director: LAORDEN, Javier, Coordinador: TERREROS, José Luis, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2007), Págs. 289-364, Pág. 296

³⁰⁹ DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, “Notas sobre la Institución tutelar”, recogido en *Familia y Derecho* Págs. 203-268, Ed. Civitas Madrid 1985, Pág. 213.

³¹⁰ CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pág. 132.

³¹¹ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “Representación Legal del incapaz: tutela, curatela, y guarda de hecho”, Pág. 296.

“recomendable en las sociedades en las que la solidaridad familiar no es muy efectiva”, concluye Chimeno³¹².

La distinción sistema de familia o de autoridad, no se puede interpretar como una atribución del ejercicio de la tutela exclusivamente a la familia en el primer supuesto, o a la autoridad en el segundo; porque, como puntualiza O’Callaghan³¹³, *“en el primer sistema (el de familia) no deja de intervenir la autoridad, normalmente la judicial, cuando se plantean conflictos o problemas, y en el segundo (el de autoridad), el ejercicio del cargo lo ostenta generalmente un miembro, si lo hay y lo acepta, de la familia del menor o incapacitado”*. Es más, Chimeno³¹⁴, habla de un sistema mixto resultante de la evolución del de familia y del de autoridad, establecido en algunas legislaciones, configurado como una combinación de ambos, en el que la voluntad del familiar vincula en algunas decisiones al Juez, sin que eso suponga la pérdida por este último del protagonismo en el control último de la tutela. Por ejemplo, aunque el Juez quede vinculado por las disposiciones testamentarias de los padres, le corresponde la calificación de la capacidad del designado, el nombramiento del tutor o curador, la puesta en posesión del cargo, y demás trámites de control.

El sistema de tutela de familia fue el del Derecho Romano, que, como tantas instituciones, (casi todas las de Derecho privado), inspiró los Códigos Civiles de los países latinos, concretamente el Código de Napoleón, el Código italiano de 1865, y nuestro Código Civil de 1889, actualmente es seguido por Bélgica y Portugal.

El sistema de autoridad es adoptado por los Ordenamientos Jurídicos germánicos: el BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) de Alemania, el suizo, y el austriaco, por los países escandinavos, por las legislaciones anglosajonas, por el Código Civil italiano de 1942, y por la reforma operada por la Ley de 24 de octubre de 1983, vigente hoy en España.

En la actualidad, Alemania, regula de forma separada la tutela de los menores y la de los incapaces, aunque con remisión en el caso de los estos a la regulación aplicable a aquellos, siendo el Tribunal de tutelas el órgano de control.

³¹² CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Págs. 132, y 133.

³¹³ Pág. 296, “Representación Legal...”

³¹⁴ CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela, e internamiento del enfermo mental*, Pág. 133.

En Suiza la tutela se ejerce por el Estado a través de autoridades de tutela designadas por los Cantones, que, además, deciden el carácter judicial o administrativo, pudiendo crear autoridades de carácter consultivo con órganos auxiliares. Es posible una tutela particular a través de un consejo de familia, bajo el control de un órgano de vigilancia, que puede ser revocada si incumple sus funciones.

En Italia, el sistema de tutela de autoridad se configura desde 1942, a través del Juez tutelar. En el ejercicio de sus funciones puede reclamar la asistencia de otras instituciones como las de la protección de la infancia o la policía judicial.

En Francia, como ya hemos dicho, el Código de Napoleón establece un sistema de tutela de familia, tras la reforma de 14 de diciembre de 1964, evoluciona a un sistema denominado de autoridad aunque manteniendo las figuras esenciales de la tutela de familia; es decir, un sistema mixto de autoridad-familia³¹⁵, cuya aparición justifica citando la reflexión formulada al respecto por Carbonnier, basándose en primer lugar, en el fenómeno definido por los sociólogos como: ***“resquebrajamiento de la familia conyugal, (nuclear dicen algunos), reducida a los esposos y a los hijos menores, determinando la inoperatividad de un sistema puro de familia al ser difícil cuando no imposible reunir a un número de parientes dispuestos a formar parte del consejo de familia y ejercer sus funciones”***. Apuntando como segundo motivo, el aumento de esperanza de vida como consecuencia de los adelantos médicos y científicos, con el efecto de la extensión en el tiempo de las tutelas, siendo habitual que el discapacitado con capacidad de obrar modificada sobreviva a su tutor, siendo preciso que otra persona suceda a este último en el ejercicio del cargo.

Carbonnier, sitúa el sistema francés a la luz de la reforma de 1964, en una vía intermedia entre la tutela familiar y la tutela de estado, apoyando decididamente el papel de la familia e introduciendo en su ayuda al Juez tutelar. El legislador ha querido simplificar y agilizar el régimen de la tutela, pero el conjunto de las reglas sigue siendo complejo y bastante rígido. Esto puede constatarse examinando las reglas sobre apertura, régimen de los órganos tutelares y funcionamiento de la institución: la apertura se produce de pleno derecho (Art. 390), pero depende de una decisión del Juez.

La Ley del 64 mantiene la idea tradicional en el Derecho francés de la tutela de familia; si bien, abre paso a la tutela judicial, instituyendo el Juez de tutelas, inspirado en el Derecho alemán, al que se le confiere la

³¹⁵ DÍEZ PICAZO, Luis, “Notas sobre la Institución tutelar”, en *Familia y Derecho*, Págs. 216 y SS.

vigilancia de los órganos tutelares de carácter familiar, como son: el tutor, el protutor, y el consejo de familia.

La Ley 308/2007 de 5 de marzo, de protección jurídica de los mayores que entró en vigor en enero de 2009, reforma el sistema introduciendo interesantes novedades. El juez, puede tener la autoridad con un consejo de familia sí los requisitos de la protección de la persona o las características de su patrimonio lo exigen, y siempre si la composición de la familia y su entorno lo permiten³¹⁶. Bajo la denominación de mayores protegidos, y a tenor del nuevo artículo 425 del Code, cualquier persona que se encuentre imposibilitada para cuidar y atender en solitario sus intereses, a causa de una alteración de sus facultades mentales o físicas certificada por un médico, si estas son tal entidad que le impiden manifestar su voluntad, podrá instar y someterse a una de las medidas de protección jurídica previstas legalmente de naturaleza personal o patrimonial, según lo requieran las circunstancias del afectado.

Se introduce el concepto amplio de persona vulnerable, en el que el legislador pretende incluir diversas situaciones como la dependencia, la discapacidad, la inaptitud propia de la pérdida de facultades inherente a la edad avanzada, e incluso la exclusión social.

Pereña Vicente³¹⁷, analiza la relación entre el concepto de mayores protegidos y las personas con capacidad de obrar modificada en virtud de sentencia recaída en un procedimiento judicial del Derecho español, llegando a la conclusión de que, si bien, en un primer análisis el término francés parece que tiene un mayor alcance, al estudiar las causas de modificación de la capacidad y de adopción de medidas de protección de ambos Códigos, ambos mayores protegidos y personas con capacidad de obrar modificada *“son expresiones de una misma realidad”*, eso sí el Code presenta una mayor graduación en las medidas que el Código Civil español.

Las medidas de protección del Derecho francés no se limitan a la tutela y la curatela, se concretan en un amplio abanico que en aplicación de los principios de necesidad y subsidiariedad, solo pueden ser acordadas por el Juez, sí no existe otro modo de proteger suficientemente los intereses de la persona³¹⁸, en este caso sus pronunciamientos serán en su alcance

³¹⁶ Artículos 456 y 457, establecen las pautas de actuación del consejo de familia

³¹⁷ PEREÑA VICENTE, Montserrat, “Autotutela, y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007”, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, nº 703, (septiembre-octubre de 2007), Pág. 2240.

³¹⁸ En este sentido el artículo 428 del Code, establece que, las medidas de protección solo serán ordenadas por la corte cuando sea necesario y cuando no puedan ser dispensadas adecuadamente a los intereses de la persona a través de la aplicación de las normas de Derecho común de a representación, los derechos y

proporcionales al grado de pérdida de facultades del afectado, y a sus circunstancias personales, resultado una tuición individualizada flexibilizando al máximo el sistema.

En el Ordenamiento Jurídico español, el Código de familia de Cataluña, en la Ley 9/1998, de 15 de julio, y la vigente Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; y, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón, refundido en el Código de Derecho Foral de Aragón, en virtud del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en cuyo libro I se regula el Derecho de la persona; optan, por un sistema mixto, combinando la atribución de amplias facultades al Juez, con importantes reminiscencias del sistema de tutela de familia, como son: el consejo de tutela en el Derecho catalán³¹⁹; y la junta de parientes del Derecho aragonés³²⁰.

Es de destacar respecto al nuevo Código Civil de Cataluña que, en su Título II incorpora una gran variedad de figuras de protección, con la pretensión de cubrir el más amplio abanico de situaciones, manteniendo las instituciones vinculadas a la incapacitación, y regulando otras al margen de la misma, aplicables a los casos en los que el afectado o sus familiares no deseen promoverla, configurándolas como un deber a ejercer en interés de la persona protegida bajo el control de la autoridad judicial.

II-. LA TUTELA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. ANTECEDENTES

1.1. EL DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano, la tutela y la curatela eran dos poderes sobre las personas que aún siendo *sui iuris*, (sujetos de derecho), no tenían la capacidad de entender y de querer necesaria para administrar convenientemente el propio patrimonio³²¹. La falta de tal capacidad podía ser total o parcial, y fundada en razones de edad, de sexo, de enfermedad mental o de tendencia a la dilapidación.

deberes respectivos de los esposos y las normas de los regímenes matrimoniales, (secciones 217, 219, 1426, 1429, por otra medida de protección legal o el mandato de protección futura formulada por el solicitante.

³¹⁹ Artículos 226-236, Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña

³²⁰ Artículos 156-168, Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón, y 170.182, del nuevo Código de Derecho Foral de Aragón.

³²¹ IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, "Instituciones de Derecho privado". Ed. Ariel, Barcelona (1982), Págs. 577 y SS.

La tutela amparaba a los impúberes hasta los catorce años a los hombres, y a las mujeres que no estuvieran sometidas a la potestad del pater familias o del marido.

La curatela tuvo su origen en la protección de los locos, y se extendió a los pródigos, púberes menores de veinticinco años, y al concebido no nacido para conservar sus derechos hereditarios.

En los tiempos antiguos, la tutela fue atributo de la manus o potestas, como lo prueba el hecho mismo de que falte una denominación especial para distinguirla del citado poder; el pater familias y el tutor son una misma persona, de manera que, la potestad sobre los impúberes y las mujeres no es más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe familiar.

La tutela y la curatela romana tenían un fin patrimonial, la protección de la persona se ejercía por la madre u otro pariente; la prueba es que, tutela y herencia se muestran en íntima conexión, el tutor o el curador solía ser el pariente más próximo llamado a la herencia, que miraba más a su interés económico que a la protección del sometido a su guarda, conservando el patrimonio de este último con la ambición de quien administra las cosas que van a ser suyas, perdiéndose ese significado económico con la aparición de la tutela dativa.

La idea de la tutela como potestad inherente al pater familias o jefe familiar, fue cediendo poco a poco, introduciéndose el concepto de protección, desapareciendo el carácter exclusivamente patrimonial para dar paso a la teoría de la representación.

1.2. EL DERECHO GERMÁNICO

En su época más antigua, el Derecho germánico, conoció la tutela que amparaba a menores sin padre, mujeres solteras e incapaces físicos o mentales. La tutela correspondía a la *sippe*, un consejo formado por parientes dentro el séptimo grado, que al principio ejercía la tutela en mano común evolucionando hasta nombrar a una persona a la que se le encomendaba el ejercicio de la función tutelar de forma más inmediata, normalmente era un pariente de espada, varón en la línea masculina más próxima, aunque a veces se encomendaba a la madre o a otra pariente mujer, bajo cuya potestad quedaba el pupilo, actuando como fiduciario de la propia sippe.

Las funciones de la sippe o asamblea de parientes con el paso del tiempo, se redujo al control y vigilancia de la actuación del tutor, convirtiéndose su tutela en una especie de supratutela, cuya fuerza se manifestaba en el matrimonio de los pupilos, la administración del patrimonio sobre todo en la enajenación de los bienes, y en la destitución de tutores. En el periodo franco, el rey se proclamó protector de viudas y huérfanos, debilitándose con ello la sippe cuyas funciones fueron encomendadas a los magistrados.

El contenido de la tutela germánica, era puramente patrimonial desprovista de cualquier matiz de protección de la persona del pupilo, evolucionando hacia un fortalecimiento de la figura del tutor, desconociéndose la curatela hasta la recepción del Derecho Romano.

1.3. EI DERECHO ESPAÑOL

El Derecho Romano y el Derecho Germánico, son las fuentes de las que se servirá el Ordenamiento Jurídico de la Reconquista; en concreto, las costumbres germánicas fueron la base del Derecho consuetudinario aplicado en los diplomas, y consignado en los Fueros locales y territoriales hasta el siglo XIV.

Por influencia del Derecho germánico, desapareció la dualidad tutela curatela y la tutela testamentaria, y se estableció una tutela familiar colectiva en la que la familia tenía un papel fundamental en el control de la misma.

1.3.1. LOS FUEROS

El Fuero Juzgo, regula la tutela en cuatro Leyes del Título III del Libro IV, que tratan de los huérfanos y de los que los defienden, no dispensando más protección que la derivada por razón de la edad, sin mencionar a los incapaces, locos o dementes.

El Fuero Viejo de Castilla, en el Título IV del Libro V, recoge la tutela de los huérfanos, bajo el epígrafe, “*De la guarda de los huérfanos e de suos bienes*”; igual que el Fuero Real de España, que en el Título VII del Libro III, regula la guarda de los huérfanos y de sus bienes.

1.3.2. LAS PARTIDAS

La Partida VI se refiere expresamente a la guarda y protección de los incapaces, el sistema que es prácticamente el del Derecho Romano, y

permanece intacto, exceptuando las reformas introducidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, hasta el Código Civil de 1889.

El régimen tutelar de Las Partidas se componía de tutela, curatela, y de la intervención judicial, a manera de complemento para ciertas actuaciones, como por ejemplo el discernimiento del cargo.

La tutela es la institución de la protección por razón de la menor edad a los huérfanos impúberes, la curatela por razón de la menor edad (huérfanos púberes) y de la incapacidad,

La tutela testamentaria de Las Partidas, concede el derecho a nombrar tutor en testamento al padre, como más interesado y conocedor de las necesidades de sus hijos, 6, 16, 2.

El sistema de Las Partidas presentaba algunas deficiencias, como era el nulo control del cargo tutelar, y la falta de un diferente estatuto jurídico para el tutelado y para el curatelado a tenor de las diferentes circunstancias concurrentes en cada uno, al contrario, las mismas limitaciones afectaban al sometido a tutela que a quien lo estaba a curatela ejemplar o ad bona.

1.3.3. LOS PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL

Durante el siglo XIX, y por influencia del movimiento codificador, se suceden los anteproyectos, proyectos y trabajos para la elaboración de un Código Civil, que no cuajan hasta 1889.

El Proyecto de Código Civil de 1821, en el Título III, Libro II, dedica seis capítulos a la regulación de la tutela y la curaduría, el proyecto sigue el esquema del Derecho tradicional, y aunque deja sentir la influencia del Derecho francés en algunos extremos, no aporta su esquema fundamental y mantiene la estructura de las Partidas.

Cambronero en sus trabajos, atribuye a las distintas edades, diferentes grados de capacidad a proteger con la tutela o la curatela; y el proyecto de Código Civil de 1836, recoge la idea tradicional de la capacidad paulatina, según la edad.

El proyecto de Código Civil de 1851 de García Goyena, en el artículo 276, fija la mayoría de edad a los veinte años, apartándose de la tradición romana vigente en el momento que la establecía en veinticinco años.

La unificación de edades, comporta necesariamente la de las instituciones protectoras de los menores, al hacer coincidir la extinción de la tutela con la mayoría de edad, la curatela de los menores desaparece, al igual que sucedió en el Derecho francés³²².

Las instituciones protectoras de los menores y de los incapaces, seguirán siendo al igual que en el Derecho histórico, la tutela y la curatela, pero con una configuración nueva y un tanto ajena a los principios que, hasta entonces regían esta materia.

Los proyectos de Código Civil de 1821 y 1851, mantenían la dualidad de tutela y curatela, pero como distinción puramente formal, hasta esa fecha, ambas instituciones, solo se distinguían por los sujetos a los que afectaban, la tutela a los menores, la curatela ad bona a los incapaces, y el curador ad litem en caso de conflicto de intereses.

La novedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, fue su artículo 1243, que disponía: *“el nombramiento de curador ejemplar debe hacerse por el juez de primera instancia del domicilio del que lo necesite, luego que tenga noticia de su incapacidad”*, literal que no tiene otra interpretación, que la exigencia de justificación de la incapacidad de obrar de la persona a la que posteriormente el Juez le nombrará curador ejemplar; respetando en el resto de las cuestiones el sistema tutelar de Las Partidas.

El proyecto de Código Civil de 1869, sigue casi en su integridad el de 1851, importando del Derecho francés el protutor y el consejo de familia, y manteniendo la curaduría para mayores incapaces, como institución separada de la tutela, pero subordinada a la regulación de esta.

1.3.4. EL CÓDIGO CIVIL DE 1889

El Código Civil de 1889, parte de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, se caracteriza por la adopción de un sistema de familia, con órganos de carácter colegiado como el consejo de familia, y el protutor; se crea una tutela única para el menor y el incapacitado, desapareciendo la curatela.

Para Guilarte Martín Calero³²³, dos son las razones que propiciaron la unión de la tutela y la curatela en el Código Civil de 1889; de un lado, el

³²² Apunte de GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *La Curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Ed. Graw-Hill, Madrid (1997).

³²³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Pág. 47.

establecimiento de una edad central para la capacidad, con la supresión de las edades intermedias, y por otro, la influencia del Código Napoleónico, que supuso el establecimiento definitivo del consejo de familia y de la figura del protutor con abandono de la dualidad de guarda tradicional en nuestro Derecho en Las Partidas.

El Code francés en el Art. 488, establecía la mayoría de edad a los veintiún años, rompiendo la tradición romana de una edad unitaria, a partir de la cual se es capaz para todos los actos de la vida civil. El fundamento de la curatela de los menores era la protección de estos desde que salían de la tutela hasta que alcanzaban la mayoría de edad, perdiendo su razón de ser, desde el momento en que, la extinción de la tutela se hace coincidir con la llegada a la mayor edad. Respecto a la guarda de los incapacitados, el legislador francés, prescinde de la curatela organizando dos regímenes atendiendo a la intensidad de la capacidad: la interdicción, con la sumisión a tutela de los locos, y el nombramiento de un consejo judicial para la protección de débiles de espíritu y del pródigo y su familia.

En el sistema del Código Civil en su primitiva redacción de 1889, el tutor, era el **“órgano tutelar con facultades personales y patrimoniales sobre el pupilo, bajo la vigilancia del protutor, y sometido a las decisiones del consejo de familia”**, así lo define O’Callaghan³²⁴; el protutor el de **“vigilancia y sustitución del tutor”**, por vacante u oposición de intereses; el consejo de familia, era el **“órgano colegiado supremo de la tutela”**, que dirigía el ejercicio de la misma.

La designación del tutor, se considero como un derecho de los padres sobre los hijos, siendo obligado el nombramiento del tutor dispuesto en testamento por el padre o madre, sin que el Juez pudiera disponer otra cosa³²⁵, cuando no hubiese tutor testamentario, ni personas llamadas por la ley, correspondía al consejo de familia la designación de tutor³²⁶.

El control de la tutela corría a cargo del consejo de familia y del protutor³²⁷, que era el controlador más inmediato de la gestión del tutor. La autorización, para la realización de determinados actos de disposición, debía ser recabada por el tutor al consejo de familia³²⁸, y ante dicho órgano

³²⁴ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, en “Representación Legal del incapaz: Tutela, curatela, y guarda de hecho”, obra colectiva *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I. Aspectos Jurídicos, Pág. 297.

³²⁵ Artículos 206 y siguientes

³²⁶ Artículo 231.

³²⁷ Artículo 201.

³²⁸ Artículo 269.

debía rendir cuentas de su gestión³²⁹. La actividad del Juez se limitaba a la designación de los miembros del consejo de familia, artículo 293, y a la protección cautelar de la persona y bienes de incapaz en tanto no se nombrara tutor³³⁰.

La Ley de 8 de junio de 1957 de Registro Civil, confirió a los jueces encargados del Registro, la función de revisar anualmente los asientos de la Sección 4ª de Tutelas y Representaciones legales, creadas en virtud de esta norma, dando cuenta al Ministerio Fiscal de los extremos que considerasen oportunos, en atención a los intereses de la tutela, que en aquel momento suponía un paso hacia el establecimiento de un cierto control del ejercicio de la función tutelar por la Autoridad Judicial, y de supervisión por el Fiscal, lejos de los propios de un sistema de autoridad.

1.3.5. CRÍTICAS A LA TUTELA DE FAMILIA

El sistema de guarda del Código Civil en su primera redacción de 1889, alteró *“radicalmente los precedentes españoles”*, manifiesta Díez Picazo³³¹, y su fracaso fue una constante denuncia de la Doctrina y de la Jurisprudencia, durante el largo periodo de tiempo, (casi un siglo), que duró su vigencia, demandando una y otra vez la necesidad de una reforma, que llegó en 1983.

Se acusó al sistema de un marcado carácter patrimonial³³², extremo que lleva a Apalategui³³³, en su discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación pronunciado el 21 de junio de 1954, a proponer abiertamente un sistema de autoridad, porque *“el vigente de familia solo rige para los menores e incapacitados que tienen un patrimonio que administrar, habiéndose relajado el deber tutelar hasta ese extremo”*. No es el único que se manifiesta en este sentido, Piñar López³³⁴, llega a decir algo tan expresivo como que: *“ante el binomio la bolsa y la vida el dispositivo técnico-jurídico, en cuanto hace referencia a aquellos que se hallan necesitados de protección, reacciona tan solo si la bolsa existe”*.

³²⁹ Artículo 279.

³³⁰ Artículos 203 y 293.

³³¹ Notas sobre la Institución tutelar, *Familia y Derecho* Pág. 216.

³³² ROYO MARTÍNEZ, Miguel, *Derecho de familia*, Sevilla (1949), Pág. 34; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *La marginación de los locos y el Derecho*, Madrid (1976), Pág. 34.

³³³ APALATEGUI y OCEJO, Pedro De, *La tutela de autoridad*. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y legislación, 21 de junio de 1954, Pág. 17 y 18.

³³⁴ PIÑAR LÓPEZ, Blas “La tutela: principios y órganos”, en *Revista de Derecho Notarial*, LIII-LIV, (julio-diciembre, 1966), Pág. 180.

Diez Picazo³³⁵, denuncia el mal funcionamiento del sistema señalando como causa primera, el mecanismo **“demasiado complicado”**, que no facilita la organización de las tutelas con regularidad, sobre todo cuando el patrimonio del menor o incapacitado no es de cuantía importante. Insiste en el carácter oneroso de los trámites, de manera que, si son observados íntegramente producen gastos excesivos, con el consiguiente perjuicio para el tutelado, a la vez que, si se pretenden eludir, la protección del menor o incapacitado resulta insuficiente o ineficaz. Respecto a los órganos tutelares, manifiesta que los de control del tutor no son eficaces, el protutor incumple habitualmente su cometido, porque los medios a su disposición son escasos, sobre todo, cuando el tutor legal es el padre, la madre o el cónyuge; el consejo de familia, a su vez, es, poco útil, su función no es permanente, ni tiene el interés preciso. Termina proponiendo la necesidad de una reforma **“profunda”**, que sustituya el sistema de familia, por uno de tutela estatal o pública, atribuyendo las funciones de inspección, vigilancia y dirección a los Tribunales Tutelares de Menores, órganos de carácter administrativo de aquel momento. Para el supuesto de, que, se optara por la continuación de la vigencia de la tutela de familia; aconseja, mejorar la organización, en orden, a conseguir una mayor sencillez y eficacia en el funcionamiento del sistema, asegurando una regular constitución de la tutela, atribuyendo tal obligación al Juez Municipal, una vez que el Registro Civil tenga constancia del hecho causante de la tutela.

El tutor, debería ver aumentadas sus facultades, con una mayor intensidad de su responsabilidad en los supuestos de abuso en el ejercicio de sus funciones, y correlativamente una disminución de la desconfianza existente hacia dicho cargo. Sin embargo, el número de vocales del consejo de familia debería disminuir, siendo suficientes dos o tres parientes con firma mancomunada.

La unidad de la guarda y la imposibilidad de graduar la intensidad de protección, en atención a la capacidad del tutelado, fue otro de los inconvenientes que revertían en la inoperancia del sistema, a no adaptarse a las necesidades de cada caso concreto. En este tema, recordemos la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947³³⁶, analizada en otro apartado y sus efectos en la graduación de la declaración de

³³⁵ “Notas sobre la Institución tutelar”, en *Familia y Derecho*, Págs. 218, 219 y SS.

³³⁶ Resolución estudiada por el profesor De Castro, con el título de “La incapacidad del imbécil”, publicado en *Anuario de Derecho Civil* de 1948 páginas 291-303, incluida en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico De Castro*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, (1997), Tomo II, páginas 1.555-1566.

incapacitación, y en la tutela, y que fue sin duda la respuesta de la Jurisprudencia a ese problema.

Roger Vide³³⁷, fue expresivo en sus críticas, afirmando que la tutela de familia, *“se encuentra hoy en crisis; el sistema funciona mal”*, podríamos continuar con numerosas citas similares, porque la realidad fue, que durante el largo periodo de vigencia del sistema tutelar del Código Civil de 1889, instaron una reforma radical sino de forma unánime, si mayoritariamente.

2. LA REFORMA DE LA TUTELA

En el año 1977, se redacta el Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela, bajo el patrocinio del Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos, (SEREM), de la Dirección General de Asistencia y Servicios Sociales del Patronato para la Ayuda a Subnormales de la Fundación General Mediterránea, dirigido por el profesor Díez Picazo, con la colaboración de otros juristas de reconocido prestigio, como Bercovitz Rodríguez-Cano, Roger Vide, Cabanillas Sánchez, y Cafarena Laporta.

El objeto del citado estudio, en principio, era mejorar la situación jurídica de las personas aquejadas por una deficiencia mental, para finalizar en un texto articulado, que adoptó la Comisión General de Codificación para elaborar el proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de tutela.

El anteproyecto del SEREM, es considerado por la doctrina como *“origen y fuente inspiradora”*, de la Ley de 24 de octubre de 1983³³⁸, su espíritu giraba alrededor de dos directrices, adoptadas posteriormente por la precitada reforma: la pluralidad de instituciones de guarda, superando la pretendida unificación en la tutela del Código Civil de 1889, y el sistema de autoridad de inspiración en el Derecho alemán, en su vertiente judicial, en el sentido de que el juez será el órgano de control.

³³⁷ ROGEL VIDE, Carlos, “La Tutela del deficiente mental”, en la obra colectiva, *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*, Director: DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, Madrid (1975), Pág. 223.

³³⁸ Opinión vertida por LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA y otros en *El nuevo régimen de familia III, Tutela e instituciones afines*, pág. 46, y reiterada por DÍEZ PALOMINO, Isabel, *El Tutor obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia (2006), Pág. 25, y DURÁN CORSANEGO, Emilio, *La autorregulación de la tutela*, Ed Universitaria Ramón Areces, Madrid (2007), Pág. 49

El 24 de junio de 1981 se presenta en el Congreso de los Diputados, un Proyecto de Ley para la Reforma del Código Civil en materia de tutela, que siendo objeto de enmiendas en el Senado, no pudo reconsiderarse por el pleno del Congreso, al disolverse las Cortes de esa legislatura, en virtud de Real Decreto de 27 de agosto de 1982.

Una vez iniciada la nueva legislatura, se presentó otro Proyecto de Ley el 27 de enero de 1983, que utilizando los principios del anterior, fue objeto de la oportuna tramitación parlamentaria, que concluyó con la aprobación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela.

3. PRINCIPIOS DEL NUEVO SISTEMA

3.1. SISTEMA DE AUTORIDAD

Con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se abandona el sistema de tutela de familia para establecer uno de autoridad, y en este sentido, el artículo 216 del Código Civil pone el ejercicio de las funciones tutelares *“bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”*. Sancho Gargallo³³⁹, cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998, y se refiere a la tutela de autoridad, como *“aquella que se constituye y se controla judicialmente”*.

El consejo de familia, y el protutor desaparecen, y es el Juez el que constituye la tutela, da posesión del cargo, recibe la rendición de cuentas, autoriza los actos de administración extraordinaria, requiere al tutor para que informe de la situación personal o patrimonial del tutelado; resuelve los incidentes que se produzcan en el ejercicio de la tutela: excusas, remoción, o reclamación de responsabilidad al cargo tutelar por el mal desempeño de sus funciones; y en el momento, que, estime conveniente puede adoptar las medidas de protección personal o patrimonial oportunas al interés del tutelado.

El artículo 223 del Código Civil, regula la posibilidad de delaciones voluntarias, de establecer disposiciones de protección de la persona y de los bienes, medios de fiscalización y control, primero por los padres, y desde la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, también por el propio tutelado, que siendo

³³⁹ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela, Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, págs. 159 y 160.

capaz de obrar previó la protección de su futura incapacidad. Disposiciones, que, no vinculan total y absolutamente al Juez, que a tenor del artículo 224 del Código Civil, puede alterarlas o prescindir de ellas si perjudican al menor o incapacitado, aunque eso sí con un carácter excepcional que debe motivar en su resolución.

La familia no obstante, sigue siendo un componente esencial de la tutela, como demuestra el orden de preferencia para el nombramiento de cargos tutelares del artículo 234 del Código Civil: **“1º. El designado por el propio tutelado, 2º. El cónyuge que conviva con el tutelado, 3º. Los padres, 4º. Las personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad, 5º. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez”**, llamando al ejercicio de la función tutelar a los familiares más próximos, a los que se antepone la persona designada preventivamente por el tutelado, dando preferencia a su voluntad por encima de los vínculos de parentesco.

Díaz Alabart, Hernández Díaz-Ambrona, Álvarez Moreno, y Represa Polo³⁴⁰; aseveran que, la **“naturaleza pública del oficio”** de la tutela, implica que **“no es materia que esté sometida a normas de carácter dispositivo, pero se tiene en cuenta la autonomía de la voluntad (poniendo el límite en el interés del tutelado)”**; insistiendo que, **“la existencia de un interés público viene determinada por la necesidad de actuar de oficio por las Autoridades Judiciales y Ministerio Fiscal para la constitución de la tutela en todos los casos en que se den los presupuestos legales para ello, artículo 228 del Código Civil. Además, existe el deber general de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional el hecho determinante de la tutela (artículo 230 del Código Civil)”**, estando legitimados para **“establecer en la resolución por la que se constituya la tutela, o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado”**.

Para O’Callaghan³⁴¹, el sistema de autoridad de la Ley de 24 de octubre de 1983, es de **“autoridad judicial con una decisiva intervención del Ministerio Fiscal”**, distinguiendo en la función del Juez un triple aspecto: **“1º. Función directa o intervención directa: en el nombramiento del tutor, curador y defensor judicial, constituye la tutela, hay personas obligadas a promoverla personas la constitución corresponde al Juez; 2º. Función indirecta, es el ejercicio de la tutela, la ejerce el tutor, pero la función tutelar está bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (artículo**

³⁴⁰ *La Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Págs. 55 y SS.

³⁴¹ “Representación Legal del incapaz: tutela, curatela, y guarda de hecho”, obra colectiva, *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I Aspectos Jurídicos, Págs. 298 y 299.

216), y el Juez podrá intervenir y controlar el ejercicio de la tutela, de la curatela o del defensor judicial”. Esa función indirecta es la del Ministerio Fiscal, artículo 232 bajo cuya vigilancia se ejerce la tutela. El Juez puede imponer medidas de vigilancia y control, que estime oportuna en cualquier momento, que convengan al beneficio del tutelado, exigir que le informe el tutor, artículo 233, tiene el poder de remover al tutor artículo 247, aceptar o rechazar la excusa, artículo 251. 3º.Función decisoria: el juez resuelve sobre la aprobación de la cuenta anual y general justificada de la administración del tutor artículos 279 a 285”.

El fundamento de la adopción de un sistema de autoridad, tiene varias opiniones, mientras, que, algunos como Roca Trias³⁴², lo vincula directamente a los preceptos de la Constitución de 1978, a cuyo tenor, los poderes públicos deben garantizar los denominados derechos sociales y por ello el correcto ejercicio de la patria potestad y de la tutela³⁴³. Otros afirman, que la reforma del Código Civil en materia de tutela, operada por la Ley de 24 de octubre de 1983, no es una exigencia constitucional, ni el desarrollo de uno o varios preceptos de la Constitución de 1978.

Diez Picazo³⁴⁴, considera que la reforma del Código Civil en materia de tutela, operada por la Ley 24 de octubre de 1983, no es una exigencia constitucional, porque *“en lo que se refiere al sistema tutelar a instaurar, ninguna norma constitucional señala que esta haya de responder necesariamente a una tutela de familia o a una de autoridad”*. Pero, añade que: *“Sin embargo, aún cuando entendemos que la reforma de las instituciones de guarda y protección de menores e incapacitados no responde a una exigencia constitucional imperiosa, no cabe duda de la clara incidencia de la Constitución en aquella, particularmente en materia de incapacitación y de internamiento en establecimiento de salud mental, e incluso, a nuestro juicio, en la necesidad de una supervisión de la gestión tutelar por los poderes públicos”*.

No cabe duda, que, la Constitución de 1978, significó un cambio de principios en el Ordenamiento Jurídico español, que se reflejó en la regulación de todas las materias, o al menos en la interpretación de los preceptos, incluyendo la guarda legal de menores e incapacitados.

³⁴² “Comentarios a los artículos 216 y 217”, obra colectiva, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: AMORÓS GUARDIOLA, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Tecnos, Madrid (1986), Pág. 234

³⁴³ Ver artículos 39 y 49 de la Constitución de 1978.

³⁴⁴ “Las líneas de inspiración de la reforma del Código Civil en materia de tutela”, en *Familia y Derecho*, Págs. 250, 251; GARCÍA CANTERO, Gabriel, “Los principios de la nueva normativa de la tutela”, en *Estudios sobre la tutela*, dirigidos por García Cantero, RGLJ octubre de 1986, Págs. 85-102, Pág. de la cita 98 y 99.

Santos Urbaneja³⁴⁵, señala varios fenómenos como causantes del cambio del sistema tutelar de familia por el de autoridad: *“a) La creciente dispersión geográfica de los miembros del consejo de familia hacía difícil la reunión misma del consejo; b) cuando se conseguía la reunión, la ser un órgano plural, era frecuente que las discrepancias paralizaran las decisiones; c) en la misma medias en las clases medias fueron adquiriendo patrimonio (generalmente una vivienda), se fue extendiendo el número de personas discapacitadas titulares, generalmente por herencia y en condominio, de bienes inmueble, cuando la familia se planteaba disponer de este patrimonio tenían previamente que acudir al juzgado para obtener la resolución judicial de incapacidad y constituir los organismos tutelares. Así el fracaso del sistema llegó a afectar a muchas familias.”* Añadiendo como último argumento que, *“la promulgación de la Constitución de 1978, que proclama el Estado social y democrático de Derecho, y una nueva concepción de los derechos de las personas y de los discapacitados exigía un planteamiento nuevo”*.

Digamos que, la combinación de un conjunto de circunstancias sociológicas y jurídicas, son las que determinan la necesidad de un cambio de orientación en la organización de la protección de los menores y de los incapacitados. No hay que olvidar, que la evolución de la sociedad siempre propicia cambios legislativos en demanda de una adaptación del Ordenamiento Jurídico a las necesidades que impone la nueva realidad, y en este caso la tutela no podía ser una excepción.

3.2. LA TUTELA ES UN DEBER

Según el artículo 216 del Código Civil, las funciones tutelares *“constituyen un deber”*, un deber obligatorio como consecuencia de su consideración como cuestión de interés público, según apreciación de Díaz Alabart³⁴⁶. El ejercicio de la función tutelar solo puede ser eludido en los supuestos previstos legalmente, a tenor del artículo 217³⁴⁷, los recogidos en los artículos 251 al 258, que se resumen en razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, falta de vínculos con el tutelado, o por cualquier causa que convierta el cargo en excesivamente gravoso, que

³⁴⁵ SANTOS URBANEJA, Fernando, “Fenómenos recientes producidos en el mundo de la discapacidad y su trascendencia jurídica”, en la obra colectiva, *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Director: SANTOS URBANEJA, Fernando, Cuadernos de Derecho Judicial XX, 2005, Ed Consejo General del Poder Judicial, págs. 15 – 56, Pág. 20.

³⁴⁶ *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 56.

³⁴⁷ Que establece que *“solo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos”*.

pretende incluir todas aquellas circunstancias de cualquier índole que conviertan la tutela en una carga; generalidad, sobre la que Sancho Gargallo³⁴⁸, llama la atención aseverando que, *“los motivos que pueden dar lugar a la admisión de la excusa son suficientemente generales, como para que el Juez pueda apreciar con discrecionalidad en cada caso el deber moral del interesado para sumir la tutela y la imposibilidad o dificultad para hacerse cargo de ella. Y siempre pensando en el beneficio del incapacitado”*.

Otra consecuencia de la definición de la tutela como un deber, es su carácter gratuito, sin excluir que en algún caso proceda una retribución, lo que significa, en palabras de Díaz Alabart³⁴⁹ que, *“en principio el ejercicio de la tutela es gratuito”*, puntualizando que, *“el tutor solo tiene derecho a la retribución cuando el patrimonio del tutelado lo permita”*; es decir, añade Sancho Gargallo³⁵⁰, el *“carácter retribuido de la tutela, no obstante está supeditado al presupuesto de que el patrimonio del tutelado lo permita, (artículo 274 del Código Civil). Su determinación corresponde al Juez, quien debe valorar el trabajo a realizar y la rentabilidad obtenida de los bienes, trazando el artículo 274 del Código Civil unos límites orientativos, al advertir que si es posible oscilen entre el 4 y el 20% de los rendimientos líquidos de los bienes”*.

El carácter gratuito de las funciones tutelares es un principio del sistema, que solo puede ser enervado por la concurrencia de circunstancias excepcionales, concretamente cuando el patrimonio del tutelado sea de tal importancia que permita subvenir sus necesidades, y a la vez sin detrimento a su atención compensar al tutor de las exigencias implícitas al cumplimiento de su función, que en un caso determinado pueden suponer una dedicación o esfuerzo añadido. La regulación de la retribución del tutor en el artículo 274 del Código Civil, pretende evitar que el entorno del pupilo utilice la tutela en perjuicio de este último en su propio provecho.

3.3. EL INTERÉS DEL TUTELADO

El artículo 216 del Código Civil, define en un sentido amplio y general el sistema que surge con la reforma de 1983, refiriéndose a los principios fundamentales y fundamentadores de su constitución; entre ellos, se encuentra *el beneficio o interés del pupilo*, criterio rector del ejercicio

³⁴⁸ Incapacitación y Tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Pág. 161.

³⁴⁹ DÍAZ ALABART, Silvia, coautoras: HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a Dolores, ÁLVAREZ MORENO, M^a Teresa, REPRESA POLO, Patricia *La Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 55.

³⁵⁰ Incapacitación y tutela..., Pág. 161.

de las funciones tutelares, excluyendo el interés de aquellos que pudieran tener por ejemplo, *“un derecho de alimentos, o expectativas económicas en su patrimonio, por ser llamado a su sucesión hereditaria”*, como acertadamente afirma Sancho Gargallo³⁵¹, añadiendo que, *“ese criterio del beneficio o interés del tutelado debe presidir el contenido de las resoluciones judiciales sobre la constitución de los órganos tutelares, el control del ejercicio de sus funciones y la concesión de las autorizaciones preceptivas”*.

En la apreciación del alcance y significado del beneficio e interés del pupilo, el Juez goza de una amplia discrecionalidad asegurada por numerosos preceptos, extremo ya analizado en otro apartado de este trabajo.

3.4. PLURALIDAD DE LAS INSTITUCIONES DE GUARDA

La graduación de la capacidad de obrar en el proceso de su modificación, tiene como primer efecto la pluralidad de las instituciones de guarda, a fin de adaptarse y dar respuesta a todos los supuestos que se planteen. En este punto, Cano Tello³⁵², al estudiar el artículo 215 del Código Civil hace la siguiente apreciación, *“observamos en primer lugar, una multiplicación de las instituciones de guarda de menores e incapaces, en contra del principio (mas pretendido que real) de la unidad de tutela que presidía la regulación anterior”*.

Dicho precepto detalla la lista de las instituciones de guarda: *“la tutela, la curatela, y el defensor judicial”*, omitiendo toda referencia a la patria potestad en sus dos versiones prorrogada y rehabilitada introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y a la guarda de hecho, reconocida y regulada en el artículo 303 del Código Civil. Se incluye al defensor judicial, figura de intervención transitoria e intermitente en casos de crisis en el ejercicio de la función tutelar, o de conflicto de intereses, con una función sustitutiva o de suplencia, regulada en el artículo 299. El 299-Bis se refiere a la representación y defensa que asumirá el Ministerio Fiscal en los casos de personas susceptibles de ser sujetas a tutela mientras esta aún no se haya constituido, aludiendo a la figura del administrador del patrimonio que eventualmente puede ser nombrado si el Fiscal lo considera oportuno.

³⁵¹ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela, conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Págs. 160 y 161.

³⁵² *La nueva regulación de la tutela*, Pág. 13

Fuera de toda consideración, el significado del artículo 215 es la afirmación como principio del sistema de la pluralidad de guarda, en contraposición a la unidad del anterior de 1889, y en lógica coherencia con el artículo 200 del Código Civil, que tiene como consecuencia la reimplantación de la curatela.

Es de interés, el literal del primer inciso del artículo 215 haciendo referencia a *“la guarda y protección de la persona y bienes”* conjuntamente, o *“solamente de la persona o de los bienes”* por separado; reflejando, como opción el desdoblamiento de la tuición personal y patrimonial dando lugar al ejercicio exclusivo de una u otra, en clara alusión a la naturaleza patrimonial de la curatela.

4. LA TUTELA

La tutela, es *“un órgano estable y habitual cuyo objeto es suplir la capacidad de obrar de quien carece de ella sin estar sometido a la patria potestad. Comprende la guarda de la persona y los bienes, o solamente de la persona o de los bienes (lo que constituye la llamada tutela real), y lleva consigo normalmente la representación del menor o incapacitado (artículo 267 del Código Civil)”*, según definición de Cano Tello,

Para Sancho Gargallo³⁵³, la tutela es un órgano estable, que *“tal y como se regula en el Código Civil está pensada para cubrir la falta de capacidad de quienes han sido incapacitados totalmente”*.

Díaz Alabart Hernández Díaz-Ambroja, Álvarez Moreno, y Represa Polo³⁵⁴, manifiestan que, la tutela *“es una institución subsidiaria de protección y asistencia de los menores y los incapacitados no sometidos a patria potestad, que consiste en nombrar a una persona (tutor) que será el representante legal, y el encargado de velar y proteger la persona y bienes del sometido a tutela”*, continuando que *“el ejercicio de este poder constituye un verdadero mandato legal que la ley impone a determinadas personas o instituciones, como se deduce del artículo 216 párrafo primero del Código Civil”*.

El ejercicio de la tutela se identifica con la representación legal, porque, a tenor del artículo 267 del Código Civil, *“el tutor es el representante legal del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo ya sea por disposición expresa de la ley o*

³⁵³ *Incapacitación y Tutela....*, Pág. 162.

³⁵⁴ *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 55.

de la sentencia de incapacitación”³⁵⁵; y, con la administración legal de los bienes encomendada por el artículo 270, que ejercerá con la diligencia de un buen padre de familia.

O’Callaghan, justifica la representación legal de la tutela, argumentando que, *“el incapaz y el incapacitado que carecen de capacidad de obrar no pueden actuar en el mundo jurídico por sí mismos por ello, precisan que sea otra persona la que actúe en su nombre y representación: tal persona es el representante legal. Distinto es el caso del que tiene capacidad restringida, que actúa el mismo, no tiene representante legal, pero para ciertos actos jurídicos precisa complemento de capacidad”*. Como consecuencia de lo expuesto, la representación que ostenta el tutor respecto del pupilo, *“queda fuera de la autonomía de la voluntad, mana directamente del mandato legal; la ley la impone, señala los requisitos para ser representante, regula sus poderes para actuar y decidir, siempre en interés, por cuenta y nombre de la persona, que por su incapacidad o incapacitación, necesita la misma. Los casos previstos de representación legal son: la patria potestad, la tutela, el defensor judicial y la ausencia”*.

El tutor, en virtud de su nombramiento por el Juez, recibe al tomar posesión de su cargo, el mandato legal que constituye la tutela, asumiendo los deberes inherentes a la tuición que constituye su esencia y fundamento, sometiéndose en su actuación a los principios prescritos por la Ley, y sobre todo al interés del menor o incapacitado.

Sancho Gargallo³⁵⁶, subraya que, *“el tutor asume la representación legal del incapaz”*, pero esa representación no es total y absoluta, existen excepciones quedando *“a salvo aquellos actos que pueda realizar por sí solo, (el tutelado), ya sea por ley: los derechos personalísimos, o por la sentencia de incapacitación, por ejemplo el ejercicio del derecho de sufragio activo, artículo 267 Código Civil”*; distinguiendo, en el ejercicio de la tutela dos esferas la de la persona y la de los bienes comprendiendo tanto *“el cuidado y atención personal, como la administración patrimonial”*; *“en principio”*. Porque, como apunta Díaz Alabart³⁵⁷, la *“generalidad del poder conferido al tutor puede comprender el cuidado de la persona y los bienes del tutelado (artículos 269 y 270 del Código Civil), si bien puede tener un ámbito menor. A diferencia de la curatela,*

³⁵⁵ La protección Jurídica de las personas con discapacidad, Pág. 61; O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “Representación Legal del incapaz: Tutela, curatela, y guarda de hecho” en *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I Aspectos Jurídicos, Pág. 289-364.

³⁵⁶ Pág. 162, *Incapacitación, tutela...*

³⁵⁷ *La protección jurídica...*, Pág. 56.

que se establece solo para actos concretos y determinados, que los menores o pródigos no pueden realizar por sí solos (artículo 288 del Código Civil), o para los actos que expresamente disponga la sentencia en el caso de los incapacitados (artículo 289 del Código Civil)”.

El tutor, en el aspecto personal está obligado a **“velar por el tutelado”**, deber genérico que impone el artículo 269 del Código Civil, y que significa el cuidado y atención del menor o incapacitado en sentido amplio, en referencia a la satisfacción de todas sus necesidades, especificando ese deber general en los particulares que detalla a continuación: **“procurarle alimentos, educar al menor y procurarle una formación integral, promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad, informar al juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado, y rendir cuentas cada año de su gestión”**.

La tutela, concluye O’Callaghan³⁵⁸, **“implica, pues, que el tutor vela, cuida, alimenta, y educa al tutelado, es su representante legal, y administra y dispone, con grandes limitaciones y controles su patrimonio”**.

Díaz Alabart, Hernández Díaz-Ambrona, Álvarez Moreno, y Represa Polo³⁵⁹, distinguen dentro de la administración de los bienes, la gestión ordinaria de los mismos, y los actos de disposición o de administración extraordinaria especificados en el artículo 271 del Código Civil, que requieren autorización judicial como medida de control de pertinencia y oportunidad, dadas las importantes repercusiones de sus efectos para el bienestar del tutelado.

Rovira Sueiro³⁶⁰, se refiere a la tutela como el **“régimen de guarda más intenso”**, al que se someterá el incapacitado que **“tenga menor grado de autogobierno quien, por lo tanto, dentro de los límites que establezca la sentencia, será sustituido en sus actuaciones por un tutor, desde entonces su representante legal”**.

El régimen jurídico de la tutela previsto en los artículos 222 al 285 del Código Civil, está compuesto por normas en gran parte de carácter imperativo sustraídas, en principio de la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de una importante concesión a la misma, como es la introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las

³⁵⁸ Pág. 295, “Representación legal...”

³⁵⁹ Pág. 57, *La protección jurídica...*

³⁶⁰ *La Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Pág. 46

personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Normativa Tributaria con esta finalidad, que reformó los artículos 223, 234, y 239 del Código Civil, proponiendo la autotutela o posibilidad de prever la autoprotección de la incapacidad futura, modificando el orden de preferencia para el nombramiento del cargo tutelar.

Para O'Callaghan³⁶¹, la tutela ***“es la segunda representación legal”***, la primera es la patria potestad, institución a la que el Código Civil da un tratamiento preferente, situando la normativa de la tutela en un plano subsidiario de aquella. Tutela y patria potestad, coinciden en que ambas son una función, en la que se conceden derechos para cumplir deberes, las dos, con la curatela y el defensor judicial, se engloban en la expresión ***“funciones tutelares”***.

La tutela es la ***“institución más típica y la más completa”***, y el tutor, ***“es el cargo tutelar al que se destinan la mayoría de las normas del Código Civil”***, en esta materia, es ***“el representante del menor o incapacitado, que cuida de su persona y patrimonio, en beneficio y para la protección del mismo, todo ello a imagen de la patria potestad, aunque se establece un control judicial que no existe en esta”***, debido a la mayor desconfianza que suscita la figura del tutor en comparación con los padres.

5. LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA

La patria potestad es, según Albadalejo³⁶², ***“el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos”***, puntualizando O'Callaghan³⁶³, que ***“el discapacitado menor de edad está bajo patria potestad como menor, no como discapacitado y su representación legal la tendrán el padre y la madre; cuando alcance la mayoría de edad, quedará extinguida”***. A efectos de tuición en ese momento de extinción automática de la patria potestad al cumplir dieciocho años, ***“el Código Civil, con muy buen criterio permite una situación que puede calificarse de dogmáticamente errónea y pragmáticamente acertada, que es incapacitar al discapacitado menor de edad, con ello se da lugar a la patria potestad prorrogada”***. La patria potestad rehabilitada es ***“una situación semejante, pero no igual”***, porque, ***“se trata de que se incapacita a un mayor de edad, pero que es soltero y vive en compañía de sus padres”***, en consecuencia: ***“la patria potestad de estos se rehabilita y su representación legal corresponde a los padres o al de ello que era titular de la patria potestad”***.

³⁶¹ “Representación legal...” Pág. 294.

³⁶² *Curso de Derecho Civil IV*, “Derecho de familia”, 10ª Ed., Madrid, (2006), pág. 280

³⁶³ “Representación legal...”, Págs. 293 y SS.

Díaz Alabart, Hernández Díaz-Ambroja, Álvarez Moreno, y Represa Polo,³⁶⁴, analizan la patria potestad prorrogada y la rehabilitada, llegando a la conclusión que: ***“se trata de dos figuras introducidas en el Derecho común, por la reforma del Código Civil, de 13 de mayo de 1981, y acogidas en el Código de Familia catalán en sus artículos 160 y 161”***. Las dos instituciones, ***“son diferentes en cuanto a sus requisitos, pero “equivalentes” en sus efectos, “dado que implican una excepción a la extinción de la patria potestad por llegar el hijo a la mayoría de edad”***; ambas, ***“están en conexión directa con la incapacitación del hijo que puede producirse durante la minoría o una vez alcanzada la mayoría de edad”***. Refiriéndose a la patria potestad prorrogada, continúan argumentando, que ***“surge cuando el menor de edad padece una enfermedad o deficiencia física o psíquica persistente que le impide gobernarse por sí mismo, y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad, motivo por el cual se procede entonces a su incapacitación conforme a los artículo 200 del Código Civil, de manera que, cumplidos los dieciocho años, la patria potestad quedará automáticamente prorrogada, por ministerio de la ley, mas con la extensión y alcance que determine la resolución incapacitadora”***. La patria potestad rehabilitada, ***“se diferencia”*** de la patria potestad prorrogada, ***“en que implica una extinción y posterior restauración de la patria potestad, porque el sujeto incapacitado no es ya un menor de edad, sino mayor, soltero y que convive con sus padres”***.

Los requisitos para la prórroga o rehabilitación de la patria potestad son tres a tenor del artículo 171 del Código Civil: el primero la mayoría de edad del hijo que se va a incapacitar, el segundo es la soltería del hijo, entendiendo que se incluye al divorciado, y a aquel cuyo matrimonio fue declarado nulo, no alcanzando a los separados legalmente o de hecho, al no haberse disuelto el vínculo matrimonial, nombrándoles tutor o curador, aunque el cargo recaiga en el padre o en la madre. La convivencia en el domicilio paterno es la siguiente exigencia de ***“interpretación amplia y flexible”***, que ***“no implica residencia en el mismo domicilio, aunque sí dependencia física y económica”***, a los que se añade uno mas no previsto legalmente ***“que durante la minoridad hubiese estado sujeto a patria potestad y no a tutela”***

Respecto al régimen jurídico, al que se someterá el ejercicio de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, el antedicho artículo 171, en el inciso final del primer párrafo, dispone que, ***“la patria potestad prorrogada***

³⁶⁴ La protección jurídica de las personas con discapacidad, Págs. 52, 53 y 54.

en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente Título". Es decir, vendrá establecido, por lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, que delimitará la extensión y límites de la incapacidad, determinando el alcance patrimonial y/o personal de la protección a ejercer por su titular, subsidiariamente será de aplicación la regulación prevista para la patria potestad ordinaria con la matización pertinente *" en razón de las diferencias existentes entre un menor ordinario y la persona sometida a patria potestad prorrogada"*, termina aclarando Díaz Alabart.

6. LA CURATELA

El Código Civil al igual que con la tutela no define la curatela, se limita en el artículo 286 del Código Civil a señalar quienes son los que están sujetos a esa figura: *"los emancipados cuando sus padres hayan fallecido o estén impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por el artículo 323 del Código Civil³⁶⁵; los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad; y los declarados pródigos"*, disponiendo respecto a los incapacitados el artículo 287 que, *"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"*.

Cano Tello³⁶⁶, define la curatela como *"un órgano permanente en cuanto a su existencia e intermitente en cuanto a su actuación, pues su objeto es completar la capacidad del sujeto en los casos en los que la ley lo establezca"*. Para Guilarte Martín-Calero³⁶⁷, es *"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 completará su capacidad deficiente en la esfera patrimonial determinada en la ley o la sentencia"*, mientras que Díaz Alabart³⁶⁸, destaca su carácter de *"institución complementaria de la tutela"*.

³⁶⁵ Artículo 323: *"la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador"*.

³⁶⁶ La Nueva Regulación de la tutela..., Pág. 19,

³⁶⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, en *La curatela en el nuevo sistema de capacidad regulable*, Pág. 113,

³⁶⁸ *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 65.

La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de junio de 2004, se refiere a la curatela como *“la institución intermedia para los casos de incapacidad atenuada, en el que habida cuenta que el grado de discernimiento del sujeto excluye la apreciación de inhabilidad para gobernarse totalmente por sí mismo, bastando la protección de apoyo en el ámbito en que incide realmente la deficiencia”*.³⁶⁹

En orden al contenido de la curatela de los incapacitados, que es la que nos interesa a efectos de este trabajo, el artículo 289 del Código Civil dice que: *“la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”*. Y en su defecto, según el artículo 290: *“si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que esta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial”*.

La sentencia de modificación de la capacidad se pronunciará respecto a los actos en los que se requiere la asistencia de curador,³⁷⁰ en su defecto, se entenderá a tenor del artículo 290, que la curatela solo se extiende a aquellos, para los que, el tutor necesita autorización judicial; es decir, los del artículo 271 del Código Civil, todos ellos excepto el internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial, de carácter patrimonial de disposición y gravamen.

Cano Tello³⁷¹, describe el contenido de la institución de forma breve y concisa: *“el sujeto a curatela es capaz de obrar por sí solo, pero en ciertos casos su capacidad debe ser completada con la intervención del curador”*, puntualizando, que *“no comprende la representación ni la guarda, ni tampoco la administración, aunque sí la protección”*, procediendo su constitución en los supuestos de modificación de capacidad *“cuando el sujeto afectado requiere únicamente la asistencia de terceros para determinados actos, pudiendo actuar por sí solo en las restantes actividades*. Es en consecuencia, *“el medio idóneo de guarda de aquellas personas afectadas por un retraso mental leve”*, afirman Díaz Alabart, Hernández Díaz-Ambrona, Álvarez Moreno, y Represa Polo³⁷². El legislador, *“está pensando en incapacitaciones parciales”* dice Sancho Gargallo³⁷³, añadiendo que, *“la practica judicial, donde se aplica el*

³⁶⁹ Sentencia nº 646/2004, de 30 de junio de 2004, de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo

³⁷⁰ Artículo 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”*.

³⁷¹ *La nueva regulación de la tutela...*, Pág. 19

³⁷² *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 66.

³⁷³ *Incapacitación, tutela...*, Págs. 162 y 163.

Código Civil, ha sido la constitución de la tutela en todos aquellos casos de incapacitación total, reservando la curatela para el resto de los supuestos en que se declara la incapacidad parcial”

O’Callaghan³⁷⁴ concluye, que ***“la curatela no implica la representación legal del incapacitado, sino que, con relación a este, el curador complementa la actuación jurídica del incapacitado parcial, para el que la sentencia que declaró su incapacitación no le privó de la capacidad de obrar; sino que, la restringió y para los actos jurídicos que expresa, precisará el consentimiento (complemento de capacidad) del curador”***.

La Doctrina discute si la curatela es de carácter exclusivamente patrimonial, o si por el contrario también es posible en la esfera personal, dividiéndose las opiniones en uno u otro sentido. Los partidarios de la curatela personal, fundamentan su postura en la flexibilidad de interpretación del alcance de la curatela, que permiten los artículos 289 y 290 del Código Civil, haciendo posible adaptar la intervención del curador en los casos de una incapacidad tan leve que solo afecte a la esfera personal del incapacitado, mostrándose a favor entre otros, García Cantero³⁷⁵, Gete Alonso³⁷⁶; Díez Picazo y Gullón³⁷⁷, que reconocen la posibilidad de que la sentencia de incapacitación someta al incapacitado a la guarda del curador.

En esta línea, Ventoso Escribano³⁷⁸, califica la cuestión, ***“más teórica que real”***, teniendo en cuenta que los artículos 287 y 289 del Código Civil, otorgan al Juez un amplio margen, que sin duda, según este autor, posibilita que un curador desarrolle su función en la esfera personal del curatelado.

Sancho Gargallo³⁷⁹, apuesta expresamente por la curatela personal, manifestando, que, ***“en el Código Civil, no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el artículo 289 podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del incapaz en un tratamiento médico, muy adecuado para los enfermos mentales que carecen de conciencia de la enfermedad”***; y, aclarando, que,

³⁷⁴ “Representación legal del incapaz: tutela, curatela, y guarda de hecho”, Pág. 295

³⁷⁵ GARCÍA CANTERO, Gabriel, “Notas sobre la curatela”, Revista de Derecho Privado, (año 1994), Pág. 797.

³⁷⁶ GETE ALONSO, M^a del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar*, Madrid (1992), Pág. 247

³⁷⁷ *Sistema de Derecho Civil I*, Ed. Tecnos, Madrid (1994), Pág. 287.

³⁷⁸ VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso, *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid (1986).

³⁷⁹ *Incapacitación, tutela...*, Pág. 163.

“aunque la representación tan solo sea patrimonial, debe constituirse la tutela; mientras que en el segundo caso en que no se atribuye representación, procede constituir la curatela, con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado”. Cita en apoyo de su postura, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1991, que en su Fundamento Jurídico segundo, delimita la función del curador, afirmando que: ***“no supe 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 mas bien de asistencia y protección en el concurso que 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 específicamente de naturaleza patrimonial”.***

La precitada resolución, resuelve en el supuesto objeto de la litis, acordando: ***“la intervención preceptiva del curador en una serie de actos patrimoniales, y, además, “para otorgar autorizaciones de adopción y similares de cualquiera de sus hijos habidos o los que pueda tener en el futuro y mientras persista esta situación”.*** Entiendo que esta sentencia contempla un aspecto personal muy determinado, en el que está implicado el interés y bienestar de unos menores de edad, que no puede ser menoscabado por ningún otro interés o circunstancia, y que no se pueden comparar con otras cuestiones de la esfera personal del incapacitado con efectos solo para él mismo.

Para aquellos, que están en contra de la curatela personal, el fundamento de su posición, es que el curador asiste y complementa la capacidad de obrar restringida del incapacitado, pero no es su representante legal, ni administra los bienes, razón, por la que, nunca podrá ocuparse de los asuntos propios del ámbito personal, y esa es la nota esencial que la diferencia de la tutela, situándose en esta línea, el profesor Albadalejo³⁸⁰, Roca Trias³⁸¹, Serrano Alonso³⁸², O’Callaghan³⁸³, el profesor Serrano García³⁸⁴, Lete del Río³⁸⁵, que fundamenta su posición con el siguiente razonamiento: ***“la curatela es una asistencia de protección con ámbito limitado a la esfera patrimonial concreta que haya señalado la ley o la***

³⁸⁰ *Derecho Civil I*, Vol. 1º, Ed. Bosch, Barcelona (1996), Pág. 332;

³⁸¹ *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y tutela*, Tecnos Madrid (1986), Pág. 223.

³⁸² *Derecho de la persona*, La Ley, Madrid (1992), Pág. 132,

³⁸³ *Compendio de Derecho Civil IV*, “Derecho de familia”, Ed. Edersa, Madrid (1991), Pág. 310

³⁸⁴ SERRANO GARCÍA, Francisco Javier, *Transferencia de la gestión de los bienes gananciales*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1653, año (1992), Pág. 5962

³⁸⁵ *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, IV*, Dirigidos por Manuel Albadalejo, Pág. 238 Edersa, Madrid (1985).

sentencia, no existe representación, ni tampoco administración o guarda de la persona o bienes”.

Guilarte³⁸⁶, se muestra contraria a la posibilidad de una curatela personal argumentando, que, *“la curatela afecta a los bienes y no a la persona y, en este sentido, tutela y curatela presentan una diferencia que, junto a la que se separa la representación legal de la asistencia, configura la naturaleza jurídica de la institución objeto de este estudio, si bien la tutela puede recaer sobre la persona o los bienes, la curatela solo afecta a la esfera estrictamente patrimonial del incapacitado”.*

Los actos en los que ha de intervenir el curador, son los que determinen la sentencia de modificación de la capacidad, no existiendo precepto alguno que impida el carácter personal de los mismos, a excepción de los personalísimos. El artículo 290 remite en defecto de pronunciamiento judicial a los actos de disposición y gravamen que requieren autorización judicial, de carácter patrimonial; pudiera ser que, en algún caso concreto la necesidad de apoyo recaiga en algún aspecto personal, pero la realidad es que las cuestiones patrimoniales son más complicadas de resolver, siendo extraño o cuando menos poco habitual que la falta de aptitud inhabilite para el cuidado de la persona y no afecte a la gestión de los bienes.

El curador prestará su asentimiento *“de forma específica para cada uno de los actos que se proponga realizar el curatelado, valorando respecto de cada uno de ellos la conveniencia y oportunidad del mismo”*, aduce Díaz Alabart³⁸⁷, descartando el consentimiento general o genérico para todos los actos, que desvirtuaría la figura de la curatela. Para Guilarte³⁸⁸, ese consentimiento general y generalizado: *“equivaldría, en sus efectos prácticos, a una verdadera libertad de disposición que es, precisamente, lo que se pretende evitar”*, con la constitución como medida de protección de la curatela.

Respecto al momento en el que, el curador asentirá el acto, Díaz Alabart, se inclina como *“teóricamente idóneo”* el de *“celebración del negocio”*, siendo posible *“que el curador preste su asentimiento con carácter previo a su conclusión”*. Entiendo que se refiere en el periodo de tiempo entre el acto de celebración y antes de que cause los efectos que le son inherentes. Sí lo hiciera con anterioridad, debería prever las siguientes

³⁸⁶La curatela... Pág. 109.

³⁸⁷DÍAZ ALABART, Silvia, *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 68

³⁸⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *La curatela ...*Pág. 427

posibilidades: la primera sería, ***“la facultad de revocar el asentimiento previo es situaciones extremas”***, una vez comprobado que perjudica el interés del curatelado. La segunda ***“condicionar dicho asentimiento a que concurran circunstancias específicamente determinadas”***; es decir, el curador presta su consentimiento con anterioridad a la realización del acto, pero, condicionando su eficacia al cumplimiento de unos determinados requisitos. Y la tercera, ***“la posibilidad de confirmación posterior por parte del curador del acto realizado por el incapaz sin la preceptiva asistencia de aquel, teniendo en cuenta que cuando el incapaz celebra alguno de los negocios para los que la sentencia de incapacitación exige la intervención del curador, y esta no se produce, aquel será anulable (artículo 293 del Código Civil).***

Guilarte Martín Calero³⁸⁹, puntualiza que ***“el curador podrá asentir con carácter previo, (a la conclusión del acto), siempre que tal asentimiento previo conste fehacientemente y se expliciten, de forma detallada, las circunstancias que en él concurran, los requisitos del negocio rígidamente especificados y la valoración positiva que el curador haya efectuado acerca de la necesidad o utilidad del negocio para los intereses del curatelado”***, añadiendo que, el asentimiento prestado coetáneamente a la realización del acto, no plantea problemas, ***“es la forma más correcta de proceder el curador, es decir, compareciendo con el curatelado en el momento de la celebración del negocio, extendiéndose la función tuitiva hasta el último momento y permitiendo, por tanto, la inclusión de algunos extremos beneficiosos para el curatelado y la modificación de aquellos que no lo son tanto”***. Respecto al asentimiento posterior al acto, subraya que ***“la realización de un acto jurídico sin la preceptiva asistencia del curador, la función tuitiva que a este corresponde no se produce, quedando desprotegido el curatelado”***.

La curatela se configura como una figura de asistencia y apoyo en una serie de actos, función imposible de cumplir satisfactoriamente sin la presencia física del curador en el acto, solo así podrá apreciar y valorar si beneficia o perjudica al curatelado, razón por la que nos inclinamos a la prestación de asentimiento coetánea a la celebración.

No debemos olvidar, que la falta de asistencia del curador cuando sea preceptiva, tiene como efecto la anulabilidad del acto, a tenor del artículo 293 del Código Civil, a instancias del curador o del curatelado cuando recupere su capacidad.

³⁸⁹ La curatela....., Págs. 429, 430, 431, 432.

Puede ser que, el curador tenga noticia de un acto realizado por el curatelado sin su asistencia preceptiva posteriormente a su conclusión, comprobando que sus efectos son perjudiciales, en este supuesto su deber es impugnarlo, incurriendo en causa de remoción de su cargo si no lo hace.

Sí el curador se niega injustificadamente a asistir al curatelado en un acto que no perjudica su interés, lo correcto será instar su remoción por incumplimiento de la función que le fue encomendada, solicitando el nombramiento de un defensor judicial que preste la asistencia requerida para dicho acto.

Tampoco desempeña adecuadamente su cargo, el curador que presta su consentimiento a un acto perjudicial para el curatelado, procediendo no solo la remoción, sino también la oportuna reclamación de la indemnización que en concepto de resarcimiento del daño causado corresponda.

7. EL DEFENSOR JUDICIAL

El defensor judicial es la institución de carácter provisional e intermitente en cuanto su actuación, su función es la representación y protección del menor o incapacitado, la guarda de su persona y la administración de sus bienes, su régimen jurídico es el establecido en el artículo 299 y 299-Bis del Código Civil.

Cano Tello³⁹⁰, se refiere a esta figura como *“un órgano provisional en cuanto a su existencia e intermitente en cuanto a su actuación, que tiene por objeto la representación y amparo del menor o incapaz, y en su caso también la guarda y administración”*. O’Callaghan³⁹¹; lo define como: *“la persona que representa y ampara temporal y provisionalmente, al incapacitado, supletoriamente a los titulares de la patria potestad (prorrogada o rehabilitada) o al tutor”*, con el objeto de que no quede sin la protección. Y para Sancho Gargallo³⁹², es *“un órgano de representación y amparo eventual e intermitente, por contraposición a los órganos tutelares estables. Y resulta de aplicación no solo al caso que ahora nos interesa de incapaces, sino también a los menores y pródigos”*.

Los supuestos de intervención del defensor judicial están previstos en el artículo 299 del Código Civil: *“1º. Conflicto de intereses entre el incapacitado y su representante legal, o curador. 2º. Cuando el tutor, o curador no desempeñen correctamente sus funciones, incurriendo en*

³⁹⁰ La nueva regulación de la tutela..., Págs. 19 y 20.

³⁹¹ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “Representación Legal del incapaz: tutela, curatela, y guarda de hecho”, Pág. 295.

³⁹² Incapacitación, tutela..., Pág. 165

causa de remoción (artículo 249 del Código Civil), o por cualquier motivo no lo pueden ejercer, (por ejemplo, una enfermedad, o un accidente), concurriendo una de las causas de excusa del artículo 251, mientras se resuelve el incidente y se procede al nombramiento de un nuevo cargo tutelar. 3º. Cuando durante la tramitación del procedimiento de incapacitación sea necesario con carácter cautelar nombrar un guardador y/o administrador para la protección del presunto incapaz, que represente sus intereses judicial o extrajudicialmente”. En cualquier caso, en el que, el Juez, “aprecie la necesidad de cubrir provisionalmente, de una forma total o parcial, la falta de guarda legal de un incapacitado o presunto incapaz, el juez puede nombrar defensor judicial a la persona que estime más idónea (artículo 300 Código Civil, dotándole de las atribuciones necesarias, que conformarán el contenido específico del cargo”, puntualiza Sancho Gargallo.

La función del defensor judicial es de sustitución o suplencia de los cargos tutelares estables, en los supuestos en los que por la razón que sea, crisis en el ejercicio de la institución o conflicto de intereses entre las personas implicadas, se produzca o pueda producirse el desamparo del incapacitado.

8. EL GUARDADOR DE HECHO

El régimen jurídico del guardador de hecho es el establecido por los artículos 302 y 304 del Código Civil, introducidos por la Ley 13/1983 de 24 de octubre. El legislador pretende con esta nueva figura regular una realidad cada vez mas frecuente, la de personas físicas o jurídicas que sin título legal que las legitime, asumen la protección o el apoyo de la persona y/o de la gestión de los bienes de un discapacitado no susceptible de incapacitación, o de un discapacitado en el que concurriendo causa de incapacitación no ha sido incapacitado, o de un incapacitado al que no se le ha nombrado tutor o curador.

O’Callaghan³⁹³, describe con las siguientes palabras la situación de la guarda de hecho, como la que corresponde a un “*discapacitado no incapacitado, situación que está fuera de la ley; no exactamente es eso. El Código Civil (artículos 303, 304), contempla la situación del discapacitado que está a cargo de alguien y este alguien lo llama guardador de hecho. No es que lo regule porque es una situación de hecho, sino que la contempla, y (no a priori) le exige que dé cuenta de su actuación y declara válidos los actos jurídicos realizados en interés del*

³⁹³ “Representación Legal del incapaz: tutela, curatela, y guarda de hecho”, Pág. 295.

discapacitado, prevé el establecimiento de medidas de control y vigilancia y ordena el inicio del trámite de incapacitación si procede y constitución de la tutela”.

El guardador de hecho no es el representante legal, ni el asistente del menor o del discapacitado, pero se encarga del cuidado y atención de su persona, desempeñando las funciones propias de los padres titulares de la patria potestad, de los tutores o de los curadores, administrando el patrimonio sin facultades de disposición, o prestándole la asistencia y apoyo que necesita para realizar determinados actos.

Díaz Alabart, Hernández Díaz-Ambrona, Álvarez Moreno, y Represa Polo³⁹⁴, definen el guardador de hecho como alguien, que, ***“careciendo de potestad legal sobre un menor o una persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiera encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses”***. La guarda de hecho es una situación fáctica transitoria llamada a ser sustituida por la tutela o la curatela a la mayor brevedad posible. El guardador de hecho puede ser tanto una persona física como una jurídica, actuando como si fuera el guardador legal pero sin ostentar esa condición. De manera que, concluye Frabrega Ruiz³⁹⁵, es ***“una situación de hecho, que no puede tener una regulación que indique como desarrollarse, sino, tan solo producir ciertas consecuencias jurídicas a favor del guardado”***. Los actos del guardador de hecho son validos y eficaces si redundan en beneficio del discapacitado, según el artículo 304, considerando como requisitos que tenga lugar como resultado de una autentica función de protección, identificando interés con bienestar en aplicación analógica de las normas de la patria potestad y de la tutela.

Los casos más frecuentes de guarda de hecho en los mayores de edad, son las personas con enfermedades degenerativas, a cargo de un familiar o allegado, que se ocupa de todos sus asuntos sin promover el procedimiento de modificación de capacidad, ni la constitución de la institución de guarda que proceda³⁹⁶.

³⁹⁴ La protección jurídica de las personas con discapacidad, Pág. 70 y 71.

³⁹⁵ FABREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial Ramón Areces, Madrid (2006), Pág. 8.

³⁹⁶ Ver el trabajo de AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *Revista de Derecho Privado*, nº 1-2/2006, (enero-febrero 2006).

9. LA TUTELA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Antes de la Reforma de 1983, la presencia de las personas jurídicas en la tutela se limitaba a la prevista en el artículo 212 del Código Civil, que establecía que *“los jefes de las casas de expósitos son los tutores de los recogidos y educados en ellas”*. Esa tutela de los jefes de las casas de expósitos, respecto a los menores huérfanos o abandonados que vivían *“recogidos y educados”*, en los citados establecimientos, no era una tutela de una persona jurídica, tal y como hoy la entendemos.

García Cantero³⁹⁷, afirmó que, las referencias a la guarda legal por las personas jurídicas en el Código Civil en la redacción de 1889, eran *“formas residuales de tutela apenas estudiadas por la doctrina, en la que la persona jurídica correspondiente no aparecía bien perfilada en el desempeño del cargo de tutor”*.

Muñiz Espada³⁹⁸; opina que, *“se trataba de una tutela de naturaleza especial, a la que no eran aplicables parte de las normas dispuestas en el Código Civil para la tutela ordinaria, justificado por el carácter público del sujeto que viene obligado a dispensar tal asistencia y protección a estas personas desvalidas”*.

La Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de la tutela, introduce por primera vez en el Derecho español, la posibilidad de que las personas jurídicas ejerzan las funciones tutelares, en virtud del artículo 242 del Código Civil, que dispone: *“podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”*.

Para Muñiz Espada³⁹⁹, el artículo 242 del Código Civil, resultante de la reforma de 1983, *“supone una auténtica novedad en el Derecho español”*; porque, en la situación anterior, *“las personas jurídicas venían a ejercer meras funciones de guarda o protección, solo sobre menores desamparados o abandonados, donde no aparecía bien perfilada la figura de la tutela en cuanto a institución jurídica”*, realmente en aquellos casos, *“la atribución de la tutela se hacía por referencia a una persona física, funcionario o miembro de aquella entidad y no a una persona jurídica, mas en concreto, la titularidad del oficio tutelar a favor de determinada*

³⁹⁷ GARCÍA CANTERO, Gabriel, “El nuevo régimen jurídico de la tutela”, Págs. 484 Y SS, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1984).

³⁹⁸ MUÑIZ ESPADA, Esther: *Las personas jurídico-privadas tutoras*, José M^o Bosch Editor, S.A., Barcelona (1994), Pág. 51.

³⁹⁹ *Las personas jurídico-privadas tutoras*, Pág. 49.

entidad no quedaba perfectamente delimitada". Se trata de una verdadera tutela que se encomienda a una persona jurídica como tal, y que se desempeñará tanto respecto a menores como a incapacitados, siempre y cuando la entidad no tenga finalidad lucrativa, y declare como fin propio la protección de menores o incapacitados, subrayando *"la amplitud de este precepto, (el artículo 242 del Código Civil), frente a normas precedentes, también se pone de relieve al posibilitar que la tutela sea ejercida tanto por establecimientos públicos como por entidades privadas"*.

El Anteproyecto del SEREM, tenía un artículo 247, como antecedente del 242, con la siguiente redacción: *"podrán ser también tutores las personas jurídicas en cuyos estatutos entre sus fines figure la protección, defensa y salvaguarda de los menores o incapacitados"*, añadiendo en el párrafo 3º: *"la tutela de los bienes o de la gestión económica podrá encomendarse a entidades mercantiles que profesionalmente se dediquen a la administración de patrimonios"*.

La Comisión General de Codificación, toma como base el precitado anteproyecto, y se redacta el Proyecto de Ley de 24 de junio de 1981, de reforma del Código Civil, en materia de tutela, donde aparece al artículo 242, recogiendo la posibilidad de que sean tutoras las *personas jurídicas "que no tengan finalidad lucrativa"*, con una referencia en el artículo 251, al fin de protección de menores o incapacitados como causa de excusa. Este proyecto no llegó a ser ley, a causa de la disolución de Las Cortes, y posterior convocatoria de elecciones. El actual artículo 242 tal y como hoy lo conocemos, surge de los trabajos de elaboración de la ley de reforma definitiva de octubre de 1983, retomados una vez iniciada la nueva legislatura.

En opinión de Muñiz Espada⁴⁰⁰, el artículo 242 significa *"la pluralidad de medios para desempeñar el ejercicio de las funciones tutelares"*, disponiendo *"un instrumento mas a favor de la protección y asistencia de menores o incapacitados"*; subrayando que la *"importancia y utilidad de dicho precepto, sobre todo, reside en el vacío que cubre en los supuestos, de que, tales menores como incapacitados no cuenten con nadie que se pueda ocupar de ellos en ausencia de titulares de la patria potestad, en el caso de que tengan parientes o allegados, o existiendo estos, no sean idóneos, para el ejercicio de la función tutelar"*.

El Derecho español, en esta cuestión, no hizo mas que, seguir la línea marcada por el Derecho comparado: en Francia, el artículo 451 del Code

⁴⁰⁰ *Las personas jurídicas tutoras*, Pág. 59

prevé la tutela de la persona jurídica, dejando entrever la preferencia de por la persona física para el ejercicio de la función tutelar, pero afirmando la posibilidad de que una persona jurídica asuma dicha función si conviene al interés o beneficio del menor o incapacitado.

El Derecho italiano, en el artículo 354 del Código Civil, establece la tutela de la persona jurídica para menores abandonados. El Ordenamiento Jurídico suizo, dispone el ejercicio de la función tutelar por una persona física particular, y por un funcionario que a título profesional podrá ejercer varias tutelas, desconociendo la tutela de la persona jurídica, y la tutela del Estado, en este caso es nombrado tutor el funcionario o director del establecimiento a título personal.

En Alemania, junto a la tutela individual o unipersonal, existe la tutela legal oficial, fundamentada en la dificultad que plantean las disposiciones de la BGB para encontrar tutores idóneos, propiciando la implantación de la tutela profesional, en la que los cargos se confían a unas personas determinadas, que son remuneradas, creando una organización de apoyo al tutor como miembro de la misma, siendo la tutela deferida a personas individuales y no a una persona jurídica, aunque se podrá nombrar tutor a una asociación siempre que no existe otra persona idónea.

El mismo artículo 242 de nuestro Código Civil prevé los requisitos de idoneidad que deberán reunir las personas jurídicas ***“que no tenga finalidad lucrativa, y que figure entre sus fines la protección de menores o incapacitados”***.

En el estudio del SEREM de 1977, se apuntó la posibilidad de acceder al ejercicio de las funciones tutelares a las personas jurídicas que tuviesen como fines, la protección, defensa y salvaguarda de menores e incapacitados, en los artículos 246 y 247, limitándose en el proyecto de 1981, a las que carecieran de ánimo de lucro, siendo objeto de la enmienda de Coalición Democrática, que añadía que ***“entre cuyos fines figure la protección de menores e incapaces”***, condición de Minoría Catalana propuso suprimir, con la intención de facilitar el acceso a las funciones tutelares a mayor número de personas jurídicas, al ser rechazada tal proposición pasó definitivamente a ser el segundo de los requisitos.

Muñiz Espada⁴⁰¹, califica de ***“acertado”*** el rechazo de esta enmienda, ***“y dejar constancia de esta condición”***, que el fin de la persona jurídica tutora sea la protección de menores e incapaces,

⁴⁰¹ *Las personas jurídico-privadas tutoras*, Págs. 78 a 83.

argumentando que *“era más que necesario elaborar esta novedad de forma prudente y cuidadosa, para adentrarnos con suma cautela en la atribución de facultades tutelares a las personas jurídicas, un campo al que acceden por primera vez a través de la reforma que sufre el Código Civil en 1983, y con cierto recelo por parte de algunos sectores de la sociedad. Por eso se estimó que no era oportuno que cualquier persona jurídica, aunque no tuviera finalidad lucrativa, pudiera optar al ejercicio responsable y delicado de estas funciones, sino que debía estar revestida de ciertas garantías, que dejaran claro desde el principio el interés y dedicación por asistir y proteger a un grupo desvalido de la sociedad”*. Continúa en su análisis, afirmando, que, *“el fin de tutelar o proteger a menores e incapacitados debe estar contemplado entre los estatutos de la persona jurídica en cuestión de forma clara e indubitada. Sin que baste que cuenten entre sus fines estatutarios la profilaxis y recuperación de la salud mental, la rehabilitación de drogadictos y alcohólicos, etc”*.

El acceso de las personas jurídicas a las funciones tutelares, era en aquel momento imprescindible, pero no por ello debía permitirse que cualquiera pudiera hacerlo. Era y es necesario, una especialización total, que les permita asumir la tutela con la más absoluta eficacia, porque, en el caso contrario, no estaría en condiciones de desempeñarla correctamente provocando una situación de desamparo en sus tutelados, el efecto contrario al perseguido.

En relación, a la inclusión del requisito de ausencia de animo de lucro, no hubo discrepancia alguna en las discusiones parlamentarias, se trataba, sin duda, de excluir a las sociedades mercantiles, que al constituirse expresamente con el objeto de obtener un lucro o ganancia en el ejercicio de su actividad, quedan totalmente inhabilitadas para la función social que es la protección de menores o incapacitados. No obstante, puede ser que, en algún caso el patrimonio del tutelado sea de tal naturaleza, que su administración sea compleja, y requiera una gestión profesional, en cualquier caso, si la rentabilidad del patrimonio requiere la administración de profesionales expertos, se podrá prever que se encargue de dicha gestión una persona jurídica especializada que no tenga como fin la protección de menores o incapacitados.

10. LA TUTELA DE LA ENTIDAD PÚBLICA: EL DESAMPARO DE LOS MENORES DE EDAD

La regulación tanto en lo que respecta a normativa como a órganos, en el amparo del Estado a los menores e incapacitados, fue prolija y fragmentaria, comenzando por los jefes de las casas de expósitos y la

administración de las casas de beneficencia, eran a tenor de los artículos 212 y 303 del Código Civil, la protección que el Estado prestaba a los menores abandonados o huérfanos.

Más tarde la Orden de 1 de abril de 1937, sobre prohijamiento y colocación en familia de niños abandonados, atribuye la tutela de los niños abandonados a las Juntas Locales de Colocación Familiar, bajo la inspección de la Junta Provincial de Beneficencia y el Gobierno General del Estado; y el Decreto de 23 de noviembre de 1940, la protección de los menores que hubiesen quedado huérfanos o desamparados por causa de la guerra civil, y la de los mayores incapacitados, artículo 1/2º, y párrafo 3º del Preámbulo, a la Organización Benéfico social, y en ultimo término a las Organizaciones de Beneficencia. Mientras que el Decreto de 2 de junio de 1944, atribuía a la Junta de protección de menores la facultad de designar protector a los hijos de padres desconocidos. Y La Ley de 20 de diciembre de 1952, que amplía las disposiciones del Decreto de 6 de noviembre de 1941, reorganizando el Patronato de Protección a la mujer, otorgaba a las Juntas Provinciales del Patronato de la mujer, funciones tutelares sobre huérfanas mayores de dieciséis años y menores de veinticinco.

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma de la tutela, sustituye la normativa citada, unificando la regulación en el artículo 239 del Código Civil, con la siguiente redacción: ***“si se tratase de un menor acogido en establecimiento público, la tutela podrá ser atribuida al Director del establecimiento”***. La línea de este nuevo precepto es similar a la de los antiguos 212 y 303 del Código Civil en su primitiva redacción, siendo sustituido en virtud de la Ley 21/1987, de modificación de determinados artículos del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, por la tutela automática por ministerio de la ley de la entidad pública que en cada territorio tenga encomendada la protección de los menores respecto a aquellos que se encuentren en situación de desamparo, definida en el párrafo 1º del artículo 172 del Código Civil, derogando el artículo 239, que pasa a tener esta redacción: ***“la tutela de los menores desamparados corresponde por ley a la entidad a que se refiere el artículo 172”***.

Se introduce en nuestro ordenamiento la tutela de las entidades públicas como tales, abandonando la anterior modalidad en la que, digamos que era deferida a los jefes de las casas de expósitos y a los encargados de la administración de los establecimientos de beneficencia, que la ejercían por razón del cargo que ocupaban.

La tutela de la entidad pública llega de la mano del desamparo, concepto importado del derecho italiano, que viene a sustituir los antiguos de orfandad, abandono, o expósito, que la Ley de 24 de abril de 1958 incorporó al Código Civil en el artículo 178, derogando la Ley de 17 de octubre de 1941, que regulaba la adopción de los **“acogidos en casa de expósitos y otros establecimientos de beneficencia”**, no se definía el concepto de abandono, exigiendo solo expresamente la permanencia en tal situación tres años, posibilitando la adopción plena sin el consentimiento de los titulares de las potestades tuitivas. Tal definición es aportada por la Ley de 4 de julio de 1970, en vigor hasta la Ley 21/1987, que consideraba abandonado al **“menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación, siendo irrelevante que se haya producido por causas voluntarias o involuntarias”**, era suficiente la situación de carencia objetiva sin exigirse actuaciones de desinterés o descuido basadas en criterios culpabilísticos.

Los demás preceptos del Ordenamiento Jurídico civil y penal, ofrecen un concepto de abandono de raíces marcadamente subjetivistas, en el que es suficiente el incumplimiento de los deberes paternos o tuitivos, aunque el menor goce de un suficiente nivel de asistencia porque se ocupen de él terceras personas, en este sentido el Código Penal en el artículo 487 construye un tipo de abandono de familia basado en el incumplimiento de deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad o la tutela, de pura omisión.

En cuanto a la suspensión o privación de la patria potestad, el artículo 170 del Código Civil, antes de la reforma de 13 de mayo de 1981, distinguía, suspensión **“por incapacidad, ausencia o interdicción”**, y privación o suspensión por **“tratar a los hijos con excesiva dureza o darles ordenes, consejos o ejemplos corruptores”**. Después de la reforma de 13 de mayo de 1981, el artículo 170 toma la siguiente redacción: **“el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”**.

Las causas de privación o suspensión de la patria potestad, es un concepto básico en el análisis del concepto de desamparo de menores, en lo que se refiere al alcance del incumplimiento que genera dicha situación, y respecto al cual Vargas Cabrera⁴⁰², afirma que **“es referible a todos los deberes inherentes a la misma, y no solo a lo relacionado con la guarda personal”**, y **“habrá de tratarse de un incumplimiento grave”**.

⁴⁰² VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el Ordenamiento Jurídico*, Ed. Comares, Granada (1994), Pág. 15.

La Ley nº 184 de 4 de mayo de 1983, del Parlamento italiano es el precedente inspirador en el Derecho comparado del concepto de desamparo del Derecho español, sus disposiciones exponen un doble concepto de desamparo, con diferentes consecuencias jurídicas según la gravedad de los hechos que lo motivan, bien el acogimiento con la privación temporal de las facultades paternas, control judicial, intervención del servicio local y con la finalidad de reintegración en la familia, (acogimiento ordinario en su doble modalidad de **“ricovero y familiar”**); o bien, la privación definitiva de la patria potestad, con la posibilidad de adopción, supuesto en el que el acogimiento es preadoptivo.

El artículo 8 de la Ley italiana, regula la declaración de adoptabilidad, cuando los menores se hallan en situación de abandono en el sentido de privados de asistencia moral y material de parte de los progenitores o parientes obligados a alimentarles, precisando el párrafo 2, que, **“la situación subsistirá siempre que concurren las condiciones previstas en el párrafo anterior, e incluso cuando los menores sean acogidos en un instituto de asistencia o se encuentren en acogimiento familiar, regulándose la fuerza mayor de carácter temporal como excluyente del estado de abandono”**.

Vargas Cabrera⁴⁰³, asevera que **“la fórmula legal está dominada por las tonalidades subjetivas”**, exigiendo en principio, **“una actuación de descuido culpable, pero junto a ella generan también la declaración de adoptabilidad los supuestos de fuerza mayor (incumplimientos forzosos de los deberes de asistencia) caracterizados por su permanencia e irreversibilidad. Hay que resaltar, que aunque se requiere un específico resultado de privación de asistencia material y moral en el párrafo 1º del artículo 8, este suaviza notablemente en el párrafo 2º, cuando lo refiere a las consecuencias necesarias que dimanar de la actitud de inasistencia de los padres o parientes”**.

En el Ordenamiento Jurídico español, antes que la Ley de 1987, el desamparo es definido por, la Ley catalana de Protección de menores de 13 de junio de 1985, en su artículo 1 como: **“el mero incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes tuitivos sin exigencia de resultado específico de inasistencia al menor”**.

Los Proyectos de Ley de 5 de marzo de 1986, y de 29 de enero de 1987⁴⁰⁴, que constituyen la base de la redacción de los preceptos de la Ley

⁴⁰³ La protección de menores en el Ordenamiento Jurídico, Pág. 18.

⁴⁰⁴ Boletín de las Cortes Generales de 10 de marzo de 1986, y de 4 de febrero de 1987, respectivamente.

21/1987, no formulan el concepto de desamparo, surgiendo en el transcurso de la discusión parlamentaria la necesidad de una definición. El resultado es el artículo 172 del Código Civil, que se refiere a esta situación en el segundo inciso del párrafo 1º como: ***“la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”***.

Al analizar este precepto, Vargas Cabrera⁴⁰⁵, afirma que ***“la fórmula del artículo 172/1 viene a caracterizarse por la imprecisión de sus contornos, siendo un concepto jurídico relativamente indeterminado que necesita complementarse con juicios de valoración”***.

Para García Cantero⁴⁰⁶, ***“supone un juicio de valor constitutivo de un concepto jurídico indeterminado, peligroso al no decirse quien realiza la valoración”***. Y De Pablo Contreras⁴⁰⁷, insiste en que ***“la necesaria asistencia moral o material es un concepto jurídico indeterminado cuya notable inconcreción puede paliarse por el contenido del primer término definitorio, incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección. Desde sectores sociales y jurídicos implicados en la tarea de protección de menores se reclama flexibilidad ad casum en la interpretación de la definición para que, sobre todo la Administración, pueda acomodarse a la compleja realidad del desamparo social”***.

Vargas Cabrera⁴⁰⁸, trata de delimitar los términos, razonando que ***“el incumplimiento debe relacionarse con una ausencia de ejercicio caracterizada por una omisión general. El inadecuado ejercicio supone que los deberes se ejercitan, pero en el contexto de una realización irregular o inidonea”***; y, que ***“puede plantearse la cuestión de si los inadecuados cumplimientos de deberes familiares son o no los que hace relación con todos los que integran en contenido persona y patrimonial de la patria potestad o tutela (artículos 154 a 168, 259 a 285 del Código Civil y concordantes”***, para terminar con la conclusión de que todo comportamiento que impida la asistencia material y/o moral del menor, sea de la naturaleza que sea, es causa que produce el desamparo de aquel.

⁴⁰⁵ *La protección de los menores*, páginas 29 y siguientes.

⁴⁰⁶ Adición al tomo V, Vol. II *del Derecho Civil Español Común y Foral de Castán* (1988), Pág. 10.

⁴⁰⁷ “Comentario al artículo 172 del Código Civil” en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Editorial Tecnos, Madrid (1993), Pág. 43.

⁴⁰⁸ Págs. 21 y siguientes.

Iglesias Redondo⁴⁰⁹, afirma, que, el artículo 172 del Código Civil, contempla el ***“incumplimiento propio o absoluto imputable por dolo o culpa a los titulares de los deberes legales de protección”***, que constituye el incumplimiento en sentido estricto. El ***“inadecuado ejercicio o cumplimiento defectuoso”***, imputable o no imputable al titular, según sea consecuencia de una actitud negligente o de la concurrencia de circunstancias ajenas a la voluntad de este. El ***“imposible ejercicio”***, se identifica con el incumplimiento propio, cuando se produce por causas imputables al titular, o con el absoluto cuando no es imputable a dichos titulares al ser resultado de una situación de fuerza mayor. La situación de desamparo puede producirse a causa no solo de una conducta de omisión de la necesaria asistencia moral y/o material, sino también por la comisión de una conducta que sea objeto de sanción civil que será la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, o de sanción penal, cuando el incumplimiento de los padres o del tutor es causado por una conducta constitutiva de un delito de abandono de familia del artículo 226 del Código Penal⁴¹⁰.

El profesor Serrano García⁴¹¹, se refiere al desamparo o abandono culpable, ***“como una situación culpabilista, subjetiva, basada en el incumplimiento de unos deberes con consecuencias civiles (privación o suspensión de la patria potestad)”***, contemplada en el artículo 170 del Código Civil, como causa de privación o suspensión de la patria potestad en virtud de sentencia; ***“y penales (arresto, e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad)”***. Y al desamparo objetivo, no culpabilístico o no culpable, que contempla en artículo 172, ***“que no implica una actitud deliberada de incumplimiento por parte del obligado, sino una imposibilidad de cumplimiento de la obligación causada por una circunstancia no imputable a la voluntad del padre o tutor o de fuerza mayor, como puede ser una enfermedad, o una ausencia prolongada”***, que, ***“tiene dos situaciones: una, la primera semejante a la ya vista en los artículos 170 del Código Civil, y 226 y siguientes del Código Penal: es el caso de incumplimiento de los deberes; pero hay otra segunda que es distinta, ya que se trata del imposible ejercicio de los deberes (dejamos***

⁴⁰⁹ IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*. Cedecs Editorial, Barcelona (1996), Pág. 177.

⁴¹⁰ ***“1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.***

2. El juez o tribunal podrá imponer, motivadamente al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por el tiempo de cuatro a diez años”.

⁴¹¹ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, páginas 515 y siguientes.

por ahora el supuesto dl ejercicio inadecuado), El ejercicio imposible se debe a causa de ausencia o incapacidad”. En este segundo caso del artículo 172, estamos ante un supuesto en el que se hace intervenir a la Administración, al objeto de desjudicializar la cuestión, pues se considera, que, la Administración pública es más ágil que la judicial, para atender con urgencia ciertas situaciones de gravedad que exigen la tuición inmediata de un menor de edad, no excluyendo el control del Juez, que ratificará la pertinencia de las resoluciones.

Dos son los elementos que distingue el profesor Serrano en la configuración del desamparo *“por un lado la falta o el imposible o inadecuado cumplimiento de los deberes para con los menores y, por otro, la privación de asistencia moral y material”*; que al concurrir, *“las dos circunstancias conjuntas producen la ausencia del derecho constitucional al libre y pleno desarrollo de la personalidad”*, y que tiene como efecto, la tutela legal, automática y administrativa de la entidad publica respecto al menor en situación de desamparo, es de constitución automática sin que exista delación, ni nombramiento de tutor provisional, persistiendo solo el tiempo necesario para la protección del menor, subsidiaria como última alternativa de protección, porque a tenor del artículo 172, *“se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para este”*, de titularidad publica, pero de ejercicio delegable por medio del acogimiento familiar o residencial del artículo 173 del Código Civil.

Esa tutela, por ministerio de la ley y automática, está sometida al control judicial, porque es el Juez, el que supervisa y ratifica la pertinencia y oportunidad de todas las resoluciones que se adopten respecto al menor en situación de desamparo, como adecuadas a su interés principio de actuación superior en la tuición, y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que tendrá conocimiento de todas las actuaciones, pudiendo instar aquello que estime pertinente al bienestar del menor.

Pero en concreto, ¿qué entidades u órganos administrativos son los competentes para intervenir en los supuestos de desamparo de un menor de edad?, la Disposición Adicional 1ª de la Ley 21/1987, señala como tales a *“los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas, o Entidades Locales, que con arreglo a las leyes les corresponda la protección de menores”*, y el artículo 239 del Código Civil afirma que *“la tutela de los menores desamparados corresponde por ley a la entidad a la que se refiere el artículo 172”*.

La protección y guarda de menores, es una competencia transferida a las Comunidades Autónomas, por lo que son estas las encargadas de tal función, en algunas se han creado entidades específicas que se hacen cargo de los menores en desamparo, en Madrid, la Comisión de Tutela del menor, dependiente del Instituto del Menor y la Familia. En otras no existe entidad específica, correspondiendo al organismo que tenga atribuido, a tenor del Estatuto de autonomía o cualquier otra norma, la tuición de los menores de edad⁴¹².

11. EL DESAMPARO DE LOS MAYORES DE EDAD

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, extiende la tutela de la entidad pública a los mayores de edad introduciendo el desamparo de mayores, mediante un nuevo párrafo al artículo 239 del Código Civil en sede de tutela: ***“la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando este se encuentre en situación de desamparo”***, definiendo dicha situación en el último inciso como ***“la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a***

⁴¹² La bibliografía sobre el desamparo de menores y la tutela automática de las entidades públicas es extensa, citamos como muestra la que hemos consultado: ARCE FLOREZ-VALDÉS, Joaquín, “El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia* noviembre de (1987); ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo: “Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo”. *Revista Poder Judicial* nº 60, cuarto trimestre de (2000); BALLESTEROS de LOS RÍOS, María: *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*. Tecnos (1997); IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, CEDECS Editorial SL, Barcelona (1996); LLEBARIA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, José M^a Bosch Editor SA, Barcelona (1990); MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las personas jurídico-privadas tutoras*, José M^a Bosch Editor, S.A. Barcelona (1994), Pág. 50 y SS; PALACIOS, Dolores; BERNAL del CASTILLO, Ángel Luis, “Reflexiones acerca de la tutela legal, la guarda, y sus relaciones con el acogimiento”, *Actualidad Civil* nº 13, 28 de marzo-3 de abril de (1994); PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, “Sobre el desamparo y la tutela administrativa” en *Estudios Homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, Bosch Barcelona (1993); SERRANO GARCÍA, Ignacio: “Vacilaciones y dudas acerca del concepto de tutela introducido en el Código Civil por la Ley 21/1987”, *Estudios homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, Vol. 2, Barcelona (1993), Págs. 2011 y ss. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Editorial Iustel, Madrid (2008); VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La Protección de menores en el Ordenamiento Jurídico*, Editorial Comares, Granada (1994).

las leyes, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

El desamparo de los mayores de edad tiene como antecedente legal el de los menores del artículo 172 del Código Civil, coincidiendo ambos en la tuición de dos situaciones de vulnerabilidad ejercida por entidades públicas. La idea es la misma, si bien, con el enfoque distinto que determinan las diferentes circunstancias que concurren en las personas a las que se dirige cada uno de los dos preceptos.

Según Represa Polo⁴¹³, en virtud del artículo 239 del Código Civil, se *“introduce en nuestro Ordenamiento la institución de la tutela ex lege para los incapaces”*, se entiende que para los incapaces mayores de edad; porque, *“con la entrada en vigor de la LPPD, y con anterioridad en algunas Comunidades Autónomas, se va a conceder protección institucional a los mayores que, como por desgracia ocurre con bastante frecuencia en la práctica, pueden hallarse en una situación de falta de atención y asistencia por parte de aquellas personas que deberían atenderles lo que los conduce a situaciones de verdadero desamparo, así como en aquellos casos en los que ningún familiar cercano quiera hacerse cargo de los mismos o no existan estas personas o que por sus circunstancias personales o las del propio discapacitado no pueden asistirlos”*.

El concepto de desamparo que formula el artículo 239, comprende dos supuestos: uno en el que prima la incapacidad, y otro en el que el factor principal es la desatención o desasistencia, que puede ser de carácter materia o moral⁴¹⁴.

En esta línea el profesor Serrano García⁴¹⁵, se refiere a la situación en la que no se pueda encontrar un tutor conforme a las reglas de delación del artículo 234 del Código Civil, entonces, la entidad pública que tenga encomendada la tutela de los incapaces, *“asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz”*. Es el caso del incapaz con capacidad modificada (incapacitado), en virtud de la oportuna declaración judicial, en la que, *“se establece una nueva tutela administrativa, posiblemente con pocas diferencias respecto de la tutela ordinaria, desempeñada por persona física o jurídica”*, después de la tramitación con todas las garantías del

⁴¹³ REPRESA POLO, Patricia, *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pagina 202.

⁴¹⁴ En esta línea se mantiene la doctrina, citamos como ejemplo entre los consultados: Díaz Alabart, Fabrega Ruiz, y Serrano García.

⁴¹⁵ “Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *Revista Jurídica del Notariado* nº 52, (Octubre-Diciembre de 2004), página 231-271, Págs. 261 y SS.

procedimiento previsto en el Ley de Enjuiciamiento Civil a tal fin, asumiendo la entidad pública la tutela mediante la delación regulada en el artículo 234 del Código Civil para todos los cargos tutelares.

La tutela de la entidad pública respecto a un mayor de edad incapacitado, sigue el mismo trámite que la tutela ordinaria en la que se nombra tutor a una persona física, la única diferencia, es que, ante la ausencia o no idoneidad de los candidatos mencionados en el artículo 234 del Código Civil, cauce por el que llega al ejercicio de las funciones tutelares, aquella (la entidad pública), no podrá excusarse de asumir la tutela, ni siquiera por carencia de **“medios suficientes”**⁴¹⁶.

La Doctrina y la Jurisprudencia, mantienen el carácter subsidiario del ejercicio de las funciones tutelares por la persona jurídica, tanto si es pública como si es privada, respecto a la desempeñada por la persona física. Subsidiariedad que, el profesor Serrano, se encarga de puntualizar, afirmando que ambas, **“ejercen la tutela solo en ausencia de una persona física que se haga cargo de tal función”**, fundamentando esa conclusión en el propio artículo 239, que en el párrafo 2º afirma que: **“se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para este”**, y en el orden de preferencia en el nombramiento de tutor: **“1º. Persona física (dentro de ellas, el Juez deberá designar tutor al designado por el propio incapacitado cuando todavía tenía capacidad, luego el designado en el testamento por los padres, tercero el pariente más cercano en el orden del 234); 2º. Persona jurídico-privada; 3º. Entidad pública”**.

La entidad pública es la última alternativa, cuando no existe otra posibilidad, para evitar el desamparo y abandono de una persona con capacidad modificada, respecto a la que nadie asume su protección.

El segundo supuesto de desamparo que propone el artículo 239 del Código Civil, es el del mayor desamparado moral o material; en este caso, lo relevante no es la incapacidad, sino la desatención o desasistencia, el estado de abandono en el que el afectado se encuentra.

Serrano García⁴¹⁷, analiza este aspecto del concepto del desamparo del artículo 239 del Código Civil, y su conclusión es, que esa situación se corresponde con **“la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de**

⁴¹⁶ A tenor del artículo 251/2º del Código Civil.

⁴¹⁷ “Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre....”,

conformidad a las leyes, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material". Esa *"situación de hecho"* determinada por el *"incumplimiento de los deberes que le incumben"*, viene marcada por la despersonalización del titular de esos deberes que no se cumplen, que dificulta o al menos impide la identificación del incumplidor, y la posterior reclamación del cumplimiento.

Serrano, se pregunta: *"¿a quién?"* le incumben esos deberes que se incumplen, *"por el imposible o inadecuado ejercicio"*, no se sabe a quien corresponden, porque no se identifica a ningún titular. Si los deberes que se incumplen tienen como consecuencia el desamparo material, la identificación de los titulares obligados puede enlazar, con las personas que están obligadas a prestar alimentos, a tenor de la obligación legal de alimentos entre parientes de los artículos 142 y siguientes del Código Civil⁴¹⁸. Puede ser, que los obligados a prestar alimentos en virtud del vínculo de parentesco, no los presten, bien porque no se les ha reclamado el cumplimiento de tal obligación, o, porque, habiéndoseles reclamado, no tengan medios económicos para satisfacerlos.

El tutor tiene, según el artículo 269, la obligación de procurar alimentos al tutelado, pero con cargo al patrimonio de éste último no del suyo propio. En el caso de el pupilo no tenga bienes, se proveerá a la satisfacción de sus necesidades a expensas del patrimonio familiar, de prestaciones de la seguridad social, de los servicios sociales, o de cualquier otro organismo que tenga derecho a percibir.

Mas problemas, presenta el supuesto de desamparo moral, o *"cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material"*; es decir, cuando el efecto del incumplimiento de los deberes, sea la desatención o desasistencia moral, la definición del contenido de los deberes, y la identificación de los obligados, es todavía más difícil si cabe, que en el apartado anterior; porque, no es posible el paralelismo con la obligación de alimentos entre parientes. Además, una persona puede estar desasistida moralmente conservando íntegramente sus facultades metales, no procediendo en tal caso al ser mayor de edad, su incapacitación judicial y su sometimiento a tutela, que significaría la limitación de su libertad.

Respecto a los menores de edad, el artículo 154 del Código Civil establece el alcance y significado de la obligación de amparo a la que están obligados los titulares de la patria potestad, a la vez que el artículo 269 se refiere a los deberes del tutor aplicables a los casos en los que asume la

⁴¹⁸ Respecto al alcance y significado de la obligación legal de alimentos, véase MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves; *La Obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley Actualidad SA, (2002).

tutela, no existiendo normas semejantes en relación a los mayores de edad que puedan servir de criterio para definir una situación de desamparo por incumplimiento de dichos deberes.

La diferencia en la definición del desamparo moral de un mayor de edad, apunta Serrano, es que en el ámbito civil tiene plena libertad, solo condicionada en el caso de que se haya contraído obligaciones en razón de matrimonio respecto del cónyuge, (a tenor de los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil), o de parientes a los que prestar alimentos, (según el artículo 142 y siguientes del Código Civil), que poco o nada tienen que ver con la necesaria asistencia moral del artículo 239 responsable del desamparo. Para terminar calificando la privación de asistencia moral del artículo 239 como **“ausencia de asistencia o de una asistencia inadecuada o decididamente perjudicial para ellos”**, pero nunca de **“desamparo”**, y desde luego, no es **“adecuado que por esa razón se les someta a tutela”**, teniendo en cuenta, que, la tutela implica una representación de la persona e incluso, en algunos casos una sustitución de la capacidad de obrar que solo puede establecerse en virtud de sentencia judicial (Art. 199 del Código Civil), y por las causas fijadas por la ley, las establecidas en el artículo 200, en el que no aparece el desamparo moral o material de los mayores de edad, no procediendo desde un punto de vista técnico y práctico, establecer una nueva causa de modificación de la capacidad que no tiene por qué coincidir con la imposibilidad de autogobierno. El desvalimiento, desasistencia, y circunstancias similares, tienen que ser solucionadas o al menos, paliadas, por los servicios sociales, que tienen como función prestar las oportunas ayudas económicas, sociales, o de diversa índole, tendentes a remediar ese tipo de circunstancias.

Fábrega Ruiz⁴¹⁹, reconoce que, el ejercicio de la tutela por las personas jurídicas en general, del artículo 242 del Código Civil fruto de la reforma de 1983, **“es un instrumento valioso e importante de protección de los discapacitados que carecen de parientes adecuados para ejercer la tutela, y también un importante instrumento de apoyo para el reto de tutores”**. Mientras que, la tutela automática de los mayores de edad del 239 del Código Civil, en su aplicación presenta algunos problemas, que detalla a continuación: **“1º. ¿Se refiere solo al incapacitado judicialmente o al incapaz natural, o de hecho?; 2º. La tutela de la administración es: transitoria hasta que se le nombre tutor ordinario, o permanente; 3º.**

⁴¹⁹ FABREGA RUIZ, Cristóbal, *“Cuestiones Prácticas de incidencia del Derecho en el ámbito de las personas con discapacidad”*, Discapacidad Intelectual y Derecho, IV Jornadas Fundación Aequitas, 2ª Edición Revisada y Aumentada, Madrid (Febrero de 2005), paginas 290-349.

Respecto al artículo 234, deja de lado la posibilidad de que el juez nombre a un no familiar que sea idóneo para la tutela por sus relaciones con el tutelado, que se recoge en el artículo 235 de Código Civil; 4º. Se exige o no en todo caso, la situación de desamparo, y como relacionar esta con la existencia de un guardador de hecho que preste al incapaz la asistencia moral o material que necesite". Reiterando esta postura, cuando analiza en concreto el alcance y significado del nuevo artículo 239 del Código Civil, formula las siguientes consideraciones: ***"el precepto parece que realiza una distinción entre el incapaz al que no se le designa tutor, y el que se encuentra en situación de desamparo. En ambos casos la entidad asume la tutela automática. Ahora bien, cuando hablamos de mayores de edad, la destrucción de la presunción de capacidad requiere una resolución judicial. Esto nos lleva a la conclusión de que el incapaz al que debe nombrársele tutor debe encontrarse ya incapacitado, de lo que se deduce que quedan excluidos los incapaces naturales"***. Sin perjuicio, de intervenir en amparo de las situaciones de falta de capacidad previas a la tramitación del oportuno procedimiento judicial, lo expuesto, ***"no quiere decir que con antelación a la sentencia de incapacitación no pueda actuarse en defensa del incapaz natural que se halle en situación de desamparo"***.

Entiendo que, la protección del incapaz natural no incapacitado judicialmente, corresponde al trámite judicial de las medidas cautelares, cuya posibilidad de adopción fue introducida por la Ley 13/1983 en el artículo 209 del Código Civil, y reguladas posteriormente con mas detalle en el artículo 762 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que presuponen una ***"situación jurídica cautelable: existencia de una posible causa de incapacitación"***, apunta Sancho Gargallo⁴²⁰.

12. LA AUTOPROTECCIÓN

Factores sociológicos, médicos, científicos etcétera⁴²¹, determinan la necesidad de previsión de la protección de la discapacidad y de la incapacidad de obrar; a los que el legislador responde, con una ***"tendencia notablemente acusada"***, como dice Amunategui⁴²², ***"de potenciar el recurso de la autonomía de la voluntad como el medio ideal para el***

⁴²⁰ *Incapacitación y tutela, (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia (2000), Pág. 125.

⁴²¹ Véase, por ejemplo, la Lección 2 de *La autorregulación de la tutela*, de DURÁN CORSANEGO, Emilio, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid (2007).

⁴²² AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, "Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores", *Revista de Derecho Privado* - Núm. 1-2/2006, (Enero - Febrero 2006), Id. vLex: VLEX-289865 Versión generada por el usuario del ICAM (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, el 11 de febrero de 2009)

tratamiento de las relaciones familiares, principio tradicionalmente instalado en el campo patrimonial, que paulatinamente se extiende a otras materias propias del Derecho Civil”, como es la protección de la persona y los bienes, no ya respecto a los hijos menores o incapacitados, la tradicional tutela testamentaria, sino también la propia protección la necesidad de poder plasmar los propios deseos de la persona”.

Además, de causas de naturaleza sociológica, y científica, para Amunategui, esa actitud del legislador de fomento de la previsión de los asuntos propios, y más concretamente de la protección de la discapacidad, tiene que ver directamente, con un cierto fracaso del sistema sobre todo del judicial, que complica la resolución de conflictos, siendo preferible una regulación voluntaria, situando a la Ley y al Juez en instrumentos supletorios, que intervienen solo cuando no exista esa previsión personal, o bien, existiendo se produzca un problema que no puede ser resuelto por las reglas de carácter voluntario. Se pretende, no solo la agilidad, que necesita la respuesta a las situaciones definidas por la pérdida de facultades, sino también, que la atención en todos los ámbitos del afectado, se lleve a cabo, de acuerdo con sus deseos.

Santos Urbaneja⁴²³, habla de un tercer modelo de protección, conformado por figuras cuyo contenido es definido en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, *“los poderes preventivos, la autotutela, las instrucciones previas en el ámbito sanitario, el contrato de alimentos, los planes de pensiones, etc....,”*; en fin, *“instrumentos legales que van a permitir al individuo erigirse frente al Estado, adelantarse a él y planificar por sí mismo su futuro”*

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, según su Exposición de Motivos, tiene como objeto *“regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial”*, a lo que el profesor Serrano García⁴²⁴ contesta con la siguiente puntualización: *“se trata de planear la posibilidad de ir verificando si se trata de aportar soluciones patrimoniales al amplio y complejo mundo de la discapacidad, o si, por el contrario, estamos ante normas que tienen mas bien carácter de derecho de la persona y de la familia”*, porque, *“la mayor parte de las normas de la LPPD tienen*

⁴²³ “Fenómenos recientes producidos en el mundo de la discapacidad y su trascendencia jurídica”, en la obra colectiva *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Director: SANTOS URBANEJA Fernando, Cuadernos de Derecho Judicial XX, (2005), Consejo General del Poder Judicial, Págs. 29 y 30.

⁴²⁴ *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, páginas 134 y 135.

carácter patrimonial; se refieren a aspectos económicos, pero no falta alguna norma que pertenece al Derecho de la persona, como es la nueva tutela administrativa encomendada a la entidad pública a la que esté encomendada la tutela de los incapaces; esta tutela no tiene, primordialmente, aspectos patrimoniales”.

Represa Polo⁴²⁵, reafirma la naturaleza esencialmente patrimonial de la Ley 41/2003, aduciendo que, *“la LPPD no se limita a crear una nueva figura para la protección patrimonial de los discapacitados, patrimonio protegido, sino que como su denominación apunta realiza una serie de modificaciones del Código Civil, dirigidas a tal fin, es decir, a reforzar la protección patrimonial de dichas personas”.*

Una de las novedades de esta ley, es establecer instrumentos de protección de las personas con discapacidad no susceptibles de sufrir una modificación de capacidad, digamos que, universalizando la protección, porque hasta ese momento, solo era posible la incapacitación y la constitución de una institución de guarda.

El patrimonio protegido es la primicia de la LPPD en el sentido indicado, definido como masa patrimonial vinculada directa e inmediatamente, a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, que serán según el artículo 2/2: *“las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, o las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%”*, independientemente de que, tal minusvalía le impida o no le impida autogobernarse. Es una figura de cobertura patrimonial del discapacitado que guarda cierta semejanza con el trust anglosajón, utilizado en el ámbito de la common law con el nombre de trust for the disabled, que consiste en crear un patrimonio separado, una masa patrimonial carente de personalidad jurídica, constituida de forma unilateral por el constituyente de la misma con la finalidad de destinar los rendimientos de found trust, a la satisfacción, de las necesidades de la persona con discapacidad.

La protección patrimonial de las personas con discapacidad no termina con el patrimonio protegido, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, regula otras medidas con la misma finalidad⁴²⁶. En el ámbito sucesorio, se configura como causa de indignidad sucesoria la desatención a la persona con discapacidad, que se regula en el artículo 756 del Código Civil añadiendo un nuevo apartado el 7º. Las atenciones debidas a las que hace

⁴²⁵ La Protección jurídica de las personas con discapacidad, Pág. 195.

⁴²⁶ MARÍN CALERO Carlos, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad*, págs. 105 y ss., AMUNATEGUI RODRIGUEZ, Cristina, “¿Crisis de la incapacitación?.....”.

referencia el citado precepto, son las definidas por los artículos 142 al 146 del Código Civil de los alimentos entre parientes, permitiendo al testador gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, artículo 782 del Código Civil.

El artículo 822 del Código Civil, además del legado o donación del derecho de habitación, concede al legitimario con discapacidad que lo necesite, un legado por ministerio de la ley del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que convive con el causante, excepto que el testador haya dispuesto otra cosa.

La reforma el artículo 831 del Código Civil, introduce una figura de protección indirecta de la persona con discapacidad, al conceder al testador la posibilidad de que en su testamento conceda amplias facultades al cónyuge superviviente para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre hijos o descendientes comunes, permitiendo aplazar la partición hasta el momento en el que sean evidentes las necesidades del hijo discapacitado, y se pueda cuantificar su atención.

Un nuevo párrafo del artículo 1041 del Código Civil, evita traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, incluyendo cualquier disposición patrimonial, para satisfacer cualquiera de las necesidades especiales de los hijos o descendientes con discapacidad.

El contrato de alimentos o nueva modalidad de la obligación alimenticia que surge del pacto y no de una disposición legal como los alimentos entre parientes de los artículos 142 al 146 del Código Civil, ubicándose en el nuevo Capítulo II, dentro del Título XII del Libro IV del Código Civil, que regula los contratos aleatorios o de suerte, en los artículos 1791 al 1707.

La autotutela o previsión de la propia futura incapacidad de obrar por una persona capaz de obrar, se introduce añadiendo un nuevo párrafo al artículo 223 del Código Civil, digamos que es la figura más importante para la autoprotección, al permitir no solo el nombramiento de tutor, sino, también, un verdadero diseño del ejercicio de la tutela, tal y como lo desea el propio interesado. Como consecuencia, se altera el orden de delación de la tutela prefiriendo en primer lugar al designado por el propio tutelado, artículo 234 del Código Civil, y se legitima al presunto incapaz para promover su propia incapacitación, con la modificación del artículo 757/1º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En sede de mandato, se modifica el artículo 1732 del Código Civil, estableciendo que no será causa de extinción del mandato la incapacidad sobrevenida del mandante, cuando este así lo haya dispuesto como medida de protección de su persona y bienes en esa situación. Apareciendo en el Derecho español el mandato o apoderamiento preventivo, el mandato de protección futura francés, como medida tuitiva aunque dentro de la regulación del mandato.

En materia tributaria, se establecen una serie de modificaciones en materia tributaria, tendentes a favorecer las aportaciones a título gratuito a los patrimonios protegidos, que complementan otros beneficios introducidos por otras disposiciones a favor de las personas con discapacidad.

Fuera de la Ley de protección patrimonial, pero directamente relacionado con la autoprotección, no debemos olvidar una figura aún regulada pero si con una práctica que si bien no podemos calificar como de frecuente o habitual, si puede ser una opción más a tener en cuenta, nos referimos al acogimiento de mayores que , analiza Amunátegui⁴²⁷, figura no regulada en el Código Civil, como medida de protección de los mayores edad, al contrario de lo que sucede con relación a los menores de edad, que en todas sus versiones previstas en el artículo 173 del Código Civil, es la forma de ejercicio de la tuición por la entidad pública en los supuestos de desamparo.

El acogimiento de mayores, está regulado por la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogimiento de personas mayores, de Cataluña; y por la Ley 34/2002, de 10 de diciembre, de Acogimiento familiar de personas mayores de Navarra. Según Amunátegui, la regulación en el Código Civil, ***“deberá hacerse en un futuro para completar la protección iniciada con la reforma”***, refiriéndose sin duda a la de la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Gete Alonso⁴²⁸, define dicha figura como ***“aquel pacto entre la persona que será acogida y la persona acogedora en virtud del cual se establece una relación de convivencia entre ambos, desarrollada en la misma vivienda habitual, que tiene por finalidad procurar la subsistencia o la asistencia de la persona acogida por la persona acogedora y la***

⁴²⁷ AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”

⁴²⁸ Acogida de personas mayores (Ley 22/2000, de 29 de diciembre, da acogida de personas mayores, y Ley 11/2001, de 13 de julio, de acogida familiar para personas mayores. Revista Catalana de Derecho Privado, Vol. 2, 2003, págs. 189 y ss. Pág. 203.

creación de una situación de trato entre ambas partes similar a la familiar y a cambio de un precio”.

Amunátegui, apunta que el objeto de las antedichas Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogimiento de personas mayores de Cataluña de la y de la Ley 34/2002, de 10 de diciembre, de Acogimiento familiar de personas mayores de Navarra, es la ordenación de *“aquellos contratos celebrados con la finalidad de proporcionar al acogido la subvención de sus necesidades (asistencia, cuidados, alimentos) mediante la integración en la familia acogedora, a cambio de una contraprestación, evitando, en consecuencia, el hecho de tener que internar al sujeto en una residencia para poder atender a sus cuidados”*; que se completa, con el concepto expresado en el artículo 2 de la Ley Navarra: *“el acogimiento familiar consiste en proporcionar a las personas mayores los cuidados familiares ordinarios y personalizados, mejorando su calidad de vida y capacitándoles para llevar una vida independiente en el seno de su entorno habitual”*.

La regulación de la Ley catalana es más detallada que la navarra, previendo no solo el acogimiento de un mayor de edad de más de sesenta y cinco años, sino también el de discapacitados físicos o psíquicos con menos edad, incluyendo derechos sucesorios entre los que se pueden constituir en virtud del citado contrato, así como la designación preventiva de un tutor para el supuesto de que el acogido devenga incapaz.

13. CRITICAS A LA TUTELA DE HOY

La reforma de 1983, despertó un gran entusiasmo motivado por el fracaso de la regulación anterior, y los deseos manifestados durante mucho tiempo de un cambio. Sin embargo, después de la explosión inicial de alegría, llegó la serenidad y el análisis del contenido de la nueva regulación, con las oportunas reflexiones que ponen en evidencia sus defectos, comenzando la Doctrina a reclamar modificaciones no puntuales como sería de esperar, sino de conjunto tendentes tanto a subsanar errores como a adaptar el sistema a las necesidades sociales, que pronto se manifiestan no satisfechas del todo.

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, dio una nueva redacción a los artículos 199 a 306, y dejó sin contenido los artículos 307 a 313, todos ellos del Código Civil, siendo objeto de sucesivas reformas parciales, las operadas por la Ley 11 de noviembre de 1987, que modificó el Código Civil en materia de adopción, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, y por último, la Ley 41/2003, de 18 de

noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, que modificó los artículos 223, 234, y 239, al objeto de introducir la autotutela. A su vez, la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, derogó las normas de contenido procesal.

El aspecto más criticado del sistema, es la excesiva intervención judicial, coincidiendo en la consideración de tal extremo, como un grave inconveniente en el desarrollo de las funciones tutelares, teniendo en cuenta la situación de colapso de los órganos judiciales, que causa un gran desánimo a la hora de promover el procedimiento de incapacitación y posterior constitución de la tutela o curatela. Es una realidad, la existencia de lo que se ha denominado ***“tutelas de hecho”***, o personas en las que concurriendo causa de incapacitación, no son incapacitadas judicialmente, por eludir precisamente el trámite engorroso que implica en el ámbito judicial⁴²⁹. Cano Tello⁴³⁰, previó esa situación de desbordamiento de los Juzgados en el año 1984, uno después de la aprobación de la reforma, con las siguientes palabras: ***“la continua intervención y fiscalización por parte del Juez puede ser gravemente inconveniente, pues los órganos de la administración de justicia no están preparados para recibir la gran masa de asuntos que la nueva concepción puede depararles”***.

Abiertamente en contra del sistema de autoridad, precisamente por la excesiva intervención judicial que conlleva, se manifiesta sin complejos Leña⁴³¹, aseverando que, ***“parece como si los legisladores hubiesen querido eximirse, ante la sociedad, de toda clase de responsabilidad frente a esos posibles problemas que pudieran sobrevenir y, el año 1983, ante algunos abusos y despreocupaciones familiares puestos de relieve por algún autor, promulgaron una reforma del Código Civil que cambió radicalmente la tutela, pasando del tipo de la que hasta entonces había regido, la tutela de familia, a otro sin tradición jurídica alguna en nuestra patria: la tutela de autoridad. La esencia de este último tipo de tutela radica en dejar al discapacitado psíquico, unas veces de forma mediata y otras inmediata, a expensas de las decisiones emanadas de una autoridad superior: la autoridad judicial”***. La función de control del Juez, condiciona ***“la actuación de los tutores con la necesidad de autorizaciones mil”***, cuyo efecto es que ***“de él”***; es decir, del Juez, ***“ha de ser la última decisión”***, sus facultades son ***“omnímodas”***, en él está ***“la suprema potestad”***; y la pregunta es: ***“¿en las condiciones actuales de***

⁴²⁹ Véase, por ejemplo, a Marín Calero, Amunátegui, Fábrega, en las obras citadas.

⁴³⁰ CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1984*, Pág. 15

⁴³¹ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, “Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos, en la obra colectiva”, *La protección jurídica de los discapacitados*, I Congreso Regional, Tirant lo Blanch, Valencia (2003), Pág. 255.

nuestra justicia?, ¿está el juez capacitado para esta misión?, ¿y sí lo estuviere, está en condiciones de hacerlo?”, “mi respuesta” ; (la de Leña), “es: no”⁴³².

Las críticas en el apartado formal de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, son ya formuladas por Cano Tello⁴³³, que reprocha la utilización de artículos Bis, el 299 y el 237, otros sin contenido, (305, 307 a 313), extremo, que según este autor, se podría haber evitado con una distribución adecuada de la materia, aspecto en el que insiste Roger Vide⁴³⁴, apuntando que, *“adolece de dos defectos formales ostensibles y contradictorios a la vez: artículos, si es que se pueden llamar así a los vaciados de contenido, o números, que conviven con otros artículos bis dentro de una misma institución”*.

Cano Tello, además, llama la atención sobre la insatisfactoria Exposición de motivos, que achaca a una *“reciente moda legislativa”*, que no por eso constituye, *“algo digno de ser alabado”*.

La Ley de 11 de noviembre de 1987, tampoco se libra de críticas, por deficiencias técnicas; Palomino Díez⁴³⁵, opina que está *“afectada por cierta indeterminación normativa en relación con las nuevas figuras que introduce, a las lagunas legales que presenta, y las contradicciones entre los preceptos por ella introducidos y otros vigentes en materia de patria potestad y tutela”*. Esas deficiencias técnicas, y el cambio en la conciencia social acerca del papel que estaba llamado a desempeñar el menor en la sociedad actual, motivaron el inicio de un proceso de reforma legislativa que culminaría en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con esta Ley se pretendió, de una parte, dar solución a los problemas que la aplicación práctica de la Ley 21/1987 y su análisis doctrinal había puesto de manifiesto; y de otra, dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección, cuyo eje fuera la primacía del interés de aquel en consonancia con lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución, y de la Convención de Derechos del niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, este convenio,

⁴³² Entre otros analiza las consecuencias de la lentitud de los Juzgados AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina en “¿Crisis de la incapacitación?, La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *Revista de Derecho Privado*, nº 1-2/2006, (enero-febrero 2006).

⁴³³ CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, Pág. 15.

⁴³⁴ ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*. Tecnos, Madrid (1986), Pág. 28

⁴³⁵ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor, obligaciones y responsabilidad*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2006), Pág. 32 y 33.

junto con otros instrumentos internacionales ratificados por España, obligaba a adecuar nuestra normativa interna a lo prescrito en los mismos.

Serrano García⁴³⁶, entiende que *“la reforma de 1983 ha sido acertada y que la tutela funciona razonablemente bien”*, elogia la posibilidad de graduación de la guarda, que enlaza como necesidad del avance del conocimiento de las anomalías, que combinado con los avances en estimulación de las capacidades del individuo, *“hacen que pueda hacerse una guarda acomodada a las necesidades de protección del sujeto, siempre diferentes”*, destacando el *“aumento del número de tutelas, subsiguientes a incapacitaciones”*, aunque reconoce que *“siguen siendo demasiado numerosas las personas guardadas de hecho”*, relacionando el aumento de las tutelas con *“el papel muy destacado”* de las fundaciones tutelares, que asumen la guarda de aquellos, que carecen de familiares, o no quieren desempeñar la tutela. Aunque también formula sus críticas, calificando de *“exagerado el protagonismo judicial que el Código Civil y la LEC, dan a los jueces en la regulación posterior a 1983”*, que tiene como consecuencia *“la acumulación tremenda de asuntos y un gran retraso en las decisiones”*. Apuntando que, *“ciertamente que sigue existiendo recelo ante la institución y que no suele haber tutelas para mayores aquejados de enfermedades degenerativas, que son muchísimos, dado el espectacular aumento de la esperanza de vida que no se corresponde con una vida autónoma desprovista de limitaciones físicas y mentales”*, quizá porque aún perdura la idea forjada por el Código en su redacción de 1889, de que la tutela tiene un fin patrimonialista, olvidando el aspecto tuitivo respecto a la persona.

14. LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006: ¿UNA NUEVA PROTECCION?

A la sombra, de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, se vuelve a cuestionar el sistema de guarda, poniendo en duda su armonía con los principios que dicho instrumento de Derecho Internacional impone a los Estados partes.

El Tribunal Supremo en sentencia de 29 de octubre de 2009, dictada por la Sala de lo Civil en resolución del Recurso de Casación 1.259/2006, interpreta los principios de la Convención comparativamente y en relación con el Derecho aplicable en nuestro Ordenamiento Jurídico, repasando la

⁴³⁶ *Protección patrimonial...*, pág. 168, 169 y 170.

legislación española aplicable en la materia, y citando expresamente, la Ley 13/1983, de 24 de octubre que reformó el Código Civil en materia de tutela, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad, y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

El problema que señala la Sala, es la integración de la protección de las personas con falta de capacidad, con el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales, de los que continúan siendo titulares; porque la Convención parte del principio de que, ***“la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona solo puede adoptarse como un sistema de protección”***.

Para que el sistema de protección funcione como tal, la falta de capacidad de la persona a proteger en un sentido jurídico, tendrá un carácter permanente y estable influyendo en la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades, y sobre todo en el desarrollo adecuado y libre de la personalidad. A esa circunstancia, se añade la variedad de situaciones que se pueden producir, a tenor de las diferentes enfermedades o deficiencias, por su origen, graduación, afectación a las facultades psíquicas, y mayor o menor reversibilidad.

El Código Civil no es contrario a los valores de la Convención, insiste el Fundamento de Derecho Quinto, porque la adopción de medidas específicas para ese grupo de personas, está justificado por su necesidad de protección debido a su falta de entendimiento y voluntad.

El Fundamento de Derecho séptimo señala que el sistema de protección ha de ser flexible y revisable, no debe ser rígido, entendiendo la rigidez como estándar, tipo, patrón o modelo, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada, y constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que dio lugar a la adopción de la medida de protección. Aludiendo a la sentencia de 5 de marzo de 1947, se afirma que ya en esa lejana ocasión, la Sala de decantó por la flexibilidad, entendiendo que la ley entonces vigente tenía una laguna, cuando no permitía regular los efectos de la debilidad o el atraso mental como distintos de la demencia o locura, laguna que colmó ajustando la extensión de la tutela al grado de intensidad con que se manifiesta en cada caso la perturbación. Aunque esa doctrina en aquel momento no dio lugar a ninguna reforma legislativa, si fue seguida por las

sentencias de 13 de mayo de 1960, de 25 de marzo de 1961, 17 de abril de 1965, y 6 de febrero de 1968, imponiéndose en la realidad, hasta que la reforma de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, introdujo un sistema proteccionista que pasando de un concepto de capacidad o incapacidad, se adapta a las necesidades de protección del afectado. Desde entonces, la incapacitación es un sistema de protección frente a las limitaciones existenciales del individuo, al que nunca se le podrá discutir su cualidad de persona.

La Ley 41/2003, introduce un nuevo sistema de protección sin incapacitación, sin constituir un nuevo estado civil, para las personas con discapacidad afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%, artículo 2/2°.

En el Fundamento de Derecho sexto y como apoyo a la doctrina de la resolución, la Sala hace referencia a los sistemas de protección vigentes en los derechos de nuestro entorno, citando al Código Civil de Quebec, en su artículo 285 que establece que el ***“Tribunal instituirá la tutela si se ha determinado que la ineptitud de la persona mayor para autogobernarse (‘prendre soin de lui-même’) es parcial o temporal y que tiene necesidad de ser representado en el ejercicio de sus derechos civiles. Puede nombrar el Tribunal un tutor para la persona y los bienes o bien un tutor para la persona y uno para los bienes”***.

El Código Civil italiano, que a partir de su reforma de 9 de enero de 2004, distingue dos sistemas de protección, la administración de sostengo ***“amministrazione di sostengo”*** en el artículo 404, forma de protección de la persona que se produce por efecto de una enfermedad o de una discapacidad que puede ser parcial o temporal, y la incapacitación en los artículos 414 y siguientes, que tiene como consecuencia el nombramiento de un tutor, y afecta a los menores no emancipados, y a los mayores de edad que a causa de su enfermedad no pueden atender a sus propios intereses.

El Código Civil francés, prevé en su artículo 491 la salvaguarda de la justicia ***“sauvegarde de justice”***, un sistema de protección del mayor de edad que por alguna de las causas previstas en la ley, precisa estar protegido en los actos de la vida civil conservando el ejercicio de todos sus derechos; y en el artículo 492 la tutela para los supuestos en los que el mayor de edad necesite ser representado.

La BGB de Alemania reformó en 1998 las cuestiones relacionadas con la capacidad de obrar, estableciendo la asistencia para los supuestos en los que un mayor de edad no pueda cuidar por sí mismo de sus asuntos, como consecuencia de una enfermedad o discapacidad psíquica o física. El asistente será nombrado por el juzgado de tutelas, a petición del interesado o de oficio, si la discapacidad es física será a petición del afectado excepto cuando no pueda manifestar su voluntad.

El Fundamento de Derecho sexto de la sentencia de 29 de abril de 2009, concluye: *“se puede llegar a la conclusión que, aunque utilizándose distintos nombres los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno establecen sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle. Estos sistemas tienen una intensidad variable, pero siempre prevén que en aquellos en los que se establezca la medida de protección, el asistente o tutor representará al incapaz. Y vienen a coincidir, aunque con nombres diversos, en los tres grados previstos en el Código Civil español, explicitados en el Fundamento de Derecho Quinto de esta sentencia”*.

Está claro que el sistema de protección del Derecho español, es totalmente compatible con los principios de la Convención de 13 de diciembre de 2006. Los *apoyos* a las personas vulnerables, son en nuestro derecho la patria potestad, la tutela, la curatela, el defensor judicial, el guardador de hecho, y las medidas de protección patrimonial de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sin necesidad de incapacitación.

La proporcionalidad de esos apoyos, es la graduación de la modificación de la capacidad declarada en el oportuno procedimiento previsto en el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El carácter revisable de esa modificación tiene su analogía en el procedimiento de reintegración de la capacidad de obrar y modificación del alcance de la incapacitación o recapacitación del artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.

El trámite previsto en el 269/4º del Código Civil, de deber del tutor de informar anualmente al Juez de la situación personal del incapacitado y rendirle cuentas de la gestión de su patrimonio, si efectivamente se llevase a cabo en todos los casos y Juzgados, con la debida puntualidad, sería de gran valor para el fin que propone la Convención, al tener conocimiento en sede judicial de la evolución del estado del incapacitado, y de la necesidad o no de continuar con la medida acordada, o proceder a su revisión, modificación o supresión, evitando un procedimiento inútil o promoviendo el oportuno.

También, alude el artículo 12 de la Convención a las *salvaguardias*, o medidas que garanticen y aseguren el ejercicio de la capacidad de obrar a las personas que sufren una discapacidad y como consecuencia necesitan de apoyo para que tal ejercicio se desarrolle de acuerdo con sus intereses y bienestar. Entiendo que las salvaguardias se refieren a medidas de control en el sentido expuesto: control judicial, vigilancia del fiscal, intervención del Notario en los actos y negocios en los que una de las partes sea una persona vulnerable, abogados, todos los profesionales y cargos que desarrollen su función en el mundo de la discapacidad y de las personas vulnerables, con una formación especializada.

Todo es mejorable, y desde luego, nuestro sistema de protección también, y en ese sentido, se debe dirigir el esfuerzo de todas las personas implicadas, pero, en lo que se refiere, a los principios, fundamentos, y esencia, el Ordenamiento Jurídico español, está más que a la altura de los de nuestro entorno.

La inmediata consecuencia del pronunciamiento de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, respecto al efecto de los principios y preceptos de la Convención de 13 de diciembre de 2006, en nuestro Derecho, es la invocación de la doctrina formulada, como fundamento de las demandas de incapacitación, siendo admitida como tal en las oportunas resoluciones judiciales, de las que citamos algunas como ejemplo por orden cronológico.

La primera, es la sentencia de 13 de octubre de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón, en los autos 461/2009, sobre declaración de incapacidad promovida por el Ministerio Fiscal, siendo defendida la presunta incapaz por la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias en la persona del defensor del anciano. Dicha resolución judicial en su Fundamento de Derecho segundo, afirma, que, *“los procedimientos de incapacitación, no se conciben como una forma de atacar al enfermo o sustraerle sus bienes o derechos; sino que viene establecido 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. De ahí que sea muy importante saber para que se solicite la incapacidad de esa persona y si esa declaración le va suponer algún beneficio a la misma”*. Significa, el reconocimiento de la incapacitación o modificación de la capacidad de obrar, sea cual sea el nombre que reciba, como cauce o procedimiento de protección, cuyos efectos han de ajustarse estrictamente a las necesidades de la persona; es

decir, que la nueva situación simbolice el beneficio de esta, el amparo y guarda de sus intereses frente al desamparo o abandono de los mismos.

Continua describiendo, cual es la posición del Juez en la tramitación del procedimiento de incapacitación: *“en este sentido, la función del Juez, no es solo la de arbitro o director del proceso; si no que también pasan a ser activo integrante del mismo, sin ser una parte procesal, pero interesado en la aportación de todo el material probatorio: informes, audiciones parientes, examen personal del presunto incapaz a fin de obtener una imagen real de lo que sucede y adoptar la medida adecuada en relación a si priva, mantiene o limita la capacidad del presunto incapaz”*.

En el Fundamento de Derecho tercero, se refiere a los preceptos de la Convención de 13 de diciembre de 2006, que considera susceptibles de invocación en los procedimientos judiciales de incapacidad, concretamente al artículo 1, que establece 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”*.

Los artículos 8 y 9, que regulan, *“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”*.

El artículo 12, *“establece la obligación de respetar en la medida de los posible, la capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad; adoptando las medidas necesarias para respetar y que puedan ejercer, como las personas capacitadas, su autonomía de la voluntad”*.

Los artículos 17 y siguientes, en los que, *“se establecen también medidas inherentes a la protección de las personas discapacidad, en cuanto a su integridad personal, su libertad de desplazamiento, su derecho a vivir de forma independiente, a ser incluido 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 sociedad en que vive, al esparcimiento, al deporte, a las actividades recreativas etc”*.

La conclusión de la aplicación de los referidos principios y preceptos, es que, la 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 discapacitadas”***.

Ese cambio de sensibilidad, según la sentencia que analizamos, significa relegar los procesos de incapacidad absoluta como ***“el último remedio al que acudir para proteger la persona y patrimonio del discapaz; debiendo acudir antes a otras medidas previas siempre que sea posible como; testamento vital, instrucciones previas, patrimonios protegidos, mandatos prorrogables, hipoteca inversa etc.”***, medidas ya previstas en nuestro Derecho antes de la Convención de 13 de diciembre de 2006.

Refiriéndose al procedimiento de incapacitación, añade que, ***“se debe tener en cuenta que este es una medida que existe en nuestro ordenamiento para proteger la persona y/o patrimonio del presunto incapaz, y no para proteger o mejorar las condiciones de vida de sus familiares o entorno social”***, insistiendo en el carácter tuitivo del citado trámite, que, como tal, ***“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 valido, como ocurre en la mayoría de los casos, partir de solo dos posibilidades: a) incapacidad absoluta para gobernar su persona y administrar sus bienes y b) una incapacidad parcial, pero absoluta para administrar sus bienes. Lo que se debe hacer al iniciar una proceso de incapacidad, proceder a su tramitación y dictar sentencia; es que todos los profesionales que intervienen en el mismo, somos modistos de alta costura, y estamos haciendo una traje o un vestido único para esa persona, de tal forma que la incapacidad que se pida y la que se conceda, debe ajustarse perfectamente a esa persona, y solo y exclusivamente a ella. Cada incapaz, necesita su especial medida de protección”***. Implicando un profundo análisis y estudio de la graduación de la falta de autogobierno, que afecta a la persona, que deberá reflejarse lo mas detalladamente posible en la sentencia, que el Juzgador lleva a la practica, explicando en el Fundamento de Derecho Cuarto, los pronunciamientos de la sentencia: ***“por todo ello, procede modificar la capacidad de obrar de D. X, y decir que no tiene capacidad de obrar suficiente, para actuar por si solo y de forma autónoma a la hora de tomar decisiones, referidas a: 1.- lugar de residencia, 2.- toma de decisiones y otorgar consentimiento informado valido para cualquier intervención o tratamiento medico, con especial atención al tratamiento necesario para su esquizofrenia paranoide, 3.- para realizar actuaciones complejas o de administración de su patrimonio; si puede manejar dinero de bolsillo; 4.- No puede tomar por si solo la decisión de salir al extranjero, 5.- No puede otorgar testamento, 6.- No puede entablar acciones judiciales, 6.- No puede***

otorgar por si solo consentimiento valido en contratos o negocios jurídicos que afecten a su persona o a su patrimonio, 7.- no puede obtener permiso de conducir ni permiso de armas. Dicho lo cual, y examinadas las pruebas practicadas, las propuestas que hacen las partes para dicho cargo, y las alegaciones de los parientes mas próximos, que han sido oídos en la vista; procede acordar como medida de apoyo el nombrar a la madre de xxxxx, D^a xxxxxx como tutora que deberá completar, y excepcionalmente suplir la capacidad de obrar de X para aquellas actividades ya mencionadas. Esta función tutelar se ejercerá con sujeción a lo establecido en los artículos 259 y s. del Cc. 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, esta el intentar en la medida de lo posible que la persona declarada incapaz, total o parcialmente, vaya recuperando la misma, solicitando en su caso vía judicial su rehabilitación, total o parcial.”.

Terminando con el siguiente Fallo: *“Que estimando como estimo parcialmente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal debo declarar y declaro que procede modificar la capacidad de obrar de D Blázquez Quintana con DNI x, declarando que no tiene la suficiente capacidad de obrar y habilidades necesarias para actuar por si solo y prestar consentimiento valido en relación a:1.- Decidir el lugar donde residirá; autorizándose desde este mismo momento, que siga residiendo en la comunidad terapéutica de Somio. 2.- Toma de decisiones y otorgar consentimiento informado valido para cualquier intervención o tratamiento medico, con especial atención al tratamiento necesario para su esquizofrenia paranoide. 3.- Para realizar actuaciones complejas o de administración de su patrimonio; si puede manejar dinero de bolsillo. 4.- No puede tomar por si solo la decisión de salir al extranjero. 5.- No puede otorgar testamento. 6.- No puede entablar acciones judiciales.7.- No puede otorgar por si solo consentimiento valido en contratos o negocios jurídicos que afecten a su persona o a su patrimonio.8.- No puede obtener permiso de conducir ni permiso de armas.*

Se adopta como medida de apoyo el nombrar a la madre de Santiago, D^a x como su tutora, que deberá completar, y excepcionalmente suplir, la capacidad de obrar de X para aquellas actividades ya mencionadas. Se autoriza expresamente desde este momento a D^a a que complete o supla la falta de consentimiento de D, Xxxxx a someterse al tratamiento necesario que sigue por su esquizofrenia paranoide”.

El Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Granada, en sentencia de 28 de diciembre de 2009, se refiere al objeto de la demanda con el siguiente

literal: *“Se promueve por la parte demandante una acción a fin de que sea declarada la modificación judicial de la capacidad parcial o graduada de Don X, hermano de aquél, basándose en que el mismo padece una minusvalía, que no le permite contar con capacidad suficiente para adoptar decisiones que tengan consecuencias respecto de sus bienes fundamentalmente”*, omitiendo las palabras incapacidad o incapacitación.

En el Fundamento de Derecho segundo, invoca la Convención como parte de nuestro Derecho interno, desde el 3 de mayo de 2008 fecha de su entrada en vigor, aludiendo a los artículos 1, 8, 9, 12, 17 y siguientes, con argumentos similares a los vertidos en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Gijón, terminando con la siguiente reflexión sobre la incapacitación: *“por otra parte, dado que la incapacitación supone la decisión judicial relativa a que la persona frente a la que se plantea carece de aptitud para autogobernarse, si bien con los límites y extensiones de que se ha hecho mención, la normativa que la regula prevé las máximas garantías e instrumentos necesarios que se deben adoptar a fin de lograr la mayor aproximación a la verdad material para cerciorar la convicción de los juzgadores, debiendo partirse, en principio, de una presunción de capacidad, que debe quedar desvirtuada por los medios probatorios de que se dispone, pues cercenar aquélla afecta a un fundamental derecho de la personalidad y su libre desarrollo”*

En el Fundamento de Derecho tercero, se refiere a las pruebas practicadas como instrumento determinante de la enervación de la presunción de plena capacidad de obrar, y de la limitación de esta como medida de tuición, porque *“la adecuada protección del demandado hace necesario que se adopten una serie de medidas protectoras, exclusivamente en su interés, tendentes a garantizar su buen gobierno personal y patrimonial del que posea o pueda poseer. Debe estimarse una incapacidad de carácter parcial. Acreditada su autonomía para llevar a cabo ciertas actividades de la vida cotidiana, se estima que resulta de aplicación la institución de la curatela para lograr la guarda y protección de la persona y bienes del demandado, otorgándole los apoyos necesarios para completar o suplir su falta de capacidad en el ámbito económico o patrimonial”*.

Concluyendo en el Fundamento de Derecho cuarto, con la descripción detallada de la nueva situación del afectado, que es la incapacitación parcial, quedando sujeto a curatela, *“abarcando tanto el aspecto patrimonial como el personal”*, de forma que, *“no podrá tomar decisiones que afecten a cuestiones patrimoniales o personales sin el*

concurso de su curador y en los términos solicitados en la demanda, y ello a fin de que la modificación de la capacidad de Don X, se adapte a la específica situación del mismo, con las salvaguardas o garantías que, a manera de apoyos, suponga la participación de su curador en decisiones que afecten a cuestiones patrimoniales o personales, de forma que aquél no pueda adquirir o enajenar bienes inmuebles, y muebles hasta un valor superior a 300 euros, contratar préstamos o compromisos de pago diferidos, establecer hipotecas, prendas o cargas sobre inmuebles o sobre patrimonio, contratar operaciones bancarias o financieras que supongan compromisos patrimoniales cualquiera que sea su alcance temporal o cuantitativo, realizar disposiciones para decidir sobre su matrimonio, sin perjuicio de lo cual podrá disponer de dinero para sus gastos personales por importe de 500 euros mensuales, de lo que se dará traslado a la entidad bancaria donde percibe sus ingresos, y conservando el derecho de sufragio electoral”.

El Fallo, estima la demanda interpuesta, declarando incapaz parcial al afectado, en su persona y patrimonio, quedando sujeto a curatela, que, *“será ejercitada indistintamente por sus hermanos Don y Don. El declarado incapaz necesitará la participación de tales curadores, indistintamente en los términos y para los actos descritos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución”*, resultando novedoso el nombramiento de dos curadores con actuación indistinta, flexibilizando el principio de unidad del ejercicio de la tutela del artículo 236 del Código Civil.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª de 29 de enero de 2010, dictada en el Recurso de Casación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Bilbao recaída en el procedimiento de incapacidad n 1482/2006, que declaró la incapacitación parcial para disponer de sus bienes en actos de especial entidad, los del artículo 271 del Código Civil a excepción del internamiento del apartado 1, precisando la asistencia de la madre, rehabilitándosele la patria potestad, sin necesidad de autorización judicial, salvo en los casos de discrepancia entre madre e hija. Contra la precitada resolución judicial, se interpone recurso de apelación por la declarada incapaz, solicitando la revocación de la sentencia alegando que no existe motivo alguno para la declaración de incapacidad. A su vez, el Ministerio Fiscal, en el acto de la vista oral del recurso de apelación, impugnó la sentencia, interesando que la declaración de incapacidad se extendiera ampliando la protección al ámbito personal a todos los actos que excedan de los meramente rutinarios o habituales, como pueden ser: el buscar residencia, fijar su domicilio, viajar, contraer matrimonio, etcétera, proponiendo como curador a una persona distinta de

la madre, al existir conflictos familiares entre ambas, en lugar de la patria potestad.

El Fundamento de Derecho segundo, explica los argumentos en los que se fundamenta el recurso de apelación, que es en el principio general de que toda restricción o limitación del derecho de la capacidad de obrar de una persona afecta a su dignidad como tal y a los derechos inviolables que le son inherentes, y al libre desarrollo de su personalidad, entendiendo la apelante que la limitación de la capacidad de obrar de X, no es ajustada a derecho, en este caso habida cuenta de la evolución o mejoría progresiva en sus capacidades y habilidades que ha experimentado en los últimos tiempos la interesada, que justifica con su continua instrucción y practica laboral, que determina que el déficit de capacidad mental no puede entenderse como permanente.

Invocando en el Fundamento de Derecho cuarto la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, recoge en su Fundamento de Derecho quinto, las reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacitación que permiten compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York de 2006, los preceptos del Código Civil vigentes a partir de a reforma de 1983, y la Sentencia del Tribunal Constitucional 174 de 9 de octubre de 2002, aplicando la doctrina resultante, alude a los informes médicos aportados en el procedimiento, que concluyen sin lugar a dudas que, las secuelas psíquicas e intelectuales que determinaron la declaración de incapacidad son irreversibles.

El Fallo desestima el recurso de apelación, y estima la pretensión del Ministerio Fiscal, acordando que la incapacidad declarada se extiende también al ámbito mas personal respecto a los actos que excedan de los meramente rutinarios, habituales o cotidianos como podrían ser, ***“sin ánimo de exhaustividad, al buscar residencia, fijar su domicilio, viajar, contraer matrimonio, etc.”***.

Se designa curador de la incapaz a una persona distinta de la madre, atendiendo a los conflictos familiares, quien en protección de los intereses de la incapaz, llevará a cabo las funciones propias de ese cargo, tanto en los actos de contenido patrimonial o económico a los que se refiere la sentencia, como en los de carácter personal que excedan de los habituales a los que en virtud de esta sentencia se extiende la declaración de incapacidad.

La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, reitera el carácter tuitivo de la limitación de la capacidad de obrar, insistiendo en

que, son las circunstancias de la persona afectada, las que determinan en su beneficio e interés, y la mayor o menor extensión de la declaración de incapacidad, acordando una medida mas intensa si así se requiere.

Los Fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas, establecen las siguientes conclusiones respecto a la aplicación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus efectos en el Derecho interno⁴³⁷.

En el apartado I **“Aspectos generales en la aplicación de la Convención”**, punto 1 **“La cuestión terminológica”**. La conclusión es clara y contundente: **“la Convención exige una adecuada adaptación terminológica”**, vinculando directamente esa adaptación al respeto y dignidad que merecen las personas con discapacidad, que deba abordarse sin complejos, desterrando toda palabra peyorativa, que se sustituirá por las expresiones: persona con discapacidad, proceso de incapacitación, proceso de modificación de la capacidad.

El apartado II, **“Aspectos concretos en la interpretación y aplicación de la Convención”**, punto 1, que se refiere al artículo 12, insiste, en el cambio fundamental a la hora de abordar la cuestión de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad cuando necesite la ayuda de un tercero, con la adopción de un modelo de **“apoyo o asistencia en la toma de decisiones”**, en lugar del actual de **“sustitución en la toma de decisiones”**. Implicando el abandono en casi su totalidad del actual modelo médico, de limitación absoluta de la capacidad jurídica de ciertas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, que impide la realización de actos de carácter personal y patrimonial; por un modelo de inclusión social, inspirado en el principio de no discriminación y plena igualdad ante la ley, que determina la unificación de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, configurándose una sola capacidad **“jurídica”** que abarca tanto a la de tener derechos, como la de ejercerlos.

El punto 2, explica la pretensión del artículo 12 de la Convención, al proclamar el principio de igualdad ante la ley de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que los demás, unificando la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con

⁴³⁷ Nos referimos a las *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales* especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas, Madrid 19 y 20 de octubre de 2009, “La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus efectos en el Derecho interno”. Dirección: GANZENMÜLLER ROIG, Carlos, Ponentes, PAZ RUBIO, José M^a, GANZENMÜLLER ROIG Carlos, LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, Nuria, BARQUILLA BERMEJO, Carmen, Comunicaciones SANTOS URBANEJA, Fernando.

cualquier persona, y a partir de ahí, proporcionando los mecanismos de apoyos adecuados, garantiza a la persona con discapacidad, su plena capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto o negocio jurídico.

El punto 3, se refiere a la limitación y restricción casi en su totalidad, del instrumento de la incapacidad, cuando el objeto sea la anulación de la capacidad de obrar, otorgándosela a un tercero. Continuando que, la tutela, la patria potestad prorrogada o rehabilitada, la curatela etc, deberán dejar paso a instituciones nuevas como la asistencia, sin olvidar las situaciones de guarda de hecho, cuando no existan motivos que aconsejen acudir a un procedimiento de incapacidad.

En el punto 4, se hace constar el rechazo de la Convención al sistema tutelar sustitutivo o representativo de la persona con discapacidad, y las situaciones de protección ilimitadas o prorrogadas que enquisten temporalmente la situación de anulación de la capacidad plena.

De esta forma, la autoridad judicial y sólo esta, determinará ***“los apoyos puntuales”***, como mecanismos complementarios de la capacidad natural, ¿cuáles serán?, como dispone el artículo 12, la determinación de ***“todas las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad, al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, corresponde a los Estados parte”***, correspondiendo a estos, la configuración de todos los apoyos, incluyendo el ***“más intenso”***.

Las conclusiones de los Fiscales, recomiendan que, por lo tanto, hasta que, en nuestro derecho interno se realice la esperada adecuación a la Convención, el cambio de modelo planteado requerirá de cambios graduales, en los que probablemente existan periodos en los que ambas instituciones, (incapacidad y las nuevas medidas), deban coexistir, hasta lograr poder brindar una adecuada respuesta, (normativa, pero también social), a las necesidades de apoyo de las personas que lo requieran. ***“¿Cómo serán estos apoyos? De menos a más. Desde su capacidad natural y con respeto a su voluntad, a sus preferencias y en su exclusivo interés”***, partiendo de la curatela como modelo de apoyo y asistencia, como hace constar el punto 5 de las conclusiones, mientras no se aborde la regulación legal de otras figuras. La curatela, se aplicará como un mecanismo graduable y abierto, en función de las necesidades de la persona con discapacidad y de las circunstancias concretas en la que requiera apoyo en la toma de decisiones, aunque el curador habitualmente dirige su labor de asistencia exclusivamente en la realización de negocios de carácter patrimonial, debe plantearse la posibilidad de que se extienda también a todos los demás ámbitos.

El Consejo de Ministros también se ha preocupado por la aplicación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, en el Derecho español, creando un grupo de trabajo que ha emitido el oportuno informe con fecha 30 de marzo de 2010⁴³⁸.

El referido grupo de trabajo presidido por el Ministerio de Sanidad y Política Social, y compuesto por todos los departamentos ministeriales, se constituyó en sesión celebrada el 13 de octubre de 2009, en el Ministerio de Sanidad y Política Social, al objeto de analizar la legislación vigente mediante un estudio comparativo con los preceptos y principios de la Convención, que determine que modificaciones son precisas, así como su alcance, para la adaptación de la precitada normativa al nuevo marco legal, y que realizó el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.

En lo que respecta a la regulación de la capacidad jurídica, el impacto de la Convención, según el mencionado estudio plasmado en el Informe del Consejo de Ministros, como no puede ser de otra manera, es el reconocimiento a las personas con discapacidad de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, debiendo proporcionarse para que esa igualdad sea efectiva ***“los apoyos necesarios en el ejercicio de su capacidad jurídica”***, para ello, es necesario ***“reemplazar el tradicional modelo de sustitución en la toma de decisiones por un modelo de apoyo en la toma de decisiones”***.

El Informe reconoce expresamente, que en la valoración del grado de correspondencia entre la Convención y la Legislación española, la conclusión es que, los Derechos humanos proclamados en los numerosos instrumentos de Naciones Unidas, están plenamente incorporados al Ordenamiento Jurídico español, formando parte del mismo como un precepto más. Cita la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2002, que ya reconoció, que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano lleva implícito, el derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que, la restricción o limitación de la capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables inherentes, y al libre desarrollo de la personalidad, pronunciándose sobre la adecuación a la Constitución de la regulación de la incapacitación en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de

⁴³⁸ Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad, Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010. “Apartado I Legislación, Civil, Mercantil y Penal, punto a), Impacto de la Convención en la Regulación de la Capacidad Jurídica”. Págs. 11-16

abril de 2009, que ha señalado que la normativa sobre incapacitación, interpretada conforme a la citada sentencia constitucional, es conforme con la Convención, siempre que se tenga en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección y no una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características propias. Todo ello con independencia del nombre con el que el legislador acuerde identificar esta medida de protección, insiste en la adaptación no solo terminológica sino también al espíritu 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 a 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.

Con carácter previo, y en relación con la modificación de la capacidad de obrar, cuando consista en anular el ejercicio de la capacidad jurídica y otorgarla a un tercero, que actuará en representación de la persona con discapacidad, debe quedar limitada a las situaciones excepcionales que lo justifiquen.

También conviene destacar el criterio legal y doctrinal consistente en señalar que las facultades y acciones de carácter personal y los derechos de la personalidad no se pueden ejercitar por representante, lo que lleva a concluir que la modificación de la capacidad de obrar declarada no debe afectar al ejercicio de los derechos de la personalidad, en tanto la persona con discapacidad cuente con una capacidad natural para su normal ejercicio.

Las modificaciones a introducir en los Títulos IX y X del Libro Primero de Código Civil, además de profundizar en el sistema de graduación de la capacidad iniciado con la Ley 13/1983, han de incidir en la exigencia de proporcionalidad y adecuación de las medidas de apoyo a las circunstancias individuales de la persona con capacidad modificada para proteger sus intereses concretos. Proporcionalidad y adaptación que deberán reflejarse en la extensión e intensidad del contenido de la medida y en su duración. La referencia concreta a estos elementos tiene implicaciones prácticas en la ley procesal en cuanto obliga al juez a pronunciarse sobre los mismos en la sentencia judicial que modifique la capacidad de obrar.

Con la finalidad de mejor garantizar el respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual, también deberán modificarse aquellos preceptos que contienen los principios rectores del desempeño de las funciones de apoyo en la toma de decisiones y de protección de las personas con capacidad de obrar modificada para explicitar el respeto de sus derechos, su voluntad y preferencias y, también que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida.

La regulación de las figuras del tutor y curador debe efectuarse en el marco global de **“apoyo”** previsto en la Convención para asegurar que existan medidas flexibles y adaptables a las necesidades concretas de quien las precisa, con la menor intervención posible en los derechos y la autonomía de aquellas personas que en determinadas circunstancias no pueden valerse por sí mismas. Conviene introducir referencias explícitas a la **“persona de apoyo, o de apoyo en la toma de decisiones”** para mejor resaltar en todas las figuras de protección y guarda su dimensión potenciadora de las capacidades de quien no puede adoptar determinadas decisiones por sí mismo.

La conclusión final, es que, no resulta necesaria ninguna reforma de la legislación vigente, salvo, en su caso, las adaptaciones terminológicas que pudieran requerirse en caso de introducirse una nueva figura de apoyo al incapacitado, así como las que implicaría la posible sustitución del término **“incapacitado”** por **“persona con capacidad modificada”**.

En resumen, la aplicación de la Convención tiene como efecto, en primer lugar un cambio terminológico, sustituyendo incapacidad, incapacitación, tutela, etc, por modificación de la capacidad, y apoyos, que ya va siendo efectivo en el lenguaje judicial, y para muestra basta la lectura de las sentencias mencionadas en los párrafos anteriores; siendo también entendido por el legislador, que, en la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, que modifica la ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, dice textualmente: **“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 Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de Diciembre de 2006”**; aunque, como contrapartida, el plazo ha sido agotado con creces sin que se haya legislado en el sentido expuesto.

La incapacitación es una medida de protección, aplicable exclusivamente cuando lo exige el interés de una persona, eludiendo la total y absoluta, que queda reservada solo para los casos de especial gravedad, siendo su carácter excepcional. Lo habitual será la incapacitación parcial, para ciertos actos que pueden ser de naturaleza patrimonial, o personal “*no cotidianos*” o de “*cierta trascendencia*”, como puede ser el cambio de domicilio, o el seguimiento de un tratamiento médico. La modificación de la capacidad declarada en la sentencia, será objeto de una graduación meticulosa, especificando en los pronunciamientos lo más detalladamente posible, los actos a los que afecta.

La tutela y la curatela, serán denominadas como apoyos, siendo esta última la norma como institución que corresponde a la incapacitación parcial, y la excepción aquella, como figura de representación y sustitución, que solo se acordará cuando no sea posible proteger a la persona afectada de otra manera mas intensa.

Es evidente, la potenciación de la voluntad o preferencias de la persona sujeta a protección, de la obligación del tutor o del curador de su recuperación de la capacidad de obrar, y del pleno ejercicio de la que le resta.

Todos estos principios están recogidos en nuestro Derecho, precisando para una total aplicación de la Convención, un desarrollo quizá más exhaustivo que el realizado hasta ahora; si bien, nuestra legislación en la materia, si se caracteriza por algo, es por el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad.

El Informe del Consejo de Ministros, como primera conclusión general del estudio realizado, afirma que, “*la legislación española es una de las más avanzadas del mundo en reconocimiento de los derechos a las personas con discapacidad y está a la cabeza en los países de la UE en esta materia*”, y aunque recomienda la modificación de ciertas normas, creo que la consideración lo dice todo respecto a la normativa española en la materia que nos ocupa.

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, es el primer cuerpo legal aprobado después de la Convención de 13 de diciembre de 2006, en materia de protección, que deroga la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña, presentando ciertas novedades respecto a la regulación anterior, y que detallamos.

Junto a las instituciones de protección tradicionales: tutela, curatela, defensor judicial y guarda de hecho, regula la asistencia en el artículo 226, como una nueva figura de protección de la persona no necesariamente unida a la falta de capacidad, sino a personas con una inaptitud no incapacitante, para las que la tutela y la curatela constituyen medidas de protección desproporcionadas. El asistente, se encargará de las funciones que se acuerden en la sentencia, y fundamentalmente serán: recibir información sobre la salud, y prestar el consentimiento sobre las cuestiones médicas que se planteen, si el asistido no está en condiciones de decidir por él mismo, y no otorgó un documento de instrucciones previas, y en la esfera patrimonial el asistente intervendrá junto al asistido en los actos que proceda a tenor de los pronunciamientos de la sentencia.

El asistido puede solicitar al Juez, la atribución al asistente de facultades de administración del patrimonio de aquel, sin perjuicio de las que conserve el asistido. Los actos realizados sin la intervención del asistente cuando sea precisa, son anulables, a instancia del asistido o del asistente o del tutor en caso de constituirse la tutela, a tenor del artículo 226/2 y 3. La asistencia es susceptible de inscripción en el Registro Civil del domicilio de la persona asistida.

Las novedades de la tutela que incorpora la Ley 25/2010, de 29 de julio, son las siguientes:

La incapacitación judicial y la constitución de la tutela, son medidas de protección aplicables principalmente en los supuestos de desamparo del incapaz, subrayando las situaciones en la que es imposible el apoyo familiar o inadecuado.

Se refuerza la autonomía de la voluntad de la persona capaz para regir su persona y bienes, que ante la pérdida progresiva de esa capacidad, formula preventivamente las disposiciones de su protección, que ya existía en el Código de familia de 1998.

La curatela, artículo 223, es una institución que complementa la capacidad de la persona protegida que actúa por sí misma, admitiéndose supuestos de incapacidad parcial, en los que el curador tendrá facultades de administración, y si es preciso podrá actuar como representante, artículo 223/6. Los actos para los que requiriéndose la asistencia del curador, sean realizados si ella, serán anulables durante un plazo de cuatro años, artículo 223/8.

El defensor judicial, artículo 224, se encargará de sustituir al tutor, curador o apoderado, cuando exista un conflicto de intereses entre estos y la persona protegida.

El nuevo sistema de protección, considera la incapacitación un medio quizá demasiado drástico en algunos supuestos, y poco respetuoso con la capacidad natural de la persona, permitiendo eludir ese trámite y la constitución de la tutela, cuando el interesado haya otorgado un poder en previsión de la pérdida de capacidad, artículo 222/2, son una muestra del cambio en el sistema de protección.

El artículo 225 se encarga de la guarda de hecho, respecto al menor de edad, es su guardador de hecho, la persona física o jurídica que lo cuida cuando se encuentre en situación de desamparo, que no esté sujeto a patria potestad o tutela, o estándolo estas no sean ejercidas correctamente, y respecto a los mayores de edad en los que concurra causa de incapacitación. Solamente la persona jurídica que sea guardadora de hecho de un mayor de edad, tiene obligación de comunicar al Juez esta situación, no existiendo esa obligación en los demás casos, según el artículo 225/2/2

Respecto a la autotutela, antiguo 172 actual 222/4, regula como cautela la ineficacia de la designación preventiva de tutor y de organización de propia tutela, una vez instado el procedimiento de incapacitación o en un momento próximo, evitando dichos otorgamientos en momentos en los que el otorgante ya no es plenamente capaz, y la manipulación de la voluntad de la persona ya en una situación de vulnerabilidad, a favor de los intereses espurios de familiares y allegados.

Aragón por medio del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el Título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, regula en el artículo 38 la graduación de la modificación de la capacidad, en sentencia judicial de incapacitación que se pronunciará sobre su extensión y límites. Como instituciones de guarda el artículo 100 establece la tutela, la curatela y el defensor judicial. La disposición voluntaria en instrumento público es el modo de delación preferente en virtud del artículo 102, regulando el 108, la delación hecha por uno mismo, y el 109 el mandato que no se extingue por la incapacidad o incapacitación.

III-. LA DISCAPACIDAD

El concepto jurídico de discapacidad, ha experimentado una profunda evolución en los últimos tiempos, en la que partiendo de la consideración de la persona discapaz como receptora pasiva de cuidados y atenciones, se desemboca en la eliminación de obstáculos y barreras que impidan la igualdad de oportunidades. En la *“actualidad prima la integración, por encima de la adaptación, como el factor fundamental para permitir la inserción de las personas con discapacidad en la sociedad activa”*, dice Jiménez Lara⁴³⁹

El término discapacidad es relativamente reciente, identificándose con disminución de capacidad o facultades físicas, psíquicas o sensoriales, como consecuencia de una deficiencia producida por la pérdida o desarrollo anormal de una función psicológica, fisiológica, anatómica, o por cualquier alteración de la naturaleza que sea, sustituye a otros como inválidos o disminuidos.

1. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Los Organismos internacionales, fueron y son los impulsores, no solo de la definición del concepto de discapacidad, sino también, de la implantación de los principios imperantes en su tratamiento, sus recomendaciones son de vital importancia, al ser su principal objeto, instar a los Estados a adaptar la legislación al contenido de las mismas.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1972, propuso la Clasificación Internacional de Enfermedades, conocida con sus siglas CIE, fue un primer paso importante pero insuficiente para explicar en aquel momento con eficacia el alcance y significado de la deficiencia como efecto de la enfermedad y del desarrollo global de la persona.

⁴³⁹ JIMÉNEZ LARA, Antonio, “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, en la obra colectiva, *Tratado sobre Discapacidad*, Directores: LORENZO, Rafael De, y PÉREZ BUENO, Luis Cayo, Págs. 177-204, Pág. 177. En este sentido, y para estudiar la evolución del concepto de discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español, véase, entre otros: MARÍN CALERO, Carlos, en *La Integración Jurídica y Patrimonial de las personas con discapacidad*, PALACIOS, Agustina, en “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en la obra colectiva, *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Ed. Ignacio Campoy Cervera, Madrid (2004), Pág. 188-192; GARCÍA PONS, Antonio, *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*.

De los trabajos que se iniciaron surgió en 1980, la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM), que profundiza en la definición clásica de enfermedad, centrándose en la superación de su proceso, para clasificando sus consecuencias considerar la incidencia de los efectos de las secuelas en el ejercicio de las actividades habituales por la persona enferma en su entorno.

La CIDDDM define la deficiencia, como consecuencia permanente de la enfermedad, a *“toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica”*. La discapacidad, como la *“restricción o ausencia debida a una deficiencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen, que se considera normal para un ser humano”*. Y la minusvalía como *“una situación de desventaja derivada de deficiencias o discapacidades, que limitan o impiden la participación social “se entiende por minusvalía toda situación desventajosa para un individuo, a consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol normal en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales concurrentes”*.

Para Jiménez Lara⁴⁴⁰, según este esquema, la secuencia de manifestación de las consecuencias de la enfermedad sería la siguiente: *“1. Algo anormal ocurre en la persona (cambios patológicos; síntomas): alteración de la salud. 2. Alguien se da cuenta de lo que ocurre (se exteriorizan los síntomas, puede detectarse la enfermedad clínica: deficiencias (consecuencias a nivel del cuerpo). 3. Puede alterarse el resultado de las actividades realizadas por las personas (limitación de la actividad, alteración de la conducta): discapacidades (consecuencias a nivel de la persona). 4. Puede encontrarse en una situación de desventaja frente a los demás (respuesta de la sociedad a la experiencia individual, restricción de la participación): minusvalías (consecuencia al nivel de la sociedad)”*. La distinción entre estos niveles, supuso un avance considerable en el concepto de discapacidad, contribuyendo a establecer una línea de actuación combinando la prevención, con el objeto de evitar la aparición de deficiencias; la rehabilitación, para evitar que las deficiencias se convierten en discapacidades, o a disminuir sus efectos sobre el nivel de actividad de la persona afectada; y, por último, la equiparación de oportunidades, con el fin de evitar que las deficiencias y las discapacidades supongan una desventaja social.

⁴⁴⁰ JIMÉNEZ LARA, Antonio, “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, Pág. 191.

Sin embargo, a pesar de su evidente utilidad, para distinguir como conceptos diferentes a las deficiencias, las discapacidades, y las minusvalías, el esquema conceptual de la CIDDM, no facilitaba una información adecuada sobre la relación entre los tres conceptos, y se tendió a interpretar, incorrectamente, como un modelo causal y unidireccional, y tampoco reflejaba adecuadamente la importancia del entorno social y físico. Las tres están unidas por una relación causal, de manera que, una deficiencia puede producir una discapacidad; una enfermedad o una discapacidad pueden ser la causa de una minusvalía; mientras que ciertas minusvalías derivan en una enfermedad sin causar deficiencia ni discapacidad.

El esquema conceptual de la CIDDM, inspiró las categorías de clasificación que se utilizaron en las dos principales encuestas sobre discapacidad realizadas en España: la Encuesta sobre discapacidades, deficiencias y minusvalías de 1986, y la Encuesta sobre discapacidades, deficiencias, y estado de salud de 1999, que define a discapacidad como: ***“una limitación de la capacidad humana que hace imposible o dificulta gravemente la actividad normal de la persona”***.

La encuesta de 1999, aunque basada en la CIDDM, recoge algunos de los planteamientos que se estaban manejando en el proceso de elaboración de la nueva Clasificación Internacional de Funcionamiento de la discapacidad y de la salud (CIF), que aprobada por la Asamblea General de la OMS en 2001. Su razón de ser fue ***“aportar un lenguaje estandarizado, fiable y aplicable transculturalmente, que permita describir el funcionamiento humano y la discapacidad como elementos importantes de la salud, utilizando para ello un lenguaje positivo y una visión universal de la discapacidad en la que dichas problemáticas sean la resultante de la interacción de las características del individuo y el contexto social”***, proponiendo un nuevo esquema para interpretar las interrelaciones entre las dimensiones de la discapacidad, según el cual el funcionamiento y la discapacidad se consideran como una interacción o relación compleja entre el estado de salud y los factores contextuales, aplicando criterios médicos para definir la discapacidad, como un término genérico en el que se incluyen conceptos diversos como son: déficit o deficiencia a nivel corporal, las restricciones o limitaciones en la participación a nivel social, el indicador en los aspectos negativos de la interacción de la persona con unas condiciones de salud, y por último los mencionados factores contextuales, definidos como aquellos elementos o circunstancias que constituyen el entorno de la vida de una persona.

Dichos factores contextuales fundamentan los estados de salud en la CIF, y se refieren al entorno físico, natural, social, familiar, como agentes externos que inciden directamente en las condiciones de vida de la persona, mientras que los personales como la edad o el sexo no son objeto de clasificación en el documento

La discapacidad para la CIF, es el **“término genérico que recoge las deficiencias en las funciones y estructuras corporales, las limitaciones en la capacidad de llevar a cabo actividades y las restricciones en la participación social del ser humano”**.

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, define la discapacidad como un **“concepto en evolución, resultante de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan o impiden su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás”**. Y a las personas con discapacidad como **“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”**.⁴⁴¹

El concepto de discapacidad formulado por la Convención, en opinión de García Pons⁴⁴², es tan genérico como diferentes son en su naturaleza y efectos las deficiencias y enfermedades conocidas y pendientes de descubrir, con la pretensión de incluir todas las situaciones que puedan plantearse en el presente y en el futuro.

Se alude expresamente a los factores externos de la deficiencia: **“actitud y entorno”**, como las auténticas causas del impedimento o dificultad que afrontan las personas con discapacidad, que deben de ser eliminadas como único medio de evitar la discriminación.

La introducción de la **“discriminación por motivo de discapacidad”** que, incluye todas las formas de discriminación incluyendo la denegación de los **“ajustes razonables”**, en el artículo 2 de la Convención, significa la definición de discapacidad no solo como la determinación de un porcentaje cuantificado en virtud de unos datos médicos, sino la socialización del concepto.

⁴⁴¹ Preámbulo y artículo 1

⁴⁴² GARCÍA PONS, Antonio, *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*, Págs. 21 a 42.

Las circunstancias y el entorno, no añaden nada nuevo a la definición de discapacidad, ya fueron tenidas en cuenta, por la Asociación Americana sobre el retraso mental en 1992 y 2002 en su definición de discapacidad intelectual, aludida por Seoane Rodríguez⁴⁴³ que, afirma que, dicha situación (la discapacidad intelectual), *“no hace referencia a algo que es o que tiene una persona, sino a un concreto estado de funcionamiento con limitaciones sustanciales en ciertos aspectos del desenvolvimiento cotidiano que se manifiesta en una pluralidad de áreas. El funcionamiento puede verse influido tanto por factores personales o individuales como por la naturaleza del entorno, esto es, por el contexto donde la persona vive, aprende, juega, trabaja, se socializa e interactúa. Por ello, la determinación de la discapacidad intelectual no puede realizarse con independencia de la situación, sino únicamente en el contexto de la vida en comunidad”*.

2. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La Constitución en el artículo 49, quizá, por influencia de la terminología jurídica anterior, habla de disminuidos: *“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”*.

Disminuidos, quiere decir, personas con merma o menoscabo de su capacidad física, psíquica o sensorial, dependiendo de la naturaleza de la enfermedad o deficiencia causante de esa pérdida.

El artículo 49 de la Constitución, se refiere a los disminuidos físicos, psíquicos, y sensoriales, y formula el principio de su protección dentro de la diversidad de causas y situaciones, y en todos los aspectos de la atención: previsión, rehabilitación y tratamiento.

El primer desarrollo legal del artículo 49 de la Constitución es la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, conocida con las siglas LISMI, considerada como el marco de las bases de la normativa y políticas posteriores en materia de discapacidad.

⁴⁴³ SEONE RODRÍGUEZ, José Antonio, “La definición de la discapacidad intelectual de la AAMR y la determinación jurídica de la capacidad. Hacia un nuevo paradigma”, en la obra colectiva *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas, 2ª Edición revisada y aumentada, (febrero 2005), Págs. 134-179. Pág. 136.

La LISMI se titula como Ley de Integración Social de los Minusválidos, pero en su artículo 1 habla de disminuidos: ***“Los principios que inspiran la presente Ley se fundamentan en los derechos que el artículo 49 de la Constitución reconoce, en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias”***. Distinguiendo, disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales, que son las personas con discapacidad con sus facultades intelectivas y volitivas integras, y disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias, o incapacitados judicialmente sujetos a tutela o curatela.

En el artículo 7, se define a los minusválidos como ***“toda persona cuyas posibilidades de integración educativa laboral o social, se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsible permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”***.

Lo más trascendental de la LISMI, no es la definición de disminuidos o de minusválidos, es la consideración de estas situaciones como algo no deseado y desventajoso, susceptible de compensación por los poderes públicos mediante el reconocimiento de una prestación económica o social, siguiendo las directrices de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) de 1980.

El reconocimiento de la condición de minusválido es un requisito previo al acceso de prestaciones y beneficios previstos por la ley, que será justificado por el órgano administrativo a determinar por la norma reglamentaria, en un procedimiento personalizado, previo informe de los equipos multiprofesionales que certificarán la situación del afectado. Las prestaciones no solo, serán una cantidad periódica a modo de pensión en metálico, sino todas las necesarias para la prevención y rehabilitación de la minusvalía, que los poderes públicos tienen la obligación de poner a disposición de quien lo requiera, y que no solo consisten en atención médica o psicológica, sino también educación, formación, eliminación de obstáculos y barreras de toda clase, que facilite la integración laboral y social del afectado, evitando su discriminación.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, introduce el concepto de discapacidad en el Código Civil, el término disminuido se abandona, y la utilización de minusválido queda relegada al certificado de minusvalía, siendo discapacidad, personas con discapacidad o discapacitados los que ocupan todo el espacio del lenguaje. En la Exposición de Motivos, se

refiere al *bienestar de las personas con discapacidad*, definidas en el artículo 2/2º como *“las afectadas por una minusvalía física igual o superior al 33 por ciento”*, y *“las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”*, añadiendo en virtud del artículo 13 al Código Civil la Disposición Adicional Cuarta, al objeto de, incorporar el concepto de discapacidad: *“la referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1.041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 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”*.

La Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación, y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, coetánea a la de protección patrimonial en su artículo 2 párrafo 2º, define a las personas con discapacidad como: *“aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento”*. Hasta aquí, reitera literalmente la de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la confusión surge con el siguiente párrafo: *“en todo caso se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento, los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado total, absoluto o de 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”*. Parece indicar que, a los efectos de esta ley tendrán la condición de minusválidos, en grado igual o superior al 33 por ciento, las personas que sean pensionistas de la Seguridad Social y que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado total, absoluto o de gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

El Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, intentó aclarar este extremo manifestando en la Exposición de Motivos, que: *“desde la entrada en vigor de la ley, se han producido decisiones administrativas heterogéneas y, en algunas ocasiones, contradictorias, emanadas de los distintos órganos de las administraciones públicas, en relación con la forma de acreditar la asimilación al grado de minusvalía prevista en el citado artículo”*. La aclaración no fue muy afortunada, siendo la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencias para la unificación de la doctrina de 21 de marzo, 30 de abril, y 20 de junio de 2007, la encargada de

pronunciarse al respecto considerando que, ***“el artículo 1 párrafo 2 de la Ley 51/2003, no supone la atribución general y automática de la condición de minusválidos, discapacitados o personas con discapacidad, a los preceptores de prestaciones de la Seguridad Social por encontrarse en situación de incapacidad permanente total, absoluta o de gran invalidez, sino que tal cualidad o condición debe derivar del reconocimiento del correspondiente porcentaje de discapacidad realizado conforme a los criterios de la Ley 13/1982, y el RD 1.971/1999, que es la normativa de carácter general, y no la derivada de la Ley 51/2003, cuyo artículo 1 párrafo 2º, solo despliega su eficacia en el ámbito de las materias a las que se refiere dicha ley, por eso dice “en todo caso” y “a los efectos de esta ley”.***⁴⁴⁴

Está claro que, en la actualidad el concepto de discapacidad es el contenido en la definición del artículo 2/2º de la Ley de protección patrimonial, correspondiendo a las personas ***“afectadas por una minusvalía física igual o superior al 33 por ciento, y a las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”***.

3. ¿CÓMO SE ACREDITA LA DISCAPACIDAD?

El último inciso del párrafo 2º del artículo 2 de la Ley de protección patrimonial, establece que ***“el grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”***. La norma reglamentaria a la que se refiere dicho precepto es, el Real Decreto 1.971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, reformado por los Reales Decretos 1.169/2003, de 12 de septiembre, y 504/2007, de 20 de abril.

En la calificación del grado de minusvalía, el organismo administrativo competente observará, según, el artículo 4 del Real Decreto 1.971/1999, de 23 de diciembre: ***“criterios técnicos unificados, fijados mediante baremos descritos en el Anexo I del presente Real Decreto, y serán objeto de valoración tanto las discapacidades que presenta la persona como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural que dificultan su integración social. El grado de minusvalía se expresará en porcentaje”***.

⁴⁴⁴ Las tres resoluciones reiteran este argumento en su Fundamento de Derecho Tercero.

En los Anexos I, II y III del Real Decreto 1.971/1999, de 23 de diciembre,⁴⁴⁵ se clasifica la minusvalía en diferentes grados a tenor del alcance de sus efectos, la calificación responderá a criterios técnicos unificados y fijados por los baremos establecidos, teniendo en cuenta en la valoración como complemento factores sociales como son el entorno familiar, la situación laboral, educativa y cultural, que impliquen una dificultad para la integración.

El Real Decreto 290/2004, en su Disposición Adicional Única, señala que: *“en los certificados y resoluciones de reconocimiento del grado de minusvalía, expedidos por el organismo competente, se hará constar en lo sucesivo como mención complementaria el tipo de minusvalía en las categorías de psíquica, física, o sensorial según corresponda”*.

El grado de minusvalía se acredita, en virtud del pertinente certificado emitido por el organismo administrativo competente, que expresará el porcentaje apreciado, y la naturaleza física, psíquica o sensorial de la causa, y significa la valoración de los apoyos que el afectado necesita.

Una resolución judicial puede ser el documento de reconocimiento del grado de minusvalía, si se interpuso reclamación previa a la vía judicial social contra la resolución dictada por el organismo administrativo competente, y sea la jurisdicción social la que en virtud de sentencia confirme o modifique la resolución administrativa, reconociendo un grado de minusvalía⁴⁴⁶. También puede ser la resolución judicial firme la sentencia de incapacitación, aunque lo normal es que la demanda de incapacitación incluya el certificado de minusvalía, como acreditación documental de la enfermedad o deficiencia y sus efectos en la capacidad de obrar, que fundamenta la interposición de la precitada demanda.

IV-. LA DEPENDENCIA

El principio de autonomía personal, tiene como consecuencia, la protección de las situaciones en las que por pérdida o merma de aquella, la vida independiente, y autónoma es difícil o imposible, conocidas como dependencia.

El Anteproyecto de Ley de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, definía ésta como *“el*

⁴⁴⁵ Artículo 2

⁴⁴⁶ Artículo 71 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de abril.

estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria”.

El Dictamen del Consejo de Estado de 23 de marzo de 2006⁴⁴⁷, concluyó que: *“en definitiva, no siempre resulta necesario que se incluyan, en un artículo ad hoc, las definiciones de los principales conceptos utilizados por una ley; a veces resulta preferible que un concepto se defina en el artículo concreto en el que se atribuye una consecuencia jurídica en relación con ese concepto (sin perjuicio de que pueda ser utilizado en relación con otros preceptos, de acuerdo con los criterios interpretativos habituales). Ahora bien, si se opta por un artículo que, con carácter general, defina algunos de tales conceptos, ha de buscarse la mayor precisión y claridad, y tenerse en cuenta que la definición ha de ser aplicable en todos los casos en que el articulado de la Ley utiliza el concepto respectivo”.*

Esa recomendación de una mayor precisión en los conceptos, fue recogida en el Proyecto de Ley, que definía la dependencia como *“el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria”.*

Pereña Vicente⁴⁴⁸; analiza la modificación que introduce el citado Proyecto de Ley, concluyendo que, *“el cambio en la definición incorpora las posibles causas de la dependencia, pero, en lo sustancial se mantiene la esencia del concepto que es la necesidad de ayuda para realizar actividades básicas de la vida diaria, en la misma línea que define la dependencia la Ley de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid de 27 de marzo de 2003”.*

La Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, en su artículo 62, dispone que: *“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 a la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia*

⁴⁴⁷ Página 8

⁴⁴⁸ PEREÑA VICENTE, Montserrat, *Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Ed Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, Págs. 24 y ss.

y/o ayudas importantes para realizar los actos corrientes de la vida diaria”

Es mediante una enmienda del Senado, como se introduce una modificación de mayor envergadura en esta definición, pues se añade un inciso final de modo que la frase queda completada así: ***“... precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”***.

La definición 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 en su artículo 2/2, es la siguiente: ***“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 y 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”***. El apartado 4, se refiere a las ***“necesidades de apoyo para la autonomía personal”***, como ***“las que requieren las personas que tienen capacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad”***.

El artículo 26 clasifica la dependencia en tres grados, a tenor de los efectos de la situación en la vida cotidiana de quien la padece: ***“a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.***

b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal”.

Y el apartado 2 dispone que, ***“cada uno de los grados de dependencia establecidos en el apartado anterior se clasificarán en dos***

niveles, en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requiere”.

Pereña⁴⁴⁹, considera que el concepto de dependencia que formulan estos preceptos, es más amplio que el recogido inicialmente en el Proyecto, al diferenciar entre la situación que exige ayuda para realizar actividades básicas de la vida diaria, y la que genera la necesidad de **“otros apoyos”** para la autonomía personal, ¿a qué apoyos se refiere la Ley?, se pregunta, para contestar a continuación que dependerán de los actos o ámbitos en los que cada persona en concreto precise ayuda.

La enmienda del Senado que da lugar a la definición definitiva, se justificó, con la pretensión de **“incorporar a muchas personas que son incapaces de organizar su vida cotidianamente”**, siendo el apartado 3 del mismo artículo 2, el que detalla cuales son las **“actividades básicas de la vida diaria (ABVD)”**; a tenor de la Ley 39/2006, **“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”**.

Pereña, relaciona esas tareas directamente con la organización de la vida; dicho de otro modo, con la capacidad para tomar decisiones, relación que la Ley no explicita, pero que consagra expresamente el Real Decreto de 20 de abril de 2007, por el que se aprueba el baremo de valoración de la dependencia, y que establece, que en la valoración de la dependencia, se considerará: **“la actividad de tomar decisiones en el caso de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental u otras situaciones en que las personas puedan tener afectada su capacidad perceptivo cognitiva”**, haciéndose otra pregunta, al hilo de esa relación de las tareas elementales para la organización de la vida, con la capacidad de tomar decisiones: **“¿en que medida coincide esta noción (la de dependencia); con la pérdida de autogobierno que determina la incapacitación?”**. La conclusión lógica es que la dependencia, entendida como una necesidad de ciertas ayudas para el desarrollo de las actividades cotidianas, no significa en principio la concurrencia de una pérdida de autogobierno. Puede ser, la consecuencia de la inaptitud, circunstancia que aparece en el Derecho laboral, definida como inhabilidad o carencia de facultades por deterioro, o pérdida de condiciones físicas para el ejercicio de la profesión.

⁴⁴⁹ PEREÑA VICENTE, Montserrat, *Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Pág. 25 y ss.

Concretamente, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en sentencia de 30 de septiembre de 2005, en su Fundamento Jurídico segundo define la inaptitud como **“una inhabilidad, o carencia de facultades profesionales, que tienen su origen en la persona del trabajador, bien por la falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo: tales como rapidez, destreza, percepción”**.

En las personas de edad avanzada o con ciertas discapacidades, puede darse una situación similar, en la que permaneciendo intacta su capacidad de autogobierno, la merma, disminución o deterioro de facultades impide o dificulta su desenvolvimiento en ciertos actos esenciales, o al menos de ejecución frecuente o de necesidad imperiosa.

La inaptitud, para ser considerada con sus efectos en el ámbito laboral, a tenor de la Jurisprudencia ha de ser permanente y no circunstancial, independiente de la voluntad y no debida a una actitud deliberada. No es lo mismo que dependencia, aunque las situaciones que determinan una y otra, pueden ser casi coincidentes; la primera, significa la falta de facultades para una o varias actividades que no son tan esenciales como asearse o comer, pero que si son imprescindibles para esa persona concreta. Pensemos en alguien que reside en un lugar apartado y necesita trasladarse en automóvil para comprar alimentos y medicinas, la inaptitud para conducir se convierte en un impedimento para el desarrollo de las actividades más comunes, pero no significa una situación de dependencia de las definidas por la ley 39/2006.

Pero lo cierto; apunta Pereña⁴⁵⁰, es que, **“el concepto de dependencia introducido por la Ley 39/2006, conceptúa la dependencia por motivos de salud mental como la incapacidad para tomar decisiones”**. Antes de introducirse la enmienda en el Senado, la definición de dependencia incluía referencias a la falta de autonomía mental ya las deficiencias, no sólo físicas, sino también mentales, que podían originar aquella. En consonancia con este planteamiento, en la enumeración de las actividades básicas de la vida diaria se incluían en el Proyecto, y se incluyen en la Ley: **“reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar ordenes o tareas sencillas”**, poniendo de manifiesto que algunas enfermedades mentales dan lugar a medidas de asistencia y otras de protección, y ambos tipos confluyen en la Ley de Dependencia, también puede ocurrir que la enfermedad mental de lugar a la adopción de medidas de asistencia y protección. ¿Dónde se encuentra la línea divisoria entre ambas?, ¿está

⁴⁵⁰ PEREÑA VICENTE, Montserrat, *Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Pagina 26.

invadiendo la Ley de Dependencia el ámbito propio de la incapacitación judicial?⁴⁵¹, se pregunta.

Discapacidad y dependencia pueden coincidir en una misma persona, pero no tiene por qué ser así, hay discapacitados dependientes, discapacitados no dependientes, y dependientes no discapacitados. Por un lado está la incapacidad natural, causada por una enfermedad o una deficiencia, que tienen como efecto el menoscabo o pérdida de las condiciones biológicas, psicofísicas, fisiológicas, corporales, anatómicas, orgánicas, o funcionales, que se resumen en una situación de invalidez, minusvalía o discapacidad.

Paralelamente nos encontramos con una incapacidad personal, que puede existir como consecuencia de la primera, es decir, de una enfermedad o deficiencia, pero que no tiene por qué ser así, puede ser simplemente por el efecto del paso de los años que causa una disminución o pérdida aptitud de la persona para el desenvolvimiento autónomo en sus actividades habituales.

Pereña, entiende, que debe intentarse otra interpretación; es decir, constatada la ausencia de capacidad para tomar decisiones, se debe instar la incapacitación judicial, y si ésta genera dependencia, se podrá, además, solicitar una medida de asistencia de las de la Ley de 2007. Pero en ningún caso, el reconocimiento de la condición de dependiente que tiene lugar en virtud de una resolución administrativa puede sustituir la modificación de capacidad de obrar, declarada en sentencia judicial dimanante del procedimiento legal previsto al efecto tramitado con todas las garantías, constituiría una quiebra del sistema de autoridad.

La incapacitación judicial, es la única situación que constituye un estado civil, el de incapacitado, que se fundamenta en la imposibilidad de autogobierno, y que determina el sometimiento al régimen de guarda que corresponda según el grado de incapacidad declarada: tutela, de curatela, o de patria potestad prorrogada o rehabilitada.

La discapacidad, minusvalía, dependencia, inaptitud, son condiciones o circunstancias de la persona que no afectan a su estado civil, aunque si permiten el acceso a unas ventajas o beneficios económicos y sociales, establecidos por los poderes públicos como compensación a esa situación desventajosa, y que tienen como objeto corregir y evitar la discriminación.

⁴⁵¹ También analiza la relación de la dependencia con la incapacidad el profesor SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Págs. 85-91, refiriéndose a la confusión terminológica en la materia.

La discapacidad en principio no tiene nada que ver con la incapacitación, si bien puede coincidir en una misma persona las dos circunstancias, existen muchos discapacitados que jamás serán incapacitados, porque su deficiencia o enfermedad no afecta su capacidad de autogobierno. Es cierto que la mayoría de los incapacitados tienen la condición de discapacitados, y que la discapacidad psíquica o retraso mental congénito o derivado de la enfermedad mental, sitúan a la persona que la padece en la presunción de incapacidad, cuando no en la incapacitación.

Las discapacidades físicas y sensoriales no afectan al autogobierno, quedando atrás la consideración de la sordomudez como causa de limitación de la personalidad civil del antiguo artículo 32 del Código Civil, o de incapacitación cuando concurría la circunstancia de no saber leer ni escribir del artículo 200 del Código Civil de 1.889, a la que se añadía la impotencia como prohibición para contraer matrimonio del 83 párrafo 3º.

Hoy, las limitaciones previstas por el Código Civil para los discapacitados sensoriales por sordera y ceguera, se reducen a su falta de idoneidad para ser testigos, y a la forma de otorgar testamento; de manera que, el artículo 697 del Código Civil, exige dos testigos si el otorgante del testamento es ciego, y si fuera totalmente sordo su lectura por los testigos en presencia del Notario declarando que coincide con la voluntad manifestada del testador. El artículo 708 del Código Civil, prohíbe a los discapacitados por ceguera y a los que no puedan leer entendiéndose por tales a los afectados por sordomudez, otorgar testamento cerrado, y el 681 a los ciegos y a los totalmente mudos ser testigos de un testamento. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, en su artículo 361 limita la idoneidad de los testigos de los procedimientos procesales, a aquellas personas que se hallen total o parcialmente privadas del uso de los sentidos, es decir, los ciegos y los sordos.

La valoración de la situación de dependencia corresponde a los órganos competentes de cada Comunidad Autónoma, que emitirán un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona puede requerir. Su reconocimiento se llevará a cabo mediante resolución de la Administración autonómica, en la cual se determinarán los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante, según el grado y nivel de dependencia, y la legitimación para instar el procedimiento de valoración corresponde a tenor del artículo 28 de la Ley, a la persona afectada por algún grado de dependencia o a su representante legal, no iniciándose de oficio.

CAPITULO IV
LA AUTOPROTECCIÓN

I.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

1. CONCEPTO

Todos los Ordenamientos Jurídicos, reconocen la autonomía de la voluntad, como principio invocado de continuo en la elaboración, la interpretación y aplicación de la ley; a pesar de ello, no existe una definición unitaria y sistemática.

La Doctrina ofrece dos definiciones, una general en relación con el Ordenamiento Jurídico en su conjunto, y otra específica en relación a una materia o esfera concreta del Derecho, o en particular a una institución determinada. Como ejemplos citamos en primer lugar al profesor De Castro⁴⁵², que realiza un estudio general de los límites de la autonomía de la voluntad, y del negocio jurídico como forma habitual de exteriorización del principio en el Derecho, concretando dentro de los contratos en el de adhesión, en referencia a la protección del consumidor; Díez Picazo⁴⁵³, analiza la aplicación del principio a los arrendamientos urbanos, al Derecho de Familia, y a la tutela; mientras que, Bolás⁴⁵⁴, hace lo mismo respecto a las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada.

El significado de la autonomía de la voluntad, como principio jurídico, es tan amplio y variado, como las materias a las que se puede aplicar, incluso dentro de cada una, las peculiaridades del supuesto concreto, determinan, un sentido diferente en su interpretación.

Tampoco hay unanimidad, en la expresión de su denominación, De Castro⁴⁵⁵, prefiere hablar de autonomía privada, como **“poder de autodeterminación de la persona”**. El sujeto de la autonomía es el individuo no la voluntad, esta última es requisito del acto autónomo, o poder de regulación privada, pero ambos no se confunden, la autonomía es el **“poder concedido a una persona para normar sus propias relaciones”**, dice Díez Picazo⁴⁵⁶, que se decanta por la misma expresión. Ambos,

⁴⁵² CASTRO y BRAVO, Federico De, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil XXXIV*, 4, (1.982), Págs. 987-1-085; y *El negocio jurídico*, ED Civitas, Madrid (1985).

⁴⁵³ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, “La autonomía privada y el Derecho necesario en la LAU (Ley de arrendamientos urbanos)”, *Anuario de Derecho Civil*, IX, 4, págs. 1.149 y ss.

⁴⁵⁴ BOLÁS ALFONSO, Juan, “La autonomía de la voluntad en la configuración de las sociedades de responsabilidad limitada”, *Revista de Derecho Privado*, (febrero de 1996), Págs. 113 y ss.

⁴⁵⁵ CASTRO y BRAVO, Federico De, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil XXXIV*, 4, (1.982), Págs. 987-1-085; y *El negocio jurídico*, ED Civitas, Madrid (1985), Pág. 11.

⁴⁵⁶ DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, “La autonomía privada y el Derecho necesario en la Ley de arrendamientos urbanos”, *Anuario de Derecho Civil IX*, 4, (Octubre-diciembre de 1956), Págs. 1151 y 1152.

subrayan la vinculación de la autonomía a la persona, como una cualidad más de su dignidad, una exigencia para el desarrollo de su personalidad, que el Derecho no crea, sino que, simplemente reconoce, regula y limita en su ejercicio a efectos de velar por el bien común.

En esta línea Díez Picazo, asevera que, la autonomía privada, es ***“una potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias desplegada por el mismo titular de ellas. Trasladando ese concepto al campo del derecho, podría hablarse de un poder de gobierno de la propia esfera jurídica”***. Esa esfera jurídica personal, se compone de relaciones, en las que, la persona es o será parte en el futuro, y son el cauce del ejercicio de derechos; en este sentido, la autonomía privada es, ***“el poder que el individuo tiene de reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en la que es o ha de ser parte”***. Se añade así, la soberanía como elemento inherente al principio que, se fundamenta en la libertad, o reconocimiento de un ámbito de actuación libre, como es el poder de regular eficazmente los asuntos propios. No tendría sentido de otro modo, porque el objeto que determina la utilidad de la autonomía privada en el Derecho, es precisamente la eficacia vinculante y preceptiva, de las estipulaciones nacidas a su amparo.

El profesor Albadalejo⁴⁵⁷, reconoce el margen de autonomía o libertad, que el Ordenamiento concede a la decisión de la persona, argumentando que, ***“si la ley impusiera el elemento contractual, con carácter necesario, o lo encerrase en límites infranqueables, podríamos hablar de voluntad, pero no de autonomía, que, por definición, postula una parcela más extensa de libertad para que el particular pueda elegir y desarrollar el contenido del negocio”***.

La función de la autonomía privada o de la voluntad, como queramos llamarla, en el Derecho, es doble, según Díez Picazo⁴⁵⁸, por un lado es ***“una realidad básica y fundamental del orden jurídico, y puede hablarse en este aspecto de un significado institucional de la autonomía privada”***; y de otro, ***“juega un papel destacado en la mecánica de la aplicación del derecho”***. De manera que, constituye un auténtico Principio General del Derecho, ***“porque es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro Derecho privado”***; y, además, ***“el respeto a la persona y a su reconocimiento como ser de fines exigen su vigencia, y es***

⁴⁵⁷ *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, “Artículo 1255”, dirigidos por ALBADALEJO, Manuel, y DÍAZ ALABART, Silvia, Edersa, Madrid (1993), Pág. 110.

⁴⁵⁸ “La autonomía privada y el Derecho necesario en la Ley de arrendamientos urbanos”, Pág. 1156, y *Sistema de Derecho Civil*, “Introducción y Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica”, 5ª edición revisada y puesta al día, Tecnos (1985).

dentro de su marco donde puede el hombre realizarse plenamente"; puntualizando que, *“la supresión de la autonomía privada como principio general del derecho, llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en un puro instrumento de la comunidad”*.

De Castro⁴⁵⁹, se refiere a la autonomía privada, como *“el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación, y extinción de las relaciones jurídicas, y el poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos”*.

Efectivamente, sí se reconoce a la autonomía de la voluntad el rango de Principio General de Derecho, las disposiciones nacidas a su amparo, serán de aplicación automática en defecto de Ley y costumbre, siendo considerada como fuente del Derecho, a tenor del artículo 6 del Código Civil. Y sí además, tenemos en cuenta que, la autorregulación de los asuntos propios es una forma de ejercicio de la libertad individual, formaría parte de los Derechos Fundamentales de la persona.

La consecuencia es la legitimación de la persona para crear libremente relaciones jurídicas, estableciendo el régimen a que se someten, eso sí, respetando las limitaciones impuestas por las Leyes imperativas, y Principios y Derechos Fundamentales.

Como Principio General del Derecho, y como aspecto del Derecho Fundamental de la libertad individual, la autonomía de la voluntad, es decir, lo que quieren los interesados o afectados en un conflicto, es un criterio que, el Juez está obligado a considerar, cuando en el ejercicio de la discrecionalidad propia de su función, se disponga a interpretar la ley aplicable al litigio que pretende resolver. Los pronunciamientos judiciales, respetarán y se adaptarán a las manifestaciones realizadas libre y voluntariamente por las partes, siempre y cuando, no constituyan una infracción flagrante del Derecho.

La autonomía de la voluntad, manifestada en la autorregulación de los asuntos propios, es una facultad vinculada a la libertad individual, y como tal, una posibilidad, que el Ordenamiento Jurídico ofrece, pero su ejercicio es voluntario nunca de obligado cumplimiento. En este sentido, Durán Corsanego⁴⁶⁰, dice que, la autorregulación de los asuntos personales, *“puede ser ejercitada o no”*, y en el caso de que se ejerza *“creada la relación jurídica particular pero no regulada en su total y específica normativa, tal relación se regirá, en todo o en parte, por el Derecho*

⁴⁵⁹ “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, Anuario de Derecho Civil, XXXIV, 4, págs. 987-1085, y El negocio jurídico, Ed. Civitas, Madrid, 1985, Pág. 11.

⁴⁶⁰ DURÁN CORSANEGO, Emilio, *La autorregulación de la tutela*, Pág. 239.

positivo, supletorio de la autonomía de la voluntad siempre que esta y aquel sean compatibles". Esa compatibilidad, para Díez Picazo⁴⁶¹; se manifiesta en que, la autonomía privada, reglamenta relaciones jurídicas, *"ya disciplinadas, en abstracto y general por las normas jurídicas del orden jurídico"*.

Su ejercicio no es indeterminado, sino delimitado previamente por el Ordenamiento Jurídico que establece las cuestiones, y los requisitos de eficacia de las estipulaciones voluntarias. Porque no olvidemos que, la autorregulación de una cuestión, tiene que ser válida y eficaz, no solo para las personas que la establecen, sino también para terceros, observando todas las condiciones que exige la seguridad del tráfico jurídico.

El Derecho Privado, y dentro del mismo las relaciones jurídicas patrimoniales, fue el ámbito de ejercicio tradicional de la autonomía de la voluntad, de tal manera que, llegó a identificarse con el contrato, apareciendo la noción de negocio jurídico. Pero al ser reconocida como un poder general, su objeto será inevitablemente toda la esfera jurídica de la persona, su vida jurídica considerada como una unidad, no solamente una parte. Otorgar testamento o celebrar un contrato, son manifestaciones de la autonomía del individuo, no son un Derecho subjetivo, el Derecho Fundamental es la libertad individual, en virtud del cual, cada persona tiene la facultad de autorregularse⁴⁶².

Esa universalización, del principio jurídico de la autonomía de la voluntad, tiene como resultado, su expansión a todos los actos susceptibles de regulación jurídica, irrumpiendo en materias del Derecho en las que estaba excluida totalmente, como es el Derecho Familia, la guarda de menores e incapacitados, o la sanidad; extremo que, no significa su conversión en total y absoluto, al contrario, no lo es, no lo ha sido, ni puede serlo, porque, como asevera Díez Picazo, *"otorgar carácter absoluto a la autonomía privada, sería reconocer el imperio sin límites del arbitrio individual, lo que políticamente habría de traducirse en la anarquía"*. Si bien, *"la naturaleza del hombre y el respeto a la persona exigen el reconocimiento de la autonomía"*, en el lado opuesto, *"el orden social precisa que esa autonomía no sea absoluta sino limitada"*, por lo que, es preciso situarse en una posición intermedia y equidistante, *"la cuestión radica, por ello, en el señalamiento de los límites, de tal manera que no*

⁴⁶¹ DÍEZ PICAZO, Luis, "La autonomía privada y el Derecho necesario en la Ley de arrendamientos urbanos", Pág. 1.153.

⁴⁶² DE LOS MOZOS, José Luis, "La teoría general del negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, (1986), Pág. 789; DÍEZ PICAZO, Luis, "La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de arrendamientos urbanos", Pág. 1.152.

sean aquellos tan amplios que otorguen al individuo una libertad desmesurada con la consiguiente perturbación del orden, ni tan angostos que lleguen a suprimir la propia autonomía. Es una cuestión de equilibrio dependiente de la prudencia de la política gobernante”.

Legaz Lacambra⁴⁶³, advierte de la relatividad de la autonomía de la voluntad como principio, concluyendo que, *“conviene no perder de vista ciertos límites, ya que una hipertrofia de este concepto podría borrar todos los perfiles que definen el derecho subjetivo”*. En relación con la llamada doctrina del abuso del derecho, afirma que, *“en el fondo la cuestión no es tanto si existe o no derecho subjetivo como en el contenido real del mismo, y hasta qué punto se puede considerar determinada conducta de su titular como ejercicio del derecho o como un acto ilícito o abusivo”*.

Tal es la necesidad imperiosa de limitar el principio de la autonomía de la voluntad, que el mismo Código Civil en el artículo 1255, establece los límites aplicables a los contratos: *“los contratantes pueden establecer, los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral, ni al orden público”*.

2. LÍMITES

2.1. LA LEY

La Ley, es el límite más importante y de mayor trascendencia de la autonomía de la voluntad, y así lo manifiesta el profesor De Castro⁴⁶⁴, el análisis de su alcance y significado, nos lleva a la clasificación de las normas, a tenor de sus caracteres y las funciones que desempeñan dentro del Ordenamiento Jurídico.

Desde el punto de vista de su relación con la autonomía privada, para Díez Picazo⁴⁶⁵; son normas dispositivas, aquellas en las que *“el Ordenamiento Jurídico permite que se anteponga a ella (a la norma), el precepto creado por la autonomía privada”*; y, normas imperativas, son aquellas a las que, *“el Ordenamiento Jurídico concede un rango jerárquico superior”*. El propio Ordenamiento Jurídico, *“establece que*

⁴⁶³ LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, (1972), Pág. 766.

⁴⁶⁴ CASTRO y BRAVO, Federico De, “Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”. *Anuario de Derecho Civil*, (octubre-diciembre de 1982); DÍEZ PICAZO, Luis, La autonomía privada y el Derecho necesario en la Ley de arrendamientos urbanos, *Anuario de Derecho Civil*, (octubre-diciembre de 1956).

⁴⁶⁵ La autonomía privada y el derecho necesario en la LAU, *Anuario de Derecho Civil*, IX, 4, (octubre-diciembre 1956), Págs. 1.162 y 1.163.

unas normas son prevalentes ante los actos privados y que otras no”, deduciendo el orden de prelación: “*1º norma imperativa, 2º precepto privado, 3º norma dispositiva*”, siendo el carácter esencial de estas últimas, permitir, “*un mayor juego a la autonomía de la voluntad*”, convirtiendo su regulación en supletoria, “*en cuanto que, sirve para llenar los claros y lagunas de los negocios privados*”.

De Castro⁴⁶⁶, contrapone autonomía como sinónimo de libertad, con heteronomía identificada con subordinación, de forma que, normas heterónomas, serán las que “*vienen dadas*” y limitan, son leyes imperativas, pero a la vez son una referencia para el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

No existe definición legal de norma imperativa, ni de norma dispositiva, pero en todos los cuerpos legales, y en las leyes especiales, encontramos preceptos que establecen limitaciones, y otros que conceden un margen a la regulación voluntaria.

El artículo 1275 del Código Civil, establece que, “*los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno*”, refiriéndose, a continuación a la causa lícita, como aquella que, “*se opone a la ley o a la moral*”. El artículo 767, en relación con la institución de heredero, dispone que, “*la expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita*”, y el último inciso del citado precepto, “*la expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita*”. A su vez el 792, preceptúa que, “*las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aún cuando el testador diga otra cosa*”. De literal idéntico es el artículo 1116 respecto a los contratos aludiendo a “*las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa*”.

Diez Picazo⁴⁶⁷, contrapone las leyes dispositivas a las imperativas, que llama Derecho necesario, o “*conjunto de normas de eficacia preferente en la regulación de la relación jurídica, de tal manera que excluyen o impiden la vigencia y efectividad de los preceptos de autonomía privada. Las partes no pueden establecer un régimen distinto*”.

⁴⁶⁶ *El negocio jurídico*, Pág.13.

⁴⁶⁷ La autonomía privada y el derecho necesario en la LAU, Anuario de Derecho Civil, IX, 4, octubre-diciembre 1956, Págs. 1164, 1.165, 1.166, 1.167 y 1.168, y *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I “Introducción y Derecho de la persona. Autonomía privada. Personas jurídica”, pág. 379.

del señalado por las normas de Derecho necesario”; porque, *“la norma imperativa es así lo que antes denominamos límite legal de la autonomía”*.

¿Cómo podemos saber qué norma es imperativa y qué norma no lo es?, ¿cómo apreciar cual es el margen de autorregulación en una determinada materia o cuestión?

La autonomía privada se concibe como poder de constitución de relaciones jurídicas, y como poder de determinación del contenido de las mismas. Ese doble sentido, es el que sigue la ley en la limitación de su ejercicio, que se completa según apunta Diez Picazo; bien, prohibiendo determinados negocios, por ejemplo, el de subenfiteusis en el artículo 1654 del Código Civil; o, limitando o impidiendo, el poder de constitución de relaciones jurídicas o de determinados negocios, a la vez que, impone con carácter coactivo otros, como la compraventa o el arrendamiento, llamados contratos forzosos.

Las relaciones jurídicas constituidas al amparo de la autonomía de la voluntad, existen porque lo permite la ley, a la vez que, limita el contenido de sus estipulaciones, son negocios jurídicos libres, y permitidos, pero sujetos a restricción, como puede ser, la prohibición de un pacto determinado como es el comisorio en la prenda, hipoteca o anticresis, según los artículos 1859 y 1884 del Código Civil; o, el pacto que excluye a un socio de las ganancias o de las pérdidas del artículo 1691.

Evidentemente, son normas imperativas limitativas de la autonomía de la voluntad, las que establecen los presupuestos y requisitos subjetivos y objetivos de un negocio, la causa del negocio (existencia y licitud), requisitos formales de celebración, requisitos y condiciones de la voluntad (vicios del consentimiento, y manifestación del negocio para que alcance eficacia), el contenido del negocio, sobre todo el esencial que es el que corresponde al conjunto de derechos y obligaciones consustanciales al tipo de negocio que se pretende celebrar.

2.2. LA MORAL

La moral, es mencionada en el artículo 1255 del Código Civil, como segundo límite a la autonomía de la voluntad, siendo objeto de continua referencia, junto a la buena fe. En esta línea, el artículo 1/3º del Código Civil, admite la costumbre como fuente del Ordenamiento Jurídico,

siempre que no sea contraria a la moral; y, el 7/1º exige que los derechos se ejerciten *“conforme a las exigencias de la buena fe”*.

Las Leyes especiales, también aluden a la buena fe como criterio al que, se debe acomodar el ejercicio de los Derechos y obligaciones que regulan; y, así se expresa la Ley de Arrendamientos Urbanos. El *“respeto a las reglas de la buena fe procesal”*, es exigido, asimismo, por el artículo 247 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000.

Pero, ¿qué es la moral?, al igual que sucede con muchos conceptos y principios continuamente aludidos, no existe una definición legal, dependiendo su alcance y significado del arbitrio de las ideas imperantes en la sociedad de cada momento. Ante tan frágil y variable referencia, ha sido necesario enunciar ciertos criterios estables como guía de su apreciación y aplicación.

La moral se identifica con las reglas propias de la ética, la buena fe, como hemos comprobado en los preceptos citados, y todo canon imprescindible para la convivencia armónica de la sociedad; pero, no con los preceptos de una confesión religiosa, porque se estaría infringiendo el principio de libertad religiosa y de creencias; ni, con la ética particular de cada individuo, porque sería abandonar la regulación de las relaciones jurídicas, a la conveniencia e interés de un sujeto, que podría o no coincidir con el interés general de la sociedad, generando una continua inseguridad jurídica⁴⁶⁸.

En principio, la moral como límite de la autonomía de la voluntad impide el negocio inmoral, y en este sentido, se pronuncian los artículos 1275 del Código Civil en sede de obligaciones y contratos, declarando nulos los contratos sin causa o con causa ilícita, definiendo esta como aquella que se opone a la ley y a la moral. El 1271, prohíbe los servicios contrarios a las buenas costumbres, y excluye como objeto de los contratos las cosas que están fuera del comercio de los hombres, y las futuras. Y el 1272, establece que *no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles*; y el 1273 define el objeto del contrato como *“una cosa determinada en cuanto a su especie”*. Digamos que la moral, se identifica con lo lícito, lo legítimo, con todo lo que no signifique una infracción flagrante de los fundamentos y principios del interés general y de la seguridad jurídica, con el bien común.

⁴⁶⁸ Apreciación en la que coinciden tanto De Castro como Díez Picazo, en las obras ya citadas.

2.3. EL ORDEN PÚBLICO

El tercer límite del artículo 1255 del Código Civil, es el orden público, invocado también en los artículos 1/3º como limitación de la aplicación de la costumbre, el 6/2º, *“la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público, ni perjudiquen a terceros”*; y 12/3, respecto a la aplicación de la ley extranjera, que, *en ningún caso tendrá aplicación...cuando resulte contraria al orden público*”. Para Díez-Picazo⁴⁶⁹, este concepto es quizá *“uno de los más difíciles e imprecisos de los empleados por nuestro Código Civil”*, aunque, es *“más fácil de intuir que de definir por tratarse de un concepto vago, pero fundamental”*.

El orden público, suele confundirse con las leyes imperativas, o con las normas de organización de la Administración Pública, en sus diferentes ámbitos: estatal, autonómico, o municipal, igual que ocurre con la moral, es mencionado por todos los Códigos Civiles sin definirlo, y el nuestro no es una excepción en este sentido, convirtiéndose en un concepto jurídico indeterminado de contenido variable según los tiempos, los lugares, y las circunstancias.

De Castro⁴⁷⁰, lo relaciona directamente con las cláusulas generales de las leyes, la diligencia de un buen padre de familia, las buenas costumbres, la buena fe, la equidad, o el abuso de derecho, como conceptos o ideas que se refieren a los deseos e intereses de la sociedad en un momento y circunstancias determinados. Una materia es considerada de orden público cuando está enraizada fuertemente a los principios fundamentales de la sociedad, correspondiendo a los poderes públicos el establecimiento de su régimen jurídico como garante de la salvaguarda de los derechos y libertades. Nos estamos refiriendo, a las llamadas materias o cuestiones indisponibles, que no pueden ser reguladas por la voluntad de los particulares.

Tanto el orden público como la moral o las buenas costumbres, operan en el ámbito de las normas imperativas, y son la expresión de los Principios Generales del Derecho, respecto a su función de límite de la autonomía de la voluntad en los aspectos que esta los vulnera.

⁴⁶⁹ “La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos”, pág. 1.158.

⁴⁷⁰ CASTRO Y BRAVO, Federico De, “Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, la defensa de la competencia: el orden público: la protección del consumidor”, *Anuario de Derecho Civil*, (octubre-diciembre de 1982).

2.4. OTROS LÍMITES

Por último, existen los llamados límites intrínsecos, entre los que se encuentra el abuso de derecho, el artículo 7/2º del Código Civil, dispone, que: *“la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”*.

El significado de este precepto, es la aceptación de la doctrina del abuso del Derecho y del ejercicio antisocial del mismo, como límites del Ordenamiento Jurídico; extremo, ratificado, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al establecer en el artículo 247/2, que, *“los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”*; es decir, es inviable cualquier litigio que tenga por objeto una cuestión que constituya un abuso de derecho.

De Castro⁴⁷¹, deja constancia de la necesidad de incluir expresamente como limitación, el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, al significar la utilización de la ley como instrumento para eludir los fines del Derecho, constituyendo la perversión del Ordenamiento Jurídico en sí mismo, al pretender la satisfacción de intereses particulares espurios, en perjuicio de los generales.

3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La primera presencia de la autonomía de la voluntad en un Ordenamiento Jurídico, data del siglo II antes de Cristo en el Derecho Romano, limitándose a ciertos contratos de naturaleza consensual, distinguiendo entre el simple acuerdo de voluntades sin vínculo obligatorio, que recibía el nombre de convención o pacto, y el contrato propiamente dicho, en el que, el acuerdo de voluntades se sometía a una forma determinada, como requisito exigido por el Derecho para la eficacia de los efectos convenidos, concebidos como obligaciones a cuyo cumplimiento se vinculaban las partes.

El derecho sucesorio era parte del Ordenamiento Jurídico de Roma, siendo el testamento su institución característica, definido como el conjunto de disposiciones que la persona que lo otorga prevé libre y voluntariamente, con el objeto de ordenar el destino de su patrimonio, y ciertas cuestiones personales y familiares para después de su muerte.

⁴⁷¹ CASTRO Y BRAVO, Federico, De, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, Pág. 987.

En la Edad Media, predomina la forma canónica, encontrando el dogma de la autonomía de la voluntad, su origen en los tratadistas de la teología moral y los canonistas, su afirmación con Grocio, su divulgación con Rosseau y Kant, imponiéndose con la Revolución Francesa, para, por fin, ser plasmado en la ley en el Código de Napoleón, en el artículo 1134, con el siguiente literal: ***“las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”***⁴⁷². Este precepto significó en su momento, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como principio general del derecho, constituyendo el antecedente de una serie de artículos que con idéntica o similar redacción fueron recogiendo los diferentes cuerpos legales de los demás ordenamientos, entre ellos el Código Civil español de 1889 en su artículo 1091. De esta manera, el Derecho Privado, y dentro del mismo las relaciones jurídicas patrimoniales, se convirtieron en el ámbito propio de ejercicio de la autonomía de la voluntad, identificándose esta con el contrato, apareciendo la noción de negocio jurídico.

La teoría normativa del negocio jurídico, confiere la posibilidad real de crear una relación jurídica y de normalizarla, distinguiendo el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, y el poder de esa voluntad, referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos⁴⁷³. El ejercicio eficaz de la autonomía de la voluntad en el Derecho, queda vinculado al contrato, con la única limitación que la establecida, en virtud del expreso mandato de la Ley; siendo esta figura en todas sus diversas formas, el instrumento de penetración del principio en otras materias jurídicas, mediante la noción de negocio jurídico que en su modalidad de contrato bilateral es la máxima expresión de la autorregulación.

En el siglo XX, se produce con carácter general, una postulación de la autonomía de la voluntad, acompañada de la intervención de los poderes públicos, que imponen una serie de limitaciones, al objeto de garantizar la protección de los Derechos Fundamentales frente a posibles excesos. El Estado interviene, promulgando una serie de leyes imperativas excluyendo la libertad de contratación en determinadas materias, de trascendencia para la protección de las clases más débiles, apareciendo figuras contractuales con una forma y fondo que no corresponde con la noción tradicional del contrato, como son los contratos de trabajo, de seguro, de transporte, o de

⁴⁷² AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, “Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”, *Anuario de Derecho Civil, Tomo XXXVI, 4º*, (1983), Pág. 1.131.

⁴⁷³ CASTRO y BRAVO, Federico De, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil, XXXIV, 4 Págs.* 978-1085, y en *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid (1985), Pág. 11.

arrendamiento, tienen que observar unas determinadas cláusulas que exceden de la voluntad de los particulares que los suscriben, y a los que, O'Callaghan⁴⁷⁴, se refiere como “*contratos restringidos y contratos forzosos*”, produciéndose una reacción a las denominadas cláusulas abusivas, típicas o al menos frecuentes, en esos tipos contratos entre los que destacan los de adhesión⁴⁷⁵.

Diez Picazo⁴⁷⁶, en un sentido general, habla de la crisis del contrato, cuando analiza, el intervencionismo de los poderes públicos en aras de la protección, de aquellos que se consideran más débiles o en una posición más vulnerable dentro de la sociedad, y que requieren ser protegidos de los abusos de quien se sitúa en posiciones fuertes. De ahí por ejemplo la legislación en materia de defensa de los consumidores y usuarios, que genera la nulidad de las cláusulas abusivas, como la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de Consumidores y Usuarios, en los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales.

Pero es innegable la imposición de la autonomía de la voluntad, como principio frente al Estado, que queda relegado a un papel de garante del pleno ejercicio de los derechos fundamentales, y a evitar el abuso de Derecho. Hoy, más que nunca, la autonomía es un poder o facultad general que, tiene como objeto tanto la esfera personal como la patrimonial; es decir, toda la vida jurídica del individuo. Otorgar un testamento, celebrar un contrato de cualquier clase, resolver de mutuo acuerdo una crisis matrimonial, o prever la autoprotección en una futura situación de pérdida de facultades, no es un derecho subjetivo, es una manifestación del ejercicio de un derecho fundamental, como es la libertad, que se plasma en la autorregulación de los asuntos propios, alcanzando todos los ámbitos⁴⁷⁷.

4. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La autonomía privada, “*es un principio tradicional del Derecho Español, que ha reconocido y defendido siempre el valor sobrenatural del individuo y la necesidad de la protección de la realización de sus fines*”,

⁴⁷⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil. IV. “Derecho de Familia”*. Edersa, (1996), Pág. 268.

⁴⁷⁵ AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, “Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”, Pág. 1.141

⁴⁷⁶ DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, “¿Una nueva doctrina general del contrato?”, en *Anuario de Derecho Civil, XLVI, 4º*, (octubre-diciembre/1993), pág. 1.706.

⁴⁷⁷ DE LOS MOZOS, José Luis, *La teoría general del negocio jurídico*, Pág. 789; DÍEZ PICAZO, Luis, “La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de arrendamientos urbanos”, Pág. 1.152.

asevera el profesor Díez Picazo⁴⁷⁸, siendo ejemplo numerosos preceptos entre los que citamos los siguientes:

La Ley de Bases del Código de Comercio de 1885, deja claro, que, en materia de transacciones mercantiles, ***“no debe ser la ley molde inflexible que reduzca a tipos elegidos a priori las combinaciones infinitas de los cambios”***; es decir, la única regla es la libre voluntad de las partes.

El Código Civil refleja el principio de la autonomía de la voluntad, estableciendo la eficacia preceptiva y vinculante de las estipulaciones acordadas por particulares en el artículo 1091: ***“las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos”***, reconociendo el poder regulador de la voluntad de los particulares en el artículo 1255 al permitir que, ***“los contratantes pueden establecer, los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral, ni al orden público”***; definiendo el nacimiento o constitución de un contrato en el 1.254, que tendrá lugar ***“desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, en dar alguna cosa o prestar algún servicio”***.

El Derecho español, sigue la línea de los demás Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno, acogiendo la autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial, experimentando una progresiva e imparable penetración del principio en otras materias, hasta llegar al momento actual en el que, la generalización de su ejercicio es una realidad, eso sí, con los límites legales pertinentes, que en ningún caso se pueden ignorar.

5. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA

La autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia, es una cuestión, que gira entorno a dos posturas doctrinales opuestas; una que, consideraba, esta materia como parte del Derecho Civil, con ***“unas características propias, cifradas en su origen, su estructura y su finalidad”***, en palabras de De Los Mozos⁴⁷⁹, que definen el carácter imperativo de sus precepto excluyéndola de la autorregulación.

⁴⁷⁸ DÍEZ PICAZO, Luis, “La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de arrendamientos urbanos”, Pág. 1.156.

⁴⁷⁹ DE LOS MOZOS, José Luis, *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy.* “La autonomía del Derecho de Familia”, Departamento de Derecho civil. Universidad de Valladolid. Volumen I, (1981).

Hernández Gil⁴⁸⁰; puntualizó las especiales características de esta materia, subrayando que, ***“la función predominante que en él, (en el Derecho de Familia), desempeña el deber frente al poder, como elemento del derecho subjetivo, la más estricta conexión con los principios morales y religiosos, la actuación constante en su seno de principios de Derecho Natural, y su importancia con respecto a la organización del Estado, son otras tantas notas que se acentúan en el Derecho de Familia”***.

La postura contraria, reitera los caracteres específicos propios del Derecho de Familia, considerando que, esas especialidades no fundamentan la exclusión de la autonomía de la voluntad como forma de regulación de las relaciones familiares. En esta línea, Díez Picazo⁴⁸¹, aduce que, ***“la vida y el desarrollo de un pueblo, su progreso económico y su evolución política, están supeditados al bienestar, a la perfección de la vida familiar”***. En consecuencia, el Derecho de Familia, se integra en el Derecho Civil como una parte más del Derecho Privado, manteniendo sus propios caracteres, y por supuesto, la aplicación del principio que nos ocupa.

La posibilidad de autorregulación de las relaciones familiares, no implica que, el Derecho de Familia pierda su condición de interés público y general⁴⁸², no hay que olvidar que existe un importante componente de carácter privado constituido por los vínculos de parentesco que unen a las partes involucradas en las relaciones jurídicas propias de esta materia, determinando la tendencia a su resolución mediante disposiciones voluntarias. A tal fin Díez Picazo, propone la figura del ***“negocio jurídico del Derecho de Familia”***, y el profesor Albadalejo⁴⁸³, , alude al ***“negocio jurídico familiar, negocios de familia o de Derecho Familiar”***, que, define, como aquellos, ***“que persiguen el fin de constituir, modificar o extinguir relaciones familiares, como el matrimonio, la adopción, el nombramiento de tutor etcétera”***, que se distinguen de otros como son las capitulaciones patrimoniales, que llama ***“patrimoniales”*** o ***“patrimoniales familiares”***, que regulan el régimen patrimonial de las relaciones familiares.

⁴⁸⁰ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *El concepto de Derecho civil*. Madrid, (1943), págs. 170 y 171.

⁴⁸¹ DÍEZ PICAZO, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, IV, Ed. Tecnos, Madrid, (1986), página 46, DÍEZ PICAZO, Luis, “La reforma del Derecho de Familia”, recogido en *Familia y Derecho*, Ed. Civitas, (1985).

⁴⁸² Prueba de que la familia nunca ha dejado de ser una cuestión de interés público son los artículos 39 y 49 de la Constitución de 1.978, que vincula su protección a los poderes públicos.

⁴⁸³ ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona, 1958, página 70. En el mismo sentido, DÍEZ PICAZO, Luis, “El negocio jurídico del Derecho de familia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XLIV, (1962), página 780.

Las relaciones jurídicas familiares se constituyen, en virtud de, una declaración de voluntad, definida como acto de poder familiar o estatal, no como ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. Estas declaraciones, se refieren a los actos propios del Derecho de Familia, como el matrimonio o la adopción, regulados por la ley, que establece con carácter imperativo los requisitos de su validez y eficacia. Pero la realidad es que, un matrimonio o una adopción se celebran, porque así lo deciden libre y voluntariamente las partes, comprometiéndose y aceptando los efectos jurídicos inherentes al acto que realizan.

El Código Civil en su primera redacción de 1889, se ajustó a la noción tradicional del Derecho de Familia, como materia de interés público, excluida como tal, de la autonomía de la voluntad, pero la evolución de la sociedad caminó en sentido opuesto, acentuándose esta postura en la segunda mitad del siglo XX, hasta el punto, de provocar una evidente situación de incongruencia entre la realidad y el Derecho, que condujo irremediablemente a la irrupción de la autorregulación de las relaciones jurídicas familiares, en todos sus extremos.

La rigidez del Derecho de Familia, comienza sino a derrumbarse, si a suavizarse poco a poco en 1958, con las tímidas reformas que introduce la Ley de 24 de octubre, en materia de adopción. Le seguirá, la Ley de 4 de julio de 1970, que modifica el capítulo V del Título VII del Libro I, de gran trascendencia práctica al referirse a las relaciones paterno filiales.

En 1972, se abolió la regla del artículo 321, que limitaba la libertad de las hijas de familia mayores de edad pero menores de veinticinco años, iniciándose la evolución imparable de apertura del Derecho de Familia a la autonomía de la voluntad, que continua con la Ley de 2 de mayo de 1975, recibiendo el impulso definitivo con la Constitución de 1978, que juega un papel decisivo, en el cambio de rumbo al proclamar en su artículo 32, la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el matrimonio, y en el 39 la protección integral de los hijos, independientemente de la naturaleza de su filiación.

A partir de ese momento, la autonomía de la voluntad como forma de regulación, se extiende no solo a las cuestiones patrimoniales y de carácter negocial, sino también a las personales y a los intereses subjetivos en general, afectando así de pleno al Derecho de Familia, imponiéndose cada vez con más fuerza, reconociendo así la potestad de autodeterminación de cada sujeto, como expresión de los valores y principios constitucionales, y fundamento de la libertad individual.

Las reformas se suceden, de manera, que, la Ley de 13 de mayo de 1981, modificó el régimen económico matrimonial, el de la patria potestad, el de filiación equiparando los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, con la potenciación de la investigación de la paternidad, revisando la normativa aplicable a la institución matrimonial, requisitos y presupuestos de celebración del matrimonio, y régimen jurídico de nulidad del matrimonio y separación de los cónyuges.

La Ley de 7 de julio de 1981, se encarga de regular las situaciones de crisis del matrimonio, previendo el procedimiento de mutuo acuerdo, en el que los cónyuges acuerdan libre y voluntariamente no solo su separación, o la disolución de su matrimonio por divorcio, sino también las estipulaciones por las que se regirán a partir de ese momento sus relaciones familiares de carácter personal y patrimonial, por medio del convenio regulador del artículo 90 del Código Civil.

El Derecho de Familia continúa siendo una cuestión de interés público, el mismo artículo 39 de Constitución compromete a los poderes públicos en la protección de la familia, lo cual no es un impedimento, para que el acuerdo de voluntades entre los cónyuges, sea considerada como la mejor opción, para la resolución de los problemas y conflictos que afectan a la familia, al proceder de quien desde la intimidad conoce mejor las circunstancias y puede remediarlos a la menor dilación, sin perjuicio del preceptivo control del Juez y del Ministerio Fiscal, y del respeto que deberán de observar las estipulaciones voluntarias a las disposiciones legales imperativas.

Nos hemos referido al Derecho de Familia en general, pero paralelamente, ¿qué ocurre con la guarda de los menores e incapacitados?.

6. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA TUTELA

El Derecho Romano distinguía tres clases de tutela, definidas por la forma de designación del tutor: la legítima, conferida por las XII Tablas al pariente varón y púber más próximo, y en el supuesto de que existieran varios en el mismo grado eran designados tutores todos. La tutela dativa, en la que el tutor era nombrado por el pretor en defecto de tutor legítimo y testamentario, y que reformó profundamente la institución al considerarse como una función pública, a la que el tutor designado no podía renunciar si no se justificaba la concurrencia de determinadas causas. Y la tutela testamentaria, en la que el páter, como función inherente a su posición asumía la tuición de los impúberes y de las mujeres de su familia, designándoles tutor en su testamento

Las Partidas, preveían las tres clases de tutela propias del Derecho Romano, por este orden de preferencia: testamentaria, legítima y dativa; extremo que evidencia el reconocimiento de la prevalencia de la voluntad del padre, del abuelo respecto del nieto bajo su potestad; de la madre, o del extraño que instituía heredero al menor, que por este orden eran los facultados para designar tutor.

El modelo tutelar de Las Partidas permanece inalterable hasta el Código Civil en su primera redacción en 1889, en la que, se reguló la tutela testamentaria en el artículo 206, permitiendo nombrar tutor y protutor a los menores e incapacitados, el padre, la madre, y los extraños que los instituyeran herederos o les dejaran legado de importancia, no surtiendo efecto este último nombramiento hasta que el consejo de familia aceptaba la herencia o el legado⁴⁸⁴. Se podían prever, además, otros extremos, como el nombramiento de los vocales del consejo de familia, (artículo 294), las causas de habilidad o inhabilidad del tutor cuando mantenga un litigio de importancia o adeude sumas de cuantía considerable, (artículo 237), establecer la exención o limitación de prestación de fianza en el artículo 260, ordenar la educación del tutelado y sus alimentos en el 264, fijar la pensión alimenticia en el 268, determinar la carrera u oficio del menor en el 269, la remuneración del tutor en el 276⁴⁸⁵.

Diez Picazo⁴⁸⁶; defiende la presencia de la autonomía de la voluntad en la guarda de menores e incapacitados, aduciendo que, ***“el régimen jurídico de la tutela aparece ordenado no solo por normas legales, sino también por una serie de disposiciones negociales”***, conformando el ***“negocio jurídico de ordenación de la tutela”***, que es ***“el segundo ingrediente importante para comprender el proceso de constitución”*** de la precitada institución, se define como ***“una declaración de voluntad, en virtud de la cual, la ley permite a determinadas personas un poder de configuración de la tutela de otras”***, y se caracteriza por ser, ***“unilateral, porque está formado por una sola declaración de voluntad. No es admisible un convenio sobre ordenación de la tutela”*** entre dos personas.

Para su efectividad no requiere que la declaración de voluntad sea aceptada por un destinatario concreto, siendo ***“no recepticio”***; al ser solo posible, la ordenación de la tutela en un testamento con efectos para el momento posterior a la muerte de los padres, es ***“mortis causa”***, señalando

⁴⁸⁴ Artículos 207 y 209 del Código Civil redacción de 1889.

⁴⁸⁵ DÍEZ PICAZO, Luis, “Notas sobre la institución tutelar”, *Familia y Derecho*, Civitas, (1985), Pág. 227, cuando estudia ***“el negocio jurídico de ordenación de la tutela”***.

⁴⁸⁶ “Notas sobre la institución tutelar”, en *Familia y Derecho*, Páginas 227-230.

como única especialidad que, ***“se encuadra, en general, dentro del ámbito de los negocios jurídicos del Derecho de Familia, y esto le imprime una peculiar configuración (ámbito de autonomía de la voluntad, capacidad, legitimación, forma, determinadas accesorias de la voluntad etc.”***.

El profesor Serrano García⁴⁸⁷, resume la tutela testamentaria del Código Civil en su redacción de 1889, afirmando que, ***“era una forma de señalamiento de tutor, que podía hacer el padre o en su defecto, la madre (artículo 206 antiguo). Lo único que tenía de singular era que la designación de la persona se hacía en testamento”***.

El cambio de orientación experimentado por nuestro Ordenamiento Jurídico, al amparo de los principios establecidos por la Constitución de 1978 propició la reforma del Derecho de Familia, y a continuación fue inevitable el comienzo inmediato de un proceso similar en la tutela, pronosticando la introducción de un amplio margen en el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la regulación de la protección de los menores de edad, y de las personas con capacidad de obrar modificada: la autotutela.

El 8 de mayo de 1981, el gobierno había remitido a las Cortes Generales un proyecto de ley, que contenía un artículo 223 del Código Civil, con el siguiente literal: ***“los padres podrán en testamento nombrar tutor, establecer los órganos de fiscalización de la tutela, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, y ordenar cualquier otra disposición, siempre que no sean contrarias a las leyes, o a las buenas costumbres”***. Ese primer proyecto de ley de reforma de la tutela, no salió adelante debido a que las Cortes Generales fueron disueltas y se convocaron elecciones en el mes de agosto de 1982. En el mes de enero de 1983, el nuevo gobierno envía a las Cortes Generales, un segundo proyecto de ley de reforma de la tutela que sería el que tras la tramitación parlamentaria oportuna, daría lugar a la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

No faltaron enmiendas intentando introducir la autotutela, que justificaban y fundamentaban su pretensión en la autoincapacitación, esa identificación fue el argumento utilizado para rechazar la institución, al considerar que la sociedad española por aquel entonces no estaba preparada para asumir la posibilidad de la incapacitación voluntaria, y en coherencia tampoco para la designación preventiva de tutor.

El artículo 223 del Código Civil, fue redactado como sigue: ***“los padres podrán, en testamento o documento público notarial, nombrar***

⁴⁸⁷ Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003, Pág. 165.

tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados". Cano Tello⁴⁸⁸, llama a esta tutela "*voluntaria*", porque, el llamamiento "*procede de la voluntad de los padres manifestada en testamento o documento público*", por esta razón, afirma que, "*ya no se le puede llamar testamentaria simplemente*".

El profesor Serrano García⁴⁸⁹, puntualiza que, "*después de 1983, no es propiamente delación de la tutela, porque por encima de la decisión paterna, está la decisión del Juez, que no es libre, sino que tiene que ser motivada y establecida en beneficio del menor o incapacitado*". Los padres tienen la facultad de designar tutor, establecer órganos de fiscalización y control, así como las personas que los integrarán, y "*cualquier disposición sobre la persona y los bienes de los hijos*", posibilidad que Serrano, califica como, "*lo más interesante de la redacción resultante de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, es que, además de señalar quien quieren los padres que ejerza la tutela, pueden señalar "órganos de fiscalización" y "ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados"*"; además, continua, "*la designación después de la reforma de 1983 puede hacerse en testamento o en documento público notarial. Puede ser hecha en testamento que no sea documento público (como ejemplo más frecuente, testamento ológrafo), o en documento público notarial, que no tiene por que ser testamento y que puede ser un documento directa y exclusivamente dirigido al nombramiento de tutor, o ser un documento que, además de otras disposiciones, contenga el nombramiento de tutor*", aludiendo al ejemplo que Gómez Oliveros expone, de una escritura de donación en la que se nombra tutor, indicando, que, si bien la reforma no implanta la autorregulación de la tutela, si permite un mayor número de instrumentos a los padres para la previsión de la de los hijos menores o incapacitados, incluyendo la posibilidad de hacerlo con efectos inter vivos, mediante un documento público notarial.

Otra ventaja del documento público, es la posibilidad de regulación conjunta de la tutela del hijo común por el padre y por la madre, obteniendo de este modo la uniformidad en el contenido de las disposiciones que permitirá la interpretación eficaz de la voluntad paterna. Al estar prohibido en nuestro Derecho el testamento mancomunado, el padre y la madre que opten por esta forma, no pueden prever conjuntamente la tutela de su hijo

⁴⁸⁸ CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, Pág. 42.

⁴⁸⁹ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, pág. 165, y pie de página 137.

común, pudiendo producir una descoordinación o incongruencia en las previsiones, con la consiguiente confusión en el momento de su aplicación.

Además, el testamento puede ser revocado constituyendo una fuente de conflictos, sí en el nuevo el testador no manifiesta con claridad la modificación de las disposiciones anteriores, el alcance de su sustitución y el contenido de las nuevas.

La Reforma de 1983, solo concedió margen a la voluntad de los padres, mientras que la del propio afectado, se limitaba a su preceptiva comparecencia en el procedimiento de incapacitación, con su defensa y representación, la audiencia del incapacitado prevista en el Código Civil, como medio de conocer su voluntad, tendrá lugar siempre que aquel tenga **“suficiente juicio”**, en diferentes ocasiones, como el nombramiento de tutor, (artículo 231 del Código Civil), o acordar alguna decisión importante sobre su persona o bienes, (artículo 273 del Código Civil), y en este caso, tan solo si el Juez lo considera oportuno.

El legislador pospuso la previsión de la propia tutela o autotutela, para otra ocasión, frustrando las expectativas de los estudiosos de la materia, que reiteradamente en sus análisis reclamaban la conveniencia de la introducción de la institución en nuestro Ordenamiento, considerando la reforma de octubre de 1983, la ocasión propicia, y adecuada para ello.

La Doctrina, manifestó abiertamente su descontento, afirmando que, **“la marginación de la autotutela en la Reforma de 1983, significa una oportunidad perdida, en orden a resolver un problema que se había detectado y puesto de manifiesto”**, palabras literales de Arce Flórez Valdés⁴⁹⁰, que deja constancia de la existencia de un **“movimiento doctrinal en general simpatizante con la autotutela”**, a pesar del cual, **“la reforma legislativa integrada en el Código Civil”**, (se refiere a la Ley 13/1983, de 24 de octubre), **“no le ha otorgado expresa acogida”**; continuando que, **“la inadmisión por el Código Civil, de un lado, contradice los sólidos y hasta sensibles argumentos esgrimidos a favor (derecho a la libertad y autonomía personales, beneficio del interesado), y de otra parte se funda en alegaciones un tanto marginales (riesgo de captación de la voluntad o superfluidad). Y, en definitiva, no se podrá afirmar la hostilidad declarada contra la figura, pero se soslaya su incorporación en base a un aplazamiento de prudencia legislativa”**; porque, **“la tutela deberá propiciar soluciones en previsión de que se produzca o emerja una enfermedad soterrada degenerativa de carácter**

⁴⁹⁰ ARCE y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín, “La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Madrid Civitas (2003), Págs. 207-220, Pág. 210 y ss.

psíquico o psico-físico, posible o predecible, que en el futuro incapacite, cuando el afectado desee darse su propia regulación”.

Castillo Tamarit⁴⁹¹; defiende una regulación de la autotutela en el Código Civil, aduciendo que, *“en efecto, el fundamento de que la ley conceda a los padres la posibilidad de nombrar tutor a sus hijos, o de prohibir que determinadas personas sean tutores de ellos, se encuentra en la idea de protección y beneficio de los menores o incapacitados; pues, en principio, nadie mejor que los padres para discernir quienes son los mas idóneos para ocupar cargos tutelares, o quienes son los menos idóneos. Y este mismo fundamento, “mutatis mutandi” lo encontramos en la autotutela, nadie mejor que uno mismo para apreciar quien cuidará de él, caso de incapacitación; o quien no está en condiciones de ser su tutor”.*

Amunategui⁴⁹²; censura la actitud del legislador de 1983, reclamando una regulación de la institución lo más pronto posible. Postura que reiteran otros autores, como Badosa Coll⁴⁹³, manifestando que, *la “no inclusión en el Código Civil de la autotutela y de la autoincapacitación o incapacitación voluntaria, no impide que continúen siendo proyectos legislativos para el futuro”.* García Granero⁴⁹⁴, a su vez aboga, por la *“conveniencia de una pronta regulación de la autotutela”.* Incluso, el Defensor del Pueblo redactó una recomendación al Ministerio Fiscal, que pedía, que, *“se considerase la conveniencia de regular expresamente la posibilidad de que, antes de la declaración de incapacidad, la persona interesada pueda preconstituir el régimen de tutela que le debe ser aplicado en caso de ser declarado incapaz”*⁴⁹⁵.

Pese a los reclamos de la Doctrina, y de los sectores implicados en el mundo de la discapacidad, la situación permanecerá inmutable hasta 2003, cuando, la Ley 41, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, con el fin de proporcionar un marco legal de protección integral a las personas con discapacidad, aborde las reformas

⁴⁹¹ CASTILLO TAMARIT, José, “Tutela, autotutela protección de menores”, *Revista Jurídica del Notariado*, (julio-septiembre de 2001), Págs. 39-53, Pág. 42.

⁴⁹² AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *Revista de Derecho Privado* Núm. 1-2/2006, (Enero - Febrero 2006), utilizamos la versión digital, Id. vLex: VLEX-28986 Versión generada por el usuario ICAM (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), el 11 Febrero 2009.

⁴⁹³ “La autotutela”, en el *Libro Homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, Ed. Bosch, Barcelona, Pág. 903.

⁴⁹⁴ GARCÍA GRANERO COLOMER, Ana Victoria, “La autotutela en el Derecho Común Español” en *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, enero 1998, Págs. 199-251, Pág. 251.

⁴⁹⁵ Citada por SEGURA ZURBANO, José María, “La auto-incapacitación, la autotutela, y los poderes preventivos de la incapacidad”, en la obra colectiva, *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Director: SANTOS URBANEJA, Fernando, Cuadernos de Derecho Judicial XX, 2005, Consejo General del Poder Judicial, Pág. 77.

oportunas de las instituciones jurídicas, en su regulación en el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la normativa tributaria, estableciendo a la vez, las figuras nuevas, como el patrimonio protegido o la autotutela, que tienen como objeto la autoprotección mediante la configuración de las reglas oportunas por la libre voluntad del interesado.

7. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA SANIDAD

La enfermedad es una situación de vulnerabilidad, que altera las condiciones habituales de desarrollo de la vida. Si bien, no podemos generalizar que la pérdida de salud implica el desamparo del enfermo, si es evidente, que lo sitúa en un contexto al menos delicado y susceptible de protección⁴⁹⁶.

Esa vulnerabilidad, desamparo, o situación delicada, que se deriva de la enfermedad, fue tradicionalmente el fundamento de la actuación del médico en beneficio del enfermo, actitud reconocida como principio del ejercicio de la medicina, en el mismo juramento hipocrático, que el año 400 antes de Cristo establecía que, *“el médico deberá actuar según la tradición médica y su juramento hipocrático en bien del paciente, sin dejarse influir ni por otras razones ni por nadie”*. La propia conciencia del médico, respecto a lo que consideraba mejor para su paciente, y el Código Deontológico, eran los medios de control del ejercicio de la medicina.

La autonomía de la voluntad penetra también en este ámbito, y en los años cincuenta del siglo XX, se abre una corriente de sobre todo en Estado Unidos que, predicaba el derecho del individuo a decidir libre y voluntariamente frente al poder del Estado en las cuestiones sanitarias que le afecten. La traducción práctica de esta postura fue que la confianza que el paciente deposita en el médico fundamentada en las virtudes éticas y profesionales de este último, se corresponde correlativamente con la consideración del facultativo respecto al enfermo como una persona autónoma y responsable de sus actos, con unos principios y valores propios, que no tienen porque coincidir con los de las personas encargadas del cuidado de su salud. El enfermo abandona la situación de persona tutelada por el médico, para convertirse en usuario de los servicios sanitarios con opinión propia y derecho a tomar sus decisiones de acuerdo

⁴⁹⁶ Utilizamos la siguiente bibliografía: ARCE y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín, “La incapacidad eventual de autogobierno, y las declaraciones anticipadas, (La Tutela del Siglo XXI)”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid Civitas (2003), págs. 207-219; DURÁN CORSANEGO, Emilio, *La autorregulación de la tutela*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid (2007); SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la Ley 41/2.003*, Editorial Iustel, Madrid (2.008).

o en contra del dictamen de los profesionales encargados de su atención y cuidado.

Los avances médicos y científicos, tienen mucho que ver, en el cambio de postura apuntado, y en la reivindicación de los derechos de los enfermos, que tiene como consecuencia, el desarrollo de disciplinas como la bioética, como materia de estudio y enunciación de las normas de influencia y control de la actuación de los médicos. Es la crisis del modelo clásico de la relación médico-paciente, que tiene su máximo reflejo en la formulación del derecho al consentimiento informado.

7.1. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, regula por primera vez en el ordenamiento jurídico español el consentimiento informado, en los apartados 5 y 6 del artículo 10, como *derecho de todo paciente a ser informado por el facultativo y demás profesionales sanitarios que le atienden, todos los extremos relativos a su estado de salud, alternativas de tratamiento médico, intervención quirúrgica, y las posibles consecuencias o secuelas que pudieran derivarse*. Lachica López⁴⁹⁷; señala, como objetivo de esta institución, *“promover la autonomía individual y estimular la toma de una decisión racional”*; porque, *“las personas tienen derecho a tener sus propios puntos de vista, a tomar sus propias decisiones y a realizar acciones basadas en los valores y creencias propias”*. En este contexto, *“desde el punto de vista jurídico, es una teoría creada para transformar la esencia de la relación médico paciente de tal forma que la autoridad en dicha relación se desplace del médico al paciente. Para ello se le exige al médico el cumplimiento de dos deberes legales distintos pero relacionados entre sí”*, como es, *“informar adecuadamente al paciente para que pueda tomar libremente una decisión sobre su procedimiento terapéutico o diagnóstico, o para ser sujeto a una investigación o experimentación. Y todo ello porque la comunicación es el proceso sobre el que se debe fundamentar la relación médico paciente”*, y *“obtener el consentimiento del paciente antes de realizar cualquier actuación sobre él”*.

El consentimiento informado, es *“un proceso gradual y continuado, en ocasiones plasmado en un documento, mediante el que un paciente capaz es adecuadamente informado por su médico, acepta o no someterse*

⁴⁹⁷ LACHICA LÓPEZ, Emilia, “Las instrucciones previas en el ámbito sanitario. Discapacitado y sistema sanitario: Información y consentimiento”, en la obra colectiva, *Discapacitado, Patrimonio separado y legítima*, Director: SANTOS URBANEJA, Fernando, Cuadernos de Derecho Judicial XX, 2005, Consejo General del Poder Judicial, Págs. 103 y ss.

a determinados procedimientos diagnósticos o terapéuticos, en función de sus propios valores". Es el derecho del paciente, reconocido en el artículo 10, párrafo 5, de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, a que *"se le dé en términos comprensibles, a él, (al enfermo), y sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento"*. *"En definitiva, el consentimiento informado surge del reconocimiento de la importancia que tiene para los enfermos el poder participar en el proceso de toma de decisiones que le afectan, para lo que es fundamental la información"*⁴⁹⁸.

Sin conocer el diagnóstico de su dolencia, el enfermo carece de elementos de juicio para decidir lo que le conviene, no solo en el presente, sino también en el futuro, mediante el conocimiento de todos los extremos de su situación sanitaria elevado a derecho, su dignidad permanece incólume, a pesar de su enfermedad, como titular sus Derechos Fundamentales, y lo que es más importante, continuando su ejercicio efectivo mientras sus facultades se lo permitan, estableciendo las reglas oportunas para el momento en el que no pueda expresar su voluntad. En el ámbito jurídico la consecuencia será la introducción de la figura de las instrucciones previas a nivel estatal con la Ley de Autonomía del Paciente, y a todas y cada una de las leyes promulgadas por las Comunidades Autónomas en esta materia.

Cataluña fue la primera, con la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los Derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica; materia recogida, por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, con entrada en vigor el 1 de enero de 2011 que deroga la Ley 9/1998, de 15 julio, del Código de familia, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja y la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua.

El precitado Código Civil de Cataluña, en el Capítulo II bajo el epígrafe *"Autonomía de la persona en el ámbito de la salud"*, del Título I dedicado a la persona física, regula en el artículo 212, las figuras propias del ejercicio de la autonomía de la voluntad en la esfera sanitaria como son: el derecho a la información sobre la salud en el párrafo 1, el consentimiento informado en el 2, y el documento de voluntades anticipadas en el 3.

Todas las comunidades autónomas cuentan con legislación en la materia, que a continuación detallamos por orden cronológico:

⁴⁹⁸ LACHICA LÓPEZ, Emilia, obra citada, Pág. 104.

Galicia: Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; Extremadura: Ley 10/2001, de 28 de junio, de salud de Extremadura; Madrid: Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid; Aragón: Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón; La Rioja: Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud; Navarra: Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a la voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica (modificada por la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril); Cantabria: Ley 7/2002, de Ordenación sanitaria de Cantabria; País Vasco: Ley 7/2002, de 12 de diciembre, del Parlamento vasco, de voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad; Valencia: Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana; Baleares: Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears; Castilla y León: Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud; Andalucía: Ley 5/2003, de 9 de octubre, de la Junta de Andalucía, de declaración de voluntad vital anticipada.

II-. LA AUTOPROTECCIÓN

1. LAS INSTRUCCIONES PREVIAS

Las instrucciones previas y el testamento vital, son las figuras que surgen en el ámbito sanitario, como consecuencia del reconocimiento del consentimiento informado. Es lógico que, correlativamente al derecho del paciente a conocer el diagnóstico de su enfermedad, los tratamientos aplicables y las posibles secuelas para su salud e integridad, se corresponda la facultad de decidir sobre la clase de atención medica quiere recibir.

1.1. ANTECEDENTES

El testamento vital, es el antecedente más remoto de las instrucciones previas, como documento, en virtud del cual, una persona decide la aplicación o no aplicación de ciertos tratamientos médicos, o de medios artificiales de alargamiento de la vida en una situación de enfermedad terminal, así como el destino de sus órganos después de su muerte.

En 1997, la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud, celebra en Oviedo, el Convenio del Consejo de Europa, relativo a los Derechos Humanos, y a la biomedicina, conocido como Convenio de Oviedo. La conclusión fue la toma en consideración de los deseos y preferencias del paciente, con anterioridad a una intervención

médica, en previsión de que en el momento de producirse esta última, aquel no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

El Convenio de Oviedo, fue ratificado por España el 23 de julio de 1999, y entró en vigor el 1 de enero de 2000, su objeto, es ***“la protección del ser humano en su dignidad e identidad”***, así como, ***“garantizar el respeto a la integridad de las personas, a sus derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”***.

En el año 1999, el Código de Ética y Deontología Médica, se pronunció en párrafo 2 del artículo 27, ubicado en el Capítulo VII, bajo el epígrafe, ***“De la Muerte”*** que, ***“el médico....ha de tener en cuenta la voluntad explícita del paciente a rechazar el tratamiento para prolongar su vida y a morir con dignidad. Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente.....”***.

1.2. CONCEPTO

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, define en su artículo 11 las instrucciones previas, como el documento, en virtud del cual, ***“una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y tratamiento de salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo, o de los órganos del mismo”***.

Anterior es la definición, de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del Consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, de Galicia, que en el artículo 5 párrafo 1º, se refiere a las instrucciones previas, como: ***“el documento en el cual una persona mayor de edad con capacidad de obrar suficiente y libremente, expone las instrucciones que se deben tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en la que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad”***. En definitiva, la Ley de Autonomía del paciente, es una respuesta a la importancia creciente en nuestra

sociedad de los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico asistenciales, afirma Lachica⁴⁹⁹.

El profesor Serrano García⁵⁰⁰, aduce que, *“el fundamento de esta nueva figura”* (las instrucciones previas) *“hay que buscarla en la autonomía de la voluntad y, en ocasiones es consecuencia del llamado “consentimiento informado”, establecido por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, (Art. 10) como “un derecho de los usuarios de los servicios de salud”, en virtud del cual, “el médico, antes de aplicar un tratamiento tiene la obligación legal de informar detalladamente de las consecuencias de la intervención que pretende realizar, y una vez recibida esta información, el paciente decide sobre si la consiente o no”, son, en definitiva, el instrumento, en virtud del cual, “la voluntad de proyecta directamente al ámbito sanitario sin distinguir entre la sanidad pública y la privada”*⁵⁰¹. Las *“instrucciones previas, documentos de voluntad vital anticipada, o testamento biológico, son, en resumen, el producto de una sociedad que valora sobre todo la autonomía y los derechos de los individuos y que han impuesto el modelo de autonomía en la relación médico-enfermo. También son consecuencia de la conjugación de ese factor social con el gran avance de la tecnología médica, capaz de mantener las funciones vitales y prologar la vida de los pacientes aún cuando ello no lleve aparejado la curación”,* puntualiza Lachica López⁵⁰².

Santos Urbaneja⁵⁰³, dice que en la Ley General de Sanidad de 1986, *“ya reconocía la autonomía del paciente pero siempre que éste lo manifestase al tiempo de producirse la necesidad de la intervención o del tratamiento. La Ley 41/2002, va mas allá pues permite manifestar anticipadamente la voluntad para el caso de que se carezca de capacidad de decisión en el momento en que se plantee la necesidad de intervención”*. Refiriéndose al documento de instrucciones previas afirma que, *“no es más que una modalidad de apoderamiento dirigido a surtir efecto en el ámbito sanitario”*.

⁴⁹⁹ LACHICA LÓPEZ, Emilia, “Las instrucciones previas en el ámbito sanitario. Discapacitado y sistema sanitario: Información y consentimiento”, Págs. 91, 92 y 93.

⁵⁰⁰ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Pág. 302.

⁵⁰¹ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad...*, Pág. 307.

⁵⁰² LACHICA LÓPEZ, Emilia, Las instrucciones previas en el ámbito sanitario....., Pág. 96.

⁵⁰³ “Fenómenos recientes producidos en el mundo de la discapacidad”, en la obra colectiva *Discapacitado Patrimonio separado y legítima*, Director: SANTOS URBANEJA, Fernando, Cuadernos de Derecho Judicial XX (2005), Consejo General del Poder Judicial, Pág. 37.

1.3. CONTENIDO

El contenido legal de las instrucciones previas, según lo dispuesto por la Ley 41/2002, se refiere a todos los extremos relativos a los cuidados y tratamiento de la salud, y el destino del cuerpo o de los órganos después del fallecimiento. Las intervenciones quirúrgicas y los tratamientos terminales, son regulados tanto por la legislación estatal como la autonómica, y el destino del cuerpo y de sus órganos, por el Real Decreto 2007/1999, de 30 de diciembre, disponiendo los aspectos oportunos correspondientes a las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos, y tejidos, estableciendo en el artículo 10, la posibilidad de extracción de los órganos después de la muerte siempre y cuando el fallecido no haya manifestado expresamente su oposición. Sí no existe previsión alguna en este sentido, la decisión será de los herederos, en el supuesto contrario, se respetará la voluntad de la persona fallecida, independientemente de la forma en la que la haya expresado.

Lachica López⁵⁰⁴, distingue tres tipos diferentes de supuestos que se pueden contemplar en las instrucciones previas: la de urgencia vital, cuando son formuladas para que surtan efecto en situaciones urgentes, críticas, vitales e irreversibles respecto a la vida, coincidiendo en su contenido con el testamento vital. El segundo sería el de la incapacidad, cuando el objeto de las instrucciones previas es la previsión de la pérdida total o parcial de facultades mentales como consecuencia del padecimiento de una enfermedad degenerativa, como puede ser el alzhéimer. Y por último, las instrucciones postmortem, disponiendo el destino del cuerpo, la donación total de los órganos o de algunos de ellos, para fines terapéuticos, docentes, o de investigación, una vez fallecida la persona, que las expresa.

El contenido del documento, podrá referirse, a una, varias, o a todas las situaciones descritas, expresando en general, ***“los criterios a tener en cuenta en cuanto a la primacía de valores y expectativas personales”***; y en especial, ***“las situaciones sanitarias concretas”***, a las que se aplicarán las instrucciones; los criterios y límites a las que se someterá la ***“actuación médica ante las decisiones previstas”***. Además, del nombramiento del representante, las disposiciones a seguir tras el fallecimiento, así como, todos los extremos que el interesado estime oportunos.

⁵⁰⁴ LACHICA LÓPEZ, Emilia, Las instrucciones previas en el ámbito sanitario..., Págs. 94 y 95.

Arce y Flórez-Valdés⁵⁰⁵, alude a **“situaciones especiales”**, que define como, **“principalmente de enfermedad”**, supuesto en el que, el contenido de las instrucciones previas puede considerarse como declaraciones de voluntades anticipadas en las que el declarante **“podrá establecer criterios o pautas en relación a la práctica de intervenciones quirúrgicas, tratamientos agresivos, (quimioterapia, radioterapia) o cruentos, recepción de órganos y otras semejantes, expresando sus deseos de someterse o abstenerse en función de los resultados médicamente previsibles para la calidad de vida posterior (y no solo para la supervivencia)”**. En el caso, de, que, la enfermedad sea terminal, **“podrán ofrecerse las pautas a seguir en el empleo de medios terapéuticos y analgésicos en este orden al modo recomendado por los testamentos vitales”**. Para después del fallecimiento, **“también se podrían dictar instrucciones, que hayan de ser cumplimentadas postmortem” elección de exequias, incineración o inhumación, donación de órganos”**.

La utilidad práctica de las voluntades anticipadas en defecto de autotutela es evidente pudiendo **“erigirse en sede para dictar instrucciones que constituyan la pauta de actuación del tutor y, en ellas, debieran tener cabida, entre otras, las siguientes cuestiones”**, como señalar las personas con facultades mancomunadas o solidarias, para promover la incapacidad legal, **“indicando los condicionamientos que pueda imponer o los asesoramientos e informes médicos a los que debieran atenderse”**. La designación de tutor que, **“se deferiría siguiendo las propias instrucciones del incapacitado al respecto, con preferencia a cualquier otro nombramiento, tanto si hubiese designado la persona o personas, física, jurídica simultánea o sucesivamente”**, y órganos o personas encargadas de la vigilancia de la tutela, aludiendo a la posibilidad del nombramiento para tal función de un protutor. En fin, convertirse en el instrumento, en virtud del cual, el otorgante proporciona a su futuro tutor los criterios, que quiere que siga, con la pretensión de que cumpla la obligación de velar por el tutelado que asumirá con la aceptación del ejercicio de dicho cargo, o **“al objeto de que pueda cumplirla de la forma más adecuada”**, además de prever otros extremos como los relativos a la atención personal, manifestando **“que esta se produzca a través del ingreso en residencia especializada, o su expresa negativa”**, u optando por otras soluciones como el acogimiento de mayores.

Serrano García⁵⁰⁶; insiste en esta idea, señalando como, **“contenido posible”** de las instrucciones previas, la **“previsión sobre el**

⁵⁰⁵ ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín: “La incapacidad eventual de autogobierno, y las declaraciones anticipadas, (La Tutela del Siglo XXI)”. Págs. 214, 215 y 216.

⁵⁰⁶ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Pág. 308.

internamiento”, afirmando que; “interesa resaltar a relación entre las instrucciones previas y el “internamiento en un establecimiento de salud mental del artículo 271 del Código Civil”, opinando que, “la situación hay que plantearla en sentido positivo: si el propio sujeto, cuando aún es capaz, manifiesta su voluntad de que, llegado el momento, sea internado, no parece que sea necesario obtener autorización judicial. La autorización judicial se refiere a la necesidad de la misma para el caso de internamiento involuntario. Si hay instrucciones de que la persona, llegado el caso, desea ser internada, no hará falta autorización judicial. Lo que no evita, entiendo, la comunicación al juez de la situación personal del incapacitado que desea ser internado. Lo que puede hacerse en cualquier momento, pero necesariamente en la rendición anual de cuentas, que abarca tanto lo referente a los bienes como lo atinente a la persona del incapacitado. A lo que entiendo, la mención del Código Civil al internamiento en un centro de salud mental, es aplicable a las residencias de mayores o de personas de la tercera edad”.

La Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, ofrece la posibilidad del nombramiento de tutor, y de la disposición del ejercicio de la tutela, en virtud del artículo 223 del Código Civil reformado, y entiendo que ese, es el cauce pertinente. Aunque las instrucciones previas, son de utilidad indiscutible, en los supuestos en los que se pretende proteger la inaptitud o pérdida de facultades, sin necesidad de acudir a la tramitación del procedimiento judicial de incapacitación. En estos casos, se puede resolver la administración del patrimonio en un mandato preventivo del artículo 1732 del Código Civil, y las cuestiones referentes a la atención de la persona, entre las que incluimos la salud, y otras como el internamiento en un centro geriátrico o de la clase que mejor se adapte a las necesidades o preferencias del afectado, en las instrucciones previas, que de esta manera, pueden convertirse en un instrumento eficaz de desjudicialización de la protección de una persona, que por razón del transcurso del tiempo pierde paulatinamente sus facultades o aptitudes, objetivo que pretende el Derecho, ofreciendo las instituciones de autoprotección.

1.4. LÍMITES

Los límites del contenido de las instrucciones previas, son los generales aplicables a todas las estipulaciones nacidas del ejercicio de la autonomía de la voluntad; es decir, los previstos en el artículo 1255 del Código Civil. De manera que, no pueden formularse previsiones contrarias a la ley, como son aquellas que constituyan una herramienta para la

práctica de la eutanasia o el auxilio al suicidio, conductas delictivas en nuestro Ordenamiento Jurídico, a tenor del artículo 11 de la Ley 41/2002, y del artículo 143 del Código Penal.

El segundo límite, a semejanza de la moral y las buenas costumbres, es la Lex Artis o buenas prácticas médicas, en orden sobre todo, a la aplicación de tratamientos paliativos, que eviten sufrimientos, y la prolongación artificial de la vida con tratamientos desproporcionados.

Tampoco se pueden aplicar las instrucciones que no se correspondan con el supuesto de hecho, que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas, quedando constancia razonada en la historia clínica del paciente, de las anotaciones relacionadas con estas previsiones, siendo este el tercer límite.

Algunas legislaciones autonómicas; por ejemplo, la de Navarra y la de Valencia, respecto a la extracción de órganos disponen que solo puede tener una finalidad *“terapéutica, docente, o investigadora”*. Aunque, no exista disposición expresa de la ley, se entiende que, los órganos extraídos nunca podrán ser objeto de comercio o de cualquier acto que implique ánimo de lucro.

1.5. ELEMENTOS PERSONALES

Las partes que intervienen en el documento de instrucciones previas son tres, el declarante, los destinatarios, y el interlocutor o representante.⁵⁰⁷

El declarante es el futuro paciente que realiza la declaración de voluntad, que constituye las instituciones previas, para que surta efectos cuando no pueda expresarla personalmente, razón por la que, en el momento de formularlas ha de estar en el pleno uso de sus derechos civiles; es decir, ser mayor de edad con capacidad de obrar plena, justificando así que actúa libre y voluntariamente, condición que el profesor Serrano García, juzga como equivalente al cabal juicio del artículo 663 del Código Civil, respecto a la capacidad para otorgar testamento válidamente.

Las instrucciones previas son un acto de ejercicio de los derechos de la personalidad, afirmando así su carácter personalísimo, que las excluye de la representación legal, a tenor de los artículos 162 y 267 del Código Civil.

⁵⁰⁷ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Págs... 303-306.

La Ley 1/1996 de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, fundamenta expresamente la posibilidad de que el menor de edad otorgue con eficacia instrucciones previas, al establecer como principio la interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad de obrar,⁵⁰⁸ y el derecho a la información⁵⁰⁹, y a ser oído en los asuntos que le afecten en cualquier ámbito⁵¹⁰. Las Leyes autonómicas andaluza y valenciana recogen la posibilidad de otorgamiento de instrucciones previas por los menores emancipados. En todo caso, el menor con madurez suficiente, puede formular instrucciones previas, modificarlas o ratificarlas cuando llegue a la mayoría de edad, si carece de juicio suficiente no podrán otorgarse ni por el menor, ni por sus padres en su representación.

Las personas con capacidad modificada pueden formular instrucciones previas si tienen capacidad suficiente para ese acto, si está sujeto a curatela con afectación exclusiva al aspecto patrimonial, no existe inconveniente en principio en que las otorgue. Si está sujeto a tutela y la incapacitación es total, no podrá otorgar instrucción alguna, tampoco lo podrá hacer el tutor, siendo el Juez el encargado de decidir lo que proceda en cada caso, como ocurre cuando se trata de un menor sin juicio suficiente.

La incapacitación posterior a la formulación de instrucciones previas, no es causa de su invalidez o ineficacia, porque, su objeto es la previsión de la futura pérdida de capacidad de decisión respecto a un tratamiento médico o intervención quirúrgica. En este sentido el profesor Serrano García, apunta que, *“la capacidad, se exige en el momento de otorgar el documento de instrucciones previas; una incapacitación posterior no es relevante a efectos de la validez y eficacia del documento. Muy al contrario la posterior incapacitación judicial o la falta de entendimiento y de voluntad, sin incapacitación judicial, son situaciones en las que las instrucciones previas pueden ser muy adecuadas. Hay que pensar en las penosas condiciones en que se encuentran los afectados de enfermedades degenerativas y parece muy adecuado que esa persona, antes de perder la capacidad, dicte instrucciones para que sean cumplidas, precisamente cuando pierda la capacidad”*⁵¹¹.

⁵⁰⁸ Artículo 2 de dicha ley: *“las limitaciones de la capacidad de obrar de los menores se interpretarán restrictivamente”*.

⁵⁰⁹ Artículo 5.

⁵¹⁰ Artículo 9.

⁵¹¹ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las persona con discapacidad*, Pág. 305.

El representante o interlocutor, es la persona designada por el declarante, al objeto de que, transmita su voluntad a los médicos y demás personal sanitario, cuando aquel a causa de la enfermedad no lo pueda hacer. Su función básicamente es garantizar el cumplimiento de todos los extremos de las previsiones, siendo un mero transmisor de la voluntad manifestada, no tiene facultad para interpretarla, y mucho menos para tomar decisiones respecto a situaciones no contempladas en el documento, desde luego, no es un representante aunque su puede ser un mandatario sin representación.

El destinatario o destinatarios de las instrucciones previas, son los profesionales médicos y sanitarios, que en su momento asuman la atención del declarante, y en consecuencia el deber de información que le corresponde como usuario del sistema sanitario o servicio médico concreto, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales, autoridades o cargos, que participen o tengan encomendadas funciones en las labores asistenciales. La identidad de dichos profesionales, al formular el documento es indeterminada, excepto cuando el declarante las enuncie conociendo el diagnóstico de su enfermedad, las fases o etapas de su tratamiento, y el médico que le atenderá, teniendo en cuenta que, siempre puede ser precisa una intervención profesional no prevista, por lo que, la indefinición del destinatario es una característica inherente a la misma naturaleza de la figura que nos ocupa.

Los servicios de salud son los encargados de regular el procedimiento que garantice el cumplimiento de la declaración de voluntad que contienen las instrucciones previas respecto a los tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas. En relación con el destino del cuerpo y órganos una vez fallecido, respecto a su donación para fines terapéuticos o de investigación, el destinatario tiene que ser identificado describiendo todos los datos sin dejar lugar a la duda respecto a quien se trata, al objeto de que sea posible el cumplimiento de lo dispuesto por el declarante.

1.6. FORMA

El artículo 11 de la Ley del paciente, solo alude a la constancia de las instrucciones previas por escrito, omitiendo cualquier otra formalidad remitiendo en este aspecto a la legislación autonómica.

Para Serrano García⁵¹², las instrucciones previas son, **“un documento formal”**, aunque **“no es de esencia del mismo la formalidad”**, porque, **“la misma finalidad que se consigue con las instrucciones formales, pueden conseguirse a través de manifestaciones verbales hechas a las personas más allegadas”**.

Lachica López⁵¹³, apunta que, **“en cualquier caso, sobre la formalización del documento también se han pronunciado desde diferentes sectores en el sentido de que la simple anotación de las instrucciones previas del paciente, acordadas con el médico, en la historia clínica, debería ser prueba mas que suficiente para acreditar su existencia, y que dicha posibilidad debiera gozar también de algún amparo legal en el futuro, pues responde a una relación, medico enfermo mas humana y menos burocratizada”**.

Las legislaciones autonómicas, no prevén nada nuevo respecto a la forma de las instrucciones previas, siendo las opciones posibles, ante Notario, ante el personal de la Administración designado por la Consejería de sanidad, ateniéndose al procedimiento y forma establecido reglamentariamente, ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos como mínimo no deberán tener relación de parentesco hasta el segundo grado, ni estar vinculados por relación patrimonial u otro vínculo obligacional con el otorgante, en este sentido la Ley de Castilla y León en su artículo 30/2, y la Ley catalana. En algunas, como la Ley vasca de Voluntades anticipadas, se establece la posibilidad de emitir las instrucciones ante el funcionario encargado del Registro autonómico. La Ley Gallega, en su artículo 5, prevé la forma de las voluntades anticipadas, estableciendo que: **“2. Tendrá que haber constancia fehaciente de que este documento está otorgado en las condiciones expuestas en el apartado anterior. A estos efectos, la declaración de voluntades anticipadas deberá formalizarse mediante alguno de los procedimientos siguientes: a) Ante Notario. En este supuesto no será necesaria la presencia de testigos. b) Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no podrán tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante”**, con la posibilidad de incorporar el documento de voluntades anticipadas a la historia clínica del paciente. En la andaluza, la declaración se formaliza en la correspondiente Delegación Provincial de Salud, ante los funcionarios responsables del Registro.

⁵¹² Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Pág. 309.

⁵¹³ LACHICA LÓPEZ, Emilia, “Las instrucciones previas en el ámbito sanitario. Discapacitado y sistema sanitario: Información y consentimiento”, Pagina 94.

Como toda previsión de una situación de inaptitud, inhabilidad, o falta de capacidad, lo más conveniente es que, el documento observe los requisitos de forma pertinentes, para asegurar su conocimiento, y el cumplimiento de sus disposiciones, al objeto de que, surta los efectos previstos, y la voluntad del declarante se cumpla, que es al fin y al cabo, lo que se pretende.

A tal fin, el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, regula el Registro nacional de instrucciones previas, creado el 30 de marzo de 2003, adscrito al Ministerio de Sanidad, en el que se harán constar las inscripciones practicadas en los registros autonómicos a tenor de lo previsto en el artículo 11 párrafo 5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, al objeto de garantizar el conocimiento en todo el territorio nacional de las instrucciones previas otorgadas y formalizadas de acuerdo a la legislación de las diferentes comunidades autónomas, asegurando la eficacia de sus previsiones, a tal efecto el encargado del registro autonómico comunicará al registro nacional las instrucciones previas por él inscritas.

1.7. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN

La modificación y revocación de las instrucciones previas, no presentan ningún problema, si el declarante conserva todas sus facultades, en tal caso la Ley 41/2002, no exige ningún requisito especial, pudiendo hacerlo libremente en cualquier momento, siempre que se deje constancia por escrito. Serrano García⁵¹⁴, asevera que, *“como quiera que las instrucciones previas son expresión de la autonomía de la voluntad, debe sostenerse que las previsiones que el sujeto haya adoptado puedan ser modificadas o revocadas, con los mismos requisitos que se exigen para su emisión: mayoría de edad, capacidad y libertad”*.

El problema es cuando el declarante no tiene la capacidad de obrar suficiente y surge la necesidad de modificar o revocar las instrucciones previas, porque lo dispuesto le perjudica. En este caso, la apreciación de ese perjuicio corresponde al Juez, quien una vez examinadas las circunstancias se pronunciará al respecto, adoptando el pronunciamiento adecuado al interés y bienestar del enfermo, teniendo en cuenta que, nos encontramos en el ámbito de los derechos personalísimos o de la personalidad, concretamente en el derecho a la vida y a la integridad física, cuestiones sumamente delicadas y de difícil interpretación.

⁵¹⁴ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Pág. 311.

2. LA AUTOTUTELA

Según afirmación de Espín Cánovas⁵¹⁵, *“tradicionalmente se denomina delación de la tutela al acto de llamar a las personas que van a desempeñar algún cargo en la misma”*. Lete del Río⁵¹⁶, se refiere al *“llamamiento efectivo de una persona para el cargo de tutor”*; y Cano Tello⁵¹⁷ al *“llamamiento que se hace a una persona para desempeñar una tutela determinada”*.

La delación de la tutela para uno mismo es la autotutela, expresión relativamente moderna que reemplaza a otras utilizadas anteriormente con el mismo significado. Badosa Coll⁵¹⁸; entiende que, con esta palabra, *“la doctrina española ha venido designando la legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación. Es, pues, un tema que plantea el papel de la autonomía de la voluntad estricta o del propio interesado en la tutela”*.

Corral García⁵¹⁹; apunta que, con esta institución *“en concreto, se pretende, que, cualquier persona, mayor de edad, o emancipada, en previsión de ser incapacitada en el futuro, puede designar en escritura pública la persona o personas físicas o jurídicas que desea ejerzan el cargo de tutor, sus sustitutos en caso de imposibilidad del ejercicio, así como las personas que quiera excluir del cargo. También podrá fijar el contenido y funcionamiento de la tutela, establecer órganos o medidas de vigilancia y control, y arbitrar reglas de administración y de disposición de sus bienes. En caso de pluralidad de designaciones para los cargos tutelares, prevalecerá la última”*. A su vez, García Granero⁵²⁰, habla de la *“facultad que tendría una persona plenamente capaz de prever su propia incapacidad y regularla convenientemente”*.

Todas estas definiciones subrayan el carácter de declaración libre y voluntaria de la elección de tutor, que una persona plenamente capaz emite para que surta efecto cuando pierda sus facultades.

⁵¹⁵ ESPÍN CANOVAS, Diego, *Derecho Civil Español*, Revista de Derecho Privado, Madrid (1972) IV, Pág. 48.

⁵¹⁶ LETE del RÍO, José M^a, “Nombramiento de tutor”, en *Actualidad civil*, n^o 16, 1999-2, Pág. 403.

⁵¹⁷ CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1.983*, Pág. 41.

⁵¹⁸ BADOSA COLL, Ferrán, “La Autotutela”, *Estudios homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, Volumen II ED. Bosch Barcelona (1993), pago 903 (pago 903- 931).

⁵¹⁹ CORRAL GARCÍA, Eduardo, “Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el Derecho Civil y en especial, el papel del Notario como garante de la capacidad de los mayores”, Pág. 27 a 65, Pág. 34.

⁵²⁰ GARCÍA GRANERO, COLOMER, Ana Victoria, “La autotutela en el Derecho Común Español”, *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, (enero 1998), págs. 199-251, Pág. 200.

Otros autores, se refieren a la autotutela como un negocio jurídico, en esta línea Díez Picazo⁵²¹, habló del “*negocio jurídico de ordenación de la tutela*”, que definió, como una declaración de voluntad, dirigida a la creación o modificación de una relación jurídica que consiste, en la constitución y ordenación de una tutela, de la propia tutela del otorgante, de carácter familiar, y en consecuencia, regulado por el Derecho de Familia, con un contenido personal y patrimonial. Y Castillo Tamarit⁵²², aduce que, “*la autorregulación normativa de la institución tutelar, en previsión de la propia incapacitación*”, supone “*un negocio jurídico unilateral de carácter familiar y, también, con un posible contenido patrimonial*”.

Represa Polo⁵²³, en su análisis del nuevo párrafo del artículo 223 del Código Civil introducido por la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, de 18 de noviembre de 2003, afirma que el significado de dicho precepto es “*el reconocimiento de un nuevo negocio jurídico unilateral del Derecho de Familia en virtud del cual toda persona con capacidad de obrar suficiente y en previsión de su futura incapacitación podrá, en documento público, concretamente, en escritura pública y, en su caso en testamento, adoptar las disposiciones que estime pertinentes en relación tanto con su persona como con su patrimonio*”. En definitiva, “*se está reconociendo al sujeto la facultad de organizar su tutela o la institución de guarda que corresponda en el caso de ser incapacitado, no solo en lo relativo a la designación del integrante del órgano tutelar sino en todo lo relativo a su funcionamiento, siempre y cuando estas disposiciones sean compatibles con las normas del Código Civil aplicables así como con el contenido de la sentencia de incapacitación*”.

Durán Corsanego⁵²⁴, insiste en que, “*la constitución de la autotutela*” es “*propiamente un negocio jurídico: declaración de voluntad dirigida a la creación o modificación de una relación jurídica*”.

La autotutela es una declaración de voluntad en la que el interesado, manifiesta quien quiere que sea su tutor, causando el efecto pretendido solo y exclusivamente, sí por concurrir las causas de modificación de capacidad previstas en la ley procede que sea sujeta a la institución de guarda pertinente a tenor del grado de facultades que conserve. En consecuencia, mal puede denominarse negocio jurídico, institución que se caracteriza por la concurrencia de varias declaraciones de voluntad que tienen como fin la

⁵²¹ DÍEZ PICAZO, Luis, “Notas sobre la Institución familiar”, *Familia y Derecho* págs. 227 y ss.

⁵²² CASTILLO TAMARIT, José, “Tutela, autotutela, protección de menores”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 39, (julio –septiembre de 2001), págs. 39-53.

⁵²³ *La Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 195.

⁵²⁴ DURÁN CORSANEGO, Emilio, *La autorregulación de la tutela*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid (2007), Pág. 135.

constitución, modificación o extinción de una relación jurídica. En definitiva, la autotutela es un acto jurídico y no un negocio jurídico.

2.1. ANTECEDENTES DOCTRINALES

La autotutela, no es una institución jurídica moderna de aparición reciente, al contrario, ha sido objeto de estudio por la Doctrina desde tiempos antiguos. Aunque en su denominación, se empleaban otras expresiones, la idea siempre fue la misma: la facultad de autorregular la protección de la propia persona y bienes, en previsión de una situación futura de incapacidad.

La primera vez, que, tenemos noticia de una referencia de esta institución es en 1921. Crehuet del Amo⁵²⁵, en su discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y Legislación el 23 de mayo, configura la institución con los fundamentos básicos con los que hoy la conocemos, utilizando la expresión *“tutela fiduciaria”*, excluyendo otras como *“tutela mandataria”*, *“tutela voluntaria”*, o *“contractual”*. Su propuesta de *“lege ferenda”*, era añadir a los tres tipos de tutela, regulados en el entonces vigente artículo 204 del Código Civil, *“uno mas, que merece ser tenido en cuenta para acoplarlo en el Código Civil cuando se efectúe su reforma, y esta nueva clase, yo la llamo la Tutela fiduciaria”*.

La introducción de la *“tutela fiduciaria”* en el Código Civil, no prosperó, pero si quedó subyacente la idea que la definía, y que, permanecerá inalterable hasta la actualidad: *“la designación de tutor de sí mismo hecho por un individuo en plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz”*⁵²⁶.

El primer fundamento que, invoca Crehuet Del Amo para justificar la tutela fiduciaria, es la facultad de los padres para nombrar tutor a sus hijos; la tradicional tutela testamentaria, porque *“atiéndase a que hay quien puede tener mayor interés en la buena asistencia y cuidado de un incapaz que sus padres, o tanto, por lo menos, y este alguien es el propio incapaz”*⁵²⁷, argumento que reforzaba con el artículo 207 del Código Civil, que con el siguiente literal: *“también puede nombrar tutor a los menores o incapacitados el que les deje herencia o legado de importancia”*, añadiendo que, desde luego, *“antes del interés de un*

⁵²⁵ CREHUET DEL AMO, Diego M^a, *La Tutela Fiduciaria*, Madrid (1921), Pág. 10.

⁵²⁶ Pág. 9.

⁵²⁷ Pág. 14.

extraño en una persona ha de ser estimado el que esta experimenta por sí misma y a su peculiar apreciación posponer toda otra”.

El segundo fundamento, era la propia finalidad de la tutela, que *“se da en beneficio del incapacitado”*, no es un atributo de las facultades paternas, y en consecuencia, *“si el incapacitado antes de serlo ordena quien y como ha de defenderlo y asistirle ¿qué principios éticos ni jurídicos se vulneran con que tal ordenación se efectúe y se cumpla?”*⁵²⁸.

Solo los locos y dementes, estaban legitimados para deferir la tutela para sí mismos, *“siempre que lo efectúen en un momento que tengan plena capacidad”*, porque, *“tampoco cabe que otorgue esta escritura el demente en un intervalo lúcido, supuesto que ha de autorizarse antes de que el otorgante incida en incapacidad”*⁵²⁹. El menor no emancipado, y el menor de edad mayor de catorce años, a pesar de que, podían contraer matrimonio y otorgar testamento, estaban excluidos de la tutela fiduciaria, postura que se justificaba, argumentando que, el *“menor por la presunción de que mientras no alcanza el grado de mentalidad y voluntariedad necesarias, no es quien mejor puede apreciar y medir su conveniencia y, por lo tanto, ha de ceder a quien esto ha logrado, en la facultad de nombrar tutor”*⁵³⁰. La exclusión, también era aplicable a los pródigos, y el interdictado, causas de incapacitación en aquel momento.

La forma de constitución de la tutela fiduciaria, era el *“mandato tutelar”*, según propia denominación de Crehuet Del Amo⁵³¹. En aquel momento el único medio para deferir la tutela era el testamento, en virtud del cual, los padres designaban tutor a sus hijos menores o incapacitados; añadiéndose a esta objeción que, una de las causas de extinción del mandato era la incapacidad del mandante, a tenor del artículo 1732 párrafo 3º del Código Civil.

La tutela era *“un ministerio social al que tiene derecho el incapacitado”*; en consecuencia, *“¿que razón, pues, existe hoy para continuar proclamando que la tutela no puede deferirse por otro acto que el testamento”*⁵³².

Una instancia presentada en solicitud de que se declare eficaz la designación de tutor que *“actualmente y previendo su futura incapacidad*

⁵²⁸ Pág. 16.

⁵²⁹ Págs. 25 y 29.

⁵³⁰ Pág. 21.

⁵³¹ Pág. 26.

⁵³² Págs. 26 y 28.

haga para sí mismo y ante Notario público”, insiste en llamar la atención sobre la autotutela, dando lugar en su resolución a la Real Orden de 14 de marzo de 1924⁵³³. El solicitante, fundamenta su petición, respecto a ese supuesto no previsto ni regulado por la legislación vigente en aquel momento, en la facultad reconocida legalmente al padre para nombrar tutor a sus hijos en testamento.

La Real Orden estima el fundamento alegado, pero desestima la solicitud contenida en la instancia, argumentando que, *“si bien la norma fundamental en la que habría de apoyarse el precepto cuyo establecimiento se pide puede considerarse implícitamente contenida en la legislación civil española, desde el punto de vista, de los artículos 206 y siguientes del Código Civil, serían susceptibles de aplicación analógica a un caso en que se da, en cierto modo, el doble supuesto de los mismos: la desaparición de una personalidad capaz y la subsistencia de otra incapaz”*; concluyendo que, *“a la Administración como órgano ejecutivo estricto sensu, no corresponde normalmente ni la declaración en concreto de los derechos civiles, función propia de los Tribunales, ni la explicación o declaración de los preceptos que están contenidos implícitamente en las leyes de tal naturaleza”*.

Será Sánchez Torres⁵³⁴ en 1928, quien acuña el término de autotutela *“valga este nuevo vocablo, es la manifestación practica que mas acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propia persona”*, comenta en un artículo titulado: *“Una nueva modalidad tutelar”*, donde relata un supuesto publicado en la publicación jurídica alemana Deutsche Juristen Zeitung, sucedido en 1927 a una persona de nacionalidad rusa de origen finlandés afectada por una enfermedad hereditaria degenerativa, que al cumplir la mayoría de edad nombra tutor para sí mismo en documento privado, siendo aprobada tal designación por el Tribunal de Tutelas. Ante la duda entre la autonomía de la voluntad y las costumbres, en las que se fundamentaba la legislación vigente, prevaleció la autonomía de la voluntad, reconociéndose la legalidad del precitado documento y con ello la posibilidad de que una persona designe para sí misma tutor.

En el año 1953 Rodríguez Arias, insiste en la cuestión, en un artículo que titula *“¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho”*⁵³⁵,

⁵³³ Anuario de 1924, del Ministerio de Gracia y Justicia, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pago 521, que CASTÁN TOBEÑAS, saca a colación en la traducción de Derecho de Familia de Kipp-Wolff, vol. 2º, Barcelona 1979, Pág. 441.

⁵³⁴ SÁNCHEZ TORRES, Eloy, *Revista Critica de Derecho inmobiliario* de 1928 Págs. 345 -347.

⁵³⁵ RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 1953, págs. 344 y ss.

que convertiría en un epígrafe de su libro *“La Tutela”*⁵³⁶, siguiendo la teoría de Crehuet del Amo, reconoce la laguna legal en nuestro Derecho, respecto a la autotutela, admitiendo el mandato tutelar o cuasi testamento como formas de constitución de la autodelación de la tutela, y aportando como idea original, la distinción entre autotutela positiva o designación de un tutor, y la negativa, o exclusión expresa de una o varias personas para el ejercicio de dicho cargo. Justifica la autotutela, en la aplicación analógica del artículo 204/1 del Código Civil, que establecía como medio para deferir la tutela *“el testamento”*, proponiendo su similitud con el albaceazgo, (con la figura del albacea), en el sentido de que ambas instituciones dan continuidad a la voluntad de la persona, (fallecida en un caso, e incapaz de obrar en el otro), siendo ambas situaciones diferentes aunque coincidentes, al referirse a personas que no pueden manifestar su voluntad válidamente o físicamente.

Termina razonando que, la autotutela, se funda en la facultad de autorregimiento de la persona, *“lo que quizá no ofrezca dudas en nuestra legislación es que le está permitido al presunto incapaz formular por un acto intervivos su oposición a que determinadas personas desempeñen la tutela en el supuesto de su futura incapacidad. Ello no exigiría forzar la interpretación de ningún precepto del articulado de nuestro CC, pues constituye el ejercicio de una potestad facultativa por parte de la persona individual...la sociedad, por su propio bien, no puede imponerle a una persona el que sufra la potestad de un tutor que él ha reprobado de antemano porque ello significaría una coacción moral intolerable en el ámbito inviolable de la libertad individual”*.

Apalategui y Ocejo, pronuncia su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 21 de junio de 1954, que titula *“Tutela de autoridad”*, y en el que alude a la regulación de la autotutela como una necesidad en el Ordenamiento Jurídico español, siendo esta la última referencia de importancia, hasta que en 1977, el profesor Díez Picazo en colaboración con otros juristas de reconocido prestigio, bajo el patrocinio de la Fundación General Mediterránea y del S.E.R.E.M, redacta el Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela, en el que se incluye la autotutela, fundamentándose en la incapacitación voluntaria⁵³⁷, que define como *“la posibilidad de que puedan someterse voluntariamente a incapacitación los ebrios y toxicómanos, aunque en ellos no concurren las circunstancias determinantes de su posible incapacitación legal, así como las personas en avanzado estado de senilidad o con un alto grado de inexperiencia, a quienes estos hechos dificulten notablemente el gobierno de sus asuntos e*

⁵³⁶ Publicado por la Editorial Bosch, Barcelona, en 1.954, Pág., 118.

⁵³⁷ Pág. 22 del Estudio.

intereses”. Como consecuencia, una vez admitida la incapacitación voluntaria, el primer efecto sería que aquel que pide su propia incapacitación nombre la persona que quiere que sea su tutor; es decir, la designación de tutor para uno mismo, es una consecuencia directa e inmediata de la autoincapacitación, siendo esta última, el fundamento que justifica la regulación de aquella. Apoya su conclusión en el Código Civil suizo, que allá por 1907, distinguía dos supuestos de tutela, la del menor exento de potestad paterna en el artículo 368, y la del mayor en el artículo 369, respecto al cual el 372 admitía la “*interdiction volontaire*”.

Esa identificación, de la autotutela con la incapacitación voluntaria, como dos instituciones correlativas, servirá como argumento al rechazo por la ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, en sesión de 20 de abril de 1982, a sugerencia de la enmienda nº 20, de incorporación al Código Civil de aquella, al aducir dudas respecto a que la promoción de la propia incapacitación, sea una decisión libre y deliberada del afectado, y no fruto de la coacción de su entorno.

2.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: LA LEY CATALANA

El primer antecedente legislativo de la autotutela en el Ordenamiento Jurídico español, es el Proyecto de Tutela y curatela, del Parlamento de Cataluña del año 1934, con origen en la Constitución Española de 1931, y en el Estatuto de autonomía de 1932, que en el artículo 19, establecía la posibilidad de que una persona nombrara tutor para sí mismo, en previsión de su futura incapacidad, y que nunca llegó a ser ley⁵³⁸.

Muchos años después, el Parlamento catalán en sesión de 29 de abril de 1991, encomienda a la Comisión de Justicia, Derecho y seguridad ciudadana, la elaboración de una ponencia con el objeto de formular una Proposición de Ley, para adecuar el Derecho Civil especial de Cataluña a la realidad social de ese momento. Fruto de esos trabajos, fue la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de Tutela e instituciones tutelares, que en su primitiva redacción no contenía referencia alguna a la autodelación de la tutela, y sería modificada por la Ley 11/1996, de 29 de julio, que, ya introduce la autotutela en los artículos 4 y 5, de la Ley 39/1991.

El artículo 4, establecía, que, “*La tutela se defiere por: a) testamento o codicilo; b) escritura pública; c) resolución judicial*”. Y el artículo 5/1 que, “*cualquier persona en previsión del caso de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública uno o más de un*

⁵³⁸ PARRA LUCÁN, Mª de los Ángeles, “El Régimen de la tutela e instituciones tutelares en el Derecho Catalán”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, nº 20, (abril-agosto de 1994), Págs. 79 y ss., Pág. 111.

tutor, protutores y curadores y designar a sustitutos de todos ellos, u ordenar que una persona o más de una sean excluidas de dichos cargos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar establecido en la presente Ley. El nombramiento puede ser impugnado por las personas llamadas por ley a ejercer la tutela, o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las circunstancias explicitadas que presuntamente hayan sido tenidas en cuenta al efectuarse la designación que pueda perjudicar el interés del tutelado. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior”.

Se añadía una Disposición Adicional, la Tercera, a la Ley 39/1991, en virtud de la cual, en el apartado 1, se establecía el **“Registro de tutelas y Autotutelas, en el que se inscriben las delaciones que han sido otorgadas en uso de la facultad prevista en el artículo 5”**. En el apartado 2, se disponía la remisión a este Registro por los Notarios autorizantes de un oficio al efecto, pero **“sin indicar la identidad de los designados”**. En el 3, la regulación vía reglamento de las normas relativas a la organización, funcionamiento, y publicidad del Registro de Tutelas y Autotutelas.

Después vendrá, la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, que en su Título VII trata de **“La tutela y demás instituciones tutelares”**, y su Capítulo II, de **“La delación de la tutela”**, la Sección 1ª, **“La delación voluntaria”**, el artículo 171, se refiere a la autodelación de la tutela, con el siguiente literal: **“la tutela se defiere por: a) testamento o codicilo, b) escritura pública, c) resolución judicial”**. Definiendo la institución en el 172: **“1º. cualquier persona en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalecerá la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido en general de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva”**.

Se prevé la designación positiva y negativa de los cargos tutelares; es decir, la manifestación expresa de qué persona o personas físicas o jurídicas desea el interesado que asuman su protección cuando pierda su capacidad, y de cuales excluye o no desea que sean su tutor o curador.

También es posible, nombrar las personas que sustituirán a los cargos tutelares, en los supuestos de imposibilidad o mal desempeño de las

funciones tutelares por parte de estos, extendiendo la ordenación voluntaria de la tutela a todos los extremos que pudieran ser útiles y necesarios para la protección de la persona y de los bienes.

El profesor Serrano García⁵³⁹, manifiesta su contundente opinión respecto al contenido de la Ley catalana, afirmando que, “*se introduce directamente en la cuestión: cualquier persona puede nombrar tutor*”.

El 1 de enero de 2011, entró en vigor la regulación establecida por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que en el artículo 222/3, se refiere a las “*formas de delación*”, preceptuando, que, “*1. la tutela se defiere por: a) testamento o codicilo. b) escritura pública. c) resolución judicial*”. El párrafo 4 se refiere a las “*delaciones hechas por uno mismo*”, prescribiendo, que, “*1. en el supuesto de que sea declarada incapaz, toda persona con plena capacidad de obrar puede nombrar o excluir, en escritura pública, a una o más personas para que ejerzan los cargos tutelares. También puede hacer disposiciones respecto al funcionamiento y el contenido del régimen de protección que pueda ser adecuado, especialmente en cuanto al cuidado de su persona.*

2. El otorgamiento de un acto de delación tutelar posterior revoca el anterior en todo aquello que lo modifique o resulte incompatible.

3. Son ineficaces las delaciones hechas por uno mismo otorgadas desde que se insta el proceso sobre su capacidad o el ministerio fiscal inicia las diligencias preparatorias”.

El literal del nuevo 222 que sustituye al antiguo 172, tiene como novedad a resaltar la alusión a la revocación de las previsiones realizadas en un momento determinado por las que se emitan posteriormente en lo que modifiquen o sean incompatibles con las primeras, y la ineficacia de las otorgadas en un tiempo cercano a la promoción de la demanda de incapacitación, al presumirse que el disponente ya se encuentra afectado en su capacidad de obrar y de decidir.

2.3. LA AUTOTUTELA EN EL CÓDIGO CIVIL

La Ley, 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, introduce la autotutela en el Código Civil, añadiendo un nuevo párrafo al artículo 223, que recogía la designación de tutor por los padres respecto a los hijos menores o incapacitados, con el siguiente literal: “*asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro,*

⁵³⁹ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la ley 41/2003*, Pág. 99, pie de Pág. 183.

podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

Represa Polo⁵⁴⁰, se refiere al objeto de la reforma, afirmando que, *“se legitima al sujeto para que designe a la persona que quiere que desempeñe el cargo tutelar en caso de ser incapacitado en el futuro, así como la posibilidad de adoptar las disposiciones en relación con su persona o bienes (Art. 223, y 234 del Código Civil)”*. En definitiva, *“se está reconociendo al sujeto la facultad de organizar su tutela o la institución de guarda que corresponda en el caso de ser incapacitado, no solo en lo relativo a la designación del integrante del órgano tutelar sino en todo lo relativo a su funcionamiento, siempre y cuando estas disposiciones sean compatibles con las normas del Código Civil aplicables así como con el contenido de la sentencia de incapacitación”*.

El profesor Serrano García⁵⁴¹, destaca de la primera lectura del precepto, *“que el acento se pone en la adopción de disposiciones relativas a su propia persona y bienes, y que, en el ámbito de estas previsiones puede incluirse la designación de tutor. La designación de tutor se incluye dentro de la diversidad de medidas que el sujeto capaz puede adoptar previsoramente”*; concluyendo que, *“es un nuevo mecanismo por medio del cual se reconoce al sujeto que conserve capacidad suficiente para la designación de quien sea tutor, a través de la expresa manifestación, en testamento o en escritura pública, la del propio sujeto, antes de llegar al grado de no poderse gobernar por sí mismo (la llamada autotutela)”*

Segura Zurbano⁵⁴², dice que, *“hasta ahora toda esta problemática”*, refiriéndose a la previsión de la tutela, *“se refería a las disposiciones de los padres respecto de lo que podían prever en relación con la tutela de sus hijos. Pero ahora hablamos de nuevo de que, si lo pueden hacer para sus hijos mas lo podrán hacer para ellos, y entonces podemos repetir, más afianzadamente, lo que para aquel caso se decía”*.

Amunategui⁵⁴³, asevera que, *“la autotutela se acoge con un carácter de enorme amplitud, pues el artículo 223 párrafo 2º, se refiere a la adopción de “cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes,*

⁵⁴⁰ REPRESA POLO, Patricia, *La Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 195.

⁵⁴¹ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad....*, Pág. 200.

⁵⁴² SEGURA ZURBANO, José M^a, La autoincapacitación, la autotutela y los poderes preventivos de la incapacidad, en la obra colectiva *Discapacitado patrimonio protegido y legítima*, Pág. 78.

⁵⁴³ AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “¿Crisis de la incapacitación?. La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *Revista de Derecho Privado*, nº 1-2/2006, enero-febrero de 2006, Id. vLex: VLEX-289865 Versión generada para el usuario del ICAM (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid) el 11 de febrero de 2009.

incluida la designación del tutor”, pero nada determina sobre cuales pueden ser esas medidas, ni su contenido, ni hasta donde pueden extenderse. Son muchas las posibilidades que se ofrecen en abstracto, así sirviéndonos en parte de lo que permite el respecto el Código de Familia de Cataluña”

O’Callaghan⁵⁴⁴, apunta que la autotutela del artículo 223 del Código Civil, *“significa el nombramiento de tutor por el propio discapacitado o, por mejor decir y con precisión jurídica, el incapacitado que, como tal, necesita de un tutor que vele por el, le cuide y le represente, en su aspecto personal y en su aspecto patrimonial; y lo mismo puede pensarse, solo en algún caso, del curador. Sin embargo, estando el incapacitado carente de capacidad de obrar no podría nombrar un tutor, ni siquiera si es para sí mismo. De ahí que la autotutela es, con mayor precisión, el nombramiento de tutor para sí mismo en el futuro, para cuando sea incapacitado, si lo llega a estar, y lo necesite”*.

El nuevo artículo 223 del Código Civil, prevé la posibilidad de una autoprotección amplia y extensa, de todas las esferas, personal y patrimonial, para una situación de modificación de la capacidad, declarada por sentencia judicial.

2.4 LA LEY 2/2006, DE 14 DE JULIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA

La autotutela se introduce en el Derecho gallego con la Ley 2/2006, de 14 de julio, de Derecho Civil de Galicia, que le dedica del artículo 42 al 45.

El artículo 42, se encarga de la definición de la institución: *“en previsión de una eventual incapacidad, cualquier persona mayor de edad, podrá designar en escritura pública la persona o personas, físicas o jurídicas, para que ejerzan el cargo de tutor. Del mismo modo, podrá nombrar sustitutos de los designados para ejercer la tutela, y excluir a determinadas personas para el cargo”*.

La posibilidad de delegación de nombramiento de tutor, corre a cargo del artículo 43, con el siguiente literal: *“la persona interesada también podrá delegar en su cónyuge u otra persona la elección del*

⁵⁴⁴ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “Representación Legal del incapaz: tutela, curatela, y guarda de hecho”, en la obra colectiva, *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I Aspectos Jurídicos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, pago 289-364 Pág. 313.

futuro tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas, previamente identificadas o relacionadas en escritura pública". Entiendo que esa delegación a la que se refiere el precepto, no significa la libertad total y absoluta del cónyuge o tercera persona en el nombramiento del tutor, sino la elección entre los candidatos que el otorgante del documento de autotutela señala o propone, que se encomienda a personas de confianza, siendo una medida de utilidad en los supuestos en los que se prevean o sean probables cambios de circunstancias que reviertan en la idoneidad de los candidatos al cargo tutelar, o se trata de una tuición de difícil ejercicio o de larga duración que aconseje una alternancia en el ejercicio del cargo.

El artículo 44 concede una amplia libertad para ordenar la tutela, estableciendo que *“asimismo el interesado podrá: 1º. Fijar la retribución del futuro tutor, y señalar las reglas generales de funcionamiento y contenido de la tutela prevista, en especial en lo que se refiere al cuidado de su persona. 2º. Proponer medidas de vigilancia y control de la actuación tutelar, así como reglas para la administración de sus bienes.*

Y el 45 vincula al juez a respetar las disposiciones voluntarias siempre que no aprecie la conveniencia y oportunidad de adoptar otras diferentes, se entiende que en beneficio e interés del tutelado.

Digamos que el Derecho gallego, permite una amplia y completa regulación de la tutela, que va más allá del nombramiento de un tutor y de su delegación previa elección del precitado nombramiento en una persona de confianza. El interesado podrá diseñar su protección personal, y la administración de su patrimonio, a la vez que prever los medios de vigilancia y control de su ejercicio.

2.5. LA LEY ARAGONESA

La Ley 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la persona, hablaba de *“Delación hecha por uno mismo”*, y no de autotutela, fundamentando su regulación en el principio aragonés *“standum est chartae”*, afirmando así el genuino origen de la institución en el Derecho propio.

El artículo 95 establecía, que: *“1. conforme al principio “standum est chartae”, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier disposición*

relativa a su persona o bienes, incluido el otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal; “la entidad pública competente en materia de protección de menores o incapacitados no podrá ser objeto de designación o exclusión voluntaria”, previendo además, “el otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación”.

El nuevo Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, con Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, deroga la regulación anterior reproduciendo su literal en el artículo 108 apartado 1, y en el 109 el mandato que no se extingue por la incapacidad o la incapacitación. Es de destacar que, en el Preámbulo se afirma que el sistema no se aparta de los rasgos esenciales del anterior, subrayado la potenciación de *“la autonomía de los particulares tanto en la delación como en la determinación de las reglas por las que cada tutela haya de regirse y se acentúan los rasgos familiares”*. Podemos concluir que, la Ley aragonesa permite una amplia previsión de autoprotección de la modificación de la capacidad, en línea similar a los demás Ordenamientos autonómicos y al Código Civil.

2.6. DERECHO COMPARADO

En todos los Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno, encontramos figuras, que de una manera u otra, adaptándose a las peculiaridades propias, permiten la designación de tutor y la previsión del desarrollo de la autoprotección de la persona y de los bienes.

El Código Civil Suizo, en el artículo 372, dispone que *“todo mayor puede pedir ser sometido a tutela, si él lo cree necesario, para llevar convenientemente sus asuntos, por encontrarse en un situación de debilidad senil, por alguna enfermedad o por su inexperiencia”*. La peculiaridad respecto a nuestro Derecho, es la posibilidad de pedir ser sujeto a tutela no de designar tutor.

En Alemania, el BGB, con las modificaciones en la cuestión que nos ocupa de 1990 y de 1998, prevé la asistencia (Rechtliche Betreuung), como protección a un mayor de edad con enfermedad psíquica, deficiencia mental o corporal, es decir, un discapacitado no total, como medida de protección en el ámbito jurídico. El asistente es nombrado por el Tribunal de tutelas, el cual nombrará en primer lugar a la persona que haya propuesto el interesado, siempre que no contradiga su bienestar; en todo

caso, si rechaza a una persona concreta, el nombramiento no puede recaer en la misma.

La Reforma francesa de protección jurídica de los mayores de 5 de marzo de 2007, modificó el Código Civil, permitiendo el nombramiento de tutor a cualquier persona para sí mismo en el artículo 448. Pereña Vicente⁵⁴⁵, estudia la nueva ley puntualizando que *“en el Code la autonomía de la voluntad permite la designación de tutor o curador, pero no permite que se altere su régimen jurídico, que es de carácter imperativo. Cuando el interesado quiera hacer uso de un mayor margen de la autonomía de la voluntad y establecer reglas de funcionamiento y control, tendrá que recurrir al mandato de protección futura”*, instrumento previsto como adecuado para la previsión de una autoprotección que exceda de los límites aludidos, regulado por los artículos 477 al 494 del Code.

2.7. CARACTERES DE LA AUTOTUTELA

La autotutela se perfecciona con la sola declaración de voluntad del otorgante que, no tiene por qué ser recibida por un destinatario en el momento de su emisión, el tutor o curador designado, aceptarán el cargo en el momento que corresponda la constitución de la tutela o curatela a la que son llamados, ratificando así su carácter unilateral.

Sus efectos se producen inter vivos con eficacia jurídica en vida del titular, cuando sea incapaz de hecho, y se inicie un procedimiento judicial de incapacitación, y posterior constitución de la institución de guarda que proceda: tutela o curatela.

Es gratuito, puesto que en principio las funciones tutelares no son objeto de retribución, aunque puede ser que una determinada tutela lo sea, porque así lo aprecie el Juez, o lo decida este último en sus previsiones voluntarias en la forma de frutos por alimentos del artículo 275 del Código Civil, estableciendo a favor del tutor el derecho a percibir los frutos que se devenguen en la administración del patrimonio, a cambio de la obligación de prestar los alimentos que precise para la satisfacción de sus necesidades.

⁵⁴⁵ PEREÑA VICENTE, Montserrat, estudia la reforma francesa, en “Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 703, (septiembre-octubre de 2007), Págs. 2235-2253, Pág. 2247.

2.8. ELEMENTOS PERSONALES

El artículo 223 del Código Civil, al referirse a quien puede nombrar tutor, y disponer las reglas que regirán la atención de su persona y la administración de sus bienes, en una situación de futura incapacidad se limita a decir que **“cualquier persona con capacidad de obrar suficiente”**.

Con esta expresión, parece indicar que, puede formular un documento de autotutela, toda persona con inteligencia y voluntad bastantes para ser consciente del alcance y significado de su decisión. Desde luego, en principio, no será una persona incapacitada judicialmente, o un incapaz natural, coincidiendo en este extremo la Doctrina⁵⁴⁶.

El mayor de edad, dice el artículo 322, **“es capaz para todos los actos de la vida civil”**, el artículo 315 fija la mayoría de edad en los dieciocho años, y añade, **“salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”**, se refiere a las capacidades especiales para ciertos actos, previstas en el Código Civil y Leyes especiales, entre las que no encontramos ninguna que se refiera a la autotutela.

La duda surge respecto a los menores, y a los emancipados, estos últimos en principio, podrían disponer su propia tutela, si atendemos al literal del artículo 323 del Código Civil, que establece que la **“emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor”**, con las siguientes limitaciones hasta que llegue a la mayoría de edad, **“tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor son consentimiento de sus padres o a falta de ambos de su curador”**. Los padres o en su caso el curador, que asisten al menor emancipado en los actos referenciados en el artículo 323 del Código Civil, todos de naturaleza patrimonial, pueden también refrendar el documento de autotutela.

El menor de edad está sujeto a patria potestad o a tutela, la ley reconoce el derecho a ser oído⁵⁴⁷, o derecho de audiencia si tiene suficiente juicio que en consonancia con el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, está contemplado en el artículo 9 de la Ley Orgánica, 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en todos los ámbitos, el familiar, o cualquier procedimiento administrativo o judicial, en el que se decidan cuestiones en las que esté directamente implicado. Un

⁵⁴⁶ Por ejemplo, SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, págs. 198-220; DURÁN CORSANEGO, Emilio, *La autorregulación de la tutela*, Págs. 145-163.

⁵⁴⁷ Artículos 92/2, 154/3, 159, 177/3/3º, todos ellos del Código Civil.

menor de edad, puede ser incapacitado judicialmente, y en consecuencia, querer manifestar, qué persona prefiere para ser su tutor, el problema es determinar la edad mínima a la que puede hacerlo. La Doctrina, suele remitir, a la indicada por el artículo 663 del Código Civil, para otorgar testamento, que son los catorce años, edad, que se aplica al testamento abierto ante Notario, quedando reservado el ológrafo, a tenor del 668, exclusivamente a los mayores de edad.

Está claro que, tanto el menor como el mayor de edad, que se dispongan a otorgar un documento de autotutela, tendrán la capacidad natural suficiente, para comprender el alcance y significado de las estipulaciones que ordenan. Al ser requisito, sine quanon, su otorgamiento en documento público ante Notario, será este último, el encargado de comprobar tal circunstancia, mediante el oportuno juicio de capacidad que está obligado a practicar, en virtud del artículo 156/8º del Reglamento Notarial, como una parte mas de su función.

El Notario, previamente a la autorización del documento, explorará las facultades intelectivas y volitivas, tanto si se trata de un mayor o de un menor de edad, si tiene dudas al respecto puede requerir el dictamen de dos facultativos, que acrediten si la capacidad de obrar es o no suficiente para el acto sea cual sea; es decir, la autotutela o cualquier otro. Requisito previsto expresamente en artículo 665 del Código Civil para el incapacitado judicialmente que otorgue testamento, con el siguiente literal: ***“siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”***. Para el testamento abierto, el artículo 696, prevé que el Notario, ***“hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento”***, el 698 que al otorgamiento también deberán concurrir los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado, y para el cerrado el 707/4º, exige que sobre la cubierta del testamento el Notario hará constar que a su juicio, el testador se halla ***“con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento”***.

El juicio de capacidad, forma parte del sistema cautelar, que impone el principio de seguridad jurídica, su aplicación es extensiva a la organización preventiva de la propia tutela, acto jurídico que, como todos los demás tiene que estar ***exento de vicios*** que invaliden el consentimiento.

Para las declaraciones de voluntad en actos inter vivos, el Código Civil, en su artículo 1265 dispone que, ***“será nulo el consentimiento***

prestado por error, violencia, intimidación o dolo”, y para los actos mortis causa, su artículo 673 declara ***“nulo el testamento, otorgado con violencia, dolo o fraude”***.

Si la capacidad del otorgante, no llega a un mínimo, que le permita la comprensión y la valoración de los extremos de las estipulaciones relativas a su protección, el Notario no autorizará el otorgamiento.

Tanto si se ha previsto la designación de tutor por el propio tutelado, como si no se previó, la tutela en todos los casos, la constituye el Juez que, además de analizar el contenido del documento de autotutela, oirá al tutelado siempre que tenga suficiente juicio, y sea mayor de doce años, pudiendo así ratificar sus circunstancias de toda índole, en orden a la adecuación de la designación efectuada a su beneficio e interés.

O’Callaghan⁵⁴⁸, estudia esta cuestión, afirmando que, la autotutela ***“en principio, significa nombramiento de tutor por el propio discapacitado o, por mejor decir y con precisión jurídica, el incapacitado que, como tal, necesita de un tutor que por él, le cuide y le represente, en su aspecto personal y en su aspecto patrimonial; y lo mismo puede pensarse, solo en algún caso, del curador”***; puntualizando que, ***“sin embargo, estando el incapacitado carente de capacidad de obrar, no podría nombrar tutor, ni siquiera para sí mismo en el futuro, para cuando sea incapacitado, si lo llega a estar y lo necesite. Una imprecisión, más: el nombramiento de tutor no lo hace sino el Juez; por ello; cuando se dice que la autotutela significa el nombramiento de tutor para sí mismo, debe decirse, con propiedad que es la designación de tutor y que el nombramiento lo hará en su caso el Juez”***. La elección manifestada en el documento de autotutela, en la mayoría de los casos será respetado por la autoridad judicial nombrando al designado, contradiciéndola solamente cuando sea manifiestamente contraria a los intereses del autotutelando.

2.9. FORMA Y PUBLICIDAD

El negocio jurídico de la autotutela es solemne, sometándose a los requisitos formales que implica su otorgamiento ***“en documento público ante Notario”***, preceptuado en el artículo 223 del Código Civil.

⁵⁴⁸ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “Representación Legal del incapaz: tutela, curatela, y guarda de hecho”, Pág. 313.

Para O'Callaghan⁵⁴⁹, ***“los presupuestos formales son especialmente importantes en la autotutela para que pueda desplegar efectivamente sus efectos, pues cuando se produce la incapacitación, puede que poco o nada pueda hacer el discapacitado para que se constituya la tutela que él había previsto. Tales presupuestos hacen referencia a la documentación y a la registración”***. Por lo tanto, ***“se exige que la autotutela se plasme en documento público notarial, es decir, en escritura pública. A su vez, el Notario autorizante, de oficio, comunica la autotutela otorgada ante el mismo, al Registro Civil y en este, se hace constar en la inscripción de nacimiento, como nota marginal, (artículo 223 segundo párrafo). Como complemento de lo anterior, se ordena que en todo proceso de incapacitación, el Juez recabe certificación del Registro civil para comprobar si se ha previsto por el discapacitado una autotutela”***.

No existe un Registro de Tutelas y /o autotutelas, al estilo del previsto por la Ley catalana con la denominación de Registro de Nombramientos tutelares no testamentarios. No obstante, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 755, dispone bajo el epígrafe ***“Acceso de las sentencias a Registros Públicos”***, que, ***“cuando proceda, las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este Título, (los de capacidad, filiación, matrimonio y menores, Título I, Libro IV De los procesos especiales, del Código Civil), se comunicarán de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan. A petición de parte, se comunicarán también en cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso procedan”***.

El Notario autorizante de la autotutela, promoverá de oficio o a instancia del interesado, la anotación del documento al margen de la inscripción de nacimiento del otorgante, obrante en el Registro Civil, al objeto de que, al unir al escrito de demanda de incapacitación la certificación literal de la precitada inscripción de nacimiento, conste la existencia del antedicho documento de autotutela, y de este modo pueda ser reclamado por el Juez, con el fin de conocer el candidato o candidatos designados, así como las estipulaciones establecidas en orden a la regulación de la tutela en sus aspectos personal y patrimonial.

El último párrafo del artículo 223 del Código Civil, establece que, ***“en los procedimientos de incapacitación, el Juez, recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de Actos de Última Voluntad,***

⁵⁴⁹ Obra citada en la nota anterior, Pág. 318.

a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”, imponiendo como un trámite más la comprobación de la existencia o no existencia, de un documento de autotutela, al objeto de que los pronunciamientos civiles de la sentencia de incapacitación y constitución de la institución de guarda se adapten a las previsiones formuladas, o en el supuesto de que infrinjan el beneficio e interés del incapacitado, sean acordadas las pertinentes, con la justificación de su conveniencia y oportunidad.

2.10. CARÁCTER PERSONALÍSIMO DE LA AUTOTUTELA

La Doctrina unánimemente afirma el carácter personalísimo de la tutela, por la naturaleza jurídica de las disposiciones que constituyen su contenido; extremo que, nos lleva al planteamiento de la cuestión de sí es o no posible, la delegación de la elección del tutor o curador; es decir, si sería válido y eficaz, el nombramiento de tutor por medio de un apoderado.

Los actos personalísimos, entre los que se encuentra la autotutela, se aviene mal con el principio de la representación tanto voluntaria como legal, siendo requisito imprescindible que las declaraciones de voluntad que los constituyen emanen directamente de la persona interesada, siendo la opinión mayoritaria por no decir unánime, contraria a la autodelación de la tutela por medio de apoderado.

Nos hemos referido en el apartado correspondiente al artículo 43 de la Ley 2/2006 de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia, que prevé la posibilidad de *“delegar”* en el *“cónyuge u otra persona”* la elección del futuro tutor, eso sí *“entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas, previamente identificadas o relacionadas en escritura pública”*. No es un apoderamiento para nombrar tutor, sino simplemente el encargo de elegirlo entre los previamente señalados.

Desde la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que también reforma el artículo 1732 del Código Civil, la incapacitación del mandante no extingue el mandato sí es otorgado para este supuesto en concreto, o si se prevé su continuación en el caso de incapacidad sobrevenida. La pregunta obligada, es, si ¿cabe entonces que el mandato preventivo contenga una disposición que consista en nombrar tutor para el mandatario incapacitado o incapaz?, siendo la respuesta acorde con lo expuesto, el mandante no puede por su cuenta y riesgo designar el tutor del mandatario. Es posible que, indique en una serie de candidatos, manifestando el orden de preferencia para su

nombramiento, o las circunstancias de acceso al ejercicio del cargo de cada uno de ellos, pero nunca podrá delegar en el apoderado el nombramiento del tutor, previsión que por otro lado no tendría eficacia alguna.

2.11. EFICACIA

Las medidas de autoprotección para ser eficaces tienen que respetar las normas imperativas del sistema, y el interés del tutelado. A este tenor, el artículo 224 del Código Civil, dispone que, *“las disposiciones aludidas en el artículo anterior (el 223) vincularán al juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”*.

Para Cano Tello⁵⁵⁰; la *“expresión vincularán no es demasiado afortunada, pues lo que en realidad vincula al Juez es el beneficio del menor o incapacitado que tiene carácter prioritario, de manera que aquel solo está obligado a seguir la voluntad d los padres cuando la crea de acuerdo con los intereses del sujeto a tutela”*. En sentido contrario, se manifiesta el Code Francés, que en el artículo 448, prevé, que la designación de tutor para uno mismo prevalece ante el Juez, que la debe respetar en todos sus extremos.

Serrano García⁵⁵¹, comenta dicho precepto, en relación con el artículo 223, apuntando como extremo más significativo que, *“la designación del interesado se impone al Juez, salvo que este aprecie la imposibilidad de desempeñar el cargo, o tal circunstancia sea alegada por el designado, no es conveniente un nombramiento a la fuerza, para la tuición de un incapacitado función que es un deber pero nunca puede significar una carga, o que no convenga al interés del incapaz”*.

En el Derecho español, la voluntad del incapacitado manifestada cuando era capaz, es preferente para el Juez, en el momento de constituir la tutela, de manera que, normalmente, nombrará tutor al designado por el interesado, una vez acreditado que en su persona concurren todos los requisitos de capacidad e idoneidad exigidos por la ley para el citado cargo, y que es adecuado para el interés de la persona cuya protección se decide.

Muñiz Espada⁵⁵²; al referirse al carácter vinculante de las medidas de autoprotección, afirma que, *“el artículo 224 en su primer inciso*

⁵⁵⁰ CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Pág. 47.

⁵⁵¹ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Pág. 200 y 201.

⁵⁵² MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las personas jurídico privadas tutoras*, José M^a Bosch Editor, Barcelona (1994), Pág. 41.

apunta que estas disposiciones vincularán al Juez, con lo que el nombramiento de tutor recaerá sobre el designado por el/los padre/es". Esta reflexión es anterior a 2003, por ello solo alude a los padres. Continúa aduciendo que, *"este nombramiento no se produce automáticamente, es necesario como dice la Doctrina, la homologación judicial. Ha de ser una persona que sepa educar y formar al menor, y que no incurra en ninguna de las inhabilidades, que para la persona jurídica, ya hemos expresado precedentemente"*, por lo que, *"en caso de no encontrar idónea a la persona elegida por los padres deberá motivar su decisión"*. Además, aconseja, acompañar la designación de una explicación sobre las circunstancias que inducen a la elección del candidato como persona idónea, opinando que ayudará al Juez a comprender la decisión del interesado.

La prevalencia de la voluntad del tutelado, queda subrayada en la Ley 41/2003, con la modificación del orden de preferencia de nombramiento de tutor del artículo 234 del Código Civil, colocando en primer lugar *"al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223, que "supone el establecimiento de un nuevo sistema de delación de la tutela acorde con el reconocimiento de la institución de la autotutela"*, apunta Represa Polo⁵⁵³, pero, continúa, *"debe tenerse en cuenta que sigue siendo aplicable el segundo párrafo del artículo 234 del Código Civil, que reconocer al Juez la posibilidad de alterar el orden previsto en dicho precepto atendiendo al interés del incapacitado, o cuando se hubieran producido circunstancias que aconsejaran cambiar las previsiones del incapacitado....., siempre que el interés del incapacitado lo aconseje en cualquier caso deberá realizarlo mediante decisión motivada"*.

En la autotutela, el interesado manifiesta quien quiere que sea su tutor, como quiere ser atendido, y de qué manera desea que se administren sus bienes, digamos que, expone como quiere que sea su vida cuando no pueda gobernar sus asuntos. Pero en definitiva, será el Juez, quien decida, si esas previsiones convienen o no, están de acuerdo o constituyen una infracción al interés y beneficio del afectado, porque en definitiva estamos en un sistema de autoridad. Lo prioritario es respetar los deseos de la persona, que previó su autoprotección, pero en ningún caso, esas previsiones pueden exceder en su contenido de los principios generales que rigen el ejercicio de las funciones tutelares, entre los que se encuentra la salvaguarda de la autoridad judicial.

⁵⁵³ La Protección jurídica de las personas con discapacidad, Pág. 198.

3. LA INCAPACITACIÓN VOLUNTARIA

La Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, modifica el artículo 757 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, legitimando activamente en primer lugar, al que llama “*presunto incapaz*”, para instar su propia incapacitación, introduciendo en nuestro Derecho la autoincapacitación o incapacitación voluntaria.

La primera referencia a esta figura en nuestro Ordenamiento, es la comprendida en el Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela, dirigido por el profesor Díez Picazo, bajo el patrocinio de la Fundación General Mediterránea y el SEREM⁵⁵⁴, que define esta figura como “*la posibilidad de que puedan someterse voluntariamente a incapacitación los ebrios y toxicómanos, aunque en ellos no concurren las circunstancias determinantes de su posible incapacitación legal, así como las personas en avanzado estado de senilidad o con un alto grado de inexperiencia, a quienes estos hechos dificulten notablemente el gobierno de sus asuntos e intereses*”. Rodeada de polémica desde el principio, al considerarse como fundamento de la autotutela identificándose ambas, sirviendo esta equiparación como argumento para rechazar la introducción de la autodelación de la tutela en el Código Civil en la reforma de 1983. Con tal antecedente, la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se limita a incluir la incapacitación voluntaria, sin fundamentar especialmente su regulación.

Se trata, sin duda, de una figura que, por su propia naturaleza jurídica, induce a la confusión en el orden procesal, al interpretarse su presencia como la introducción del principio dispositivo, nada más y nada menos que en el procedimiento de incapacitación que define el estado civil de las personas; extremo que, significa la disponibilidad por la autonomía de la voluntad del grado de capacidad de una persona. Esta posibilidad, despierta inmediatamente las alertas de la Doctrina y de la Jurisprudencia.

El procedimiento de incapacitación es un proceso especial y diferente de los demás, al ser el objeto de la litis la limitación o restricción de la capacidad de obrar de una persona, cuestión “*indisponible*”, no se trata de un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, como generalmente ocurre en el resto de los procesos. Como consecuencia de las especialidades expuestas, no procede el desistimiento

⁵⁵⁴ Pág. 22 del citado Estudio, que pretendía ser el artículo 211, del Título IX De la incapacitación, Capítulo II De la incapacitación voluntaria.

ni el allanamiento, a tenor primero del artículo 203 del Código Civil, y después del 757/3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.

Al contrario que en el resto de los procesos, las alegaciones de las partes, no vinculan al Juez en sus pronunciamientos, que deberá **“buscar la verdad material más allá de la formal”**. Ante estos caracteres especiales, no es extraño que la Doctrina, al estudiar la autoincapacitación, insista en ciertas incongruencias que se advierten entre el literal del artículo 757/1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reformado, y la práctica procesal a la que se ha de ajustar la tramitación del procedimiento judicial de modificación de la capacidad.

El profesor Serrano García⁵⁵⁵, califica la situación provocada por el nuevo 757/1, **“en principio chocante”**, porque, **“para entablar un proceso se requiere capacidad y legitimación”**, dentro de la capacidad, se distingue **“la de obrar”** y **“la procesal”** o postulación procesal, ambas coincidentes, a tenor del artículo 7/1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, que exige como requisito para entablar un procedimiento: **“estar en pleno ejercicio de los derechos civiles”**. En la incapacitación voluntaria, el sujeto que interpone la demanda, es **“todavía capaz (presunto incapaz), dice el artículo 757”**, pero sí después es incapacitado en virtud de la resolución dictada en ese procedimiento, **“resultaría que cuando presentó la demanda carecía de capacidad para realizar actos con trascendencia jurídica, o mejor, su actuación podría ser anulada por carecer en el momento de presentar la demanda de aptitud de entender y querer. No puede sostenerse que carezca de la plenitud de ejercicio de los derechos civiles, porque mientras no haya sentencia de incapacitación, la persona tiene la plenitud de derechos, que es precisamente de la que le priva la sentencia, pero si resulta declarado incapaz total, debe entenderse que cuando entabló la demanda no podría entender y querer”**. Otra incongruencia es que, **“contra ello se puede argüir la presunción de capacidad, mientras no haya sentencia privando de la misma a la persona. Esa presunción puede destruirse para el acto concreto de que aquí se trata”**. Siendo esto cierto, también lo es que aún sin declaración judicial de incapacitación, la persona que no tiene en el momento de realizar el acto, conciencia de lo que quiere e imposibilidad de manifestarlo, no puede realizar válidamente actos con trascendencia jurídica; de forma que, los actos realizados por un sujeto no incapacitado judicialmente pero absolutamente privado de razón, nacen viciados en su raíz, al derivarse de un consentimiento prestado sin los requisitos legalmente previstos para su validez, siendo anulables.

⁵⁵⁵ Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Pág. 185.

En principio, cuando un sujeto que se presume incapaz de obrar insta su propia incapacitación, digamos que, se produce una situación que rompe o al menos altera la normalidad procesal de los procedimientos en los que se dirime la modificación de la capacidad de obrar de una persona. Otra cuestión, es la confusión de partes en el procedimiento, teniendo en cuenta, la necesidad imperiosa que impone la naturaleza jurídica del objeto de la litis, de que existan dos perfectamente diferenciadas.

Leña Fernández⁵⁵⁶, se refiere a ese requisito, en un estudio anterior a la reforma de la Ley 41/2003, pero de completa vigencia, afirmando que, ***“en el supuesto normal de la tramitación de la incapacitación ante el juez civil de instancia por los trámites del juicio de menor cuantía, hay que señalar que aparecerán en este como demandantes quienes insten la declaración judicial de incapacidad y como demandado el propio disminuido”***.

Sí, promueven la acción el resto de legitimados activamente distintos al propio sujeto cuya incapacitación judicial se discute, no existe duda respecto a la legitimación pasiva de este último, que se supone, que es y debe ser parte en el procedimiento, compareciendo con representación y defensa, y si no quiere o no puede por sí mismo, será defendido por el Ministerio Fiscal, y en el caso de que este último promueva la demanda, se le nombrará un defensor judicial en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

En todos estos casos, interviene el interés privado, mejor dicho, el deber de promoción de la constitución de la institución de guarda que proceda, que a tenor del artículo 229 del Código Civil corresponde a los parientes y allegados de una persona incurso en causa de modificación de capacidad del artículo 200 del Código Civil, y el interés público representado por el Fiscal, que asume la defensa y protección del sujeto que se pretende incapacitar.

“Lo insólito”, dice Serrano⁵⁵⁷, ***“de la legitimación nueva a favor del propio sujeto, es que frente al “presunto incapaz” se encuentra el mismo protagonista al que tiene que proporcionarse un defensor judicial, artículos 8 y 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, o “será defendido por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido este el promotor del procedimiento”***. Continúa, aseverando que, ***“no parece posible que el***

⁵⁵⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del Discapacitado*, Pág. 22.

⁵⁵⁷ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Pág. 187.

presunto incapaz promueva la declaración y comparezca en la otra posición procesal con su propia defensa y representación; en el caso que estudiamos, tiene que ser el Ministerio Fiscal el que defienda la capacidad de la persona. Pero lo que no puede el Ministerio Fiscal es asumir la posición de demandado, porque si así fuera, se llegaría al absurdo de que el Juez en la sentencia determinaría la incapacidad del individuo del Ministerio Fiscal". "El Derecho", concluye, "no puede conducir a soluciones absurdas".

Además, no debe confundirse la legitimación activa del presunto incapaz con la del Ministerio Fiscal; porque, siguiendo al profesor Serrano García, son dos situaciones distintas que nada tienen que ver entre sí, incluso cuando sea el presunto incapaz el que ponga en conocimiento del Fiscal la concurrencia en su propia persona de la causa de incapacitación, para que este inste la oportuna declaración. Este último supuesto, no es la autoincapacitación del artículo 757 apartado 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, sino el previsto por el mismo precepto pero en el número 3: *"cualquier persona, (entre esa "cualquier persona", por supuesto que se encuentra el afectado), está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación"*. En esta situación el Fiscal, asumiendo un interés público, que puede ser estimulado por el propio sujeto que quiere ser incapacitado, actúa como demandante y hay que nombrar un defensor judicial de la capacidad. En la posición de demandado se encontraría el incapacitable que podría comparecer con su propia defensa y representación, o bien por medio de un defensor judicial.

Tampoco se puede vincular o relacionar la autoincapacitación con el procedimiento de reintegración o modificación del alcance de la incapacitación del artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, puesto que se trata de dos supuestos diferentes. En este último, se trata de una persona que, fue privada o limitada en su capacidad de obrar total o parcialmente, en virtud de sentencia judicial, pero que, a pesar de esa limitación o privación, a tenor de las circunstancias que concurren en un momento posterior a la tramitación del oportuno procedimiento, puede instar la petición oportuna para iniciar el proceso de reintegración total o parcial de su capacidad de obrar.

Estos procedimientos no son contenciosos, ni contradictorios, su objeto es acreditar que las circunstancias que determinaron la modificación de la capacidad de una persona en el pasado, han variado con el transcurso del tiempo justificando la reintegración total o parcial de la capacidad, con los pronunciamientos civiles inherentes que procedan a

tenor del nuevo grado de autogobierno. Por ello, la Ley de Enjuiciamiento Civil, prescribe que, las pruebas a practicar son las del 759: examen médico del incapacitado, audiencia de parientes etcétera, al objeto de justificar la modificación de circunstancias en el declarado incapaz, que determinan la recuperación de la capacidad de obrar interesada.

Otra cuestión, es que, el presunto incapaz, sea parte necesaria del procedimiento como garantía de su derecho de defensa, subraya Chimeno Cano⁵⁵⁸, a la vez que, el Juez actúa salvaguardando el interés público asumiendo un papel más propio de parte que de árbitro, *“así, no entran en juego el principio dispositivo y el de aportación de parte, que se convertirán en inquisitivo y de investigación de oficio, puesto que el Juez puede modificar los hechos en que se fundamenta la demanda sin que por ello la sentencia este viciada de incongruencia; el órgano jurisdiccional puede así mismo proponer que se realicen otras pruebas, de las propuestas por las partes, para llegar a la verdad material y se cerciore de que concurren las circunstancias previstas en la Ley para proceder a la incapacitación”*, concluye Muñiz Espada⁵⁵⁹.

La función del Ministerio Fiscal en los procedimientos judiciales de incapacitación, a tenor de su propio Estatuto, es la defensa de la capacidad de la persona respecto a la cual existen indicios de que concurre causa legal para su modificación, incluso cuando es el sujeto afectado el que formula la solicitud de su propia incapacitación. La razón es que, así lo exige, el interés superior de orden público al que está sometido el Fiscal en todas sus intervenciones, que le obliga a no allanarse por el simple hecho, de que, el interesado desee su incapacitación, al contrario, se opondrá a esta, o al menos intentará que la restricción de capacidad sea la menor posible, porque, esa demanda, que pretende la supresión o limitación de la capacidad del demandante, *“puede enmascarar intereses espurios”*, de los que este tiene que ser protegido, puntualiza Serrano García⁵⁶⁰.

No hay que confundir la capacidad procesal para instar un procedimiento judicial, con la capacidad para ser parte en un proceso, que tiene toda persona desde su nacimiento hasta su muerte, incluso el nasciturus si nace en las condiciones previstas por el artículo 30 del Código Civil. Toda persona puede interponer una demanda en el ejercicio de un derecho, esa es la capacidad para ser parte. La capacidad procesal o capacidad para comparecer por uno mismo en un proceso, exige estar en

⁵⁵⁸ CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pág. 23.

⁵⁵⁹ MUÑIZ ESPADA, Esther, “Descripción de las causas que originan la tutela”, Pág. 213, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1991.

⁵⁶⁰ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, págs. 189, y 190.

el pleno ejercicio de los derechos civiles, o lo que es lo mismo, plena capacidad de obrar: tener dieciocho años cumplidos y no estar incapacitado judicialmente, requisitos exigidos tanto por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en el artículo 2/1, y la de 7 de enero de 2000 en el artículo 7/1. Aquel que carece de capacidad procesal, porque no es mayor de edad o está incapacitado judicialmente, comparecerá en un juicio por medio de su representante, que actuará por él en esa circunstancia. Pero cuando una persona naturalmente incapaz formula la demanda de su propia incapacitación, no cabe otra solución más que el Ministerio Fiscal asuma la defensa de su capacidad.

Es imprescindible que, en el procedimiento de incapacitación, existan dos partes: el demandante, que tiene el interés de la limitación de la capacidad de obrar del demandado, cuya pretensión será, la desestimación de dicha restricción. Lo que mueve al demandante a promover la demanda de incapacitación, es un interés, no un derecho, nadie tiene derecho a incapacitar a una persona, sino el deber o el interés de instar la medida de protección al afectado por una causa de incapacitación, aduce Chimeno Cano⁵⁶¹.

Serrano García⁵⁶², insiste en que, la dificultad para entender la legitimación *“otorgada al propio sujeto es que la parte demandada tiene que ser necesariamente, el presunto incapaz, y que nadie puede entablar una demanda contra sí mismo”*, porque, es un hecho *“contradictorio no ya jurídicamente, que también, sino lógicamente, que un sujeto pida su incapacitación y se sitúe en la posición de demandado defendiendo su propia capacidad, si bien, en ese procedimiento, la capacidad sería defendida por el Ministerio Fiscal, pero eso desnaturaliza algo el procedimiento”*.

El carácter excepcional de la autoincapacitación, y su viabilidad solo en situaciones límite muy concretas y determinadas, es una conclusión, general de la Doctrina. En este sentido el profesor Serrano García⁵⁶³, ve factible esta figura, en casos de incapacitación parcial con sometimiento a curatela, porque *“el curatelado no es un sujeto privado de capacidad, sino, mas bien, un sujeto que tiene que ser asistido en determinados actos para los que si tiene capacidad, aunque no pueda realizarlos solo. De forma que el curatelado ni es un incapaz, ni tiene un representante legal”*.

⁵⁶¹ CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pág. 36.

⁵⁶² *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Págs. 190 y 191.

⁵⁶³ Pág. 193 de la obra citada en la nota anterior del profesor Serrano García.

Díaz Alabart⁵⁶⁴, manifiesta que la viabilidad de la incapacitación voluntaria *“quedará condicionada o limitada por el grado de discapacidad que padezca el sujeto, por cuanto será posible el ejercicio de la facultad reconocida en el artículo 757/1º de la LEC cuando el sujeto pese a su presunta incapacidad, goce de capacidad suficiente para iniciar el procedimiento, pues en aquellos casos en los que la discapacidad sea de mayor entidad el sujeto no podrá ya no plantearse su incapacitación sino tan siquiera ser consciente de la misma”*.

Respecto a la necesidad de un cierto grado de capacidad en el presunto incapaz, también se pronuncia Segura Zurbano⁵⁶⁵, aseverando que, esa posibilidad *“implica el reconocimiento de un cierto grado de capacidad, que por supuesto deberá ser luego fijada en la correspondiente sentencia judicial; pero tal iniciativa de autoincapacitación, parece que se compadece mal con la posibilidad de la regulación del régimen de la incapacidad, estaríamos mas bien ante una avezada capacidad impropia del incapaz, o ante la sospecha de influencias externas al propio incapaz”*. La incapacitación voluntaria, *“debe ser observada en principio como excepcional, se trataría tan solo de casos en que el propio incapaz no tenga conciencia de muchas cosas salvo de su propia incapacidad”*, alertando del peligro de que esta posibilidad se convierta en una *“dimisión del hecho de ser persona, algo como un suicidio civil”*,

Su conclusión final y definitiva considera que la autoincapacitación, *“se trata de un supuesto enormemente extraño, al menos en el ámbito social y de conocimiento de los incapaces en que me he movido durante largos años, y que cuando surja, debe ser examinado con esmerada atención”*, para evitar su utilización con fines diferentes a la protección de la persona que sufre la pérdida de capacidad de obrar.

En el Código Civil suizo, existe la posibilidad de que cualquier persona mayor de edad solicite ser sometida a tutela, artículo 372, si demuestra estar impedida de gestionar convenientemente sus asuntos por causa de debilidad senil, de cualquier enfermedad o por su inexperiencia, exigiendo el Tribunal Supremo suizo, que la solicitud, contenga una declaración de voluntad escrita y no equívoca de la que resulte que el interesado solicita expresamente ser sometido a tutela o que se adhiera a tal solicitud.

⁵⁶⁴ *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 199.

⁵⁶⁵ “La autoincapacitación, la autotutela y los poderes preventivos de la incapacidad”, Págs. 76 y 77.

El profesor Serrano García⁵⁶⁶, puntualiza que, ***“no es lo mismo pedir la tutela que pedir la incapacitación”***, son dos cosas distintas, el nombramiento de un tutor implica la designación de un representante legal, al objeto de proteger, a la persona que previamente ha sido incapacitada.

En Italia, el artículo 415 del Codice Civile dispone, que, el alcohólico o el drogadicto están potencialmente incapacitados y sometidos a tutela. Es de suponer que, tanto uno como otro no siempre estarán privados de razón, siendo conscientes en algún momento de la realidad de su situación, y de la necesidad imperiosa de ayuda de terceras personas para superarla, optando por instar una demanda de incapacitación al objeto de ser sujetos a tutela, a fin de que el tutor como representante legal atienda su persona y bienes hasta restituirle a la normalidad.

4. EL MANDATO PREVENTIVO

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, en el apartado VI de la Exposición de Motivos; afirma que, ***“complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del artículo 1732 del Código Civil, con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor”***. A este tenor, se introduce un nuevo párrafo II en el artículo 1732 del Código Civil, ***“el mandato se extinguirá, también por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dada para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este. En estos casos el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”***. De manera que, la incapacitación sobrevenida del mandante no extinguirá el mandato, siempre y cuando, aquel haya dispuesto su continuación en tal contingencia, o lo hubiera otorgado para esa circunstancia; es decir, en previsión de su futura incapacidad.

⁵⁶⁶ Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003. págs. 194 y 195.

4.1. EL MANDATO

El Código Civil, define el mandato en el artículo 1709 como aquel contrato por el que *“se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otras”*. La sencillez de la redacción no es más que una apariencia que se desvanece en el mismo momento en el que comenzamos el estudio de esta figura.

El profesor Serrano García⁵⁶⁷; puntualiza que, la definición del 1709 *“esconde algún concepto fundamental para el Derecho en general, cual es la representación”, y, “otro, de distinto, pero no de menor alcance, de gran variedad y que exige un uso practico muy cuidadoso cual es el poder”,* de manera que, *“el articulo contempla el fenómeno desde el punto de vista del mandatario porque éste es el único que contraer la obligación (prestar un servicio o hacer alguna cosa). Desde la otra parte contractual está el mandante, que es quien hace el encargo. Uno (mandante), encarga algo y otro (mandatario), contrae la obligación de realizar el encargo y “dar cuenta de sus operaciones” (Art. 1.720)”*; *“la dualidad de posiciones se encuentra en el Derecho Comparado, el Codice Civile italiano entiende en mandato como nosotros, como carga asumida por el mandatario (Art. 1.703); por el contrario el Code Civile francés lo configura como encargo Art. 1.984, procuration, dar a otro el poder)”*.

El mandato en nuestro Derecho, es un contrato en virtud del cual, el mandatario asume voluntariamente la obligación de efectuar un encargo, que le hace el mandante, el cual deposita su confianza en el primero, fundamentándose en una relación personal o profesional.

Para el profesor Serrano García⁵⁶⁸, *“prestar algún servicio o hacer alguna cosa, es una expresión muy general y poco precisa por lo que, dentro de la misma cabe prácticamente cualquier asunto, desde los muy complejos hasta otras muy sencillos en una gama amplísima imposible de concretar. Cabe también encargar (o asumir la obligación de realizar) actos de gran trascendencia jurídica y otros de poca relevancia. La obligación asumida (o el encargo efectuado) puede haber sido detalladamente concretada por el mandante (hasta el punto de poder hablar de acto debido) o ser muy genérica dejando un gran ámbito de decisión en el mandatario”*. En el caso del mandato preventivo la figura

⁵⁶⁷ Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003, Pág. 257. y “El mandato de protección futura. Una solución francesa para la protección patrimonial de los majeurs protegés”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* nº 4, (octubre-diciembre 2008), Págs. 743-762.

⁵⁶⁸ Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Pág. 258.

jurídica se complica, porque se añade “*un hecho condicionante*” que puede tener el efecto de condición suspensiva: la incapacidad del mandante como factor que “desencadena la eficacia del contrato hasta entonces suspendida”.

Según Castán Tobeñas⁵⁶⁹, es un contrato consensual, que se presume gratuito a falta de pacto expreso en contraposición con la comisión mercantil, y retribuido cuando el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere su objeto⁵⁷⁰. En consecuencia, es unilateral cuando es gratuito, y bilateral cuando es retribuido, puesto que el primer supuesto solo produce obligaciones para el mandatario y derechos para el mandante, mientras que en el segundo hay reciprocidad de obligaciones.

En la actualidad la esencia del mandato es el principio de la representación no siendo siempre así. El Derecho Romano, desconocía la representación directa tal y como hoy la concebimos, ignorando la posibilidad de que los efectos de una obligación contraída por una persona recayeran en otra distinta. Con el paso del tiempo la evolución de la actividad mercantil, hará desaparecer la gratuidad imponiéndose la representación como nota fundamental.

No obstante, hasta el siglo XIX no se formulará una teoría de la representación confundiéndose mandato y poder, trascendiendo esta confusión a la ley, concretamente en el Derecho francés en el Código de Napoleón de 1804, incluso en el Code de 1984, siendo el BGB alemán el primer código que recogerá una regulación expresa en los parágrafos 164 y 167 de la diferenciación entre mandato y representación, considerando el apoderamiento como un negocio de naturaleza abstracta, separado de la relación entre representante y representado, línea que siguieron el Código Civil suizo de obligaciones, y el Código italiano de 1942.

La legislación alemana es fruto de los estudios del movimiento conocido como Pandectista, que en sus conclusiones establece las diferencias entre representación y mandato, eliminando la confusión de este último con el poder o el apoderamiento.

El mandato tiene que ver con el aspecto interno de la relación representativa, con las relaciones mandante-mandatario; mientras que, el poder, hace referencia al aspecto externo de dicha relación, es decir, a las

⁵⁶⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, “Derecho de Obligaciones”, Undécima ED Revisada y puesta al día, ED Reus, Madrid, (1981), Pág. 515 y ss.

⁵⁷⁰ Artículo 1711 del Código Civil.

relaciones entre el representante y terceros, en la practica ambas suelen coincidir sin permitir que sean identificadas, siendo necesaria la conexión de la representación con el mandato, puntualiza Ihering⁵⁷¹.

Windscheid, otro autor perteneciente a la corriente de la pandectista, aporta la siguiente distinción entre mandato y poder: en virtud de aquel uno está obligado a hacer algo para otro, existiendo una relación jurídica obligatoria entre mandante y mandatario. Sin embargo, con el poder de representación, la posición jurídica individual del apoderado le atribuye la potestad de hacer una cosa para el poderdante, posición que es contemplada en el ámbito externo por los que contratan con él. A tenor de esta idea puede existir un mandato sin poder y un poder sin mandato, porque poder y mandato son dos conceptos distintos con efectos diferentes.

La Doctrina española se ocupa del estudio de la representación existiendo numerosas definiciones, para Ruiz Rico⁵⁷²; es *“el fenómeno jurídico en virtud del cual una persona actúa en nombre y en interés de otra, produciéndose en el patrimonio o esfera jurídica, directa o indirectamente, de esta ultima, los efectos de aquella actuación”* *“el representante, actúa “per se” (por voluntad propia), pero en el uso del poder o autorización que le ha conferido el representado, y merced a los cuales, las consecuencias de su actuación recaen sobre el patrimonio de este”*. Díez Picazo⁵⁷³, afirma que, *“la representación es una institución unitaria que abarca todos lo tipos de representación, la legal y la voluntaria la directa y la indirecta; con tal de que el interés gestionado por el representante sea del representado y no propio”*. Gordillo Cañas⁵⁷⁴, aduce que es el *“fenómeno jurídico en cuya virtud, una persona gestiona asuntos ajenos, actuando en nombre propio o del representado pero siempre en interés de éste, autorizado para ello por el interesado o por la ley, de forma que los efectos de dicha actuación se producen directa o indirectamente en la esfera jurídica del representado”*.

En el Derecho español, el Código Civil regula separadamente el mandato en los artículos 1709 al 1717, y la representación en el artículo 1259, configurando las relaciones entre ambas figuras de dos formas posibles. Una para la que la representación es la esencia del mandato, pudiendo ser revelada o no a los terceros, siendo aparente o no aparente, en

⁵⁷¹ A este respecto véase: RUIZ- RICO RUIZ, José Manuel, y GARCÍA ALGUACIL, M^a José, *La Representación legal de menores e incapaces. Contenido y límites de la actividad representativa*, ED. Thomson Aranzadi, (2004), Pág. 36.

⁵⁷² Obra citada en la nota anterior, Pág. 27.

⁵⁷³ DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *La representación en el Derecho Privado*, Madrid (1979), págs. 85 y ss.

⁵⁷⁴ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid (1995), definición correspondiente a representación.

la que mandato y poder van siempre unidos⁵⁷⁵. La segunda postura, entiende que, el mandato y el apoderamiento, son dos negocios jurídicos conceptualmente independientes, porque son distintas las formas de nacimiento, perfección, elementos personales que los integran, objeto, extensión y extinción.

Para Ruiz Rico⁵⁷⁶, en ***“nuestro ordenamiento jurídico, en realidad, hay que llegar a la conclusión de que, aunque el poder de representación tenga su causa en una relación jurídica especial, la concesión del poder hace aplicables a esta relación las normas del mandato, sin entrar a discutir si, por ello, conserva su primitiva naturaleza o se convierte en una relación mixta”***.

Puente de la Fuente⁵⁷⁷, opina que, la representación es aludida por el Código Civil en el artículo 1259; en consecuencia, ***“en la representación legal no hay mandato”, y “en la voluntaria tiene que haber una autorización que, normalmente será contractual, un contrato de mandato”***; la diferencia, es que ***“el artículo 1717 trata de actuar en su propio nombre, y el 1259, de contratar en nombre de otro”***.

El poder es, ***“el conjunto de facultades que, mediante una declaración de voluntad recepticia (el apoderamiento), son delegadas de manera unilateral por un sujeto en otro para que éste pueda actuar en nombre del delegante”***, dice Martínez García⁵⁷⁸.

Martínez-Piñeiro⁵⁷⁹, apunta que, ***“la necesidad de distinguir entre el poder, que designa el conjunto de facultades que un sujeto delega en otro, de apoderamiento o declaración unilateral de voluntad de la que el poder nace, de la relación subyacente a causa del otorgamiento del poder, y del negocio representativo que es el que el apoderado concluye con un tercero en nombre y representación del poderdante. También conviene distinguir entre el poder, en el que la relación representativa es esencial***

⁵⁷⁵ Entre los partidarios de esta postura están MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español* Tomo XI, ED Reus Madrid (1931), Pág. 423, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil* Tomo IV, Madrid (1899), Pág. 490, y otros.

⁵⁷⁶ *La representación...* Pág. 38.

⁵⁷⁷ PUENTE DE LA FUENTE, Fernando, “El Mandato Preventivo”, en la obra colectiva *La protección jurídica del discapacitado*, II Congreso Regional (Castilla y León), Coordinador, SERRANO GARCÍA, Ignacio, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2007), págs. 145-169, Pág. 148.

⁵⁷⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, “Apoderamientos preventivos y autotutela”, obra colectiva *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Director: MARTÍNEZ de DÍE, Rafael, ED. Civitas Madrid, 2000, Pág. 137.

⁵⁷⁹ MARTINEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo, “El Apoderamiento o Mandato preventivo”, Conferencia pronunciada en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, el día 20 de noviembre de 2008, publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, (enero-marzo 2009), Pág. 249-267, Pág. 253 y 254.

(los efectos del negocio concluido recaerán directamente en la persona del poderdante), de la simple autorización en la que una persona faculta a otra para obrar en su interés, pero en la que los efectos del negocio concluido recaen en la persona del autorizado, que ha de retransmitirlos después al autorizante". Continua refiriéndose a la causa del apoderamiento, que define como *"un contrato o relación subyacente entre el poderdante y el apoderado, que normalmente será un contrato de mandato, (por el que el apoderado-mandatario se obliga a gestionar intereses del poderdante-mandante), pero que puede ser de otro tipo: arrendamiento de obra, de servicios, comisión mercantil, gestión de negocios, contrato de trabajo etc"*.

El profesor Serrano García⁵⁸⁰, coincide en la apreciación anterior en su análisis afirmando que, *"normalmente la causa del poder es un negocio causal subyacente, que, en el caso que nos ocupa es un contrato de mandato, (porque detrás de un poder puede haber un contrato de muchas clases: arrendamiento de servicios, sociedad, préstamo (en el caso de un poder dado en beneficio del propio apoderado). Hay una cierta independencia entre el poder (en el que se produce una cierta abstracción causal) y el mandato subyacente, contrato típico"*.

A los efectos de autoprotección de la capacidad modificada, interesa como previsión el otorgamiento de representación, el poder o apoderamiento para gestionar como representante de la persona que ha perdido facultades, sus asuntos personales y la administración del patrimonio, al estilo de la representación legal del tutor, siendo en este caso de carácter voluntario.

4.2. LA EXTINCIÓN DEL MANDATO POR INCAPACIDAD DEL MANDANTE

Una de las causas tradicionales de extinción del mandato previstas en el artículo 1732 del Código Civil, es la incapacidad del mandante o del mandatario. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, modifica el citado precepto previendo que la incapacitación del mandante no extinguirá el mandato, siempre que este haya dispuesto su continuación en el caso de devenir incapaz, o lo hubiera otorgado para que surtiera efecto exclusivamente en esa circunstancia, o como dice el literal en el supuesto de *"incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este"*, el mandante se entiende.

⁵⁸⁰ La Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003, Pág. 270.

Diez Picazo⁵⁸¹, refiriéndose a la extinción automática del mandato que imperaba antes de 2003, dijo que, *“en los casos de incapacitación del mandante la regla en nuestro Código Civil parece ser la extinción automática, aunque, a nuestro juicio es posible admitir una continuación del mandato en aquellos casos en que consientan en ello los representantes legales del mandante incapacitado o, por lo menos no den lugar a revocación”*.

Puente de la Fuente⁵⁸², explica la situación, con la siguiente reflexión, *“con anterioridad a la reforma, es de todos conocido que el artículo 1732 del Código Civil, fijaba como causa de extinción del poder la incapacitación del mandante, por lo que algún sector doctrinal llegó a entender que se refería a la incapacitación judicial, y que hasta que no recaía tal incapacitación judicial el poder subsistía, con independencia de que el poderdante no tuviera capacidad de hecho para llevar a cabo por sí el negocio jurídico para el que estaba facultado el apoderado. Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter causalista de nuestro sistema con la regulación vigente en ese momento, entiendo que el poderdante en el instante en el que el apoderado actúa en su nombre, debe de tener capacidad suficiente para realizar el negocio por sí mismo. En caso contrario, lo actuado por el apoderado estaría afectado por la nulidad o anulabilidad, y así lo entiende una parte importante de nuestra doctrina actual.*

Los negocios realizados por el apoderado en una situación de incapacidad sobrevenida del poderdante, no pueden ser impugnados si redundan en utilidad de este último, asimilando este supuesto al del guardador de hecho del artículo 304 del Código Civil, y los terceros se encuentran protegidos a tenor del artículo 1738.

El reformado artículo 1732 suprime la incapacidad del mandante como causa de extinción automática del mandato, sí aquel así lo dispuso expresamente, siendo posible la continuación de sus efectos incluso después de la modificación de la capacidad, pudiendo coexistir o no con la representación legal. El segundo supuesto es el otorgamiento del mandato con el fin de que despliegue sus efectos solo y exclusivamente desde el momento en el que se aprecie la incapacidad del mandante.

El mandato subsiste o causa efectos una vez que el mandante es incapacitado, pero puede ser revocado por el Juez de oficio o a instancia

⁵⁸¹ La representación en el Derecho Privado, Madrid, (1979), Pág. 295.

⁵⁸² PUENTE de LA FUENTE, Fernando, El Mandato Preventivo, Pág. 150.

del tutor, si así lo requiere el interés del incapacitado, al estilo de lo dispuesto para la autotutela en el artículo 224 del Código Civil. En cualquier caso, incluso cuando no se tramite judicialmente la modificación de capacidad ni se constituya la tutela, si se aprecia que el poder en sí mismo o la actuación del apoderado, perjudican los intereses del poderdante, por el cauce de las medidas cautelares del artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2.000, se podrá instar su extinción, y las medidas de protección que procedan.

Serrano García⁵⁸³, aduce que, *“mucho antes de que se plantearan los problemas que la legislación de este siglo XXI trata de resolver (senilidad, falta de aptitud, que no llegan a la intensidad de configurar la situación de imposibilidad de autogobierno), ya se planteaban los autores la duda acerca de si incapacidad del mandante debe o no extinguir el mandato”*.

Para Puente de la Fuente⁵⁸⁴, *“la Ley de 18 de noviembre de 2003, admite con generosa amplitud, los llamados poderes preventivos en lo que, para mí, (para Puente de la Fuente), es la estrella de las novedades que recoge esta Ley. La admisión de esta figura ha sido llevada a cabo por el legislador mediante la reforma del artículo 1732 del Código Civil, relativo al mandato, añadiéndolo el siguiente párrafo: “el mandato se extinguirá, también, por la incapacidad sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo de hubiere dispuesto su continuación o el mandato se hubiere dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada con forma a lo dispuesto por esta. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente, a instancia del tutor”*. Añadiendo, que, *“la solución de carácter preventivo que hoy permita la Ley, y que evitará a los mayores el riesgo de la incapacidad judicial, ante una necesidad de disposición patrimonial de sus bienes cuando ya no tengan capacidad mental o volitiva para ello, es el otorgamiento de ese poder preventivo que ahora acoge nuestra legislación de forma plena y sin rebozos”*.

Respecto a la incapacidad como causa de extinción, el profesor Serrano García⁵⁸⁵, comenta que después de la Ley 41/2003, *“la incapacidad del mandatario continua en la misma situación que antes de la reforma, pero cambia la solución legal cuando el incapacitado es el mandante. El mandato puede subsistir aunque el mandante sea*

⁵⁸³ Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Pág. 267.

⁵⁸⁴ Obra citada en la nota anterior, pagina 154.

⁵⁸⁵ Pág. 270.

incapacitado, y puede darse un mandato para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este". En el caso de subsistencia del mandato posteriormente a la incapacidad del mandante⁵⁸⁶, *"se puede instar la extinción", por lo que, "habrá que advertir a terceros para deshacer una apariencia que puede hacer firme el negocio celebrado por un tercero con buena fe"*, siendo conveniente hacer constar la falta de capacidad, al objeto de que el tercero no considere burlada su buena fe, cuando contrata suponiendo unas circunstancias que no se corresponde con la realidad; es decir, que una de las partes tiene capacidad de obrar plena cuando no es así.

La posibilidad de instar la extinción del mandato si las consecuencias son adversas para el mandante que ha perdido sus facultades, significa la judicialización de un contrato privado, que teniendo en cuenta la situación actual de la Justicia, puede suponer un entorpecimiento en la *"vela de la persona y gestión de los bienes del incapaz"*, termina considerando el profesor Serrano.

Puente de la Fuente⁵⁸⁷, asevera que, *"la finalidad de la reforma en cuanto al tema que estamos tratando no es otra, que la de aportar soluciones de Derecho Privado a los problemas de la discapacidad"*, y así lo debemos entender, justificándose sobre todo en el envejecimiento de la población, fenómeno cada vez mas patente en las sociedades del estilo de la española, y que tiene como consecuencia un aumento considerable de las situaciones de incapacidad, dependencia, inaptitud, o incompetencia para gestionar los asuntos propios, afectando tanto a personas con discapacidad, como a las que nunca han padecido discapacidad alguna. Esa pérdida de facultades, impide al afectado realizar una serie de actos, que sí requieren la intervención del Notario, este no autorizará, y que puede obedecer a circunstancias temporales como una operación quirúrgica o un tratamiento médico, o permanentes y progresivas como una enfermedad degenerativa.

El mandato preventivo, es en todos estos supuestos, el instrumento adecuado para que la persona disponga la administración de sus bienes durante su incapacidad, respondiendo a la idea de *"potenciar la autonomía de la voluntad en la elección de quien y como se deben gestionar los propios asuntos para el caso de uno ya no pueda hacerlo por sí mismo"*, apunta el profesor Serrano García⁵⁸⁸, el objetivo es que cuando alguien no pueda ocuparse de sus asuntos, quien se encargue de su gestión sea una persona elegida por el afectado desarrollando su función en los términos por él mismo ordenados.

⁵⁸⁶ Pág. 262.

⁵⁸⁷ PUENTE de LA FUENTE, Fernando, "El Mandato Preventivo", Pág. 151.

⁵⁸⁸ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Pág. 267.

Corral García⁵⁸⁹, en esta línea aduce que, ***“el futuro enfermo puede autoprotgerse mediante los poderes de representación que puede emitir a favor de quien considere oportuno para que administre y gestione su patrimonio lo que de hecho supone que se autolimita su capacidad de obrar como si ya estuviera incapacitado”***.

Segura Zurbano⁵⁹⁰; a su vez, apunta que después de la Ley 41/2003, ***“se puede decir que ha quedado profundamente modificado el sistema tutelar español”***, pretendiendo un fortalecimiento de la familia en detrimento de la administración que limitará su intervención fiscalizadora a ***“las anomalías que se produzcan”***; añadiendo que, ***“hoy en día, con unas previsiones adecuadas en materia de poderes preventivos y de autotutela, incluso sin tener que recurrir a la autoincapacitación, parece que se puede hablar en este terreno de una amplia autonomía de la voluntad, y autocomposición de intereses. Así tan solo cuando aparezcan patologías en este mundo tan íntimo, habrá que dar entrada a la Administración de Justicia: jueces y fiscales”***.

Es una realidad la potenciación de la autonomía de la voluntad como medio de tratamiento de las cuestiones de ámbito familiar entre las que se encuentra la protección de la capacidad modificada, una de las causas de esta tendencia es sin duda, la ineficacia de los poderes públicos no solo para resolver los conflictos de este tipo, sino también para abordar situaciones de urgencia que requieren soluciones rápidas. La idea de que la intervención judicial quede reducida a los supuestos en los que sea estrictamente necesario impulsa la autorregulación, encontrándose en esta línea el apoderamiento preventivo, en el que el interesado podrá diseñar las reglas de atención a su persona y de la administración de su patrimonio que estime oportunas aplicar cuando sus facultades decaigan, además de los instrumentos de supervisión que aseguren el cumplimiento de sus previsiones, sin perjuicio del control del Juez, que no puede ignorar ni eludir.

⁵⁸⁹ CORRAL GARCÍA, Eduardo, “Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores en el Derecho Civil: en especial en papel del notariado como garante de la capacidad de los mayores”. *Revista jurídica del notariado*, nº 46, (año 2003), Págs. 27 y ss.

⁵⁹⁰ SEGURA ZURBANO, José M^o, “La autoincapacitación, la autotutela, y los poderes preventivos de la incapacidad”, Págs. 62- 84.

4.3. EL MANDATO QUE SUBSISTE DESPUÉS DE LA INCAPACITACIÓN DEL MANDANTE

El artículo 1732 del Código Civil reformado comprende dos supuestos. El primero es definido por Serrano García⁵⁹¹, como *“un mandato que se asume con un mandante capaz, es decir, un mandato totalmente ordinario, pero con la previsión de que dicha obligación asumida de gestionar los asuntos de otra; continuará siendo eficaz aunque el mandante resulte incapacitado”*.

Puente de la Fuente⁵⁹², lo denomina poder con subsistencia otorgado *“para que pueda ser utilizado”*, tanto *“para el supuesto de que no exista pérdida de facultades intelectuales y/o volitivas en el poderdante, como para el supuesto futuro e hipotético de que se produzca esa pérdida”*. Se trata de un poder ordinario y normal como otro cualquiera, que despliega sus efectos desde el momento de su otorgamiento, pero con una cualidad específica, *“la subsistencia”*, que significa que, *“no se extinguirá”*, al contrario *“continuará produciendo efectos”* en caso de incapacidad sobrevenida del mandante. En este tipo de poder, *“el apoderado no necesitará, para su actuación ninguna demostración del estado de incapacidad de hecho (ni tampoco de derecho si así se establece) del poderdante. Con ello se evita que ocurra lo que, antes de la Ley de 2003, podía suceder, y es que los actos realizados por el o los apoderados en nombre del poderdante, pudieran ser declarados nulos o anulables, (la doctrina discute en cuanto a estos dos efectos) si se demostraba que, al momento del otorgamiento del acto o contrato en cuestión, el poderdante sufría ya una incapacidad de hecho que le impedía realizar el acto de que se tratase por el mismo. El tercero que contrata tiene pues la seguridad de que, cualquiera que fuese la situación del poderdante en el momento de la contratación, (capacidad, incapacidad de hecho o incapacitación judicial, si este último supuesto también se comprende), no se va a producir ningún supuesto de nulidad o anulabilidad de lo actuado por el apoderado”*.

Es interesante y puede ser de gran utilidad, la cláusula de subsistencia del poder, en los casos en los que se pretenda la protección de la inaptitud, permitiendo al mandante encomendar la gestión de sus asuntos a la persona que considera adecuada en el momento en el que no tenga facultades para hacerlo por sí mismo, asegurando además la eficacia de los actos realizados por el mandatario.

⁵⁹¹ Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Pág. 266.

⁵⁹² PUENTE de LA FUENTE, Fernando, “El Mandato Preventivo”, Págs. 159 y 160.

4.4. LOS PODERES PREVENTIVOS

El segundo supuesto, previsto por el artículo 1732 del Código Civil reformado es el autentico poder preventivo, que según el profesor Serrano García⁵⁹³, es *“aquel poder otorgado para el caso de incapacitación del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste”*. Y que Martínez García⁵⁹⁴, define como *“la declaración de voluntad unilateral y recepticia por la que una persona, en previsión de una futura incapacidad mas o menos acusada, ordena una delegación mas o menos amplia de facultades en otra, para que ésta pueda actuar válidamente en su nombre”*.

Puente de la Fuente⁵⁹⁵, se refiere a esta figura, como *“poder de causalización”* que *“solo surte efecto en un momento posterior a su otorgamiento. En efecto, se puede otorgar el poder con cláusula de causalización, es decir, para que sea eficaz solo y exclusivamente en el caso hipotético y futuro de pérdida de las facultades mentales y/o volitivas, demostrada, por ejemplo y si así lo dispone el poderdante, mediante certificado de un medico psiquiatra o mediante el documento administrativo que recoja la incapacidad psíquica con un grado de esta que el propio poderdante determine”*. Concluyendo que, *“este tipo de poder es el poder preventivo propiamente dicho y solo podrá utilizarse por el apoderado cuando se de el supuesto de discapacidad prevista por el propio poderdante o cuando hubiese recaído sentencia de incapacitación, si este último supuesto se hubiese comprendido también”*.

El único fin del apoderamiento preventivo es la previsión de la protección de la pérdida de facultades, produciendo sus efectos solo cuando el apoderado deviene incapaz.

4.5. ELEMENTOS PERSONALES

En el apoderamiento y en el mandato intervienen, el poderdante o mandante que delega o encarga la gestión de sus asuntos, y el apoderado o mandatario que asume la ejecución del encargo en los términos establecidos. Nuestro Código Civil, no regula expresamente los requisitos de capacidad que han de concurrir en las dos partes para ambos negocios, y tampoco para el apoderamiento preventivo.

⁵⁹³ Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Pág. 269.

⁵⁹⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, “Apoderamientos preventivos y autotutela”, Pág. 138

⁵⁹⁵ PUENTE de LA FUENTE, Fernando, “El Mandato Preventivo”, Pág. 160.

En el caso del apoderamiento, para analizar los requisitos de capacidad del poderdante, acudiremos a los generales que se exigen para conferir a otra persona la representación, que son los que están en el pleno ejercicio de sus derechos civiles; es decir, los mayores de edad sin modificación de su capacidad.

La Doctrina analiza las posibilidades de que un menor de edad pueda apoderar, siguiendo la exposición de Martínez-Piñero Caramés⁵⁹⁶, la primera consideración a tener en cuenta es el contenido del poder, en concreto las facultades que se confieren al apoderado y la naturaleza de los negocios jurídicos que se encomiendan. Sí se trata de un menor emancipado, no hay duda de que puede otorgarlo, siempre y cuando los actos que delegue en el apoderado se correspondan con los que puede realizar por sí mismo. Lo normal es que el contenido de un mandato preventivo sea de carácter patrimonial, coincidiendo con los actos para los que se requiere la intervención de los padres o del curador, a tenor del artículo 323 del Código Civil.

¿Qué ocurre entonces?, ¿podrá otorgar el poder con la asistencia de sus padres o del curador?. El apoderamiento consiste en conferir la representación, acto de carácter personalísimo, que como tal solo puede ser realizado por el interesado, no puede ser objeto de delegación.

La conclusión no puede ser otra más que, el menor emancipado solo puede otorgar un mandato ordinario o un poder en el que las facultades que confiera al mandante o al apoderado, sean de idéntica naturaleza a los actos para los que tiene plena capacidad, excluyendo sin discusión los detallados en el artículo 323 del Código Civil.

Martínez-Piñero⁵⁹⁷, hace la siguiente reflexión, ***“si el menor emancipado no puede por sí solo tomar dinero a préstamo o gravar y vender, parece que no lo podrá hacer por medio de apoderado y que será invalido el poder que a estos se otorgue”***, y puntualiza que, ***“en otro sentido, parece claro que el negocio realizado por los menores, y entre ellos el de apoderamiento, no será en ningún caso absolutamente nulo, sino solo anulable a instancia de las personas a quienes corresponda su representación legal o al propio menor en el momento de su llegada a la mayoría de edad”***.

⁵⁹⁶ MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo, “El Apoderamiento o Mandato preventivo”, Conferencia pronunciada en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, el día 20 de noviembre de 2.008, publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, (enero-marzo 2009), Pág. 249-267, Págs. 257 y 258.

⁵⁹⁷ Pág. 258 obra citada, El apoderamiento.....

Si un menor de edad emancipado, otorga un poder preventivo confiriendo unas facultades que exceden a las que legalmente le corresponden en su situación, los negocios que se realicen a su tenor, no podrán ser anulados, *“sí redundan en su utilidad”*, en su beneficio, y lo serán a instancia de sus padres titulares de la patria potestad, del curador o del propio menor cuando cumpla su mayoría de edad, si sus efectos constituyen un perjuicio para su interés.

Las personas con capacidad modificada sujetos a curatela, podrán otorgar un mandato o poder preventivo si lo permiten los pronunciamientos de la sentencia, excluyéndolo de la exigencia de la asistencia del curador como requisito para su eficacia. Lo habitual es que, los actos que requieren la intervención del curador sean de naturaleza patrimonial, cuestiones que a la vez son las típicas del contenido del mandato y del poder, lo que significa que salvo excepciones, la persona sujeta a curatela igual que ocurre con el menor emancipado estará inhabilitado para apoderar, precisamente porque mediante ese acto pretende facultar a otro a hacer algo en su nombre que no puede hacer en ningún caso porque no tiene capacidad suficiente.

En cuanto a la posibilidad de que, el curatelado otorgue mandato preventivo con la asistencia del curador, no existe previsión al respecto en nuestro Código Civil, al contrario que el Code francés que así lo establece expresamente en el artículo 477⁵⁹⁸.

Otra cuestión, es la posibilidad de que los padres confieran un poder preventivo en nombre de sus hijos menores para el supuesto de que sean incapacitados, aplicando analógicamente el artículo 223, que les permite *“en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las persona que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados”*⁵⁹⁹, en alusión al artículo 477 del Code francés reformado en 2007 en virtud de la Ley de 5 de marzo, que prevé expresamente que los padres, o el que sobreviva de ellos, si ejercen la patria potestad, pueden nombrar un mandatario que represente al hijo, si este pierde la capacidad y ellos fallecen o no pueden cuidar del mismo.

⁵⁹⁸ PEREÑA VICENTE, Montserrat, “Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 703, (septiembre-octubre de 2007), analiza esta cuestión en las págs. 2247 y 2248.

⁵⁹⁹ Pág. 257.

Para Martínez-Piñeiro, la idea del artículo 477 del Code es recogida por el artículo 5 de la LPPD en su apartado 7, confiriendo la cualidad de representante legal al administrador del patrimonio protegido para todos los actos de administración de los bienes y derechos que lo componen sin que necesite la intervención de los padres o del tutor para su validez y eficacia, una especie de apoderado con facultades de gestión del precitado patrimonio.

En relación al apoderado, no existe regulación en el Código Civil, mientras que la Ley francesa de 5 de marzo de 2007, en el artículo 480 del Code, prescribe expresamente, que puede ser tanto una persona física como una persona jurídica.

En el caso de una persona física deberá lógicamente ser mayor de edad y tener capacidad plena. El menor emancipado según el artículo 1716 del Código Civil, *“puede ser mandatario; pero el mandante solo tendrá acción contra él de conformidad con lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores”*, a la complicada interpretación que impone el confuso literal de este precepto, se añade las limitaciones del artículo 323, justificadas por la necesidad de protección de su madurez incompleta, ratificando la necesidad del que el apoderado tenga una capacidad plena, acentuada en el mandato preventivo con el que se quiere salvaguardar la incapacidad futura de la persona que lo otorga, equiparando el requisito de capacidad al exigido para el ejercicio de las funciones tutelares.

No existe impedimento alguno para que el apoderado sea una persona jurídica, supuesto que expresamente admite el Code francés en su artículo 480 reformado, que actuarán como las personas jurídicas privadas en el ejercicio de las funciones tutelares a través de sus órganos de representación ostentados por personas físicas, siendo una solución de especial interés en los casos en los que se pretenda resolver la administración de un patrimonio, que requiera una gestión profesional a efectos de rentabilidad del mismo, o que esté compuesto por bienes ubicados en lugares dispersos y alejados de la residencia del poderdante en una situación de inaptitud.

4.6. CONTENIDO

No existe disposición legal que indique el contenido del mandato preventivo, siendo de aplicación por analogía lo previsto para la autotutela en el artículo 223, que utiliza la expresión genérica *“cualquier disposición relativa a su persona y bienes”*, a este tenor podrá referirse tanto a

cuestiones personales como patrimoniales, postura justificada como dice Puente de la Fuente⁶⁰⁰, porque *“una vez admitido por la ley que nadie como el propio sujeto para regular sus propios intereses en un supuesto de futura y posible incapacidad declarada judicialmente (autotutela) o no (poder preventivo), deba caer por tierra cualquier barrera limitativa que se quiera poner al contenido de esa autorregulación, naturalmente siempre que ese contenido sea lícito y legítimo”*; en consecuencia, *“es obvio que, a mi parecer, el poder podrá contener cuantas instrucciones y precisiones crea convenientes expresar el poderdante relativas al ejercicio de las facultades contenidas en el poder, tanto si se refieren al patrimonial como si afectan al aspecto personal”*.

Segura Zurbano⁶⁰¹, reitera que *“ninguna limitación establece este precepto, (el artículo 1732 del Código Civil), sobre cuales pueden ser los límites de las facultades concedidas al apoderado; y fijémonos en que aquí no estamos en principio ante una persona judicialmente incapacitada, sino incapaz de hecho, y no estamos tampoco, al menos inicialmente, ante un caso de tutela al que aplicar el artículo 232 del Código Civil, sobre control por el Ministerio Fiscal”*; por lo que, *“entiendo por todo ello que las facultades concedidas al apoderado puede ser amplísimas, incluidas las mencionadas en el artículo 271 del Código Civil, salvo que por razones de orden publico, las que afectan a la propia personalidad o liberalidad del mandante, como sería en un establecimiento publico. Y podrían incluir también, que duda cabe, todas las que prevé la legislación común y las legislaciones autonómicas, sobre voluntades anticipadas, o testamento vital, instrucciones previas”*.

El contenido clásico y habitual de los apoderamientos es el patrimonial, siendo la administración de los bienes su objeto prioritario, sobre todo los actos dispositivos, respecto a los cuales puede ser un instrumento de agilización y simplificación de trámites, al ser perfectamente idóneo para eludir la autorización judicial del artículo 271 del Código Civil, facilitando la provisión puntual de medios económicos para la subsistencia, atención y cuidado del poderdante en situación de inaptitud, sin necesidad de esperar a que el Juez dicte la resolución oportuna dimanante de la tramitación del procedimiento previsto legalmente.

⁶⁰⁰ PUENTE de LA FUENTE, Fernando, “El Mandato Preventivo....,” Pág. 155.

⁶⁰¹ SEGURA ZURBANOS, José M^a, “La autoincapacitación, la auto tutela Y los poderes preventivos de la incapacidad”, Págs. 82 y 83.

4.7. LA INCAPACIDAD APRECIADA CONFORME A LO DISPUESTO POR EL MANDANTE

La incapacidad es una cuestión directamente relacionada con el momento en el que el poder causará efectos, razón por la que, es de suma importancia, establecer en que momento se apreciará tal circunstancia, labor que el artículo 1732 no facilita en absoluto dada la confusión de la expresión que utiliza *“incapacidad conforme a lo dispuesto por este”*. El literal del precepto parece indicar que es el mandante el que tiene que apreciar en qué momento no tiene capacidad, sin remitir a ningún otro criterio, confusión terminológica que puede ser fuente de más de un problema, que quizá requiera para su resolución la vía judicial, puntualiza Puente de la Fuente⁶⁰².

Lo primero que se nos ocurre al leer el citado último párrafo del artículo 1732 del Código Civil, es que cada mandante; es decir, cada persona que otorgue un mandato con el fin expresado, decidirá cuando será incapaz al objeto de que surta los efectos que pretende. Inmediatamente, nos damos cuenta, que hablamos de la capacidad de una persona que al definir el estado civil es una cuestión indisponible por la autonomía de la voluntad. Nadie puede decidir libre y voluntariamente, cuando y en qué momento es capaz o incapaz de obrar, admitir lo contrario sería tanto como consentir el suicidio civil de las personas.

Serrano García y Puente de la Fuente, coinciden en que, la incapacidad conforme a lo dispuesto por el mandante, *“se corresponde más bien con la inaptitud”*.

Puente de la Fuente, explica que, *“la Ley 41/2003, cuando modifica el contenido del artículo 1732 del Código Civil, parece que está pensando en la incapacitación judicial cuando se refiere al poder con subsistencia de efectos, y a la incapacidad de hecho (discapacidad) cuando se trata de poder preventivo propiamente dicho o causalizado”*.

Segura Zurbano⁶⁰³, lamenta que, en el antedicho artículo 1732. *“no se haya aclarado si cuando habla de extinción por la “incapacitación sobrevinida del mandante, se refiere al hecho de la incapacidad o a la declaración judicial de la misma”*; aunque, *“para que el poder (la confusión mandato poder subsiste) no se extinga hace falta que el mandante haya dispuesto su continuación para el caso de incapacidad”*,

⁶⁰² PUENTE de LA FUENTE, Fernando, “El Mandato Preventivo”, Págs. 148, 149 y 150.

⁶⁰³ SEGURA ZURBANO, José M^a, “La autoincapacitación, la auto tutela Y los poderes preventivos de la incapacidad”, Pág. 80.

y esa incapacidad será ***“apreciada conforme a lo dispuesto por este”***, por el mandante, ***“estamos en un terreno mucho mas personalizado, pues tal previsión hecha por el mandante puede consistir en la propia incapacitación judicial, o en la incompetencia para dirigir la administración de sus bienes apreciada por las personas que designe, o por el propio apoderado”***, siendo necesaria, ***“paralelamente a la disposición sobre la continuación del poder, una cierta declaración de incapacidad”***, pero si la declaración de incapacidad depende del criterio del apoderado, ***“estamos en la practica ante un poder que no se extingue pese a la mera incapacidad del poderdante, y la conclusión “a contrario sensu”, será que, si no hay mención sobre la continuación del poder en caso de incapacitación sobrevenida, el poder se extingue por la mera incapacidad y no por la incapacitación del poderdante”***.

La justificación de la incapacidad del mandante determina la eficacia del mandato, sí se tramita el procedimiento judicial de modificación de capacidad, no habrá problema, porque será la sentencia la que fijará ese momento. En los casos en los que no se modifique judicialmente la capacidad, el mandante deberá prever el momento o las circunstancias en las que se considere que concurre la incapacidad a efectos de eficacia del mandato. Esta apreciación, según propuesta de Segura Zurbano, puede correr a cargo de un médico o de varios identificados con nombre y apellidos, que pueden ser los que habitualmente han tratado al mandante y conocen la evolución de su enfermedad. O a personas de su confianza constituidas en una especie de consejo de familia o de amigos del poderdante, y que añadimos puede ser una buena idea en orden a delimitar la vaguedad del precitado artículo 1732 respecto a la ***“incapacidad conforme a lo dispuesto por este”***.

4.8. SUSTITUCIÓN DEL MANDATARIO

En el mandato ordinario, el artículo 1721 del Código Civil, dispone que, ***“el mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido”***, queda así abierta la posibilidad de sustitución del mandatario, siempre y cuando el mandante no lo haya prohibido expresamente.

El mandato preventivo no es un mandato ordinario, a la gestión de uno o varios negocios propio de este último, se añade la cuestión capital de la falta de capacidad del mandante y el carácter tuitivo de esta situación como fin esencial, subrayando el carácter personalísimo de esta modalidad de mandato, presuponiendo una relación especial de confianza que une a las dos partes.

Puente de la Fuente⁶⁰⁴; relaciona ese especial carácter personalísimo del mandato preventivo, que fundamenta en la ***“imposibilidad de su revocación por el poderdante cuando este deviene incapaz”***, con la no conveniencia de sustitución del poderdante, aconsejando para evitar confusiones, ***“la constancia en el documento de la prohibición expresa que evita dudas y produce los efectos de la “nulidad de lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante”***, como expresa el párrafo final de ese artículo 1721. Martínez-Piñeiro⁶⁰⁵, insiste en que, ***“solo el poderdante puede otorgarlo, sobre la base de la confianza que le merece la persona o personas que designe como apoderados”***.

Esa relación de confianza que une al poderdante con el apoderado o apoderados, y el fin específico para el que se otorga, determina la imposibilidad de su sustitución, porque fueron elegidos expresamente para la gestión que se les encomienda. Sin perjuicio de que, el poderdante prevea un régimen de sustitución en las estipulaciones del poder, atendiendo a las condiciones de los cometidos confiados, o de las circunstancias del apoderado que aconsejen su relevo.

4.9. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN DEL PODER PREVENTIVO

La modificación o revocación del poder preventivo, no tiene problemas si la incapacidad del poderdante es transitoria siendo recuperada después de un tiempo. El conflicto surge cuando la incapacidad es permanente, y concurren circunstancias en las que al poderdante le convenga modificar o revocar el poder, siendo posibles varios supuestos.

En el caso de que el poderdante no tenga capacidad de obrar, tanto si ha sido incapacitado judicialmente o no lo ha sido, el artículo 1732, deja solo una posibilidad extintiva ***“la del Juez, al constituir el organismo tutelar, o posteriormente a instancia del tutor”***; es decir, si no se ha modificado judicialmente su capacidad habrá que instar el oportuno procedimiento, a fin de que el Juez revoque el poder una vez recaída la sentencia y constituida la tutela o la curatela⁶⁰⁶. Si está incapacitado, por el cauce de las medidas cautelares del artículo 762 de la LEC, se podrá solicitar la revocación del poder en el caso de que sus efectos sean perjudiciales para el poderdante con capacidad modificada, y cuando la actuación del apoderado lesione sus intereses, siendo imprescindible acudir a la vía judicial en este trámite.

⁶⁰⁴ PUENTE de LA FUENTE, Fernando, “El Mandato Preventivo”, pág. 156.

⁶⁰⁵ MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo, “El Apoderamiento o Mandato preventivo”, Pág. 254.

⁶⁰⁶ PUENTE de LA FUENTE, El mandato preventivo....., Págs. 162, 163 y 164.

4.10. COEXISTENCIA DEL MANDATO PREVENTIVO Y LA TUTELA

En el supuesto de modificación judicial de la capacidad del mandante, y su sometimiento a tutela, se plantea la cuestión de la posibilidad de obviar la constitución de esta, sí en el mandato se dispuso todos los extremos necesarios para la administración del patrimonio y el cuidado de su persona; o sí por el contrario deberán coexistir las dos figuras.

La impresión es que no parece que pueda prescindirse del organismo tutelar, si atendemos al literal del artículo 1732 del Código Civil que en su inciso final alude expresamente a la constitución de la institución de guarda: *“en estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”*.

La coexistencia es posible tanto si lo decide el mandante como si lo acuerda el Juez, si conviene al interés del mandante, pudiendo ser un elemento de tuición necesario en algún supuesto concreto, no olvidemos que la tutela es la única institución que por disposición legal tiene por objeto suplir la falta de capacidad, siendo imposible su reemplazo por otra.

El Juez puede en ejercicio de su potestad discrecional, extinguir el poder, pero también acordar la continuación de sus efectos, dando lugar a la coexistencia entre el representante legal: el tutor, y el mandatario, que no tienen, porque interferirse en sus funciones, ya que, el primero puede ocuparse del ámbito personal, y el segundo de la gestión de uno o varios negocios de carácter patrimonial que por razones de rentabilidad necesitan una administración especializada por un profesional experto, siendo este el motivo por el que se otorgó el mandato.

El procedimiento de constitución de la tutela y el de modificación de la capacidad, sirven precisamente para que el Juez conozca la existencia del mandato, examine su contenido valorando la pertinencia y oportunidad de su modificación, extinción, o continuación de sus efectos, primando como fundamento de la decisión judicial la voluntad del mandante, porque como aduce Puente de la Fuente, *“en el Derecho Civil, en base al principio fundamental del artículo 1255, la voluntad de las personas debe primar sobre los criterios judiciales y el principio debe ser el de conservar la vigencia del encargo”*, el beneficio e interés del mandante con capacidad

modificada es el único principio que **“prima incluso sobre su voluntad”**⁶⁰⁷, fundamentando la modificación de sus previsiones, según lo dispuesto por el artículo 224 que en relación a la autotutela, dispone que **“las disposiciones ...vincularán al Juez....salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa”**. Lo que Lete del Río⁶⁰⁸, llama **“eficacia legal condicionada”** de las previsiones voluntarias, limitada por el antedicho principio fundamental, el interés y bienestar de la persona que ha perdido sus facultades, al que no se escapa el mandato preventivo.

4.11. RENDICIÓN DE CUENTAS

El artículo 1720 del código Civil, establece que **“el mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones al mandante”**, obligación que vincula a todo gestor de asuntos ajenos. El problema del mandato preventivo respecto al ordinario es la falta de capacidad o inaptitud del mandante, que le imposibilita para exigir y recibir la rendición de cuentas personalmente.

Si se tramitó el procedimiento judicial de modificación de capacidad, y se nombró un tutor, la gestión del mandatario o del apoderado es controlada por el tutor, y por el Juez a través de la rendición de cuentas de la tutela en la que se incluyen las del mandato preventivo, quedando abierta la posibilidad de instar su extinción o la modificación de alguna estipulación, así como la censura de la actuación del mandatario o apoderado si no se ajusta a la diligencia debida⁶⁰⁹.

El problema surge, cuando el mandante no está incapacitado judicialmente, en este caso se trata de un discapacitado sin capacidad para exigir la rendición de cuentas, y sin tutor o persona análoga legitimada para formular la reclamación oportuna, excepto cuando se prevea expresamente un mecanismo de control. Nos referimos a un supuesto frecuente, en el que con el poder se pretende resolver la gestión de ciertos asuntos vitales en una situación de inaptitud del titular del patrimonio, con la pretensión de eludir el trámite judicial de la modificación de su capacidad. Fuente propone como solución que, el poderdante convierta al apoderado, en una especie de **“tutor privado”**, previendo meticulosamente el control

⁶⁰⁷ PUENTE de LA FUENTE, El mandato preventivo....., Págs. 164 y 165.

⁶⁰⁸ LETE DEL RÍO, José Manuel, “Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor”, *Actualidad Civil*, nº 45, (diciembre de 2000), Págs. 1623-1650.

⁶⁰⁹ El artículo 269/4º del Código Civil, preceptúa, que, el tutor está obligado a **“a informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración”**; y, el 279, que, **“al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la Autoridad Judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa”**.

de sus actos; porque, de otra manera sería prácticamente imposible la vigilancia de su gestión.

Lógicamente como ya hemos apuntado en otros apartados, lo habitual será que el mandato preventivo, sea el resultado de una sólida relación de confianza y afecto entre el mandante y el mandatario, consideración que lleva a plantear la posibilidad de que en las estipulaciones se exonere a este último de rendir cuentas de su gestión.

Puente de la Fuente⁶¹⁰, aborda esta cuestión fundamentando su análisis en la postura mantenida por la Doctrina, respondiendo que en el mandato ordinario, es difícil que un pacto expreso de exoneración de la obligación de rendición de cuentas sea admitido. Sin embargo, el mandante puede renunciar una vez nacido el derecho a que le rindan cuentas, es libre de hacerlo, precisamente porque tiene capacidad de obrar plena, y puede decidir voluntaria y conscientemente, si quiere y le conviene recibir la rendición de cuentas a la que el mandatario está obligado, o por el contrario le libera de esa obligación.

En el caso del mandato preventivo, la situación cambia porque el mandante sufre un deterioro en sus facultades mentales, y no está en condiciones de decidir lo que es beneficioso para su bienestar. Si su capacidad está modificada en virtud de sentencia judicial, y a tenor de los pronunciamientos de dicha resolución está sujeto a tutela o a curatela, el Juez, ejercerá el control oportuno, designando la persona que recibirá rendición de cuentas: el tutor, el curador, un particular, o directamente él mismo.

El problema como en todas las cuestiones aludidas, es cuando el mandante no está incapacitado judicialmente, y no existe persona alguna que vele por su interés. La Doctrina, pone en evidencia la similitud de este supuesto con las circunstancias que rodean al guardador de hecho, analogía que Puente de la Fuente aprovecha para proponer que, se someta al mandante o apoderado al régimen jurídico de responsabilidad previsto en el Art. 229 del Código Civil, de indemnización por daños y perjuicios, por no promover la incapacitación y constitución de la tutela, al concurrir en el mandante causa legal del artículo 200, ***”todo ello especialmente si el apoderamiento es muy amplio y tiene además facultades que afectan a la persona, pues en tal caso su asimilación a la guarda de hecho es total”***.

⁶¹⁰ PUENTE de LA FUENTE, “El mandato preventivo.....”, Págs. 166 y 167.

Lo importante es que en el poder se prevea lo más detalladamente posible el régimen jurídico de control de la actuación del apoderado, señalando a quien o quienes se rendirá cuentas, sobre todo, en los casos, en los que, la razón que fundamenta el otorgamiento del documento, es precisamente, eludir el trámite amargo de la incapacitación judicial, trámite que de no disponer un cierto nivel de vigilancia de la gestión puede ser imprescindible, o al menos conveniente para la protección del mandante o poderdante discapaz no capaz no incapacitado judicialmente en situación asimilable a la guarda de hecho.

4.12. FORMA DEL MANDATO PREVENTIVO

El artículo 1710 establece que *“el mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aún de palabra”*. Se deduce la libertad de forma del contrato de mandato, siendo admisible incluso el verbal. A su vez el artículo 1280/5º, preceptúa que, *“deberán constar en documento público: el poder para contraer matrimonio, el general para pleito, y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero”*.

La libertad de forma impera en el mandato que consiste en un encargo que no implique a tercero. Sí se trata de una autorización, instrucción o delegación para la gestión de un negocio deberá formalizarse por escrito, y desde luego, cuando se confiera la representación se otorgará en documento público ante Notario, asegurando así la constancia fehaciente de su existencia haciendo posible que sea oponible a terceros si fuera necesario.

En el caso del mandato preventivo, al referirse a una situación de incapacidad sobrevenida en el futuro, no hay otra forma posible que el documento público ante Notario, requisito exigido por la generalidad de los Ordenamientos Jurídicos. En el Derecho aragonés la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón, en el artículo 95/1, establecía la escritura pública como forma de otorgamiento del mandato que no se extinga por la incapacidad o incapacitación del mandante, criterio ratificado por el artículo 109 del nuevo Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

En el Derecho comparado, el Código Civil de Québec exige que el mandato preventivo sea otorgado ante Notario y dos testigos, además de ser homologado por el Tribunal competente. El nombramiento del

administrador de sostengo italiano, tiene que observar la forma de acto o documento público o escritura privada autenticada.

Dos son las formas previstas para el mandato de protección futura del Derecho francés: el mandato notarial que exige la aceptación del mandatario por el mismo cauce, confiriéndole amplias facultades, estableciendo el artículo 490 del Code que incluso cuando el mandato sea otorgado en términos generales comprenderá tanto los actos que el tutor puede hacer por sí solo como aquellos para los que necesita autorización, sin perjuicio de que el mandante restrinja los actos que el mandatario puede realizar, de no ser previsto límite alguno, el mandatario tendrá más facultades que el tutor.

La segunda forma es el mandato bajo firma privada, reservado solo para los actos de gestión patrimonial que el tutor puede hacer sin autorización. La no exigencia de forma notarial, no significa libertad en la forma, ya que, el artículo 492 del Code exige que esté fechado y firmado por el mandante, y contrafirmado por un abogado, o que se realice según el modelo que presentará a tal fin el Consejo de Estado⁶¹¹.

4.13. PUBLICIDAD DEL MANDATO PREVENTIVO

La Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en su artículo primero añade un nuevo artículo 46 Ter con la siguiente redacción: *“en todo caso 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”*, prescribiendo la inscripción de los apoderamientos preventivos.

En esta línea, el Derecho aragonés prevé en el Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado recientemente, en virtud del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, en su artículo 111, que los documentos públicos de autotutela o delación hecha por uno mismo, y el mandato que no se extingue por la incapacidad o la incapacitación *“se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado”*.

Esta cuestión no ha pasado inadvertida para la Doctrina, dada su trascendencia respecto a los actos de administración del patrimonio, sobre

⁶¹¹ PEREÑA VICENTE, Montserrat, estudia este aspecto en “Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 703, (septiembre-octubre de 2007), analiza esta cuestión en las págs. 2247 y 2248.

todo en lo relativo a la eficacia de los negocios que impliquen a terceros de buena fe, y también a la modificación o revocación del poder si fuese necesario. Martínez-Piñeiro⁶¹², reflexiona sobre este extremo aseverando que, *“lo ideal, tanto desde el punto de vista de la apariencia y la publicidad frente a terceros, como desde el relativo al riesgo que para el patrimonio del mandante significa el artículo 1738 del Código Civil, (eficacia de los hecho por el mandatario respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe), sería dotar al tráfico de la contratación civil de los instrumentos necesarios para que el representado pudiera hacer llegar a los terceros el hecho de la revocación y, en su virtud, la falta de representación de apoderado, así como, la existencia misma de los poderes”*.

La falta de representación del apoderado que actúa en virtud de un poder revocado, es causa de la nulidad del acto realizado en esas condiciones, porque a tenor del artículo 1259 del Código Civil, *“ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por este su representación legal”*, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir. Sin duda, Martínez Piñeiro se propone llamar la atención sobre la necesidad de una seguridad respecto a la existencia del poder y su vigencia, justificando así la adopción de medidas que aseguren su publicidad.

Si el poderdante tiene capacidad suficiente para revocar el poder lo hará ante Notario, que notificará la revocación al apoderado. Si tiene su capacidad modificada la revocación tendrá que verificarse por la vía judicial, en virtud de la resolución oportuna.

Tanto la revocación notarial como la judicial, serán objeto de anotación marginal en la inscripción de nacimiento del poderdante, obrante en el correspondiente Registro Civil, incluso en otros como el Mercantil, de la Propiedad etcétera, que se considere preciso teniendo en cuenta la naturaleza de las estipulaciones.

Martínez-Piñeiro⁶¹³, señala como posibilidad, sin valor oficial y en fase de experimentación, la ofrecida por el Consejo General del Notariado en 2001, con el Archivo de revocación y otras causas de extinción de poderes, concebido como instrumento de reforzamiento de la seguridad jurídica, en estos casos, regulado en el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, de reforma del Reglamento Notarial, artículos 164, 178, 197, Disposición Adicional Única, y Disposición Final 1º. Iniciativa que quedó sin efecto, en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo

⁶¹² MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo, “El Apoderamiento o Mandato preventivo”, Pág. 263.

⁶¹³ “El Apoderamiento o Mandato preventivo”, Pág. 263.

de 2008, resolución que en sus pronunciamientos declaró la nulidad de las disposiciones precitadas por carecer de cobertura legal, siendo de aplicación el principio de reserva de Ley exclusiva al Estado a tenor de los artículos 149/1/8º y 18º de la Constitución de 1978.

La iniciativa del Consejo General del Notariado, de crear un archivo o registro de revocación y extinción de poderes, sea cual sea su organización y funcionamiento, es acertada y más que viabilidad en el futuro será necesaria, cuando la previsión de la autoprotección de la capacidad modificada, y de la inaptitud en general, sea una cuestión habitual y más frecuente de lo que es en la actualidad.

4.14. DERECHO FORAL

La Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón en el Art. 95/1, a la vez que regulaba *“conforme al principio standum est chartae”* la autotutela, se refería expresamente al mandato preventivo, al establecer *“el otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación”*. Con una redacción casi idéntica el artículo 109 del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, preceptúa que *“igualmente, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente podrá, en escritura pública, otorgar un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación”*, separando la regulación de la tutela y la del mandato preventivo en artículos diferentes, si bien continúa incluyendo este último en sede de las delaciones voluntarias, subrayando así su carácter tuitivo.

El Derecho aragonés, no utiliza el término general e impreciso del Código Civil *“incapacidad apreciada conforme a lo dispuesto por este”* (por el mandante), sino *“incapacidad e incapacitación”*, contemplando así, expresamente los dos supuestos: inaptitud sin incapacitación judicial, y capacidad modificada en virtud de sentencia judicial con sometimiento a la medida de protección que proceda⁶¹⁴.

La Ley 25/2010, de 29 de julio, que aprobó el Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, con entrada en vigor el 1 de enero de 2011, en el artículo 222/2, regula el *“poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad”*, con el siguiente literal: *“1. No es preciso poner en tutela a las personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o*

⁶¹⁴ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Pág. 278.

psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura pública para que cuide de sus intereses. 2. El poderdante puede ordenar que el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder. En el primer caso, la pérdida sobrevinida de capacidad del poderdante no comporta la extinción del poder. El poderdante también puede fijar las medidas de control y las causas por las que se extingue el poder. 3. Si en interés de la persona protegida llega a constituirse la tutela, la autoridad judicial, en aquel momento o con posterioridad, a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder”.

En la nueva regulación del Derecho catalán, cuando se otorgue un poder preventivo en previsión de una situación de pérdida de capacidad, la eficacia del mismo no requiere la incapacitación judicial del poderdante, ni la constitución de la tutela, pudiendo el apoderado continuar gestionando los intereses de aquel, que podrá decidir el momento de iniciación de los efectos del poder, bien desde el otorgamiento o desde su incapacidad, *“apreciada conforme a lo dispuesto por este”*, por el poderdante se entiende, quien podrá disponer las medidas de control, y las causas de extinción, sin perjuicio de que se constituya y se extinga la tutela si conviene a su interés.

4.15. DERECHO COMPARADO

Los Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno, contemplan el mandato preventivo como figura de previsión voluntaria de la inaptitud, y de la modificación de la capacidad, siendo de sumo interés el contenido de las diferentes regulaciones.

4.15.1. DERECHO ALEMÁN

El Derecho alemán, ha sido objeto de dos reformas en 1990 y 1998, esta última de 25 de junio, que modificó el Derecho de asistencia, (rechtliche betreuung), regulando la posibilidad de que aquellas personas con capacidad de obrar que lo deseen, otorguen un poder para el caso de que lleguen a una situación de inaptitud, siendo en este caso innecesaria la constitución de la asistencia. El efecto pretendido, y manifestado en el Exposición de Motivos de la Ley, es la de descargar a la Administración de Justicia y al Fisco, de la gravosa situación que soportaban como consecuencia de las numerosas asistencias constituidas, y la dificultad de proveer de asistente en todos los casos, estableciendo a tal fin el parágrafo

1.896.2.2 con el siguiente literal: ***“la asistencia no es necesaria en tanto los asuntos del mayor de edad pueden ser cuidados mediante un apoderado”***. La reforma de 1990, ya contemplaba la posibilidad de nombrar un apoderado, para el caso de incapacidad negocial sobrevenida como consecuencia de la edad.

García Ripoll⁶¹⁵, en su estudio de la legislación alemana aludida, llega a la conclusión siguiente: ***“cuando hay un apoderado y posteriormente se nombra un asistente al sujeto, el apoderado sigue desarrollando su actividad son ningún impedimento, salvo el control del asistente, cuyo ámbito de actuación se reduce a esto”***; pero, ***“esta solución legislativa está plagada de dificultades. En primer lugar como la eficacia del poder se puede condicionar a que sobrevenga una incapacidad de obrar del poderdante, ¿cómo y quien determina cuando entra en vigor el poder?”***

La segunda dificultad, es que el poder no necesita forma especial para ser eficaz, ni siquiera en el supuesto de que, el negocio que vaya a realizar a su tenor el apoderado requiera una determinada, solo para el caso de que comprenda la autorización para decidir medidas sanitarias, necesita ser otorgado por escrito, (parágrafos 1.904/2 y 1.906/5). Es evidente, que esa falta de requisitos de forma, puede dar lugar a abusos de los apoderados respecto a los poderdantes incapaces de obrar, ante esa eventualidad, el legislador alemán ha previsto el nombramiento de un asistente para controlar al apoderado, dando lugar a la complicada situación de coexistencia del asistido-apoderado-asistente-tribunal, que puede ser evitada con la extinción del poder cuando sobrevenga la incapacidad de obrar del poderdante, y el nombramiento por el Tribunal de un asistente que podría ser el antiguo apoderado si conviene.

4.15.2. CODE CIVIL DE QUEBEQUOIS

La regulación del mandato del Código Civil de Québec modificado en 1991, es similar a la del Derecho francés. El artículo 2130 define este contrato como ***“aquel por el que una persona concede poder para ser representada en el cumplimiento de un acto jurídico a realizar por un tercero. Este poder, y en su caso el escrito que lo acredita, se llama procuration”***.

⁶¹⁵ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, “Sipnosis sobre la protección civil de los enfermos mentales en Inglaterra y Alemania”, *Actualidad Civil*, n° 2, (1999).

Dentro del mandato, el Código Civil de Québec, dedica una sección comprendida por los artículos 2116 al 2174 que titula como, ***“Reglas especiales para el mandato dado en previsión de la falta de aptitud del mandante”***, al mandato preventivo otorgado ante Notario o dos testigos, que ha de ser homologado por el Tribunal que incluso antes de ese momento puede acordar cualquier medida de protección del mandante, asegurando el ejercicio de sus derechos civiles, la administración de sus bienes, o incluso la revocación del mandato si existe una causa que lo justifique⁶¹⁶.

En el supuesto de que, existan dudas o confusión respecto al alcance de las estipulaciones del mandato, el mandatario se someterá en su interpretación a las reglas de la tutela de los mayores, entendiendo algunos que el acuerdo de eficacia a partir de la declaración o apreciación de la incapacidad, significa su reconducción a la autotutela. Sí se observa que, el mandato no asegura suficientemente la atención y cuidado del mandante, o la administración de su patrimonio, puede establecerse un régimen de protección para completarlo, rindiendo cuentas el apoderado de su gestión al tutor o curador (artículo 2269).

Para Serrano García⁶¹⁷, ***“se trata de una regulación mucho mas completa que la del Código Civil español. Interesa destacar que el poder, que exterioriza el contrato de mandato, solo comenzará a ser eficaz una vez sobrevenga la falta de aptitud; que este encargo pueda referirse a los aspectos personales o a los patrimoniales, o a ambos; que se aplican complementariamente las reglas de la tutela, cuando el mandato no está del todo claro; y por ultimo, que es contrato compatible en la figura de guarda de la curatela o de la tutela cuando a través del mandato no se puede asegurar plenamente la protección personal y patrimonial del individuo, en cuyo caso el mandatario rendirá cuentas al titular de la figura de guarda”***.

4.15.3. DERECHO ITALIANO

En el Derecho italiano, la Ley 6/2004, de 9 de enero, que entró en vigor el 19 de marzo de 2004, introduce, en el Código Civil, la figura del ***amministratore di sostegno***. La Ley tiene un Capítulo I que aborda la finalidad de la misma, señalando como tal: ***“la de proteger, con la menor limitación posible de la capacidad de obrar a las personas privadas en***

⁶¹⁶ A tenor del artículo 2.167.

⁶¹⁷ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Págs. 281 y 282.

todo o en parte de autonomía para el desarrollo de las funciones de la vida cotidiana, a través de intervenciones de asistencia temporal o permanente". Posteriormente, señala las modificaciones del Código Civil en el Título XII del Libro I, que tienen por nuevo título "**Medidas de protección de la persona privada en todo o en parte de autonomía**", disponiendo el nuevo artículo 404, que la "*persona que por razón de una enfermedad o de una minoración física o psíquica, se encuentra en la imposibilidad, aunque fuera parcial o temporal, de atender sus propios intereses, puede ser asistida por un administrador di sostegno (para su asistencia), nombrado por un juez tutelar del lugar en el que tenga su residencia o domicilio*". Para Serrano García, "*se trata de una tutela mitigada, aunque tiene también rasgos de la administración del Art. 299 bis del Código Civil español*". El recurso judicial para el nombramiento de un amministratore di sostegno, puede ser propuesto por el propio sujeto beneficiario, aunque fuera menor, interdictado o inhabilitado, (si el sujeto se halla en situación de interdicción o de inhabilitación, debe pedir al mismo tiempo la revocación de esta situaciones), y la persona nombrada, según dispone el nuevo 408, puede ser designada por el propio interesado, en previsión de la propia eventual futura incapacidad, mediante un acto público o escritura privada autenticata. En cuando a los efectos de esta administración de asistencia, el beneficiario, conserva la capacidad de obrar para todos aquellos actos que no se incluyen en la representación exclusiva o en la asistencia necesaria del administrador, y siempre la posibilidad de realizar los actos necesarios para la satisfacción de las exigencias de la vida cotidiana, no existiendo recurso al mandato.

4.15.4. DERECHO FRANCÉS

El Derecho francés en la Ley de 5 de marzo de 2007, ofrece varias soluciones para la protección de las situaciones que pueden darse desde el inicio de la pérdida de la capacidad hasta la incapacidad, que van desde la salvaguarda de la justicia en el artículo 433, la curatela del artículo 440, la curatela reforzada artículo 472, la tutela, artículo 425, y el mandatario judicial en el artículo 450⁶¹⁸. Al lado de todas ellas, el mandato de protección futura, regulado en los artículos 477 a 494 del Code, ubicados en el Libro primero, segundo capítulo del título XI, bajo el epígrafe, "**De las medidas de protección jurídica de los mayores**", es el equivalente a los poderes preventivos del Código Civil español.

⁶¹⁸ PEREÑA VICENTE, Montserrat, estudia estas figuras en: "Autotutela, y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 703, (septiembre-octubre de 2007), Págs. 2247-2252.

El artículo 477 establece que, pueden otorgar un mandato de protección futura cualquier persona para sí misma, mayor de edad o menor emancipado no sujeta a tutela, y el curatelado siempre que lo haga con la asistencia de su curador. Los efectos se producirán a tenor del artículo 481, cuando se justifique que el mandante no puede cuidar de sus intereses, por hallarse incurso en una de las causas previstas en el artículo 425. Una vez que, se justifique esa circunstancia, el mandatario entregará al secretario judicial el mandato y el oportuno certificado médico acreditativo; este último lo visará, entendiendo este trámite como acto de confirmación de la concurrencia de las circunstancias previstas para su eficacia, comenzando a producir efectos una vez que es restituido al mandatario; de manera que, ya no existirá duda de su existencia y efectividad respecto a terceros. Previamente, el mandato ha de ser formalizado notarialmente o bajo firma privada, en este caso cuando tenga como fin actos de gestión patrimonial para los que el tutor no precisa autorización, se entiende que no sean de naturaleza dispositiva, constanding la fecha y la firma del mandante, y la de un abogado.

La regulación francesa elude la palabra incapacidad o incapaz, utilizando la expresión mayor protegido, proponiendo un amplio abanico de medidas aplicables a supuestos de alteración de facultades mentales, y corporales siempre que la persona esté impedida para manifestar su voluntad, y sean acreditadas por un médico, según el artículo 490.

Los mecanismos de control del Code, son más importantes que los del Código Civil español, estando el mandatario obligado a formalizar inventario de los bienes, y a rendir cuentas de su gestión, pudiendo el Juez pedir la comprobación de la veracidad de las mismas. Estas obligaciones, no cesan con el cargo, extendiéndose a los cinco años siguientes a la extinción del mandato, obligando al mandatario a conservar el inventario y las cuentas, y las actualizaciones, durante ese periodo.

El Notario autorizante a tenor del artículo 491 está legitimado a recibir la rendición de cuentas del mandatario, atribuyéndole así el control de la gestión patrimonial de este último sin perjuicio del judicial, constituyendo un *“primer filtro”*, en palabras de Pereña Vicente, porque en el caso de apreciar alguna irregularidad, el paso siguiente es ponerla en conocimiento del Juez. Sí el poder se formalizó privadamente, la rendición de cuentas se equipara a la tutela, siendo recibida por el Juez o el Procurador de la Republica.

El legislador francés una vez apreciada la utilidad que el mandato podría tener en la tuición de las personas que se encuentran en una

situación de inaptitud que les impida gestionar sus asuntos, crea una nueva institución: el mandato de protección futura, *“que hunde sus raíces en el mandato pero que se configura a medio camino entre este y la tutela, aunque, desde luego, permite un amplio margen al principio de autonomía de la voluntad”*, puntualiza Pereña Vicente, que termina aludiendo, a la conclusión del Congreso de Notarios, que consideró, que *“el mandato de protección futura no es una panacea, es simplemente una alternativa de protección”*, remitiendo a la práctica, que será la que, sin duda, ponga de manifiesto en todos los Ordenamientos Jurídicos las ventajas los inconvenientes, y las carencias de la figura.

En todo caso, hay una transformación legislativa en el Derecho continental europeo, y el canadiense de evidente influencia anglosajona, en el sentido de estimar más intensamente la voluntad de la persona, en la previsión de la protección de sus intereses, en los momentos en los que no podrá gobernar sus asuntos, postura que califica el profesor Serrano García⁶¹⁹, como *“positiva”*, entendiéndolo que, *“es el individuo mismo el que mejor sabe los que quiere para él y su patrimonio, y esa voluntad merece ser respetada”*. La regulación legal en esta materia debe ser la alternativa a los casos en los que no exista previsión del interesado, y a la salvaguarda de su bienestar y del respeto a los principios fundamentales del sistema y del Derecho.

5. FIGURAS Y SITUACIONES AFINES AL MANDATO PREVENTIVO

En el Derecho, existen situaciones similares a la del mandato preventivo, en las que la por imposibilidad física o psíquica el administrador de unos bienes o negocio, abandona su gestión siendo asumida por otra persona en su lugar. Nos referimos a los bienes gananciales, cuando por la inaptitud sobrevenida de uno de los cónyuges, el otro se arroga en la administración de aquellos; el desaparecido que es declarado en situación de ausencia legal; la comisión mercantil, o el contrato de agencia.

A continuación, analizamos comparativamente la regulación legal aplicable a cada situación.

⁶¹⁹ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003* Pág. 287.

5.1. LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES EN EL CASO DE INCAPACIDAD DE UNO DE LOS CÓNYUGES

El artículo 1375 del Código Civil con el siguiente literal: *“en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes”*, establece el principio general de administración conjunta de los bienes gananciales, con la sola excepción de un pacto expreso de los cónyuges acordando el régimen al que se someten y determinados supuestos previstos en el citado cuerpo legal.

Uno de los casos especiales a los que aludimos, es la modificación de la capacidad de uno de los cónyuges, al que se refiere el artículo 1387 disponiendo que, *“la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte”*. Es decir, la incapacitación judicial de uno de los cónyuges, tiene como efecto la transferencia automática y por ministerio de la ley de la administración de los bienes gananciales al otro cónyuge cuando sea nombrado tutor. A su vez, el artículo 1388 prevé que, *“los Tribunales podrán conferir la administración a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encuentre en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho”*. La imposibilidad de prestar consentimiento, puede deberse a numerosas circunstancias, como la inaptitud o pérdida de facultades físicas o psíquicas, o la desaparición del entorno familiar, puesta esta situación en conocimiento del Juez y para evitar perjuicios, este conferirá la administración del patrimonio ganancial al otro cónyuge.

La Doctrina en el análisis de los mencionados preceptos coincide como dice O’Callaghan⁶²⁰; en que *“estamos, ante la regulación de la administración de los bienes gananciales en determinadas circunstancias excepcionales, que impiden el desarrollo ordinario y habitual de los mencionados bienes, requiriendo la adopción de medidas especiales”*. Insistiendo en este sentido Moralejo Imbermón⁶²¹, al afirmar que, *“los artículos 1387 y 1388, contemplan sendos supuestos de gestión continuada del patrimonio común por uno de los cónyuges en*

⁶²⁰ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil comentado con Jurisprudencia*, ED La Ley, 6ª edición (2008), Pág. 1441.

⁶²¹ MORALEJO IMBERMÓN, Nieves, en *Comentarios al Código Civil*, 3ª Edición, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coordinador, ED. Aranzadi (2009), “Artículos 1375-1391, Artículo 1387”, Págs. 1631-1632.

circunstancias excepcionales como son la incapacidad, (de hecho o de derecho), la ausencia (declarada o no), o el abandono o separación de mutuo acuerdo del otro". El artículo 1387 en particular, *"describe esta situación como una transferencia de las facultades de gestión ganancial del impedido a su consorte, aunque en realidad se trata mas bien de una concentración de dichos poderes de gestión en el cónyuge no afectado directamente por los impedimentos. El traspaso no abarca las legitimaciones individuales de los artículos 1381, 1382, 1384, y 1385, sino que pretende simplemente la suplencia de las reglas de administración y codisposición del artículo 1375"*.

Para De los Mozos⁶²², los precitados artículos 1387 y 1388 del Código Civil, *"contemplan los supuestos de transferencia de la gestión o administración de los bienes gananciales, determinada por la imposibilidad de actuación de uno de los cónyuges, a causa de ciertas circunstancias de hecho o de derecho, como son: la incapacidad declarada o de hecho, o la ausencia de hecho o declarada"*.

En lo que respecta, a la incapacidad, que es el supuesto que nos interesa, el artículo 1387, se refiere a la transferencia de la administración al *"cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte"*, y el 1.388, al cónyuge que se encuentre en situación de *"imposibilidad de prestar consentimiento"*, por la razón que sea ausencia o pérdida de sus facultades intelectivas o volitivas.

Martín del Peso⁶²³, opina que, *"la norma da respuesta, a la peculiaridad que produce la incapacidad de uno de los cónyuges. Cesa entonces la posibilidad de la gestión y disposición conjunta y así como interinamente, hasta que se declare definitivamente la incapacidad, es posible suplir el consentimiento del imposibilitado a prestarlo en los términos de los artículos 1376 y 1377, debe resolverse la situación que crea la incapacidad judicialmente declarada sometiendo al cónyuge a tutela. En tal caso de transfiere por ministerio de la ley sus facultades de administración y o disposición al otro, si hubiese sido nombrado tutor de aquel, lo cual quiere decir que dichas funciones pasan "ipso iure" al tutor, sin que tenga que acudir al Juzgado, para que se adopte una resolución complementaria en tal sentido"*.

⁶²² DE LOS MOZOS, José Luis, "Artículos 1344-1410", *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, Dirigidas por Manuel Albadalejo Tomo XVIII, Vol. 12, Revista de Derecho Privado, Edersa (1984), págs. 403-408.

⁶²³ MARTÍN DEL PESO, Rafael, *Código Civil, comentarios y Jurisprudencia*, Tomo II, coordinador: SALAS CARCELLER, Antonio, ED Jurídica Sepin, (2009), Pág. 3718.

Para De los Mozos⁶²⁴, esta norma, los artículos 1387 y 1388 del Código Civil, la enervación del principio general de administración conjunta de los bienes gananciales, consagrado en el artículo 1375, se justifica en congruencia con ***“la atribución preferente a favor del cónyuge de la tutela o representación de su consorte. En el primer caso supone la constitución de la tutela por incapacidad de uno de los cónyuges en los casos de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, (artículos 200 y 234), o de la curatela del pródigo (Art. 291), conforme a la regulación establecida por la Ley de reforma de la tutela de 24 de octubre de 1983”***, comentario fechado en 1984 antes de la promulgación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, que reformó el artículo 234, situando como preferido en primer lugar para el cargo de tutor al candidato designado preventivamente por el interesado.

Lo que queremos decir con esta puntualización, es que en la actualidad si uno de los cónyuges a tenor del artículo 223 del Código Civil, establece las normas de autoprotección que estime oportunas, designando preventivamente como tutor y/o administrador de sus bienes incluidos los gananciales a otra persona distinta a su cónyuge, el Juez deberá respetar su decisión en tanto en cuanto no sea contraria a su beneficio e interés.

O’Callaghan⁶²⁵, analiza comparativamente los dos artículos, el 1387 y el 1388, señalando como peculiaridad de este último respecto al primero que ***“permite a uno de los cónyuges instar, es expediente de jurisdicción voluntaria la transferencia de la administración de los bienes comunes, en los supuestos en que el régimen no puede desenvolverse con normalidad”***. La incapacitación judicial referida en el artículo 1387, remite directamente a los pronunciamientos de la resolución judicial oportuna que indicará el alcance de la gestión patrimonial que corresponderá al representante legal. Con la expresión general, de ***“imposibilidad de prestar consentimiento”***, se alude a toda clase de dificultad o impedimento para atender la gestión del patrimonio ganancial.

La incapacidad prevista en los mencionados preceptos del Código Civil, abarca tanto la de derecho como la de hecho, la permanente como la transitoria provocada por una intervención quirúrgica, accidente, o cualquier otra situación en la que el restablecimiento del afectado sea probable y previsible. En claro paralelismo y similitud, con la

⁶²⁴ DE LOS MOZOS, José Luis, *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, Dirigidas por Manuel Albadalejo Tomo XVIII, Vol. 12, “Artículos 1.344-1.410”, Pág. 408.

⁶²⁵ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil comentado con Jurisprudencia*, ED La Ley, 6ª edición (2008), Pág. 1.442.

“incapacidad apreciada conforme a lo dispuesto por este”, (por el mandante), del artículo 1732 del mandato preventivo.

Lo que se pretende es suplir el consentimiento del cónyuge que no puede prestarlo, en beneficio de los intereses de la familia, que se verían perjudicados, supuesto ya previsto en el artículo 1376: **“cuando en la realización de actos de administración fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno se hallare impedido para prestarlo, o se negare injustificadamente a ello, podrá el Juez suplirlo si encontrare fundada la petición”**. El otro cónyuge es parte interesada en la administración del patrimonio ganancial, y por esta razón en condiciones normales se supone que lo hará con la diligencia debida.

La pregunta que nos hacemos a continuación es ¿qué facultades serán las que correspondan al cónyuge que asume la administración de los bienes gananciales sobre todo en el caso de inaptitud o capacidad modificada del otro?. La respuesta la ofrece el artículo 1389 del Código Civil, disponiendo que, **“el cónyuge en quien recaiga la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores tendrá para ello plenas facultades, salvo que el Juez, cuando lo considere de interés para la familia, y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones. En todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial”**.

O’Callaghan, interpreta que el cónyuge **“tendrá plenas facultades, salvo que el Juez cuando lo considere en interés de la familia, y previa información sumaria, establezca cautela o limitaciones”**. Mientras que para Moralejo⁶²⁶, el artículo 1389 define, **“los límites de la habilitación contemplada en los dos artículos anteriores**, (los artículos 1387 y 1388), puntualizando que **“la alusión a las plenas facultades del cónyuge, se interpreta en el sentido de que puede actuar en nombre propio como órgano de gestión de la sociedad, y no como mero representante legal de su cónyuge, sin mas limitaciones legales y judiciales que las que resulten de este artículo 1389”**. De los Mozos⁶²⁷, distingue la limitación del párrafo 1º que no parece que sean de aplicación más que en los supuestos del artículo 1388, y la autorización judicial del párrafo 2º exigida en defecto

⁶²⁶ MORALEJO IMBERMÓN, Nieves, *Comentarios al Código Civil*, 3ª ED, coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, ED Aranzadi 2009, “Artículos 1375-1391”, Artículo 1388, Pág. 1633.

⁶²⁷ DE LOS MOZOS, José Luis, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidas por Manuel Albadalejo Tomo XVII, Vol. 12, Pág. 413.

del consentimiento del otro cónyuge con los efectos previstos en el artículo 1322, párrafo 1°.

Las cautelas o limitaciones que el Juez estime convenientes en interés de la familia, no se trata de meras garantías de protección del cónyuge no interviniente, sino de auténticas restricciones a los poderes conferidos al cónyuge administrador que el Juez deberá concretar, justificando su pertinencia y oportunidad después de la tramitación procesal de una información sumaria, interpretándose en su extensión restrictivamente salvo que las circunstancias exijan lo contrario.

El Código Civil no olvida la protección del cónyuge perjudicado por la gestión negligente del patrimonio ganancial realizada por el otro cónyuge, a este tenor el artículo 1390, dispone que **“si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere este obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto”**.

El 1393 establece como causas de la disolución de la sociedad de gananciales, a instancia de uno de los cónyuges, los siguientes casos: **“1°. Haber sido el otro cónyuge, judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia. Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial. 2°. Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad”**. Y el 1397 en su párrafo 2° se refiere como parte del activo del inventario de los bienes gananciales en su liquidación al **“importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados”**.

Los límites y control de la administración de los bienes gananciales por uno de los cónyuges en el caso de incapacidad del otro, depende de sí este último es incapacitado judicialmente o no lo es. Sí está incapacitado, además de los límites expuestos en los artículos anteriores del Código Civil, la administración de los gananciales será controlada por el Juez, en los trámites previstos a tal efecto para la tutela, principalmente en la rendición de cuentas a la que está obligado el cónyuge tutor del otro cónyuge con capacidad modificada. Sí la incapacidad es de hecho, y se acuerda por resolución judicial la transferencia de la administración, se

supone que el Juez acordará, a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal, las cautelas oportunas, y los medios de control que estime pertinentes en atención a las circunstancias de la familia, de la sociedad ganancial, y del cónyuge impedido para gestionar sus asuntos.

Siempre se podrá recurrir, por la vía de las medidas cautelares del artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, a la adopción de las que convengan al interés y protección del cónyuge con inaptitud, pudiendo ser instadas por el Ministerio Fiscal o por cualquier tercero, interesando la constitución de la figura de guarda oportuna, si fuese preciso.

Puede ser que el cónyuge que carece de facultades haya otorgado un mandato preventivo, en el que disponga las reglas de administración de los bienes gananciales, y que el mandatario o apoderado sea una persona distinta al cónyuge tutor, pudiendo acudir al Juez a tenor del artículo 1388, al objeto de que ratifique o modifique esta decisión si no es acorde como el beneficio e interés del cónyuge-incapaz no incapacitado-poderdante.

La designación preventiva de un administrador a tenor de los artículos 223 o 1732 del Código Civil, puede constituir una de las cautelas a las que se refiere el artículo 1389, que el cónyuge afectado de incapacidad está legitimado a establecer cuando era capaz de obrar en previsión de su futura inaptitud.

Si el cónyuge es incapacitado y se constituye a tutela, y existe un mandato preventivo en el sentido indicado, a tenor del artículo 1732, el Juez, examinará la pertinencia o no de su coexistencia con la tutela, acordando en los pronunciamientos de la resolución judicial oportuna lo que proceda respecto a la administración de los bienes gananciales, y la persona que se ocupe de su gestión.

5.2. LA COMISIÓN MERCANTIL

El mandato mercantil se denomina comisión mercantil, y según el artículo 244 del Título III, Libro II del Código de Comercio de 1885: *“se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista”*.

La comisión mercantil es un mandato con la especialidad de que el encargo consiste en un acto, un negocio o una operación de comercio. El

artículo 280 del Código de Comercio establece su extinción ***“por muerte del comisionista o su inhabilitación se rescindirá el contrato; pero por muerte o inhabilitación del comitente no se rescindirá, aunque pueden revocarlo sus representantes”***.

La redacción ofrece una solución semejante a la actual del artículo 1732 del Código Civil respecto a la extinción del mandato civil, con la diferencia de que la comisión mercantil puede revocarla el representante por sí mismo sin instarla ante la autoridad judicial. Esa posibilidad de revocación unilateral, quizá, se fundamente en la habitual relación de confianza de las partes en las relaciones mercantiles.

Los artículos 4 y 5 del Código de Comercio, regulan con carácter general los requisitos de capacidad para el ejercicio de la actividad mercantil, con el siguiente tenor, ***“tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan libre disposición de sus bienes”***, respecto a ***“los menores de dieciocho años y los incapacitados podrán, continuar, por medio de sus guardadores el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes”***; es decir, pese a que no tienen la libre disposición de sus bienes, podrán continuar excepcionalmente en el ejercicio del comercio de sus padres o causantes por medio de su representante legal.

La diferencia entre el mandato civil y la comisión mercantil, es que el contenido del primero incluye todos aquellos asuntos que el mandante quiere encomendar: ***“prestar un servicio o hacer alguna cosa”***, el artículo 1709 del Código Civil abarca el aspecto personal y el patrimonial. Sin embargo, el objeto de la comisión mercantil es exclusivamente ***“un acto u operación de comercio”***, según el artículo 244 del Código de Comercio, no pudiendo extenderse a otras cuestiones personales o patrimoniales ajenas a la actividad mercantil.

La comisión mercantil en su relación con el mandato civil fue objeto de estudio por la Doctrina⁶²⁸, subrayando el profesor Garrigues, la identidad entre la comisión y el mandato, siendo la nota esencial de la primera su carácter retributivo, frente al gratuito del segundo, siendo indiferente que el comisionista obre por cuenta propia o ajena, su condición de comerciante, o la del comisionista o la de ambos

⁶²⁸ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, página 264, pie de página 257 y 258, se refiere a Joaquín Garrigues, en Mandato y comisión mercantil en el Código de Comercio y en el proyecto de reforma, RCDI 1928, páginas 801 y siguientes; y a Álvarez Caperochipi en El mandato y la comisión mercantil, Comares, Granada (1997).

El mandato civil implica la representación jurídica del mandatario respecto al mandante frente a terceros, en el caso de la comisión no implica representación y el mandatario responde directamente por sí frente a terceros.

5.3. EL CONTRATO DE AGENCIA

La Ley 12/ 1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia, en su Exposición de Motivos afirma que: *“al igual que los códigos de su generación, el español de 1885 regula como contrato de colaboración el de comisión, configurado como mandato mercantil. Sin embargo, del tronco común de la comisión han ido surgiendo otros muchos contratos de colaboración, impulsados por nuevas necesidades económicas y sociales resultantes de las transformaciones del sistema de distribución de bienes y servicios. De este modo, los nuevos contratos mercantiles han ido perfilándose en la realidad social bajo variados, y con frecuencia, imprecisos nombres, correspondiendo a los tribunales la delicada tarea de precisar los límites tipológicos y el contenido normativo”*.

La citada norma en su artículo 2 define el contrato de agencia como aquel en virtud del cual una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

La Ley 12/1992, no alude a la incapacidad sobrevenida del empresario como causa de extinción del contrato de agencia, refiriéndose al cumplimiento del plazo acordado de duración del contrato, y la denuncia unilateral, que puede ser la forma moderna en el ámbito mercantil de renuncia y revocación.

La muerte o declaración de fallecimiento del empresario no extingue necesariamente el contrato de agencia, aunque pueden denunciarlo sus sucesores en la empresa con el preaviso que proceda, a tenor del artículo 27.

En la inmensa mayoría de los casos las empresas son personas jurídicas, razón por la que la ley no contempla como causa de extinción del contrato de agencia la incapacidad del empresario persona física, que de ser

afectado por incapacidad, será relevado de sus funciones en la entidad siendo sustituido en su cargo.

No obstante, existen empresarios que son personas físicas, que en el supuesto de incapacidad de obrar, ante la no previsión de la Ley de Agencia, se someterán a la regulación establecida por el Código de Comercio para la comisión mercantil, y supletoriamente a tenor de lo preceptuado en el artículo 50 del Código de Comercio por las leyes generales del Derecho común que, en el asunto que nos ocupa son las normas del mandato civil.

5.4. LA AUSENCIA LEGAL

El artículo 181 del Código Civil regula la ausencia legal, institución jurídica de defensa y protección de los intereses de la persona desaparecida de su domicilio o de su última residencia habitual sin dejar constancia de su paradero. El Juez nombra un defensor del ausente al objeto de que le represente en los asuntos que requieran una atención inmediata, los cuales de demorarse en su resolución causarían un grave perjuicio al desaparecido, a su familia, y a terceros que hayan constituido y mantengan relaciones y negocios jurídicos con aquel.

No procederá el nombramiento de defensor, si el desaparecido está representado legítima o voluntariamente; es decir, si existe un representante legal, o la persona que se ha ausentado designó en tiempo y forma un representante voluntario que se ocupe de la gestión de sus negocios.

El artículo 183 del Código Civil, establece que esta situación puede durar un año desde las últimas noticias o a falta de estas desde su desaparición, si el ausente “*no hubiera dejado apoderado con facultades de administración de sus bienes*”; y tres años, “*si hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes*”.

Las funciones del representante del declarado ausente a tenor del artículo 184 del Código Civil, son además de la práctica de las investigaciones necesarias para su localización, “*la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones*”, que el artículo 185 en su apartado 3º define como “*conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles*”; es decir, administrar el patrimonio con la diligencia de un buen padre de familia, con la prudencia necesaria para no poner en riesgo la integridad de los bienes, procurando la máxima

rentabilidad, y el óptimo estado de conservación, teniendo en cuenta que en su día deberá hacer entrega de los mismos al ausente si aparece o a sus herederos si es declarado fallecido.

El Juez podrá limitar las atribuciones del representante, si aprecia un *“motivo grave”* que lo justifique. Siendo de aplicación una serie de cautelas al estilo de las exigidas a los cargos tutelares como son la formalización de inventario de los bienes, la prestación de la garantía que el Juez fije discrecionalmente, y el sometimiento a las normas que regulan las causas de inhabilidad, excusa y remoción de los cargos tutelares establecidas por el Código Civil.

Los representantes legítimos del declarado ausente, son el cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho, el hijo mayor de edad prefiriendo el hijo de mas edad que convivía con el desaparecido respecto al de menos edad, el ascendiente más próximo de menos edad, los hermanos mayores de edad que hayan convivido con el ausente, prefiriendo el mayor al menor.⁶²⁹ Siendo sus facultades exclusivamente de administración, al ser considerados como poseedores temporales de los bienes, no pudiendo realizar actos de disposición y gravamen: venta, hipoteca, o prenda, requiriendo la autorización judicial una vez acreditada la urgencia, necesidad y utilidad del citado acto, determinando el Juez el empleo de la cantidad obtenida como fruto de la operación⁶³⁰.

La ausencia legal cesa porque el ausente aparece, o por la declaración de su fallecimiento, en este último caso se le presume y se le considera persona viva hasta la fecha expresada en la precitada declaración, salvo que la investigación de la desaparición certifique lo contrario. La firmeza de la declaración de fallecimiento, da paso a la apertura de los trámites de sucesión del patrimonio del ausente declarado fallecido.

En lo que se refiere a la rendición de cuentas, si el ausente tiene un representante voluntario y aparece, no hay problema, será él mismo, quien exija la rendición de cuentas al apoderado por su actuación mientras permaneció en paradero desconocido. Si no aparece, y se le nombra un representante dativo o legítimo con las facultades ya explicadas, es a estos a quienes rendirá cuentas el apoderado voluntario. Si es declarado fallecido, al abrirse su sucesión serían sus herederos los que exigirían la rendición de cuentas de los encargos de los poderes que en su día otorgó el desaparecido.

⁶²⁹ Artículo 184 del Código Civil.

⁶³⁰ Artículo 186 del Código Civil.

La ausencia legal, es una situación comparable a la del mandato preventivo, pero con algunas diferencias. En aquella, a tenor del artículo 181 del Código Civil, el Juez puede nombrar un defensor del desaparecido cuando este no tenga representante legal ni voluntario; mientras, que en el apoderamiento preventivo del 1732, la existencia de un apoderado no evita que se proceda a la declaración de incapacidad del mandante, y al nombramiento de tutor representante legal.

En la ausencia legal, existe una persona capaz de obrar que no está presente pero que se presume que vive en algún lugar mientras no se declare su fallecimiento. En el apoderamiento preventivo, dos son las situaciones posibles: o nos encontramos con un presunto incapaz que, quizá nunca llegue a ser incapacitado, pero puede que, tampoco recupere totalmente sus facultades, o con un incapacitado judicialmente; ambos, están impedidos para gobernar su persona y bienes.

Puente de la Fuente⁶³¹, considera que, la regulación de la ausencia legal, en el Código Civil, es uno de los argumentos utilizados, para “*defender la validez de los poderes preventivos*”, precisamente por la semejanza de ambas figuras. En aquella, se trata de alguien declarado judicialmente ausente, al que se le nombra un defensor, (defensor del ausente), para que gestione sus asuntos. La persona afectada de inaptitud o de incapacidad, se encuentra en situación de “*ausencia mental*”, asimilable a la ausencia física del declarado ausente, comparación que hace Segura Zurbano⁶³². La ausencia mental, es la circunstancia que recoge el artículo 1732, con el mandato preventivo.

La diferencia entre ambas situaciones es que, en el supuesto del ausente legal del artículo 181, si el desaparecido tiene representante legal o voluntario, el Juez no nombrará defensor; mientras que, en el caso de incapacidad sobrevenida del mandante, si es incapacitado judicialmente se le nombrará tutor, aunque haya otorgado mandato preventivo. La explicación es que en el caso de ausencia con representante voluntario, no existe incapaz, puede haber un fallecido, si bien, mientras, no se declare el fallecimiento, se presume que el ausente está vivo, según el artículo 195 del Código Civil. En el caso de los apoderamientos preventivos hay un sujeto falto de aptitud para regir su persona y bienes, inicialmente no declarado incapaz que, puede incluso no ser presunto incapaz o bien hay un sujeto

⁶³¹ PUENTE de LA FUENTE, “El mandato preventivo”, Págs. 167 y 168.

⁶³² SEGURA ZURBANO, José M^a, “La autoincapacitación, la autotutela, y los poderes preventivos de la incapacidad”, Págs. 62- 84.

que no solo es presunto incapaz, sino que ha sido declarado judicialmente incapacitado.

Esa es la diferencia, que determina el nombramiento de un representante legal a la persona incapacitada judicialmente que otorgó un mandato preventivo especialmente para ese supuesto, o con subsistencia de sus efectos para el caso de incapacitación. Mientras que, al ausente no se le nombra defensor, si tiene representante voluntario, porque se trata de una persona plenamente capaz, que ha desaparecido, pero que puede aparecer en cualquier momento, y requerir a su representante a que le rinda cuentas.

CAPITULO V

DESIGNACIÓN PREVENTIVA DEL CARGO TUTELAR

I-. DESIGNACIÓN PREVENTIVA DEL CARGO TUTELAR

De las amplias posibilidades que para organizar la autoprotección ofrece el artículo 223, sin duda, la disposición más trascendente es la designación preventiva del cargo tutelar, al referirse a la persona que se convertirá en el representante legal y administrador de los bienes, o en el asistente encargado de complementar la capacidad de obrar, a tenor del contenido de los pronunciamientos de la sentencia de incapacitación en orden al alcance de la modificación de la capacidad de obrar.

En el citado precepto, el legislador utiliza indistintamente las palabras **“nombrar”** y **“designar”**; digamos que quiere decir, llamar o convocar, porque en definitiva, **“la elección y nombramiento de tutor corresponde hacerla a la Autoridad Judicial”**, como dice Muñiz Espada⁶³³; extremo que, es puntualizado por Lete del Río⁶³⁴, aduciendo que, **“existe la particularidad propia de un rígido sistema de autoridad, de que, tanto el nombramiento como la exclusión de tutor, se encuentran supeditadas a la decisión última de la autoridad judicial, pues el Juez deja de estar vinculado a las disposiciones de los padres, cuando el beneficio del menor o del incapacitado demanda otra cosa”**; es decir, **“no puede decirse que los padres nombran tutor”**, régimen aplicable también a la autotutela introducida por la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad de 18 de noviembre de 2003. En ambos casos, **“indican o designan la persona que consideran que debe desempeñar el cargo”**, o **“dan noticia a la autoridad judicial de que determinada persona no debe ser nombrada tutor por las causas que se especifican”**.

La expresión **“designar tutor”**, es objeto de una interpretación amplia entendiéndola como elección del cargo tutelar o **“designación de la persona que debe desempeñar el órgano tutelar”**, como afirma Represa Polo⁶³⁵, aunque el literal **“se refiera expresamente a la tutela”** y se **“incardine dentro de su normativa”**, la conclusión es que **“debemos admitir que queda comprendida igualmente la curatela”**.

En el Derecho foral, contempla la designación preventiva de tutor, el Código Civil de Cataluña, (Ley 25/2010, de 29 de julio del libro segundo relativo a la persona y la familia), en el artículo 222/4 que se refiere a las

⁶³³MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, Bosch Barcelona 1994, página 20.

⁶³⁴LETE DEL RÍO, José M^o, “Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor”, *Actualidad Civil*, n^o 45, (4 al 10 de diciembre de 2000), págs. 1623-1650, Pág. 1644.

⁶³⁵ *La Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 196 y 197.

“delaciones hechas por uno mismo”, regulando el nombramiento y la exclusión de una o mas personas para que **“ejerzan los cargos tutelares”**.

A su vez, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón, en el artículo 95, trataba de la **“delación hecha por uno mismo”**, estableciendo la posibilidad de designar preventivamente **“a las personas que ha de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad”**, redacción que reitera con el mismo epígrafe el nuevo Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, en su artículo 108, apartado 1.

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, en el artículo 42, se alude a la elección de **“la persona o personas, físicas o jurídicas, para que ejerzan el cargo de tutor”**, de sus sustitutos, y a la exclusión de **“determinadas personas para el cargo”**.

La designación preventiva no se limita al cargo tutelar, entendiendo como tal el tutor y el curador, que podrá ser una persona física o jurídica, sino a la organización del régimen jurídico que le será aplicable, como son las causas de inhabilidad o su dispensa, el nombramiento de sustitutos estableciendo el orden de toma de posesión en el ejercicio del cargo y de cese de cada uno, y todos los extremos que el disponente estime pertinentes para la eficacia de su autoprotección.

1. CAPACIDAD E IDONEIDAD DEL CARGO TUTELAR

Quien se disponga a elegir tutor para sí mismo, además, de atender a sus deseos y conveniencia, tiene que respetar los requisitos establecidos por la ley para acceder al cargo tutelar como reglas fundamentales previstas para evitar que alguien inadecuado asume el ejercicio de la función tutelar.

Lete del Río⁶³⁶; razona respecto a esta cuestión aduciendo que, **“el cargo de tutor, por lo delicado de sus funciones, requiere en quien ha de ejercerlo condiciones de capacidad jurídica plena y moralidad intachable. Por eso las legislaciones establecen causas de incapacidad o inhabilidad que imposibilitan a las personas incluidas en ellas para ser tutores, en absoluto o con respecto a determinados tutelados”**.

El tutor tiene que ser una persona íntegra, y en consecuencia como apunta Muñiz Espada⁶³⁷, el artículo 241 del Código Civil exige que las personas que accedan a dicho cargo **“se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”**, y además, **“no concurra alguna de las causas de**

⁶³⁶ LETE DEL RÍO, José M^a, “Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor”, Pág. 1624.

⁶³⁷ MUÑIZ ESPADA, Esther, Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras, Pág. 23.

inhabilidad”; es decir, se requiere **“no solo una capacidad jurídica plena para desempeñar el cargo de tutor, sino también una conducta irreprochable, debido a la trascendencia social de que están investidas las funciones tutelares”**.

Los requisitos que han de concurrir en los cargos tutelares son de carácter jurídico y moral, porque como asevera Lete del Río, **“el cargo de tutor exige que la persona que ha de desempeñarlo reúna las condiciones de capacidad e idoneidad simultáneamente, pues una persona puede ser plenamente capaz y, sin embargo, concurrir en ella determinadas circunstancias que desaconsejen su nombramiento, bien para cualquier tutela o para una determinada”**, conclusión que se justifica porque **“no puede desconocerse que el beneficio e interés superior de los menores e incapacitados debe primar sobre cualquier otro interés legítimo”**, incluso la voluntad del afectado.

La exigencia de los requisitos de capacidad e idoneidad se mantienen, durante todo el tiempo que dure la tutela, de manera que, si a lo largo del mismo concurre en la persona que desempeña el cargo una de las circunstancias que en su momento hubieran impedido su nombramiento, incurrirá en causa de remoción, que como dice Cano Tello⁶³⁸, son **“ las mismas que lo son de inhabilidad, en cuando que se produzcan después de deferida la tutela (artículo 247 del Código Civil), equiparándose así el mal desempeño de la tutela, o el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo tutelar, como son no hacer inventario, ni prestar fianza (artículos 260 y 260), no depositar en el establecimiento señalado al efecto, el dinero, alhajas, objetos de valor, valores mobiliarios o documentos, cuando así lo haya acordado el Juez, u omitir la autorización judicial para los actos previstos en el artículo 271”**, y por supuesto la ineptitud notoria para el ejercicio del cargo, que en este caso será sobrevenida.

2. CAUSAS DE INHABILIDAD

El Derecho español contempló las causas de inhabilidad en la mayoría de los regímenes tutelares vigentes en los diferentes momentos históricos. El Código Civil en su redacción de 1889 las regulaba en el artículo 237. El Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela, que en 1977 dirigió el profesor Díez Picazo, bajo el patrocinio de la Fundación General Mediterránea y del S.E.R.E.M, también preveía una serie de circunstancias que por su naturaleza constituían un

⁶³⁸ CANO TELLO, Celestino, La nueva regulación de la tutela e instituciones afines, págs. 37 y 38.

impedimento para ejercer la tutela. La Ley de 24 de octubre de 1983, de reforma de la tutela, dedica los artículos 241 a 246 del Código Civil, a establecer los requisitos de capacidad que han de reunir las personas físicas y las jurídicas, para el ejercicio de las funciones tutelares.

Lete⁶³⁹, critica los citados preceptos, señalando como *“evidente la defectuosa sistemática y la imprecisión técnica de dicha regulación”*; aseverando que, *“desde el punto de vista sistemático, no se ve la razón que autorice a separar la regla general de las personas físicas de las personas jurídicas, por lo que considero, que quizá hubiera sido más correcto que el artículo 242 del CC, relativo a las personas jurídicas, se hubiese colocado como segundo párrafo del artículo 241. Tampoco tiene mucho sentido el dividir las causas de inhabilidad en dos preceptos sin ninguna causa que lo justifique”*. Refiriéndose al artículo 241, subraya que, *“lo que no se comprende es la imprecisión técnica de que adolece el Art. 241, cuando remite a las causas de inhabilidad “establecidas en los artículos siguientes”, pues es fácilmente constatable que el artículo siguiente (el 242) no contiene ninguna causa de inhabilidad, sino la posibilidad de que sean tutoras determinadas personas jurídicas, por lo que debería decir “establecidas en los artículos 243, 244 y 245”*.

Para Cano Tello⁶⁴⁰, las causas de inhabilidad no son requisitos de capacidad, son prohibiciones que impiden a las personas en las que concurren las circunstancias definidas como tales por el Código Civil, asumir el ejercicio de las funciones tutelares.

El Código Civil en la redacción de 1889, no contaba con una regla positiva de capacidad, sino que resolvía esta cuestión en un listado de causas de inhabilidad o incapacidad en el artículo 237, extremo que Lete del Río⁶⁴¹, atribuye a la *“necesaria conjunción de capacidad e idoneidad”*, que la reforma de 1983 resolvió introduciendo *“una regla positiva de capacidad muy amplia”*, y a continuación *“una lista de causas de inhabilidad”*.

El artículo 241 del Código Civil, establece la regla general de capacidad para ser tutor, exigiendo que la persona que se proponga acceder a dicho cargo *“se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”*; es decir, que como aduce Lete, *“conforme a una mera interpretación literal de este precepto, resulta evidente que solo la persona que ha alcanzado la mayoría de edad y que no se encuentra incapacitada puede*

⁶³⁹ LETE DEL RÍO, José M^a, “Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor”, Pág. 1.624

⁶⁴⁰ CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Pág. 29.

⁶⁴¹ LETE DEL RÍO, José M^a, “Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor”, Pág. 1.625.

ser tutor, pues únicamente ella tiene la total independencia y la capacidad para todos los actos de la vida civil; y a la vez, resulta clara la consecuencia de que son excluidos los menores de edad, incluso los que estuvieren emancipados, así como los incapacitados y aquellos que han sido declarados pródigos”.

Muñiz Espada⁶⁴², añade que, *“el artículo 241 exige no solo una capacidad jurídica plena para desempeñar el cargo de tutor, sino también una conducta irreprochable, debido a la trascendencia social de que están investidas las funciones tutelares”*, contenido este último que se especifica en los artículos posteriores, concretamente el 243 y el 244, que establecen *“una lista cerrada de circunstancias que imposibilitan a quien las padece ser tutor”*, completada por el artículo 245 que excluye del cargo tutelar *“a los rechazados por el padre o la madre”*, y en los casos de designación preventiva del 223 a los descartados en el documento de autotutela. El segundo requisito es el de idoneidad, que consiste en *“no estar incurso en alguna de las causas de inhabilidad”*, que *“con carácter taxativo y numerus clausus se enuncian en los artículos 243, 244 y 245 del Código Civil”*. En resumen, *“serán capaces e idóneas para ser tutores todas aquellas personas que, estando en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, no se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos de inhabilidad que la ley contempla”*, puntualiza Lete del Río⁶⁴³, que termina definiendo la inhabilidad como, *“la falta de idoneidad o incapacidad impuesta por la ley, y que impide a la persona a la que afecta acceder al cargo de tutor o bien continuar en su ejercicio”*, reguladas en el Código Civil como *“una cualificación negativa del sujeto”*.

Sin embargo, Muñiz Espada⁶⁴⁴, opina que *“no todas las causas de inhabilidad revelan una censura hacia conductas reprochables y exentas de toda garantía, sino que también están basadas en hechos involuntarios de la persona que los sufre”*, como la prevista en el artículo 244/1º, referida a las *“personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho”*.

En este sentido insiste Blanco Pérez-Rubio⁶⁴⁵, que define las causas de inhabilidad como *“aquellas circunstancias que fija la ley como excluyentes del posible nombramiento”*, o de continuación en el ejercicio del cargo en virtud del artículo 247 del Código Civil, que *“responden a diferentes motivos, como puede ser la falta de preparación o de condiciones para el cargo, falta de confianza, incompatibilidad de*

⁶⁴² MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Pág. 23.

⁶⁴³ LETE DEL RÍO, José M^a, “Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor”, Págs. 1.628 a 1.630.

⁶⁴⁴ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Pág. 25.

⁶⁴⁵ BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, “La capacidad de las personas jurídicas para ser tutoras”, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Díez Picazo*, Tomo I, Civitas (2003), Págs. 255-275. Pág. 267, siguiendo a Lasarte, en *Principios de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid 2000, Pág. 278, pie de Pág. 26.

intereses etc, si bien todas ellas responden a un mismo fin: la ley se propone apartar a los que incidan en ellas tanto del cuidado de la persona como del cuidado de los bienes del menor o incapacitado, es decir, se pretende que en todo momento sea prioritario el beneficio del tutelado”.

Efectivamente, la regulación de los requisitos de capacidad e idoneidad de los cargos tutelares, tienen un único y superior fundamento, que es la salvaguarda del interés de la persona con capacidad de obrar modificada, incluyendo tanto las circunstancias de cualquier índole que puedan afectar negativamente, independientemente de que sean o no consecuencia de una actitud negligente, o de un hecho fortuito que convierta el ejercicio de la tuición en una carga imposible o difícil de soportar.

El artículo 243 del Código Civil, excluye de las funciones tutelares a: *“1º. Los que estuvieren privados o suspendidos por resolución del ejercicio de la patria potestad total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial, 2º. Los que hubieran sido legalmente removidos de una tutela anterior, 3º. Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras esté cumpliendo la condena, 4º. Los condenados por cualquier delito que haga suponer que no desempeñarán bien la tutela, 5º. Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho, 6º. Los que tuvieren enemistad absoluta con el incapacitado, 7º. Las personas de mala conducta que no tuvieren una manera conocida de vivir, 8º. Los que tuvieren con el incapacitado importantes conflictos de intereses o mantengan con él un pleito o actuaciones sobre el estado civil, o sobre la titularidad de bienes, o le adeude sumas de consideración, 9º. Los quebrados o concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solo de la persona”.* El 244 descarta como tutores a *“1º. las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho”*, en clara referencia a la ya aludida concurrencia de circunstancias ajenas a la voluntad del candidato, pero que le impiden el ejercicio del cargo tutelar; también, continua el precepto, *“2º los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado, 3º las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida, 4º. Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan un pleito o actuaciones sobre el estado civil o la titularidad de los bienes, a los que le adeudares suma de consideración, 5º. Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona”.*

Cano Tello⁶⁴⁶, opina que el artículo 243, *“contiene un conjunto de causas cuyo denominador común parece ser la existencia de una sanción penal o civil derivada de una conducta subjetiva incompatible con las condiciones de moralidad exigibles a quien desempeña el cargo de tutor”*; y el 244, *“enumera como incapaces a ciertas personas que por su situación, condiciones subjetivas o relaciones con el menor o incapacitado no parece prudente que puedan ser tutores, bien en ningún caso, bien en un caso concreto (inhabilidad relativa, los números 2º y 4º)”*.

En el Derecho foral, el Código de familia de Cataluña, de 15 de julio de 1998, dedicaba el artículo 186 a la incapacidad para el ejercicio de las funciones tutelares, el 187 a las excusas. Dicha regulación en similares términos es recogida por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia, en el artículo 222-15, refiriéndose a la *“aptitud para ejercer cargos tutelares”*, el 222-17 a la *“exclusión por conflicto de intereses”*, el 222-18, a las *“excusas para no ejercer cargos tutelares”*.

La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón, titula el capítulo III *“capacidad, excusa y remoción”*, dedicaba el artículo 109 a la capacidad de las personas físicas para ejercer la tutela, y el 110 a la de las personas jurídicas, el 111 a las causas de inhabilidad y el 112 a las excusas. El nuevo Código de Derecho Civil y Foral de Aragón en el artículo 125 regula las causas de inhabilidad especificando las que por su gravedad no son susceptibles de dispensa expresa o tácita en la delación voluntaria, excluyendo del ejercicio de las funciones tutelares a *“a) Las personas que estén excluidas, privadas o suspendidas en el ejercicio de la autoridad familiar o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial o administrativa. b) Las legalmente removidas de un cargo tutelar anterior. c) Las condenadas a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena. d) Las condenadas por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela. e) Las personas en quien concurra imposibilidad absoluta de hecho. f) Las que tengan enemistad manifiesta con la persona protegida. g) Las personas que por su conducta puedan perjudicar a la formación de la persona protegida o que no dispongan de medios de vida conocidos. h) Las que tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida, mantengan con ella pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o las que le adeuden sumas de consideración. i) Las personas que hayan sido*

⁶⁴⁶ CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Pág. 29.

inhabilitadas como consecuencia de un proceso concursal, mientras dure la inhabilitación". El apartado 2 del precepto excluye de la dispensa expresa o tácita por la delación voluntaria la causa d) que hace referencia a los condenados por cualquier delito que haga suponer que no ejercerán adecuadamente la tutela, la g) respecto a los que por su conducta perjudiquen a la formación de la persona protegida o no dispongan de medios de vida conocidos, la h) en relación a los que tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida, mantengan contra ella un pleito, o actuaciones sobre el estado civil o titularidad de bienes o las que le adeuden sumas de consideración, y la i) relativa a los concursados mientras dure su inhabilitación.

3. LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las personas jurídicas pueden ser nombradas tutoras, indistintamente ya sean de naturaleza pública o privada, siempre que reúnan los requisitos de capacidad e idoneidad previstos legalmente. En el caso de la pública serán los establecidos por el artículo 239 del Código Civil; es decir, la entidad u organismo que "*en el respectivo territorio*", (se entiende la que corresponda al domicilio de la persona cuya capacidad de obrar se modifica), "*tenga encomendada la protección de los menores o incapacitados*".

En Aragón, la entidad pública competente en materia de protección de menores o incapacitados, no puede ser designada ni excluida voluntariamente en el documento de autotutela, a tenor del artículo 95/2º de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, hoy derogado y sustituido por el artículo 108 apartado 2 del Código de Derecho Civil y Foral de Aragón.

La designación de una persona jurídica privada es la otra opción, a tenor del artículo 242 del Código Civil, cuyo literal prevé que "*podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados*". Este precepto es la única regulación en lo que se refiere a los requisitos de capacidad e idoneidad de este tipo de entidades para su acceso al desempeño de la función tutelar.

Muñiz Espada⁶⁴⁷, apunta que las causas de inhabilitación en el Código Civil, "*están pensadas para un tutor persona física, para una persona individual; por lo que se hace difícil precisar y resolver si algunas de*

⁶⁴⁷ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Pág. 24.

estas también pueden ser aplicadas cuando se va a designar como tutora a una persona jurídica, pues no está claro totalmente qué relaciones o que actos presuponen necesariamente una personalidad física. Se echa en falta, por lo tanto, unas normas que contemplen con especificidad este mismo problema, pero en relación con las personas jurídicas que han de asumir la tutela; en general, se precisará, sobre todo, cuando se vayan incrementando, la asunción de tutelas por este tipo de entidades, desarrollos legislativos o reglamentarios de esta materia”. Esa falta de regulación legal de los requisitos de capacidad e idoneidad de las personas jurídicas privadas para el ejercicio de la tutela, no constituye un obstáculo para el buen funcionamiento de estas entidades, al contrario, la especialización de los profesionales y de las personas que las dirigen, tiene como resultado una atención individualizada de calidad y eficacia sin discusión.

Blanco Pérez-Rubio⁶⁴⁸, reitera la idea de Muñiz Espada expuesta en el párrafo anterior, insistiendo en el análisis de las posibilidades de aplicación del régimen jurídico de las causas de inhabilidad de los cargos tutelares personas físicas previsto en el Código Civil, a las personas jurídicas privadas en el ejercicio de la citada función, pues al fin y al cabo, se trata de un conjunto de personas físicas que se organizan en una entidad con personalidad jurídica propia e independiente de sus miembros, con el objeto de alcanzar un fin: la tuición de las personas con capacidad de obrar modificada.

El requisito general de capacidad del artículo 241, encontrarse *“en el pleno uso de sus derechos civiles”*, aplicado a las personas jurídicas, como señala Lete del Río⁶⁴⁹, será que se trate de una entidad que esté *“legalmente reconocida”*. Blanco Pérez-Rubio⁶⁵⁰, puntualiza que *“ante todo, debe tratarse de personas jurídicas que se encuentren válidamente constituidas en el momento de su nombramiento, aunque no lo estén en el de la delación porque estén en vías de constitución. Lo que no puede admitirse en ningún caso es la designación de una personas jurídica futura”*.

Una vez presupuesto, que la persona jurídica está válidamente constituida, Muñiz Espada⁶⁵¹, aduce que, en principio *“serán inhábiles o no podrán ser tutoras aquellas personas jurídicas en las que no concurren las circunstancias que exige el artículo 242, ausencia de*

⁶⁴⁸ BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, “La capacidad de las personas jurídicas para ser tutoras”, Pág. 267.

⁶⁴⁹ LETE DEL RÍO, José M^a, “Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor”, Pág. 1640.

⁶⁵⁰ BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, obra citada en nota 16, Pág. 258.

⁶⁵¹ MUÑIZ ESPADA, Esther: *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Pág. 25.

animo de lucro y contemplar entre sus fines la protección de menores e incapacitados"; aunque, *“desde luego, que aquellas personas jurídicas, que aunque acomodadas a estas condiciones, carezcan de una buena estructura y de medios materiales y personales adecuados para llevar a cabo esta labor, no deberán ser nombradas tutoras*”. En definitiva, *“serán inhábiles para tutelar a menores si tienen como objeto específico solo la tutela de incapacitados y viceversa o cuando limites su objeto a la protección y tutela de los que se hallen en una determinada circunscripción territorial”*, reconduciendo *“estas circunstancias”*, a la causa de inhabilidad del apartado 1º del artículo 244, que declara inhábiles para ejercer la tutela a *“las personas en quienes concurra imposibilidad manifiesta de hecho”*.

Los medios materiales son esenciales para que una persona jurídica pueda cumplir eficazmente la acción tuitiva que se le encomienda, en este sentido Blanco Pérez-Rubio⁶⁵², insiste que *“tampoco podrán ser tutoras, por carecer de capacidad para ello, aquellas personas jurídicas que, aún cumpliendo con los requisitos legalmente establecidos, carezcan de una buena estructura y de medios materiales y personales adecuados para llevar a cabo esta labor, pues como se ha señalado, no deberían ser designadas tutoras “ya que no tendría sentido nombrar a una entidad de la que se prevé razonablemente que en un corto periodo de tiempo alegará una excusa, por falta de medios para desarrollar las funciones que se le asignaron”*, o incurrirá en causa de remoción por mal desempeño o inadecuado o imposible de la tutela por falta de medios; imposibilidad, que, *“además de absoluta será previsiblemente duradera, pues en otro caso el juez podría nombrar un defensor conforme al artículo 299/2 del Código Civil”*, señalando que, *“la única imposibilidad será la de no tener los suficientes recursos económicos o medios humanos para desempeñar debidamente las funciones tutelares, aunque podría también pensarse que tal vez imposibilite su nombramiento el haberse hecho con una mala reputación, de tal forma, que corresponde al juez investigar, por un lado sobre la procedencia o no de nombrar a una entidad de este tipo, y por otro, sobre los medios de que dispone”*.

Lo esencial en una persona jurídica privada que es nombrada tutora, es que esté en disposición de prestar la atención adecuada que exijan las circunstancias de la persona que la elige preventivamente.

La ausencia de ánimo de lucro como requisito, no planteó discrepancia en la tramitación parlamentaria de la reforma de 24 de octubre de 1983, teniendo en cuenta el reconocido carácter asistencial de las

⁶⁵² BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, “La capacidad de las personas jurídicas para ser tutoras”, Págs. 268, 269, 270.

funciones tutelares. Sin embargo, con posterioridad, si han surgido especulaciones en la Doctrina respecto a su exigencia en todas las tutela o solo en la de la persona. En este sentido, Blanco Pérez-Rubio⁶⁵³, llega a la conclusión de que, ***“no resulta claro que esta exigencia de ausencia de finalidad lucrativa deba predicarse tanto para las personas jurídicas que se designen para la tutela de la persona, como para aquellas que se nombren para tutelar solamente el patrimonio del menor o incapaz”***, citando a Bercovitz, como partidario de la exigencia del requisito de ausencia de ánimo de lucro en el caso del tutor de la persona, permitiendo la posibilidad de nombrar tutor de los bienes a una persona jurídica con ánimo de lucro, argumentando, que si bien, ***“no es admisible dado el tenor del literal del artículo 242 del Código Civil”***, si existe ***“el derecho del tutor a una retribución cuando el patrimonio del tutela lo permita”***, (artículo 274 del Código Civil). En consecuencia, ***“las personas jurídicas que tengan ánimo de lucro pueden ser las mas adecuadas para el desempeño de tal función en los supuestos en los que la tutela se limite a la esfera patrimonial o se desdoble la misma entre tutor de la persona y tutor de los bienes”***.

Cuando exista un patrimonio de especiales características, que requiera para su mayor rentabilidad una administración técnica, probablemente será la entidad más idónea para asumirla una sociedad civil o mercantil con ánimo de lucro, en principio, excluida del ejercicio de las funciones tutelares a tenor del artículo 242 del Código Civil; pero que, en un caso concreto puede estar justificado su nombramiento como tutora y administradora legal de los bienes, a tenor de las circunstancias especiales de índole económica que concurren en el tutelado, siendo por lo tanto, idónea y adecuada a su beneficio e interés.

Como fundamento de esta postura, se alude al artículo 227 del Código Civil, que afirma que, ***“el que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla”***. Es decir, al no especificar que clase de personas, (físicas o jurídicas), serán designadas, dicho precepto, ***“permite nombrar administrador de los bienes del menor o incapacitado a cualquier persona jurídica, incluso si esta tiene animo de lucro”***.⁶⁵⁴

Muñiz Espada⁶⁵⁵, no se muestra contraria al nombramiento de una sociedad civil o mercantil con animo de lucro, aseverando que, ***“si bien,***

⁶⁵³ Págs. 263 y 264, obra citada en la nota anterior.

⁶⁵⁴ ORDÁS ALONSO, Marta, “Comentarios a los artículos 234 al 258”, en *Comentarios al Código Civil*, 3ª Edición, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano.

⁶⁵⁵ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Págs. 82.

nada impide que atribuida la tutela, incluida la de los bienes, a una persona jurídica de las que se refiere el artículo 242, luego encargue la administración a alguna de estas entidades, dedicadas profesionalmente a la administración de patrimonios". Si bien con la reserva de que sean nombradas, *"como auxiliares de aquella"*, de la persona jurídica privada constituida con el único fin de *"proteger a los menores o incapacitados"*, apuntando que, *"quizá, más conveniente resultase que la misma cuente dentro de su estructura interna con personas de específicos y adecuados conocimientos en la administración de patrimonios, cualificadas en el desempeño de estas funciones"*, llamando la atención sobre la conveniencia, o mejor dicho, sobre la imperiosa necesidad, de que, no se disuelva el carácter asistencial inherente a la protección de menores o incapacitados, que tan impecablemente han mantenido las entidades privadas que se dedican a dicha función, en aras de un pretendido interés del tutelado, abriendo la puerta a las sociedades civiles y mercantiles con ánimo de lucro a las funciones tutelares, precisamente por lo que de desvirtuación de su misma naturaleza jurídica podría suponer.

Continua insistiendo en que, la administración profesional de los patrimonios de los tutelados, debe permanecer dentro de la infraestructura de la misma fundación tutelar, aunque es cierto que la mayoría por no decir todos los pupilos de las fundaciones tutelares, *"carecen de todo patrimonio o relación de bienes, y de otro lado, algunos de estos organismos no disponen de abundantes recursos económicos para contar con un personal que requiera un elevada remuneración"*. Lo que nos lleva a la conclusión de que, las personas jurídicas privadas tutoras, por las características de sus tutelados, normalmente personas sin recursos económicos importantes, no disponen de profesionales aptos para la gestión especializada de un patrimonio. Por otro lado, sí un caso concreto requiriera la intervención de un gestor profesional, la fundación tutelar se adaptaría a tal circunstancia buscando la solución mas conveniente.

Respecto al artículo 227 del Código Civil, aludido como fundamento para enervar el requisito de ausencia de ánimo de lucro en las entidades tutelares, concluye, que, *"en lo que no hay ningún problema es en nombrar a una persona jurídica de estas características, (con ánimo de lucro), como simple administradora, para el caso del artículo 227 del CC; pues, la persona que va a gestionar los bienes dejados a título gratuito al menor o incapacitado no es ningún tutor, sino como el propio artículo menciona es un administrador, que aunque fuera una persona jurídica, no la vincula para nada los requisitos del artículo 242"*.

Por otro lado, se refiere Muñiz Espada⁶⁵⁶, a la postura mantenida por cierto sector importante de la doctrina, que admite la existencia de sociedades mercantiles sin finalidad lucrativa, o con ***“propósito de lucro debilitado o nulo”***, lo que ***“obliga a rechazar el ánimo de lucro como elemento consustancial de las sociedades mercantiles, sino a dar una interpretación correctora y realista del mismo, que permita comprender el ánimo de lucro mercantil dentro de estos nuevos fenómenos asociativos que surgen a raíz de la complejidad económica y social en la que se ve inmersa nuestra sociedad”***.

Blanco Pérez-Rubio⁶⁵⁷, reitera que la labor asistencial que prestan las asociaciones, fundaciones, corporaciones, entes Eclesiásticos, y personas jurídicas públicas en general, a los menores e incapacitados necesitados de protección, ***“exige que dicha labor sea absolutamente desinteresada y que no se convierta en un negocio al objeto de obtener beneficios, lo cual es independiente de que la persona jurídica, como tutora y al igual que sucedería si se tratase de una persona física, reciba una retribución por el desempeño de sus funciones, siempre y cuando el patrimonio del menor o incapaz sometido a tutela lo permita”***, a tenor de lo preceptuado en el artículo 274 del Código Civil.

La línea expuesta es seguida por Lete del Río⁶⁵⁸, manifestando que la exigencia como requisito de carencia de finalidad lucrativa, ***“no impide que la persona jurídica pueda ser tutor tanto de la persona como de los bienes, pues no puede confundirse la gestión y administración de un patrimonio ajeno sin finalidad lucrativa y el dedicarse profesionalmente a ello a cambio de remuneración”***.

Entre otras causas de inhabilidad aplicables a las personas jurídicas, Blanco Pérez-Rubio⁶⁵⁹, alude a la existencia de conflictos de intereses ente la entidad y la persona, como pueden ser ***“un pleito sobre el estado civil o la titularidad de los bienes, o cuando sea deudora de cantidades considerables”***, incluyendo dentro de los conflictos de intereses ***“tanto los conflictos de intereses de carácter patrimonial como los de índole extrapatrimonial o meramente morales, para cuya apreciación, en atención al beneficio del tutelando, no será indiferente la clase de tutela a constituir, (de un menor o de un incapacitado), ni las circunstancias que concurran en el sujeto (edad, formación, educación etc)”***, quedando

⁶⁵⁶ Pág. 87 de la obra citada en la nota anterior.

⁶⁵⁷ BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, “La capacidad de las personas jurídicas para ser tutoras”, Págs. 263 y 264.

⁶⁵⁸ LETE DEL RÍO, José M^a, “Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor”, Pág. 1.641.

⁶⁵⁹ Pág. 268 y siguientes de la obra citada en la nota 25.

excluida la persona jurídica, *“declarada en concurso hasta que sea rehabilitada, aunque si puede ser nombrada tutora de la persona del menor o incapacitado”*. Evidentemente, *“esta causa casa mal con el espíritu de protección del menor o incapacitado, puesto que no resulta coherente, que un tutor que no pueda administrar su patrimonio, y por tanto, tampoco el de un menor o incapacitado, pueda tomar decisiones acerca de determinados actos de administración sobre los bienes que sean necesarios para atender al cuidado de la persona, por lo que creemos que debería ser una causa de exclusión total de la capacidad para ser tutora”*, las que *“hubieren sido legalmente removidas de una tutela anterior”*, (artículo 243/2º), o de un número considerable de tutelas significando *“un mal desempeño de la tutela”*, y la que *“tuviera enemistad manifiesta con el menor o incapacitado”* (artículo 244/3º), que será con las personas físicas que ocupen los cargos de dirección, administración, o atención a los tutelados, determinando la imposibilidad de entendimiento, y relación de afecto inherentes a la función tutelar.

La especialización de las personas jurídicas privadas tutoras, es subrayada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, que aprobó el libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, adaptando las normas de excusa de las precitadas entidades tutelares sin ánimo de lucro y constituidas con el fin de proveer a la protección de los menores y las personas incapacitadas, permitiéndoles la excusa de una tutela, cuando no dispongan de medios suficientes para desempeñarla adecuadamente, o cuando las condiciones personales del pupilo no se corresponden con el objeto para el que se constituyó, según el artículo 222/18-2.

Por encima de todo, está el interés de la persona con capacidad modificada, que tiene su respuesta en la adecuada atención a su persona y en la gestión de sus bienes, funciones que han de ser ejercidas por la persona que sea más idónea.

4. DISPENSA DE LAS CAUSAS DE INHABILIDAD

El artículo 246 del Código Civil, preceptúa que la causa 4ª del artículo 243 y la 4ª del artículo 244, *“no serán aplicables a los tutores personas físicas que hayan sido designados por los padres en testamento o documento público notarial, si conociesen que estaba afectada por una de estas causas, salvo que el juez en resolución motivada, disponga otra cosa en beneficio del menor o incapacitado”*; admitiendo, la exención o dispensa voluntaria de la imposibilidad para ser tutor a *“los condenados por cualquier delito que haga suponer fundamentalmente que no se desempeñará bien la tutela”*, (artículo 243/4º).

La condena por la comisión de un delito, lleva implícito al menos la sospecha de inaptitud para el ejercicio de la función tutelar a quien lo cometió, poniendo seriamente en duda la viabilidad de su dispensa. No obstante, el Juez valorará la pertinencia y oportunidad de dicha previsión, examinando el alcance del delito, las circunstancias que rodearon su comisión, y su repercusión en la idoneidad o no idoneidad del candidato para la tuición a la que está llamado. Evidentemente, no es lo mismo un delito menor cometido en una época pasada, por una persona plenamente rehabilitada e incorporada a la sociedad sin reincidencia alguna, que la comisión de uno grave o varios sucesivamente cuyas consecuencias todavía persistan a la constitución de la tutela.

El artículo 244/4º, inhabilita como tutor a ***“los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan actuaciones sobre el estado civil, sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas consideración”***. La relación entre el tutor y el pupilo tiene que ser de afecto, algo bastante difícil de conseguir si entre ellos existe un conflicto por resolver en el que el interés de uno y de otro se contraponen. Si se plantea la dispensa de esta causa es esencial, apreciar minuciosamente si esa situación es presente o pasada, si sus efectos persisten o se han resuelto.

En el supuesto de la dispensa voluntaria tanto de la recogida en el artículo 243/4º, como la del 244/4º, no estará de más que el otorgante de la designación preventiva justifique su decisión, exponiendo porque considera idóneo el candidato que propone a pesar de que en el concurre una de las causas legales de inhabilidad, siendo imprescindible que manifieste que conoce tal circunstancia.

Lete del Río⁶⁶⁰, considera el artículo 246 como un ***“complemento de las facultades del 223 y 245”***; de manera que, a la facultad de nombrar y excluir tutor, correlativamente le corresponde la de dispensar al candidato elegido de las causas que determinan su inhabilidad, aunque solo sea posible respecto a las del apartado 4 de los artículos 243 y 244, y que tal causa sea conocida en el momento de la designación del tutor por el interesado.

Blanco Pérez-Rubio⁶⁶¹, respecto a la dispensa voluntaria de causas de inhabilidad previsto en el artículo 246 del Código Civil a las personas

⁶⁶⁰ LETE DEL RÍO, José Mª, “Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor”, Pág. 1647.

⁶⁶¹ BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, “La capacidad de las personas jurídicas para ser tutoras”, Pág. 274.

jurídicas privadas, matiza que solo será posible cuando la entidad esté incurso en la causa del artículo 244/4, es decir, cuando exista un conflicto de intereses entre ella y la persona que la designó preventivamente, porque la persona jurídica como tal no puede ser condenada por la comisión de un delito, aunque si las personas físicas que ocupen los cargos de dirección, siendo apartadas de los mismos solucionando así cualquier problema de incompatibilidad.

En definitiva, el precitado 246, ***“pone de manifiesto el amplio margen que el legislador concede”*** a la autonomía de la voluntad permitiendo ***“incluso dispensar a una persona para desempeñar la tutela, cuando por ley se encontraba incapacitada para ejercer el cargo de tutor”***. La posibilidad de dispensa no es absoluta, sino solo cuando ***“fueran conocidas por estos”***, (el artículo 246 se refiere a los padres o al propio tutelado), ***“en el momento de hacer la designación”***, razona Lete del Río⁶⁶², a la vez que, la eficacia de la decisión como todas las que afectan a la materia que nos ocupa, está sometida a ***“que el Juez no disponga otra cosa en resolución motivada en interés y beneficio del menor o incapacitado”***. Es conveniente exponer los motivos en los que se fundamenta la dispensa, porque evidentemente, en caso de duda prevalecerá la causa de inhabilidad frente a su dispensa.

II-. DESIGNACIÓN PREVENTIVA DE VARIOS TUTORES

El artículo 236 del Código Civil, establece como principio general el ejercicio de la tutela por un solo tutor, y a la vez se refiere ***“con cierta amplitud a los supuestos que constituyen la excepción al mismo”***, aduce Palomino Díez⁶⁶³; en concordancia con el 215, que con el siguiente literal: ***“la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados....”***, reconoce expresamente la posibilidad de nombrar un tutor para la persona y para los bienes, cuando a tenor del apartado 1º del precitado 236, concurren ***“circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio”***, que determinen la conveniencia y oportunidad de ***“separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes”***.

El desdoblamiento del ejercicio de la tutela separando la esfera personal de la patrimonial, con el consiguiente nombramiento de varios tutores, es una medida prevista legalmente con carácter excepcional

⁶⁶² LETE DEL RÍO, José M^a, “Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor”, Pág. 1647.

⁶⁶³ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia (2006), Pág. 121.

debiendo ser justificada su pertinencia y oportunidad en el caso de ser adoptada.

La Doctrina en sus análisis elude pronunciarse a favor o en contra, optando por la exposición de las posibles ventajas e inconvenientes de esta forma de organización de la tutela. Cano Tello⁶⁶⁴, afirma que constituye **“una importante novedad”** en la reforma de 1983, García Cantero⁶⁶⁵, la califica como **“prudente y moderada”**, con **“dificultades prácticas de funcionamiento”**⁶⁶⁶, mientras que, Leña Fernández⁶⁶⁷; se manifiesta, abiertamente no partidario de nombrar varios tutores, exponiendo los problemas inherentes que persisten tanto si la actuación es mancomunada como solidaria, proponiendo como medida alternativa para los casos en los que se desee que varias personas ejerzan la tutela, que se nombre un solo tutor, integrando a los demás en un órgano de control, similar a la protutela o el consejo de familia del Código Civil anterior a la reforma de 1983, que podría justificarse en los Parientes Mayores del Derecho Navarro, o en la Junta de Parientes de Aragón, dotándole de un carácter sencillo flexible y operativo, con un número reducido de miembros, nunca más de tres personas deberían integrarlo, estableciendo una regulación detallada en lo que respecta a su funcionamiento, y a la forma de provisión de las vacantes que se puedan producir.

El profesor Serrano García⁶⁶⁸, considera que, **“como quiera que la tutela puede ser ejercida por una persona física o jurídica y como quiera que la tutela por 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, y que la ejercida por persona jurídica puede ser desempeñada por una persona jurídica privada o pública la designación preventiva comprende todas estas posibilidades”**, a pesar de que, **“aunque los jueces, en la practica diaria, se resisten a nombrar un tutor de la persona y otro de los bienes, me parece de interés esta posibilidad”**.

Es cierto que son infrecuentes, por no decir inexistentes los nombramientos de varios tutores para una sola persona, extremo que indica el rechazo de los jueces a la tutela plural, quizá por evitar la complicación

⁶⁶⁴ CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Pág. 15.

⁶⁶⁵ GARCÍA CANTERO, Gabriel, “El nuevo régimen jurídico de la tutela”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXVI, Pág. 405-442, Edersa (1985), Pág. 426.

⁶⁶⁶ GARCÍA CANTERO, Gabriel, “Notas sobre la representación legal en el Derecho de Familia”, *Actualidad Civil*, (1990-I), págs. 119-132, Pág. 128.

⁶⁶⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, pagina 171.

⁶⁶⁸ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, pagina 201.

que supone entenderse y controlar simultáneamente varios cargos tutelares en una misma tutela, y también por la dificultad en encontrar candidatos dispuestos a asumirla, precisamente por los motivos expuestos que también afectan a estos últimos.

Muñiz Espada⁶⁶⁹, asevera que, **“el carácter unipersonal de la tutela”** declarado como **“principio general”** en el artículo 236 del Código Civil, no queda desvirtuado por las excepciones que formula el precitado precepto, al contrario, **“tan solo tratan de evitar que la tutela se convierta en una institución monolítica, permitiéndola adaptarse a las circunstancias y necesidades del caso concreto, a los intereses familiares, personales y patrimoniales del cada tutelado”**; es decir, la tutela plural es un elemento de flexibilización de la tuición.

Palomino Díez⁶⁷⁰, admite la tutela plural pero con cautela, al considerarla **“una forma poco efectiva de gestión tutelar frente a la tutela ejercida por un único tutor”**, citando en apoyo de su postura las opiniones de Díaz Alabart y O’Callaghan, que resume en la siguiente conclusión: **“como norma general, es mejor un solo tutor”** porque **“se concentran mejor en una sola persona la atención del tutelado”** tanto en la esfera personal como en la patrimonial, pero sobre todo, **“el ejercicio de la tutela es menos problemático, solo una persona decide, sin necesidad de llegar a acuerdos con otras, y no existirán en el mismo dilaciones innecesarias producidas precisamente por los posibles desacuerdos o divergencias de criterio entre los cotutores, que podrían dificultar la gestión y perjudicar los intereses del pupilo”**. Paralelamente a la opinión expuesta, y siguiendo la opinión de Muñiz Espada, puntualiza que el nombramiento de varios tutores es una medida que aporta la flexibilización necesaria para que **“la tutela se adapte a las circunstancias personales, familiares y patrimoniales del tutelado”**.

Los problemas de la tutela plural son básicamente de coordinación en la actuación de los tutores, distribución de competencias y facultades, y sobre todo de dificultad en el control de responsabilidades, que se acentúan en el caso de que se nombre un gran número de tutores. La mayoría de la Doctrina coincide en esta apreciación, entre los que citamos como ejemplo a Fabrega Ruiz, y Heredia Puente⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, págs. 281 y 282.

⁶⁷⁰ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 119, 120 y 121.

⁶⁷¹ FABREGA RUIZ, Cristóbal, Y HEREDIA PUENTE, Mercedes, *Protección legal de incapaces*, ED Colex, Madrid (1998), pág. 43.

1. JUSTIFICACIÓN DE LA TUTELA PLURAL

Los motivos aducidos para justificar el nombramiento de varios tutores son de diversa naturaleza, si bien imperan los de carácter patrimonial y económico, y en este sentido se manifiestan Leña, Serrano García y Muñiz Espada⁶⁷², aludiendo a la complejidad de los bienes que requieren la administración de un profesional o técnico, o al menos una persona experta, al estar compuesto de **“valores mobiliarios o fincas rústicas”**, con unas determinadas pautas de gestión en orden a su rentabilidad. O cuando los bienes se encuentran en un lugar distinto al de la residencia del tutelado, o dispersos en varios lugares lejanos unos de otro, precisando de continuos desplazamientos para su administración, que sin duda devendrían en detrimento de los recursos económicos disponibles para la atención personal.

Muñiz Espada, insiste en que normalmente el patrimonio está compuesto por elementos de diferente naturaleza que favorecen **“la distribución de la tutela”** en este ámbito, precisamente **“porque se ven parcelas nítidamente diferenciables, es posible, y puede ser acertado para el caso concreto nombrar un tutor que se encargue de la gestión de los bienes muebles, otro para los inmuebles, o establecimientos mercantiles, industriales, según las particularidades del patrimonio de cada pupilo”**.

El patrimonio es susceptible de valoración contable, por lo que la conveniencia de su administración por uno o varios individuos, o entidades jurídicas de determinadas características es mas fácil de acreditar, que la atención y cuidado de la persona del pupilo, cuyo bienestar requiere que esté a cargo de un solo tutor, independientemente de que sea ayudado por otros, pero la dirección por decirlo de forma gráfica, por razones de eficacia y efectividad para evitar un desamparo, debe permanecer en una sola persona. Conclusión que es aseverada por Muñiz Espada⁶⁷³, apuntando que **“la utilidad y concurrencia de las circunstancias especiales que hagan necesario excepcionar el carácter unipersonal de la tutela es fácil apreciarlo en el ámbito patrimonial y en la separación de cargos, pero, desde luego, no lo es en la esfera personal”**.

Palomino Díez⁶⁷⁴, justifica la tutela plural como medio de integración de todos los candidatos en la tuición de un familiar, evitando

⁶⁷² LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, Pág. 155, MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, págs. 281 y 282. SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, página 201.

⁶⁷³ *Las personas jurídico-privadas tutoras*, Pág. 283.

⁶⁷⁴ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 121.

las susceptibilidades que en su opinión surgen cuando la tutela la asume un solo pariente facilitando así la provisión del cargo tutelar. Mientras que, Fabrega Ruiz, y Heredia Puente⁶⁷⁵, se refieren a su vez a la confianza como factor determinante del nombramiento de varios tutores, en casos en los que ***“no preocupa demasiado aquel control y aquellas responsabilidades”***.

La integración de candidatos en la protección de un familiar para evitar suspicacias, no me parece un argumento para fundamentar la designación preventiva de varios tutores, ya que, por encima de discusiones y conflictos familiares está el interés de la persona protegida que puede ser contrario a esta medida. Por otro lado, el menor control de responsabilidades como consecuencia de la confianza entre los tutores y el pupilo, tampoco es una justificación lógica de la tutela plural, si tenemos en cuenta los problemas inherentes a este tipo de organización de la función tutelar ya apuntados, que desembocan en un mal desempeño de la misma.

2. FORMAS DE TUTELA PLURAL

La ley no fija ni limita el número de tutores, tampoco se refiere a su condición de personas físicas o jurídicas, ni a la distribución de competencias, siendo la única alusión la esfera personal y la patrimonial como ámbitos del ejercicio de la tuición, solamente el artículo 237 párrafo 2º del Código Civil, establece como principio general la actuación mancomunada, salvo disposición expresa que acuerde la solidaridad. La falta de regulación legal tiene como efecto una serie de lagunas en cuestiones trascendentes, siendo como en tantos casos la Doctrina la encargada de cubrirlas con la interpretación y aplicación analógica de las normas que regulan figuras afines como son el albacea y la sociedad.

Las formas de organización de la tutela plural son básicamente, el nombramiento de un tutor único para la persona y de un tutor único para la administración de los bienes, o de varios tutores distribuidos según la voluntad de quien formula la designación preventiva o a tenor de las circunstancias que aprecie el Juez, con una actuación mancomunada que es el principio general recogido en el Código Civil, solidaria como regla excepcional, o sucesiva a modo de sustitutos unos de otros, supuestos que analizamos a continuación.

⁶⁷⁵ FABREGA RUIZ, Cristóbal, Y HEREDIA PUENTE, Mercedes, *Protección legal de incapaces*, Pág. 43.

2.1. UN TUTOR ÚNICO PARA LA PERSONA Y OTRO TUTOR ÚNICO PARA LOS BIENES

El nombramiento de un solo tutor para la persona y otro para los bienes, es una posibilidad prevista por el artículo 237 párrafo 1º del Código Civil, justificada cuando *“por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o en su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el tutor de la persona y el de los bienes”*. En este supuesto, cada tutor, *“actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente”*.

Se trata de una tutela única en el ámbito que corresponde a cada tutor; es decir, el encargado de la atención de la persona ejercerá exclusivamente esta función, mientras que el que asume la administración patrimonial gestionará en solitario los bienes. Pero a la vez, es una tutela plural en los asuntos que impliquen la intervención de los dos tutores al afectar simultáneamente a la esfera personal y a la patrimonial. En estos casos ambos cargos deberán decidir conjuntamente aquello que más convenga al tutelado común.

Para un sector de la Doctrina, entre ellos Albadalejo y Díaz Alabart⁶⁷⁶, el nombramiento conjunto de un tutor único para la persona y de otro para los bienes, constituye la forma de organización más sencilla y eficaz de la tutela plural, entendiéndose que cuantas menos personas intervengan en la función tutelar más fácil será su gestión. No obstante, para que la tuición sea eficaz, es necesaria una detallada delimitación de las competencias de cada uno de los tutores, con la especificación de las cuestiones que ambos resolverán conjuntamente.

La distribución de competencias evitaría los problemas inherentes a la necesidad constante de deliberación para la toma de decisiones conjuntas, sin olvidar la interrelación continua de la esfera personal y patrimonial, al formar parte ambas de la unidad indivisible que constituye la persona. En palabras de Díaz Alabart⁶⁷⁷, *“sería absurdo pensar que el tutor de la persona puede cumplir correctamente su misión sin efectuar ninguna gestión de tipo económico”*, siendo necesaria la organización de la provisión de recursos económicos al tutor de la persona que, *“puede o bien recibir cierta cantidad de dinero del tutor de los bienes para dedicarlo a la atención personal del tutelado, o que se le adjudiquen en administración ciertos bienes para que con sus rentas se pueda subvenir*

⁶⁷⁶ DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario al Art. 236”, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Pág. 323; ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho Civil IV*, 9ª ED, Pág. 305.

⁶⁷⁷ Comentario al Art. 236, en *Comentario a las reformas de nacionalidad y tutela*, Pág. 325,

a las necesidades del menor o incapacitado”, sentido en el que también se manifiesta Palomino Diez⁶⁷⁸.

Es evidente que, el pupilo no puede recibir la atención y cuidados que necesita, sin que el tutor que se ocupa de esta función realice ciertas operaciones de naturaleza patrimonial, como puede ser, abonar los gastos ordinarios de alimentación, medicinas, ropa etcétera, necesitando a tal fin la disposición y administración de dinero en metálico que normalmente estará depositado en una cuenta bancaria.

Con el nombramiento de dos tutores uno para la persona y otro para el patrimonio, se pretende dar respuesta efectiva, a las peculiaridades que concurren en un caso determinado en la persona a proteger, al objeto de eludir las complicaciones propias de la intervención de un mayor número de cargos. Aunque solo sean dos personas las que tienen que decidir, no hay que olvidar que una ambigua distribución de las facultades de cada uno, puede acarrear problemas semejantes o idénticos a los de la tutela con multitud de cargos.

2.2. TUTORES CON ACTUACIÓN SUCESIVA

En este supuesto, se designan varios tutores, que actuarán sucesivamente, a modo de sustitutos unos de otros, posibilidad no prevista expresamente en el Código Civil, pero sí en el Derecho foral, concretamente en el Código de familia de Cataluña, Ley 9/1998, de 15 de julio, que en el artículo 174 hablaba de *“sustitutos”*, preceptuando, que, *“en los casos de delación tipificados en los artículos 172 y 173”*; es decir, las voluntarias: autotutela o paternas respectivamente, *“pueden designarse sustitutos para los cargos tutelares, de administración y para la curatela”*, regulando incluso la preferencia en el orden de actuación de los precitados sustitutos del cargo tutelar en un segundo inciso del precepto: *“si las personas sustitutas designadas son más de una, y no se especifica el orden de sustitución, es preferida la persona sustituta designada en el documento posterior o, si el documento contiene más de una designación, la persona designada en primer lugar”*.

Este precepto, fue reemplazado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que con una redacción similar a la anterior establece en el artículo 222 apartado 7, que: *“1. En los actos de delación voluntaria de cargos tutelares, pueden designarse sustitutos. 2. Si se designan sustitutas varias personas y no se especifica el orden de sustitución, se prefiere a la*

⁶⁷⁸ *El Tutor*..., Págs. 145, 146, 147 y 148.

designada en el documento posterior y, si hay más de una, a la designada en primer lugar”, previendo no solo la posibilidad de nombrar sustitutos sino también el régimen jurídico de sustitución en defecto de estipulación voluntaria al respecto.

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, es más escueta, permitiendo expresamente en el artículo 42, *“nombrar sustitutos de los designados para ejercer la tutela”*.

En el Derecho aragonés, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón, dentro del artículo 95, relativo a la *“delación hecha por uno mismo”*, faculta a *“cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente”*, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, a *“designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos”*, redacción exacta que recoge el vigente Código de Derecho Civil y Foral de Aragón, en el artículo 108.

Que el Código Civil, no admita expresamente la designación de sustitutos del cargo tutelar, no significa que esta forma de tutela no pueda ser prevista. En este sentido, Palomino Díez⁶⁷⁹, habla de una tutela única, pero con una pluralidad sucesiva de tutores, que significa *“el establecimiento de limitaciones temporales del cargo a partir de las cuales no puede obligarse al tutor a continuar en el ejercicio del mismo”*, y que puede ser útil en el caso de tutelas de ejercicio especial o difícil en las que es aconsejable el relevo de los tutores.

Los detractores del nombramiento de sustitutos, aducen en apoyo de su postura que, el Código Civil regula dos supuestos de cese del tutor, la remoción en el artículo 247, que puede instar cualquiera que aprecie negligencia en la actuación del cargo tutelar; y, las causas de excusa del ejercicio de la tutela previstas en el artículo 251 por *“razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo”*.

Es posible la previsión de la concurrencia de alguna de las circunstancias señaladas por el citado precepto en el futuro, no existiendo impedimento legal alguno para que en la designación preventiva se incluya una disposición respecto al nombramiento de la persona física o jurídica que haya de sustituir al tutor incurso en alguna de las precitadas causas, que encaja perfectamente en el artículo 253: *“el tutor podrá excusarse de continuar ejerciendo la tutela, siempre que hubiere persona de parecidas*

⁶⁷⁹ El tutor...Pág. 124.

condiciones para sustituirle, cuando durante el desempeño de aquella le sobrevenga cualquiera de los motivos de excusa contemplados en el artículo 251”, precepto que no admite más que una interpretación flexible a tenor de la cual, cualquier cargo tutelar que por la razón que sea no pueda seguir ejerciendo la tutela tiene el deber de excusarse, procediendo al nombramiento de otra persona en condiciones de desempeñar la tuición adecuadamente.

Para cierto sector de la Doctrina, entre los que citamos a Palomino Díez, Fabrega Ruiz y Heredia Puente⁶⁸⁰; los inconvenientes expuestos, no son obstáculo para optar por una gestión de la tutela en la que se nombren tutores con actuación sucesiva. Al contrario es de probada y notoria utilidad en casos en los que la función tutelar entrañe dificultades de tal entidad que aconsejen la conveniencia del relevo de los tutores, mediante nombramientos a tiempo parcial o ejercicio rotativo del cargo.

Es importante en esta forma de organización de la tutela la disposición de la sucesión de los tutores, resolviendo cuestiones como la rendición de cuentas, y quien ejercerá la tuición desde el momento del cese del saliente hasta la toma de posesión del entrante. La confusión en estos puntos, tiene como efecto la dificultad o imposibilidad de identificación del tutor en los lapsos de tiempo indicados, con la consiguiente inseguridad jurídica que revertiría en la desatención o desamparo del tutelado.

Palomino Díez, califica esta situación como el problema más trascendental para el interés del pupilo, la seguridad jurídica, que en el supuesto que nos ocupa consiste en *“saber quien es el tutor en cada momento, así como fijar la situación patrimonial al producirse el cambio de tutor, lo que implica la realización de un inventario, y una rendición de cuentas a cada cambio de persona que desempeña el cargo, lo que puede complicar un sistema que se pretende simple y efectivo”*.

La coordinación entre la tutela saliente y la entrante, exigiría la intervención de un órgano de control que a efectos de garantía de la tuición, debe caracterizarse sobre todo por la celeridad y la eficacia en su actuación implicando un mayor número de personas quizá excesivo, que no haría más que complicar y dificultar los trámites en detrimento del bienestar de la persona necesitada de protección efectiva y continua. Es esta razón que pretende resumir todas las demás que se puedan alegar, la que determina que, la designación de varios tutores con una actuación sucesiva con un límite temporal, sea una medida considerada, según palabras textuales de Palomino Díez, *“poco adecuada”*.

⁶⁸⁰ Ideas apuntadas por PALOMINO DÍEZ en su mencionada obra *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*. Pág. 124, y FABREGA RUIZ y HEREDIA PUENTE, en *Protección Legal de incapaces* Pág. 46.

Muñiz Espada⁶⁸¹, la descarta abiertamente en el caso del tutelado menor de edad, **“dada la importancia que tienen la homogeneidad o unidad educativa y formativa”**, mostrándose más flexible respecto a las personas con capacidad modificada, apuntando que **“es más comprensible esta dispensa por el paso del tiempo cuando se trate de incapacitados”**, en referencia a aquellos, que por su discapacidad requieren una atención especial y constante, difícil de prestar en determinadas condiciones de edad, profesión etcétera.

Una solución podría ser incluir la designación preventiva de un defensor judicial en el mismo documento de autotutela, que asuma la tuición durante el periodo de tiempo del relevo de una y otra tutela. No obstante, no se puede eludir la intervención del Juez, en el nombramiento del antedicho defensor judicial, y en los trámites de extinción de la tutela saliente y de constitución de la entrante, complicando el desarrollo de la institución en perjuicio de la tuición de la persona con capacidad modificada.

2.3 TUTELA MANCOMUNADA Y TUTELA SOLIDARIA

La mancomunidad es el principio general en el ejercicio de la tutela plural, a tenor del artículo 237 del Código Civil, que establece que de no mediar disposición en contra **“las facultades de la tutela encomendadas a varios tutores habrán de ser ejercitadas por estos conjuntamente”**.

Leña Fernández⁶⁸², interpreta este precepto considerando que si la persona que designa preventivamente los tutores, quiere que estos, **“actúen simultáneamente, tendrá que indicar si su deseo es que actúen mancomunada o solidariamente, es decir, si su voluntad, es que para la toma de decisiones sobre el tutelado hayan de ponerse de acuerdo los dos tutores, si fueran dos los nombrados, o todos ellos, si fueran mas de dos, o por el contrario, su voluntad es que pueda actuar cualquiera de los designados de forma indistinta”**.

En la tutela solidaria, cada tutor puede actuar con plena autonomía en el desempeño del cargo tutelar, sin que sea necesaria una previa deliberación al respecto con los otros cotutores, si bien estos podrán actuar, si así lo desean, también colectivamente.

No existe regulación respecto al orden de actuación de los tutores tanto mancomunados como solidarios, debiendo acudir para llenar esta laguna, a tenor del artículo 4/1 del Código Civil a la interpretación

⁶⁸¹ *Las personas jurídico-privadas tutoras*, Págs. 283 y 284

⁶⁸² LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, Pág. 170.

analógica de la figura que resulte mas afín, que sin duda es la del albacea, concretamente del artículo 897 del Código Civil, cuyo literal afirma: “*sí el testador no establece claramente la solidaridad de los albaceas, ni fija el orden en el que deben desempeñar su encargo, se entenderán nombrados mancomunadamente*”. Otro supuesto similar de utilidad en el supuesto que nos ocupa, es el previsto en el artículo 1137 también del Código Civil, prescribiendo para las obligaciones mancomunadas y solidarias que, “*la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de ellos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria*”.⁶⁸³

La mancomunidad, es también la regla general del ejercicio de la tutela plural, que adopta el Derecho catalán, primero en el artículo 199, de La Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña; y, después en el artículo 222/26, de La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, excepto “*los actos que, de acuerdo con las circunstancias, puede considerarse normal que sean hechos por un solo tutor, así como los actos de necesidad urgente*”.

En el documento de autotutela, el interesado puede prever una serie de supuestos que, a tenor de sus circunstancias personales considera como de necesidad urgente o a realizar por un solo tutor, siendo la realidad muy distinta, al ser posibles y probables innumerables situaciones no previstas ni siquiera inimaginables, que pueden poner en entredicho los conceptos anteriores dando lugar a conflictos que en el peor de los casos deberá resolver irremediamente la Autoridad Judicial.

La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón, en el artículo 98, establecía la actuación “*conjunta o solidaria*”, de los tutores nombrados, dependiendo una u otra posibilidad de la voluntad del disponente, regulación derogada por Código de Derecho Civil y Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011, estableciendo en el artículo 134, el principio de unidad en el ejercicio de la tutela, con las debidas excepciones o supuestos de nombramiento de varios tutores entre las que señala la separación de la

⁶⁸³ Fundamento al que aluden los autores que analizamos en nuestro estudio del ejercicio de la tutela plural; y que, reseñamos a continuación: MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, págs. 281 a 290, PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 120, LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, pagina 171.

tutela de la persona y la de los bienes, y cuando en la delación voluntaria de haya designado a dos tutores para actuar simultáneamente. El artículo 142 se refiere al *“ejercicio de la tutela plural”*, preceptuando que *“1. Cuando haya dos tutores, la tutela se ejercerá en la forma establecida en la delación y, en su defecto, de modo análogo a la autoridad familiar. 2. El tutor de la persona y el de los bienes, o en su caso el administrador, actuarán independientemente en el ámbito de su competencia. 3. Cuando por cualquier causa cesa uno de los tutores de la persona, la tutela subsiste con el otro, a no ser que en la delación se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso. Lo mismo ocurre cuando cesa un tutor real respecto de los otros que administren los mismos bienes”*.

La regulación es más detallada que la del Código Civil, prevaleciendo las previsiones de la delación voluntaria e insistiendo en cuestiones como la actuación independiente de cada tutor en el ámbito de sus competencias, el régimen a aplicar en el cese de uno de los cargos y subsistencia o no de la tutela respecto al resto.

La tutela plural sea cual sea su organización, está claro que es, o puede ser fuente de mayor número de conflictos que la ejercida por un solo tutor, la razón no es otra que los problemas de entendimiento y coordinación entre los cotutores.

3. PROBLEMAS DE LA TUTELA PLURAL

La necesidad inevitable de toma conjunta de decisiones por los tutores, es la fuente principal de problemas en la tutela plural, precisamente, porque presupone una deliberación previa en la que cada cotutor expondrá su opinión, reflejando posturas diferentes y contradictorias que pueden provocar discusiones que al dilatarse en el tiempo en busca de un punto de encuentro, retardarán, paralizarán o incluso colapsarán la tuición.

Es imprescindible asegurar el contacto permanente de los tutores, previendo no solo una detallada distribución de competencias, sino también reuniones periódicas para poner en conocimiento de todos los problemas y cuestiones a resolver, intercambiar opiniones, evitando tomar decisiones contradictorias, sobre todo en los casos de tutela solidaria en la que cada uno de los tutores puede actuar con independencia y autonomía sin tener en cuenta los demás⁶⁸⁴.

⁶⁸⁴ En este sentido véase, la opinión vertida por el profesor Albadalejo respecto a los albaceas solidarios, en ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, “Comentarios a los Arts. 892 a 897 y al 899 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XII, vol. 2º, Pág. 102-103; LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, Pág. 171; MUÑIZ ESPADA,

La previsión de una coordinación en la actuación de los cotutores, y el establecimiento de un calendario de reuniones periódicas no son suficiente para impedir los conflictos. La diferencia de opinión puede traducirse en desacuerdo o en falta de acuerdo, posibilidades igualmente perniciosas para la protección de una persona que ha perdido sus facultades. No estaría de más, establecer el quórum requerido para la toma de acuerdos, y los efectos de la abstención, sobre todo en las situaciones de urgencia, que también conviene que sean definidas.

Los conflictos de intereses que afecten a un tutor o a varios, y el cese en el cargo, son otras cuestiones de importancia y que deben de ser objeto de regulación para evitar la confusión, el vacío en el ejercicio de la tuición, y por extensión el desamparo de la persona protegida.

3.1. QUÓRUM EN LA TOMA DE DECISIONES

Nos referimos a la mayoría necesaria para aprobar una decisión una vez discutida, cuestión a la que se refiere el artículo 237 del Código Civil: *“valdrá lo que se haga con el acuerdo del mayor número”*, estableciendo como regla general la mayoría simple, independientemente que en algunos supuestos de especial trascendencia, sea oportuno exigir una mayoría cualificada.

En esta línea Palomino Díez⁶⁸⁵, alude a la conveniencia de distinguir o clasificar, los actos y contratos según su importancia, previendo el mecanismo sencillo y ágil para el acuerdo cuando el acto sea de relevancia menor que es la mayoría simple, siendo reforzada en cuando la entidad del asunto sea de mayor trascendencia.

Como medidas complementarias a adoptar, puede ser útil la designación de tutores en número impar impidiendo que se produzcan empates continuos. Otra posibilidad es otorgar a uno de los cotutores, el de más edad o mayor confianza un voto de calidad o dirimente con facultad decisoria, que también podría ser conferido al Juez, si bien esta opción no me parece oportuna al implicar la tramitación de un procedimiento judicial, que ralentizaría o incluso paralizaría la acción tuitiva.

Esther, *Las personas jurídico- privadas tutoras*, Pág. 288; PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 137, 138 y 139.

⁶⁸⁵ PALOMINO DÍEZ, Isabel, PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor...*, Pág. 128.

3.2. DESACUERDO O FALTA DE ACUERDO DE LOS TUTORES

Desacuerdo significa divergencia, oposición, disconformidad, discrepancia de opiniones; falta de acuerdo, puede implicar las actitudes expuestas, o la imposibilidad de entendimiento por la inhibición o renuncia de uno o varios de los cargos tutelares.

Las divergencias de opinión propias del desacuerdo pueden solucionarse, según propuesta de Palomino Díez⁶⁸⁶, bien con la delegación de un acto concreto, o de varios, o de una categoría de ellos, en un tutor determinado, con la atribución de la facultad de actuar en solitario sin necesidad de deliberación ni acuerdo previo expreso, tomando la decisión que estime oportuna, siempre que concurren una serie de circunstancias previstas, y con la obligación de dar cuenta a los demás cotutores de su pertinencia, sometiéndola a su ratificación posterior. O también, con la atribución a uno de los tutores de un voto de calidad. En ambos casos, lo esencial es justificar si la situación se debe a la actitud negligente de alguno de los cargos, o simplemente a la complejidad de las circunstancias, que requieren un estudio minucioso imposible de resolver en poco tiempo, al objeto de determinar si la tutela se ejerce correctamente o no.

El párrafo 2º párrafo del Art. 237 del Código Civil, regula esta situación, estableciendo que ***“a falta de acuerdo, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. Para el caso de que los desacuerdos fueran reiterados y entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela, podrá el Juez reorganizar su funcionamiento e incluso proveer nuevo tutor”***. Sin duda, el legislador con este precepto pretende evitar la paralización de la función tutelar como consecuencia de la sucesión de desacuerdos o de la imposibilidad de llegar a un acuerdo. A tal fin, legitima al Juez a que una vez examinada la situación y atendiendo al interés del tutelado, acuerde la medida oportuna cuyo alcance puede ser tan amplio como lo requieran las circunstancias, desde un reajuste puntual, o la reorganización de la tutela con la remoción y sustitución de los cargos con actuación negligente, optando incluso por una tutela unipersonal, según opinión de Díez Picazo y Gullón Ballesteros⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ *El tutor...*, Págs. 126 y ss.

⁶⁸⁷ DÍEZ PICAZO, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil I*, 11ª ED, Tecnos, Madrid (2003), Pág. 263.

Palomino Díez⁶⁸⁸, no se manifiesta tan radical inclinándose por la limitación del Juez a la elección entre las propuestas de los tutores por la que más se adapte al interés del pupilo, entendiendo que el párrafo 2º del artículo 237, no significa la oportunidad de gestión judicial de la tutela; postura que, coincide con la mantenida por Lete del Río⁶⁸⁹, que reconoce abiertamente la primacía de las propuestas de los cargos tutelares, impidiendo al Juez pronunciarse al contrario, extremo que “*sería una autorización en blanco y sin oportunidad de control*”. En este punto Palomino admite la decisión judicial en el caso de un segundo desacuerdo habiendo sido rechazadas todas las propuestas por el Juez.

Los desacuerdos y las faltas de acuerdo reiterados, reflejan en el mejor de los casos una falta de sintonía entre los cotutores, y en el peor una enemistad o falta absoluta de responsabilidad incompatibles con el ejercicio del cargo que ostentan y los deberes que asumieron, que bien podría ser calificado al menos en algún caso de mal desempeño de la tutela, causa de remoción del artículo 247 del Código Civil. El Juez como órgano de salvaguarda del ejercicio de las funciones tutelares, deberá intervenir poniendo orden acordando las medidas que exija en interés del tutelado evitando su desamparo, sea cual sea su alcance incluso la reorganización de la tutela con el nombramiento de un tutor único.

3.3. LA ABSTENCIÓN

La abstención puede tener varios significados, que van desde la oposición, desentendimiento, indiferencia, o neutralidad en la cuestión que es objeto de discusión en ese momento, cada una de estas interpretaciones fundamentan diferentes soluciones.

Sí la abstención se entiende como oposición, denota una actitud “*no muy diligente*”, según se manifiesta la Doctrina⁶⁹⁰, que implica el desistimiento, abandono o renuncia del ejercicio de la función tutelar; porque, si la decisión implica un daño para el pupilo, el deber del tutor es denunciarlo en principio oponiéndose expresamente y proponiendo aquello que considere idóneo, además de instar los cauces procesales previstos legalmente para evitar la aplicación de esa medida perjudicial.

El voto del tutor que se abstiene no puede, en modo alguno, ser computado para completar la mayoría simple, precisamente, porque, la

⁶⁸⁸ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Págs. 131, y 132.

⁶⁸⁹ LETE DEL RÍO, José Manuel, “Tutela conjunta o plural”, *Actualidad Civil* nº 17 (1999), Pág. 423-441, Pág. 435.

⁶⁹⁰ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 127.

abstención denota falta de sintonía, y discrepancias, que no benefician en nada al pupilo.

La interpretación de la abstención como neutralidad no es posible, porque esta actitud es incompatible con la función tutelar, en la que no cabe la indiferencia o la desidia, el interés del pupilo exige equiparar la abstención a la discrepancia, considerando la neutralidad como inhibición del ejercicio de la tutela, actitud que no puede ser tolerada al ser equivalente a un mal desempeño de la tuición que es causa de remoción según el artículo 247 del Código Civil.

No está de más, que las previsiones voluntarias contengan una disposición en la que se exprese el alcance y significado de la abstención de los tutores, su efecto en el cómputo de la mayoría, y las consecuencias de esa actitud, sobre todo si es reiterada, en el sentido ya indicado de evidenciar desidia o abandono del ejercicio de los deberes inherentes a la función tutelar, que debe tener la respuesta adecuada a fin de evitar el desamparo.

3.4 SUPUESTOS DE URGENCIA

No existe disposición legal en el Código Civil en sede de tutela, que regule la actuación de los tutores en el caso de un supuesto de urgencia, por lo que acudiremos a la interpretación analógica del artículo 896 del Código Civil, que respecto a los albaceas, establece que, *“en los casos de suma urgencia podrá uno de los albaceas mancomunados practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente a los demás”*.

La Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña, en el artículo 199, aludía a la *“tutela compartida”*, previendo para los tutores mancomunados, la posibilidad de que *“cualquiera de ellos, puede realizar los actos que, de acuerdo con las circunstancias, puede considerarse normal que sean ejercidos por uno solo, así como los actos de necesidad urgente”*, siendo reiterada por el artículo 222/26, de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Los supuestos de urgencia pueden ser de naturaleza tanto personal como patrimonial, entre los primeros el más frecuente es el internamiento, que es susceptible de resolución sencilla siendo previsto bien en un documento de instrucciones previas, o en el mismo de la autotutela,

especificando las circunstancias que deberán concurrir y el centro donde el interesado desea ingresar.

Los actos de disposición y gravamen en supuestos de urgente necesidad pueden plantear una situación delicada si hay que recabar el consentimiento y la intervención de todos los cotutores; probablemente, los trámites se dilatarían en el tiempo, perjudicando los intereses del tutelado. Más rápido y en consecuencia más eficaz sería encomendar a uno de los tutores la ejecución de este tipo de actos, previa justificación de su pertinencia, y con la obligación de rendir cuentas a los demás inmediatamente.

Lete del Río⁶⁹¹, fundamenta la posibilidad apuntada en el artículo 1694 del Código Civil, relativo a las obligaciones de los socios, que preceptúa que *“en el caso de haberse estipulado que los socios administradores no hayan de funcionar los unos sin el consentimiento de los otros, se necesita el concurso de todos para la validez de los actos, sin que pueda alegarse la ausencia o imposibilidad de alguno de ellos, salvo si hubiere peligro inminente de un daño grave o irreparable para la sociedad”*. Regla aplicable a la tutela, justificando la intervención de un solo tutor cuando se trate de evitar un *“daño grave, irreparable e inminente”* para la persona o el patrimonio del tutelado.

El tutor que actúa en solitario en una situación de urgencia y necesidad, deberá dar cuenta a los demás cotutores de la concurrencia de dichas circunstancias, y de que su intervención se ajustó al beneficio e interés del tutelado a fin de evitarle un daño grave en su persona y bienes, rindiendo cuentas de su gestión si se trata de un acto de carácter patrimonial.

Sí existe alguna discrepancia por parte de alguno de los tutores, el discrepante lo hará constar en el acta de la reunión celebrada al efecto, pudiendo instar la adopción de las medidas oportunas de protección del tutelado, y de reclamación de responsabilidades por los daños y perjuicios causados a quien corresponda, incluido el tutor que intervino en solitario si entiende que su actuación fue negligente.

3.5 CONFLICTO DE INTERESES

El artículo 237-Bis, prevé, el supuesto de incompatibilidad, u oposición de intereses en los tutores con facultades atribuidas conjuntamente, estableciendo, que el acto o contrato *“podrá ser realizado por el otro tutor, o si son varios de forma conjunta”*, decidiendo siguiendo la regla de la mayoría. Dicho precepto, tiene un doble sentido, por un lado

⁶⁹¹ “Tutela conjunta o plural”, Pág. 434.

constituye una excepción al principio general, establecido en el artículo 299 del Código Civil, que exige el nombramiento de un defensor judicial en los supuestos de conflicto de intereses entre el tutor y el pupilo, **“se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos: 1º. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador”**. Y a la vez, es el resultado de la interpretación analógica del último inciso del precitado apartado 1º del artículo 299, que afirma que, **“en el caso de la tutela conjunta ejercida por ambos padres, sí el conflicto de intereses existiere solo con uno de ellos, corresponderá, al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado”**.

Un conflicto de intereses, es un impedimento que inhabilita para el normal ejercicio del cargo tutelar, siendo necesario proveer de protección al menor o incapacitado a fin de evitar su desamparo, en este sentido el artículo 299 del Código Civil prevé la figura del defensor judicial. Su nombramiento requiere la tramitación judicial del procedimiento oportuno, con los gastos y dilaciones propias de todo trámite procesal, y en su caso un entorpecimiento o paralización de la tuición, inconvenientes que pueden ser evitados en el caso de la tutela plural, nombrando varios tutores mancomunados con actuación conjunta al estilo de la tutela del padre y de la madre, estableciendo que el tutor o tutores afectados por la incompatibilidad o conflicto de intereses se abstenga de actuar y decidir, correspondiendo la realización de ese acto a los demás tutores que decidirán aquello que consideren oportuno siguiendo la regla de la mayoría.

El ámbito de un conflicto de intereses, puede ser tanto el personal como el patrimonial, hace constar Palomino Díez⁶⁹², sí bien, es mas frecuente que se produzcan en cuestiones económicas, que pueden significar el enriquecimiento del tutor en detrimento del pupilo.

Díaz Alabart⁶⁹³; opta en este caso por el nombramiento de un defensor judicial, argumentando que, **“el conflicto se plantea en el campo propio y específico de uno de los tutores en el que las facultades no se ejercen conjuntamente, ya que en ese campo hay un solo tutor, y le son aplicables las reglas de una tutela con un solo tutor”**, opinión a la que se adhieren otros autores como Lete del Río⁶⁹⁴.

⁶⁹² El tutor..., Pág. 132.

⁶⁹³ DÍAZ ALABART, Silvia, Pág. 340, “Comentario al artículo 237 Bis, Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela.

⁶⁹⁴ “Comentario al artículo 237-Bis del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil, y Compilaciones Forales*, Tomo IV, Pág. 315.

Es posible la designación preventiva de un defensor judicial para el supuesto de un conflicto de intereses, como cargo tutelar así definido por el artículo 215 del Código Civil, encajando en lo dispuesto en el 223 respecto a la autotutela, estableciendo los supuestos de intervención y las reglas a las se someterá en el ejercicio del cargo, siendo de suma importancia en este capítulo la rendición de cuentas de la gestión de los asuntos que asuma.

3.6 CESE DE UNO DE LOS TUTORES

El cese de un cargo tutelar se debe a la imposibilidad de ejercicio de sus funciones, bien por causas no imputables a su voluntad en el ámbito de la excusa sobrevenida del artículo 253 del Código Civil, o como consecuencia de un mal desempeño de la tuición por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. En ambos casos, significa la extinción de una tutela concreta e independiente de las demás que pudieran concurrir respecto a una misma persona, con los consiguientes trámites de rendición de cuenta general que justifique la gestión, y posterior apertura de la constitución de una nueva tutela con el nombramiento de un sustituto.

En el caso de la tutela plural, el artículo 238 del Código Civil prevé el cese de uno de los tutores, prescribiendo *“la subsistencia de la tutela con los restantes a no ser que al hacer el nombramiento se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso”*.

Es decir, salvo disposición expresa en contra, cuando un tutor cese en su cargo por la causa que sea, los demás continuarán en el ejercicio de sus respectivos cargos, independientemente de la verificación de los trámites pertinentes especificados en el apartado anterior. En este punto, surge la duda respecto si deberá rendir cuentas solo el tutor que cesa, o si lo deberán hacer todos los tutores, al entender que se trata de una tutela que se extingue por el cese de uno de los tutores.

Lete de Río⁶⁹⁵; opina que la rendición de cuentas es exigible a todos los tutores, porque *“al ser una tutela plural, vendrán obligados a rendir la cuenta general todos los tutores, tanto el que cesa como los que continúan, pues una cosa es que la tutela pueda subsistir con los restantes, y otra distinta que se determine y apruebe la gestión realizada, ya que la futura será responsabilidad de personas distintas”*.

⁶⁹⁵ “Tutela conjunta o plural”, Pág. 440.

Palomino Díez⁶⁹⁶; añade que, *“lo que se produce aquí es una individualización de la gestión, es decir, una vea que cesa uno de los cotutores, pese a subsistir la tutela con los restantes, se hace necesaria la rendición de la cuenta general justificada por todos los que hasta entonces venían ejerciendo la tutela. No se trata tanto de que un tutor concreto, el que cesa, lleve a cabo la rendición de cuentas, sino que una pluralidad determinada de tutores, que deja de existir en su configuración actual, rinda cuentas de una concreta gestión, ya que para el futuro se inicia una nueva gestión con una pluralidad o incluso una singularidad, distinta, pese a que puedan mantenerse algunos, o alguno, de los tutores que ya vinieran ejerciendo la tutela”*. La tutela así configurada, es una unidad conformada por el pupilo y los tutores, de manera que el cese de uno de estos provoca la extinción de esa tutela concreta y la constitución de una nueva con otro miembro que sustituye al que cesa.

El cese de un tutor o de varios es una situación probable en una tutela plural, siendo oportuna su previsión disponiendo la organización de la distribución de las competencias del cesante mientras se provee el nombramiento de su sustituto, entre los demás cotutores que continúan en el ejercicio de su cargo. Esencial es el control de la gestión, mediante la rendición de cuentas tanto del que cesa como de los demás, poniendo fin a una tutela que se extingue por el cese de uno de los cargos, dando paso a la constitución de otra nueva con el nombramiento del sustituto que se incorpora. La obligación de rendir cuentas, entiendo que no solo debe afectar al cesante y a los otros cotutores respecto a la tutela que se extingue, sino también al periodo comprendido entre el cese y la toma de posesión del nuevo cargo, si tenemos en cuenta que en ese tiempo es inevitable que cada tutor, uno de ellos o varios, asuman facultades propias del que cesa, viendo alteradas las funciones que le correspondían al añadirse otras nuevas de las que deberá responder, al objeto de que ninguna gestión quede libre de control.

III.- LA RETRIBUCIÓN DEL TUTOR

La retribución del tutor es un derecho que el Ordenamiento Jurídico español recibe del Derecho Romano. En la etapa visigoda el Fuero Juzgo, la ley 3, título 3, libro IV, reconoce al tutor el derecho a percibir por su trabajo la décima parte de las rentas del pupilo, una vez deducidos los gastos propios de la atención de este último, considerando esa retribución como un estímulo para la aceptación y adecuado desempeño del cargo.

⁶⁹⁶ El tutor..., Pág. 158.

El Código Civil en su primera redacción de 1889, concretamente en el artículo 276, establece el derecho del tutor a percibir ***“una retribución sobre los bienes del menor o incapacitado”***, en cuantía no superior al diez por ciento de las rentas o rendimientos de su patrimonio, ni inferior al cuatro por ciento.

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma de la tutela, reitera en el artículo 274 que ***“el tutor tiene derecho a una retribución”***, pero ***“siempre que el patrimonio del tutelado lo permita”***, correspondiendo al ***“Juez fijar su importe y modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4% ni exceda del 20% del rendimiento líquido de los bienes”***.

El 275 dispone una forma de retribución vinculada directamente al ejercicio de la autonomía de la voluntad por medio de las previsiones voluntarias de los padres respecto a los hijos menores o con capacidad modificada, y después de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad, también a los documentos de autotutela otorgados en previsión de la autoprotección de una situación futura de pérdida de facultades al amparo del 223. El literal del antedicho precepto reza así: ***“solo los padres, y en sus disposiciones de última voluntad, podrán establecer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle alimentos, salvo que el Juez, en resolución motivada disponga otra cosa”***, se refiere a la figura de frutos por alimentos.

1. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETRIBUCIÓN DEL TUTOR

El artículo 216 del Código Civil define las funciones tutelares como ***“un deber”***. La primera consecuencia es su carácter irrenunciable, aquellos que sean llamados al ejercicio de la tutela solo podrán excusarse ***“en los supuestos legalmente previstos”***, puntualiza el 217, es decir por la concurrencia de las causas de excusa. El segundo carácter es la gratuidad, considerada por algunos como la nota esencial que configura los fundamentos del sistema tutelar, mientras que, otros no se muestran tan tajantes.

El resultado son dos concepciones de la retribución del tutor, para los partidarios de la gratuidad es como mucho un derecho excepcional, para los que mantienen la postura contraria puede ser habitual.

Para Palomino Díez⁶⁹⁷, *“la nota de gratuidad de la tutela no es pacífica en su planteamiento inicial. No puede concluirse con la rotundidad del artículo 274 del CC, si la retribución aparece como algo natural o excepcional en el funcionamiento de la tutela”*. Desde luego, no es la *“esencia de la institución”*, ya que, *“el legislador actual, como el de 1889, parte en los artículos 274 y 275 CC, de que la tutela, como deber u obligación que es, debe ser remunerado bien que con ciertos límites, esto es, el principio se encuentra supeditado a que el patrimonio del tutelado lo permita, salvedad que debe interpretarse en el sentido de que el tutelado no sufra perjuicio”*.

La retribución que el artículo 274 del Código Civil, reconoce a favor del tutor, no es un derecho absoluto, al contrario, es *“condicional, dependiendo su existencia de la hipótesis de que el patrimonio del tutelado lo permita”*, explica Jiménez Mancha⁶⁹⁸, porque, en el supuesto de que, *“el patrimonio del tutelado no lo permitiera, (abonar la retribución), y el ejercicio del cargo fuere excesivamente gravoso, el tutor podrá excusarse”*, a tenor del artículo 251 del Código Civil, que prevé este supuesto con el siguiente literal: *“será excusable del desempeño de la tutela cuando..... por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo”*.

O’Callaghan⁶⁹⁹, aduce que, *“dentro del contenido patrimonial”* de la tutela, *“debe incluirse un hipotético derecho a una retribución que tiene el tutor y que prevé el artículo 274”*. Indistintamente, *“aunque no con carácter de retribución, prevé el artículo 220 que el tutor que sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte tiene derecho a ser indemnizado con cargo al patrimonio del tutelado, si bien solo subsidiariamente a cualquier otra solución, es decir, si no puede obtener por otro medio su resarcimiento”*.

El Código Civil contempla así la posibilidad de compensación de tutor perjudicado en el desempeño de la tutela por causas no imputables a su actitud. No olvidemos que la función tutelar es un deber, pero esa definición no puede implicar en modo alguno que pueda constituir una carga.

⁶⁹⁷ El tutor...Pág. 55, y 56.

⁶⁹⁸ JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos, “La retribución de la tutela y la asignación de frutos por alimentos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 89, año 1998, págs. 201-220, Pág. 204.

⁶⁹⁹ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil comentado y con Jurisprudencia*, ED La Ley, 6º ed., (octubre de 2008), Pág. 353.

Palomino Díez⁷⁰⁰, distingue ambos derechos, puntualizando que, *“ante todo, es preciso dejar clara la naturaleza de la retribución prevista en el artículo 274 CC, como contraprestación por los servicios del tutor, para indemnizarle del trabajo personal a que viene obligado y que frecuentemente puede entorpecer sus propios intereses, y de la estrecha responsabilidad que sobre él pesa, y su diferencia con la indemnización del artículo 220 CC a cargo, asimismo, de los bienes del tutelado, a la que puede tener derecho la persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte y no pueda obtener por otro medio su resarcimiento”*.

En definitiva, afirma Leña⁷⁰¹, *“el artículo 274 considera la retribución como un derecho del tutor, y en consecuencia, los padres testadores no podrán suprimirlo en su testamento”*, ni aquel que la establezca en un documento de autotutela las reglas de su propia protección; si bien, *“es verdad que este derecho lo es con carácter condicionado a que el patrimonio del tutelado lo permita”*.

Muñiz Espada⁷⁰², analiza el significado del derecho de retribución aludiendo a la persona jurídica tutora, definiéndolo como *“compensación al carácter gravoso”* de la función tutelar del que no es fácil liberarse, y al que se une *“la estrecha responsabilidad”*, que la ley exige a todos los tutores en sus actuaciones.

La retribución del tutor no es una remuneración o contraprestación económica por los servicios prestados al estilo del salario o emolumentos devengados en una relación laboral, mercantil, o profesional, es una compensación o resarcimiento por la dedicación a las gestiones que el idóneo ejercicio de la tuición exige, y que solo se hará efectiva cuando una vez debidamente atendido el tutelado sin descuidar o abandonar la atención de sus necesidades, su patrimonio lo permita.

2. FORMA, MODO, FUENTE Y CUANTÍA DE LA RETRIBUCIÓN

El momento adecuado para acordar una retribución a favor del tutor es la constitución de la tutela, trámite en el que el Juez además de reconocer la procedencia del derecho, determinará su cuantía y el modo de percibirla. Si bien, afirma Leña, *“nada se opone a que pueda fijarla en un momento posterior, incluso al término de la tutela con carácter retroactivo”*.

⁷⁰⁰ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 58.

⁷⁰¹ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, pagina 178.

⁷⁰² MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Pág. 165.

Muñiz Espada, refiriéndose a la persona jurídica privada, señala, que, **“en este momento, en el que se inicia el funcionamiento de la tutela, además el Juez estipulará la cantidad a percibir por el tutor en contraprestación por los servicios de protección y asistencia que dispensará a favor del tutelado a lo largo del desempeño del cargo”**. Sin embargo; Chimeno Cano⁷⁰³, considera que, la **“cuantía y efectividad” de la retribución, “está condicionada al estado del patrimonio del tutelado por lo que el momento más oportuno para fijarla es una vez que se haya formalizado el inventario, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del tutor”**. Observación que no me parece desacertada, porque el inventario es el documento que justifica la situación patrimonial real, poniendo en evidencia la rentabilidad de los bienes, y la liquidez disponible para atender a las necesidades del tutelado, extremos que al fin y al cabo son los permiten estimar la viabilidad o inviabilidad de que el tutor sea retribuido, y las condiciones en el supuesto de que se aprecie tal posibilidad.

En los supuestos de autotutela en los que se disponga una retribución a favor del cargo tutelar, sería interesante acompañar un inventario de los bienes, que fundamente la pertinencia y oportunidad de dicha medida así como de la cuantía, tiempo y forma de su percibo. Puede ser que, desde la formulación de las previsiones voluntarias hasta la constitución de la tutela, medie un periodo de tiempo en el que se produzca una variación de las circunstancias, siendo conveniente prever una actualización del inventario o al menos una justificación de la situación patrimonial.

Los criterios legales para fijar la cuantía de la retribución, son impuestos por el artículo 274 del Código Civil: **“el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes”**. Teniendo en cuenta, como dice O’Callaghan⁷⁰⁴, se hará **“el trabajo del tutor y el valor y responsabilidad del patrimonio del tutelado”**; y en palabras de Leña⁷⁰⁵, **“el trabajo a realizar y la rentabilidad de los bienes”**.

El trabajo del tutor, se entiende como la dedicación que le exige tanto la atención y cuidado personal del tutelado como la administración de sus bienes. El valor del patrimonio se refiere a la entidad o importancia del mismo que determinará la envergadura de las operaciones necesarias para su gestión. Ambos conceptos evidenciarán la intensidad de la carga y responsabilidad que supone el ejercicio de esa tutela concreta, y en grado de repercusión en la vida personal y profesional del cargo tutelar.

⁷⁰³ CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pág. 175.

⁷⁰⁴ *Código Civil comentado y con Jurisprudencia*, ED La Ley, 6º Ed., (octubre de 2008), Pág. 353.

⁷⁰⁵ Pág. 178, *El Notario y la protección del discapacitado*.

Según Jiménez Mancha⁷⁰⁶, *“no deben estimarse incluidas en la expresión “trabajo”, (del tutor), las tareas mas elementales y las derivadas del carácter cuasifamiliar de la función y considerar solo aquellas funciones que entrañen una sobre-ocupación, tanto en el ámbito de la tuición personal, como en el patrimonial”*; al contrario, *“es preciso atender al patrimonio del tutelado analizando dos aspectos: el valor de los bienes y su rentabilidad”*, poniendo el acento para fijar la cuantía en *“el valor o entidad del conjunto de los bienes en relación al trabajo a realizar”*.

Sancho Gargallo⁷⁰⁷, aduce que, los criterios establecidos por el artículo 274 para fijar la retribución del tutor constituyen *“un sistema basado en la productividad del patrimonio administrado y persigue incentivar el celo del tutor. La ley se refiere a los rendimientos líquidos, sin que pueda confundirse con los mismos la liquidez obtenida de la realización de bienes muebles o inmuebles, sino tan solo de rentas, frutos y réditos del patrimonio”*. Añadiendo que, *“guiarse únicamente por este criterio resultaría injusto o desproporcionado en muchos casos en los que gestión del patrimonio ocasiona un trabajo importante, además de una gran responsabilidad, sobre todo si ello conlleva asumir la administración de una sociedad de capital, y los rendimientos son escasos; y viceversa cuando el patrimonio inmobiliario es muy importante y la gestión se delega en un administrador de fincas, obteniéndose importantes rentas de los alquileres”*. Termina con la conclusión de que *“sería conveniente que el Juez fijara la retribución atendiendo a la dedicación que exigirá la tutela y la responsabilidad que se asume”*.

Palomino Díez⁷⁰⁸, en este sentido alega que, *“corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo”*, de la retribución se entiende, *“para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes (art 274CC), trabajo e referencia al cual el precepto no hace distinciones entre el aspecto personal y patrimonial del ejercicio de la tutela, por lo que parece que la atención a uno y otro ámbito es igualmente merecedora de retribución, razón por la que el tutor de la persona no debe quedar excluido de la misma, la atención personal del menor o incapacitado puede conllevar un volumen muy importante de trabajo y responsabilidad”*.

⁷⁰⁶ JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos, “La retribución de la tutela y la asignación de frutos por alimentos”, Pág. 205.

⁷⁰⁷ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela, Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, Págs. 193 y 194.

⁷⁰⁸ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 56.

Muñiz Espada⁷⁰⁹, se refiere al caso en el que el tutor a retribuir sea una persona jurídica privada, aseverando que a la hora de fijar “*este quantum*”, es decir, la cuantía o importe de la remuneración, el Juez “*tendrá en cuenta el modo como organiza la tutela la concreta persona jurídica designada para desempeñarla, que podrá ser “a través de tutores profesionales (que específicamente se dediquen a ello) o a través del denominado acogimiento familiar, el carácter gratuito o remunerado de estos; si estas mismas funciones o atenciones se van a desarrollar dentro de la misma persona jurídica, en un centro propio o en un centro público, privado o subvencionado; así como los medios personales o materiales específicos con los que cuente y acorde con las necesidades de los tutelados*”. Son de consideración otros factores aunque no estén previstos en el artículo 274 del Código Civil, como haber “*dejado ya algo al tutor por parte del designante en consideración al nombramiento, como recompensa o premio por asumir la carga de la tutela*”. De manera, que, “*si la rentabilidad de los bienes permitiese y el trabajo del tutor a realizar justificase superar el límite del 20% del rendimiento líquido de los bienes, la existencia de esta dotación permitiría respetar los parámetros o establecer el mínimo que establece el Art. 274 compensándose con aquella asignación*”. Esta solución vendría “*también a solventar aquellas situaciones en las que el tutelado carece de patrimonio o aún teniéndolo es improductivo, cumpliendo los mismos efectos que se aseguran para la retribución*”. Otro extremo de importancia es “*si la entidad ya percibiese alguna cantidad de su beneficiarios en concepto de cobro de servicio*”, entendiéndose⁷¹⁰, “*que no correspondería optar por una remuneración si dicho coste cubre ya los gastos de asistencia y guarda que da al menor o incapacitado y el tiempo y dedicación que implica el conjunto de funciones tutelares*”. En el caso de que, la antedicha cantidad “*tuviese un carácter simbólico*” se podrá “*fijar una retribución compensable con aquella cuantía, en cualquier caso apreciable de forma flexible por la autoridad judicial*”.

Leña Fernández⁷¹¹, se pregunta: “*¿qué ocurre en los supuestos en que no hay rendimientos pero si patrimonio?, ¿podrá tomarse la retribución del propio patrimonio produciéndose, en consecuencia un consumo de capital*”, dependerá de los efectos que tenga en el bienestar del tutelado; es decir, en su repercusión en la satisfacción de sus necesidades vitales, circunstancia de la que depende en todos los casos la retribución de

⁷⁰⁹ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Pág. 168-172.

⁷¹⁰ Pág. 172.

⁷¹¹ *El Notario*....págs. 178 y 179,

tutor a tenor del mismo artículo 274, que condiciona ese derecho a que el patrimonio del tutelado lo permita.

No obstante, un consumo de capital durante el ejercicio de la tutela para retribuir al tutor, nos parece una medida un tanto arriesgada, que revierte en perjuicio del pupilo, al ser de imposible previsión la cuantificación de sus necesidades futuras. Más oportuno en estos casos sería como acertadamente propone Leña, diferir la percepción de una cantidad **“al momento de finalización de la tutela”** en concepto de retribución a cargo del capital sobrante, en el caso de fallecimiento del pupilo. Si es el tutor el que cesa persistiendo la necesidad de tuición y la constitución de una nueva tutela, la percepción de una cantidad a favor del cargo saliente, sería procedente sí la situación económica del tutelado lo permite.

Muñiz Espada⁷¹²; considera que, **“gravar el propio capital del tutelado es especialmente peligroso”**, porque **“si el mismo es escaso traería consigo una reducción progresiva hasta su posible extinción, aunque la cuantía de la retribución fuese pequeña, y en cualquier caso podría suponer una frustración de expectativas a la hora de emprender el ex-tutelado una vida independiente extinguida la tutela”**, al no disponer de medios económicos suficientes para atender a las necesidades de esa nueva etapa. Añadiendo que, **“tanto la intención del legislador como el tenor del literal, (del artículo 274 del Código Civil), no permiten hacerlo efectivo, (la retribución o cualquier cantidad en concepto de compensación), sobre el propio capital; los porcentajes que establece aunque excedan de lo recomendado gravan solo las rentas de los bienes, dice “procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4% ni exceda del 20% del rendimiento líquido de los bienes”, y cuando inicialmente el propio precepto se refiere al derecho que a tal concepto se tiene, lo limita en todo caso a que “el patrimonio del tutelado lo permita”, es decir, no a que tenga patrimonio sino a que ese caudal, sea capaz de general frutos, rentas o aprovechamientos, lo permite cuando hay rentas, en coherencia con el inciso final del propio artículo que es claro y determinante. Entendiéndose por rentas o productos líquidos “la cantidad que constituida por dichos productos o rentas, resulte en definitiva, una vez deducidos todos los gastos ordinarios que la obtención de las mismas origine. Aunque, habría algunos supuestos de importante caudal patrimonial, pero que no generase rentas, que sí parecería justificable la detracción de la remuneración a costa del mismo”**.

⁷¹² MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Pág. 163.

Jiménez Mancha⁷¹³, plantea el supuesto en el que, *“el tutelado dispusiese de un vasto patrimonio que apenas produjera rentas y que en cambio proporcionara inmensos problemas de administración al tutor”*, concluyendo que, *“en este caso, nada impediría que el Juez fijase la remuneración en un momento ulterior o incluso, al final de la tutela, con carácter retroactivo y global, que debería hacerse efectiva sobre parte de los bienes del tutelado. De este modo, cabría compensar equitativamente al tutor no retribuido en atención a determinados periodos o trabajos significativos”*. Si bien, la voluntad manifestada respecto a esta cuestión por los padres o el tutelado en el oportuno documento de autotutela *“puede ser decisiva”*, la decisión definitiva corresponde al Juez, una vez justificado el interés del pupilo.

Respecto a la cuantía de la retribución, Leña⁷¹⁴, se remite a los tres parámetros que establece: *“el trabajo que el tutor debe realizar en el ejercicio de la tutela, el valor de los bienes del tutelado y, finalmente la rentabilidad de estos”* que, *“no actuarán de condicionante para el juez cuando los padres, en sus disposiciones testamentarias, fijen una determinada cuantía para esta retribución, ya sea señalando una cantidad o señalando un porcentaje en relación al valor de los bienes o a sus rendimientos. En tal caso el juez quedará vinculado por esa determinación “salvo que el beneficio del menor exija otra cosa”, a tenor del artículo 224 del Código Civil. En definitiva, “el juez podría, en cualquier momento, moderar esta retribución si, por causar un preocupante empobrecimiento del tutelado, la considerase de todo punto excesiva”*.

Muñiz Espada⁷¹⁵, afirma que, la cuantía de la retribución *“puede venir fijada por los padres en su testamento o en otro documento público notarial (Art. 223), tanto respecto del tutor por ellos designado como del tutor legítimo o dativo; o subsidiariamente o si tal disposición fuese contraria al “beneficio del menor o incapacitado” (Art. 224) al Juez corresponde “fijar su importe y modo de percibirlo”, en todos los casos, “sin perjuicio de ser modificada cuando varíen las circunstancias que se tuvieron en consideración para fijarla”*. Esta reflexión reafirma lo ya apuntado, respecto a que la retribución es un derecho del tutor condicionado a las posibilidades económicas del tutelado para atender sus

⁷¹³ JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos, “La retribución de la tutela y la asignación de frutos por alimentos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 89, (año 1998), págs. 201-220, Pág. 205.

⁷¹⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, págs. 180 y 181.

⁷¹⁵ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Pág. 167.

necesidades, pudiendo ser modificado o extinguido sí así lo requiere su bienestar.

El artículo 274 no regula el modo, de percepción de la retribución por el tutor, que según Leña⁷¹⁶, será en principio acordado por el Juez, **“quien podrá elegir cualquier fórmula: una cantidad mensual, o anual, sea ésta fija o sea variable en proporción a los rendimientos líquidos de año anterior, o una cantidad alzada al final de la tutela”**. Pero **“si los padres hubieran optado por fijar la fórmula en su testamento, el juez habrá de respetarla en los mismos términos que antes han quedado expuestos con referencia a la cuantía”**; es decir, quedará supeditada a la rentabilidad y liquidez de los bienes para atender las necesidades del tutelado.

En este sentido se manifiesta Jiménez Mancha⁷¹⁷; al afirmar que **“para determinar el modo y tiempo en que debe ser satisfecha la retribución es necesario dar preferencia a la rentabilidad y, en concreto, al tiempo de percepción de los rendimientos”**. Y Muñiz Espada⁷¹⁸, que asevera que, **“si bien, por falta de una previsión más específica por parte del artículo 274 CC, que se ocupa del tema, tal momento y modalidad (de percepción de la retribución), vendrá sujeta por lo que determinen las circunstancias en las que se encuentre el caudal patrimonial”** del pupilo, **“y, en todo caso, al modo en que se devenguen los rendimientos de sus bienes”**.

En todo caso, puntualiza, Jiménez Mancha, **“el Juez, al constituir la tutela, ponderará todos estos indicadores y acordará la cuantía de la retribución”**, y la forma que, **“podrá consistir tanto en un porcentaje de los rendimientos líquidos, como en una suma concreta que, en lo posible, respete los límites porcentuales del artículo 274 del CC, en cuyo caso, el devengo, si la forma de producción de las rentas lo permite, podrá ser mensual o anual y detraerlo personalmente el tutor, reflejándolo en las cuentas”**.

La retribución podrá consistir en un porcentaje de las rentas, rendimientos netos del patrimonio, en una cantidad líquida, se acordará su devengo mensual, bimensual, trimestral, anual que podrá coincidir con la rendición de cuentas, o incluso a la extinción de la tutela, o por periodos superiores al anual; es decir, por bienios o trienios, solución que puede ser conveniente en los supuestos en los que el tutelado tenga un patrimonio de

⁷¹⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, Pág. 181

⁷¹⁷ JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos, “La retribución de la tutela y la asignación de frutos por alimentos”, Pág. 205.

⁷¹⁸ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, págs. 165 y 166.

gran valor pero de escasa liquidez, o insuficiente para satisfacer el importe de una retribución periódica, haciendo coincidir la retribución con el devengo de ciertas rentas de los bienes o de un bien en concreto.

Si no es posible una retribución regular, se puede establecer una compensación al tutor por determinados trabajos que exijan una dedicación o esfuerzo especial, fijando el criterio de la determinación de la cuantía en forma de porcentaje sobre el rendimiento de un negocio, bien determinado, o el patrimonio en general, o de una cantidad alzada a calcular en proporción a otros datos.

En definitiva, es admisible tanto la retribución porcentual, a tanto alzado, periódica, o de devengo en una determinada ocasión, justificándose que el cálculo de la cuantía se practicará sobre el rendimiento líquido de todos los bienes, o de uno o varios bienes determinados, identificando cuales son y contabilizando el valor y la renta que previsiblemente produzcan.

Sin olvidar la llamada asignación de frutos por alimentos del artículo 275 del Código Civil, como forma especial de retribución definida por la entrega al tutor de los rendimientos del patrimonio del tutelado asumiendo la obligación de suministrarle todo lo necesario para su subsistencia.

3. LA RETRIBUCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA TUTORA

Sí la retribución del tutor persona física suscita discusiones a favor y en contra, la de la persona jurídica privada tutora no queda atrás siendo objeto también de controversias doctrinales.

Los contrarios a la retribución de las personas jurídicas tutoras aducen que, el artículo 242 del Código Civil les exige “*carecer de ánimo de lucro*” para ejercer las funciones tutelares, requisito que en principio casa mal con el percibo de una retribución por tal concepto. Además, estas entidades se constituyen para desempeñar la tuición de menores o de incapacitados, siendo esta su actividad habitual cumpliendo con una función asistencial, recibiendo ayudas y subvenciones de los organismos públicos.

Leña Fernández⁷¹⁹, por el contrario se manifiesta abiertamente a favor de la retribución de las personas jurídicas privadas tutoras en

⁷¹⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, Págs. 179 y 180.

idénticas condiciones que lo son las físicas, apuntando que precisamente por tener entre sus fines *“la protección de menores e incapacitados, se da una cierta profesionalización en su trabajo y una imprescindible adscripción de los medios necesarios para ello, lo que debe conllevar, con más motivo que en el supuesto excepcional de la persona física, el derecho a una retribución que el Código reconoce a los tutores”*. El requisito de carecer de ánimo de lucro del artículo 242 del Código Civil no puede vincularse a la imposibilidad de retribución, porque el citado precepto *“no significa para las personas jurídicas más que la prohibición de repartir beneficios, pero no la limitación de no poder percibir remuneración por las actividades que desempeñen y ello precisamente para poder realizar mejor su trabajo e incluso extenderlo a más beneficiarios que no puedan pagar nada”*. Como apoyo a su postura cita el artículo 24 de la Ley de fundaciones de 24 de noviembre de 1994, que permite preceptúa que *“las fundaciones podrán obtener ingresos por sus actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios”*; a las Cajas de Ahorro, *“fundaciones sin ánimo de lucro y que, por supuesto, cobran los servicios que prestan a sus clientes”*. Tampoco el hecho de percibir una subvención pública, puede constituir un impedimento para el reconocimiento del derecho a una retribución a favor de una persona jurídica privada tutora, porque de ser así, *“tal incompatibilidad, en su caso, habrá de aparecer, explícitamente determinada en la disposición que permita al ente público otorgar la subvención o ayuda de que se trate”*; concluyendo que, *“si no se dispone nada en contrario, habrá que estar a la más absoluta compatibilidad, máxime teniendo en cuenta que los entes públicos tratan de proteger la existencia de estas instituciones privadas que, con su voluntariado y la abnegación de quienes en ellas trabajan, unido todo ello a una buena gestión, logran realizar, con escasos medios, una ingente labor, aliviando con ello los presupuestos que esos entes públicos destinan a estas atenciones sociales”*.

Leña, añade un motivo más, como fundamento del derecho a retribución del tutor persona jurídica, que *“radica en que el artículo 251 del Código Civil no permite excusarse a estas del ejercicio de la tutela cuando éste les resulte excesivamente gravoso, cosa que sí ocurre cuando el tutor es una persona física”*, sino solamente cuando *“carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela”*. Si las personas jurídicas, precisamente, asumen la tutela de los pupilos, que no encuentran tutor, evitando su desamparo, y descargando del ejercicio de su tuición, a los organismos públicos, *“no se ve por tanto la razón de privar a estas entidades de una vía, como pueda ser la posible retribución, para allegar estos medios suficientes, si con ello lo único que puede*

conseguirse es abocarlas a interrumpir, en un momento dado, el ejercicio de la tutela, bien presentando otra excusa que sea pertinente o, simplemente, dejando de existir”.

Muñiz Espada⁷²⁰, alega que, si bien es cierto, que la tutela en la persona física constituye una eventualidad, que puede incidir en su actividad laboral o profesional, ***“la persona jurídica a la que el legislador ha habilitado como tutor tiende justamente desde su nacimiento a la protección de menores o incapacitados. Lo cual no impide hacerlas acreedoras de una remuneración, como a cualquier tutor siempre que el patrimonio del tutelado lo permita”***, a tenor del artículo 274 del Código Civil, que configura la retribución como un derecho condicionado a la circunstancia de que el patrimonio del tutelado pueda soportar la satisfacción de la cantidad fijada por tal concepto. En el caso de las personas jurídicas ***“la posibilidad de ser retribuidas por su trabajo vendría a incrementar sus recursos económicos, permitiendo ampliar su infraestructura interna, lo que supondría extender su labor protectora abarcando mas tutelas o adquirir medios materiales o humanos que repercutiría de forma inconcusa en beneficio del propio menor o incapacitado bajo la guarda de éstas”***.

Como conclusión de esta reflexión, Muñiz Espada se pregunta: ***“por qué no contribuir a los servicios de protección y asistencia moral y material que despliegan a favor de sus tutelados las personas jurídicas privadas que se dedican a la función tutelar”***. Sí, ***“el Art. 274, como se ha dicho, obliga a ello cuando “el patrimonio del tutelado lo permita”, al comenzar reconociendo que “el tutor tiene derecho a una retribución”, sin encontrar especiales consideraciones negativas para no aplicar este beneficio cuando el cargo lo desempeñen las personas jurídico-privadas, todo lo contrario, parece positivo”***. Además, ***“por otra parte, con esta defensa no se vulnera el requisito de la ausencia de animo de lucro, que es la característica ineludible para desempeñar la tutela por estos entes, pues ello no genera una ganancia repartible, sino que revierte en el interés general y bien común que promueve, sirve de dotación precisamente para conseguir tal finalidad filantrópica”***, a lo que se añade, que, ***“la retribución como incentivo para el buen desempeño de la tutela, tampoco es un argumento desdeñable para aplicarlo de algún modo al tutor persona jurídica, pues la persona jurídica ejerce la tutela a través de personas físicas; estos pueden ser tutores delegados, tutores profesionales..., o cualquier otra modalidad que se organice; la forma concreta que se disponga para ejercer la tutela viene condicionada, en***

⁷²⁰ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Págs. 166, 170 y 171

buena parte, por los presupuestos económicos con los que cuente dicha entidad, el poder optar por unos tutores profesionales que disponen de conocimientos específicos en esta materia imprime garantía y calidad a aquellas tutelas, pero ello supone un determinado nivel de presupuesto para hacer frente al pago de estos; en el caso de que fueren delegados tutelares, estos podrían serlo de forma retribuida o no por parte de la persona jurídica para la que trabajan, esta primera opción, implica, del mismo modo, unos recursos económicos saneados por parte de la entidad, aplicarles este derecho de remuneración que consagra el Art. 274, pasaría a incrementar su nivel económico y poder retribuir a aquellos que vienen, por ella, a ejercer materialmente la tutela, que podría contribuir a que estos realizasen su ejercicio de forma más solicitada, de más frecuente atención a estos menores e incapacitados y en definitiva a contribuir a un ejercicio mas digno y humano de estas funciones de guarda y protección”.

Palomino Díez⁷²¹; entiende que, *“el derecho a una retribución se extiende a cualquier tutor, el que lo sea de la persona y bienes, o solo de la persona, o solo del patrimonio, y al caso de la pluralidad de tutores, y, por supuesto, es independiente del carácter de persona física o jurídica del tutor nombrado”.*

A favor, de la retribución de las personas jurídicas, se pronuncian; entre otros, Fabrega Ruiz, Heredia Puente y Blanco Pérez Rubio⁷²², con argumentos similares a los vertidos que, se resumen en la conveniencia de tal posibilidad, teniendo en cuenta el gran numero de tutelas que asumen estas entidades, en algunos casos excesivas para el nivel de sus recursos económicos, que se verían incrementados al percibir una cantidad de los pupilos que puedan permitírsele, pudiendo darles el destino oportuno que podría revertir en la atención de otros tutelados que nada pueden aportar porque carecen de patrimonio. Siendo el supuesto más habitual, el de pupilos sin medios económicos los que precisamente son tutelados por una persona jurídica, encargándose incluso el personal de esta de tramitar la solicitud de alguna prestación del Estado que pudiera corresponderle para poder satisfacer sus necesidades básicas. Es justo que aquel que cuente con medios económicos suficientes contribuya al reforzamiento de las posibilidades económicas de la entidad que le protege y que en definitiva está evitando su desamparo.

⁷²¹ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 56 y 57.

⁷²² HEREDIA PUENTE, Mercedes y FABREGA RUIZ, Cristóbal, *Protección legal de incapaces*, Pág. 72 y 73, BLANCO PÉREZ RUBIO, Lourdes, *Las personas jurídicas tutoras*, ED Tirant Lo Blanch, 2003, Pág. 132.

Ahora bien, lo expuesto solo es aplicable a las personas jurídicas privadas, en el caso de la entidad pública que asume la tutela, la cuestión cambia, porque como dice Leña⁷²³, está **“sostenida totalmente con medos públicos”**, extremo que indica que, **“quizá el juicio tenga que ser muy distinto e inclinarse, en tal caso, por la gratuidad absoluta de sus servicios”**, considerando además que en virtud del artículo 260 del Código Civil **“no precisará prestar fianza”**, exención legal que indica la intención del legislador de liberar de toda connotación económica la acción tuitiva desempeñada por esta clase de organismos, incluyendo como no el derecho a retribución.

Palomino Díez⁷²⁴; asevera que, **“cuando la tutela esté a cargo de una entidad administrativa, al ser un servicio público, parece dudoso que el órgano tutelar tenga derecho a una remuneración”**, justificando esta conclusión en el **“peculiar carácter asistencial que denota esta tutela”**, que constituye la **“manifestación del deber inexcusable que tienen los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos sancionado por el artículo 39 Constitución Española”**.

La tutela de la entidad pública es la última alternativa de protección cuando no existe otra a una situación de desamparo a la que hay que dar una respuesta. Además, es un servicio asistencial que los poderes públicos están obligados a prestar por mandato constitucional, sufragado con cargo a los presupuestos de la administración a la que corresponda esta competencia que derivan de los del Estado, y se nutren de los impuestos que pagan todos los ciudadanos, lo que explica su exclusión del derecho a una retribución.

4. RETRIBUCIÓN PORCENTUAL

La retribución porcentual está prevista y definida por el artículo 274 del Código Civil, estableciendo que, en **“lo posible su cuantía no baje del 4% ni exceda del 20%”**, y se aplica **“exclusivamente sobre el rendimiento líquido de los bienes”**.

Se pregunta Jiménez Mancha⁷²⁵, sí en el rendimiento líquido de los bienes se incluyen los intereses producidos por el salario o pensión que perciba el pupilo, y otros bienes cuya administración no corresponda al

⁷²³ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, Pág. 180.

⁷²⁴ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 57.

⁷²⁵ JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos, “La retribución de la tutela y la asignación de frutos por alimentos”, Págs. 206, y 207.

tutor, como pueden ser los cedidos a título gratuito a tenor del artículo 227 del Código Civil, los que integran un patrimonio protegido, cuando el disponente de aquellos o el constituyente de este último, hayan nombrado un administrador, o los que el tutelado obtenga por su trabajo.

Los salarios y pensiones, en principio, no suponen para el tutor ***“un trabajo de conservación, administración, o producción de bienes que justifiquen la aplicación del porcentaje”*** del 274, a lo que se añade la duda mayoritaria de la Doctrina respecto a la consideración de tales partidas como renta, bastando estos argumentos su exclusión del precitado calculo.

En lo que respecta a los bienes cuya administración no corresponde al tutor, sino al tutelado al proceder de los bienes adquiridos por su trabajo o industria, o al administrador nombrado por el disponente de bienes a título gratuito del 227 del Código Civil, o al administrador del patrimonio protegido, sucede lo mismo que con los salarios y pensiones, ***“puede alegarse que el tutor no realiza función alguna de administración sobre estos bienes”***, y en consecuencia, ***“la remuneración porcentual no debería gravar sus frutos”***. Pero, ***“lo cierto es que el trabajo del tutor no solo consiste en realizar funciones de administración patrimonial, sino también de tuición sobre la persona del menor o incapaz”***, continua Jiménez Mancha, justificando, ***“la aplicación del porcentaje sobre sus frutos”***, los de los bienes referidos, ***“aunque fuera mínimo y ocasionare la reducción del tipo al incrementarse la base de aplicación, esto es, el volumen de los frutos”***. El porcentaje en definitiva, ***“se establecerá sobre los frutos y rentas producidos por los bienes del pupilo, una vez deducidos los gastos necesarios para su producción”***, para la conservación de los bienes, se entiende al objeto del mantener su rentabilidad, y deducidas las cuantías pertinentes para la satisfacción de las necesidades de atención y cuidado del tutelado.

Jiménez Mancha⁷²⁶; destaca, la flexibilidad del actual artículo 274 del Código Civil, respecto al antiguo 276, en lo que se refiere a los límites de la retribución porcentual, que establecía un tope máximo del diez por ciento y uno mínimo del cuatro por ciento fijos e invariables; mientras que, el actual 274, eleva el máximo al veinte por ciento, dejando al arbitrio judicial la posibilidad de fijar la retribución por debajo del cuatro por ciento, o por encima de veinte por ciento.

La expresión ***“procurando en lo posible”*** indica que, los límites porcentuales del artículo 274 son indicativos; en cambio, la expresión recogida por el antiguo 276: ***“en ningún caso bajará la retribución....”***,

⁷²⁶ Pág. 207.

era determinante, sin alternativa alguna. Termina Jiménez Mancha⁷²⁷, aseverando que, ***“el Juez debe ponderar el trabajo realizado por el tutor y tener en cuenta que la remuneración de la función tutelar nunca puede ser un cauce de enriquecimiento del tutor, por lo que, incluso en el caso de que la rentabilidad del patrimonio lo permitiera, aquella no podría ser superior a la contraprestación o pago de los servicios a precio de mercado, bien porque se considere liberalidad prohibida, bien porque es evidente que desborda el imperativo del ejercicio benéfico para el tutelado al que alude el artículo 216 del Código Civil”***.

La siguiente pregunta es si son de aplicación estos límites porcentuales a las disposiciones de la autotutela. Jiménez Mancha⁷²⁸, es partidario de que las previsiones voluntarias respecto a la retribución del tutor se ajusten al máximo a lo preceptuado por el artículo 274, fijando una cuantía que no sea ***“ni inferior al cuatro por ciento, ni superior al veinte por ciento”*** de los rendimientos del patrimonio.

Si se aparta de la directriz legal, se justificará contablemente que tal decisión no perjudica al afectado que es la misma persona que formuló las disposiciones para su autoprotección, teniendo en cuenta que, incluso en el caso de que la rentabilidad del patrimonio lo permita, la retribución no puede ser superior al precio marcado en el mercado laboral como pago o contraprestación de los servicios que presta el tutor, en cuyo caso constituiría una liberalidad de las prohibidas a los cargos tutelares, en virtud del artículo 221/1º del Código Civil: ***“se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar: 1º. Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión”***. La intención del citado precepto es evitar el enriquecimiento injusto del tutor a costa del tutelado, que infringiría los principios fundamentales de nuestro sistema de guarda.

5. ASIGNACIÓN DE FRUTOS POR ALIMENTOS

El artículo 275 del Código Civil, “contempla un supuesto específico de retribución”, afirma Palomino Díez⁷²⁹, que consiste en que, “los padres, en sus últimas disposiciones de última voluntad, podrán establecer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos”, en virtud de “la facultad que les confiere el artículo 223 del Código Civil” de ordenar “las previsiones referentes a la tutela de sus

⁷²⁷ Pág. 207 y 208.

⁷²⁸ Jiménez Mancha Pág. 208.

⁷²⁹ PALOMINO DÍEZ, Isabel, El tutor: Obligaciones y responsabilidad, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, Pág. 57.

hijos”, puntualiza Jiménez Mancha⁷³⁰, y que a tenor de la reforma del precitado artículo introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se extiende a toda persona que con plena capacidad de obrar quiera organizar preventivamente su protección para una situación de futura inaptitud.

La particularidad de la asignación de frutos por alimentos como forma de retribución del tutor, es su carácter exclusivamente voluntario, siendo respetada por el Juez, salvo que perjudique el interés del tutelado, supuesto en el que está legitimado para disponer *“en resolución motivada”*, afirma el último inciso del artículo 275, *“otra cosa”*.

Leña⁷³¹, opina que la posibilidad que ofrece el citado precepto, es de *“extraordinario interés”*, sobre todo en los casos en los que se pretende, que el tutor se ocupe del pupilo *“en el más amplio sentido de la palabra”*; es decir, que por sus especiales circunstancias requiera una atención especial. Para Muñoz Espada⁷³², esta figura representa *“otro posible modo de retribuir a aquella persona jurídica privada”* que a tenor del artículo 242, *“desempeña la tutela”*.

Palomino Díez⁷³³, resalta como un aspecto relevante a considerar en la asignación de frutos por alimentos, la diferente dimensión que adquieren los deberes del tutor, *“especialmente, los del artículo 269 del CC, toda vez que, correlativo con el derecho de los frutos, se genera la obligación no solo de administrar los bienes del menor o incapacitado, sino también de suministrarle alimento, vestido y educación, obligación nueva para el tutor en la medida que el tenor del literal del apartado primero del artículo 269 CC, no la exige explícitamente, habla simplemente de “procurar alimentos”, cuyo incumplimiento generará, aparte de la necesaria pérdida de los frutos, la consiguiente responsabilidad del tutor por incumplimiento de los deberes propios del cargo”*.

La sencilla definición del artículo 275 del Código Civil: *“hacer suyos del frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle alimentos”*, comprende una serie de derechos y obligaciones que alteran de alguna manera el régimen jurídico de la relación entre el tutor y el tutelado, cuyo alcance y significado que requiere un análisis detallado.

⁷³⁰ JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos, La retribución de la tutela y la asignación de frutos por alimentos, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 89, año 1998, págs. 201-220, Pág. 208.

⁷³¹ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, Págs. 181.

⁷³² MUÑOZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Págs. 180.

⁷³³ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 59.

5.1. EL DERECHO A PERCIBIR LOS FRUTOS

El artículo 275 dice que el tutor *“haga suyos los frutos de los bienes del tutelado”*, esta expresión puede ser interpretada atendiendo a su literal, considerando que será su dueño. Despojar al tutelado de la propiedad de su patrimonio, aunque vaya acompañada de la obligación de prestarle alimentos, no es una idea acorde con el contenido de la función tuitiva, los principios rectores de la misma y las obligaciones y deberes asumidos por aquel que acepta el desempeño del cargo tutelar.

Muñiz Espada⁷³⁴, invocando la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1905, y de 15 de junio de 1948, aduce que, *“la asignación de frutos por alimentos.... no constituye al tutor en dueño incondicional de los frutos y rentas de los bienes del pupilo”*, porque correlativamente implica la obligación de administrar el patrimonio del pupilo y de prestarle alimentos. Además, en el supuesto de que, incumpla estos deberes, incurrirá en responsabilidad, porque tal conducta, *“constituiría un beneficio notorio para el tutor, con daños de los intereses del pupilo, lo cual se opone a los principios fundamentales de la institución tutelar”*. En esta modalidad de retribución, *“una vez satisfechos los gastos de la tutela”*, previstos en las reglas de organización de la misma, *“el tutor hace suyo lo que resta de los frutos o rentas de los bienes del tutelado”*, suponiendo, un modo de desarrollar la tuición a tenor del disponente, bien los padres respecto al hijo menor o incapacitado, o el mismo interesado en un documento de autotutela. El trasfondo del artículo 275, es la confianza y la garantía, ya que, *“permite tener controlada la gestión del tutor, evitando que dedique menos recursos a la atención del tutelado con el fin de obtener un mayor remanente a detracer en concepto de retribución, comprobable, en todo caso, a la hora de rendir cuentas”*, recomendando, como medida cautelosa *“dejar asentadas estas cuestiones al comienzo de la tutela”*.

Otra de las dudas es, si la asignación de frutos afecta a todos los bienes que componen el patrimonio en su conjunto, o puede afectar solo a varios o a uno solo. Leña⁷³⁵, responde señalando que, la facultad del artículo 275 se refiere a *“todos los bienes que, por cualquier título conformen el patrimonio del tutelado”*, puntualizando que, *“lógicamente la posibilidad mayor (establecer que el tutor haga suyos los frutos de todos los bienes del tutelado), comprende también la menor por lo que los padres podrán determinar específicamente los bienes cuyos frutos ha de hacer suyos el tutor, o señalarlos parcialmente, (el tutor hará suyos los*

⁷³⁴ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Págs. 180 y 181.

⁷³⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, Pág. 181 y 182.

frutos de la mitad o de las dos terceras partes de los bienes) o limitarlos a los producidos por un grupo de bienes (inmuebles, rústicos, valores mobiliarios...)”.

Jiménez Mancha⁷³⁶, afirma que, *“el tutor hace, en principio, suyos todos los frutos de los bienes”* del tutelado, a excepción de los excluidos de su administración, como son los cedidos a título gratuito, los del patrimonio protegido, y los obtenidos por el pupilo en el ejercicio de su trabajo o industria. No obstante, en el supuesto de que, *“los frutos percibidos no fueran suficientes para proporcionar al tutelado alimentos y el tutor no tuviera medios, podrá pedir al Juez que se le entreguen los frutos que produzcan estos otros bienes, en la parte que en equidad proceda”*. Con esta excepción, el tutor hará suyos, *“todos los frutos no solo de los bienes que el mismo administra, sino también de los que administren los terceros, que le deberán ser entregados”*; y también, *“los bienes que el tutelado adquiera con su trabajo o industria”*.

Lógicamente, en primer lugar el tutor percibirá los frutos de los bienes que le corresponde administrar, si no son suficientes para la satisfacción de las necesidades del tutelado, podrá reclamar sucesivamente los rendimientos de otros bienes propiedad de este último aunque no estén bajo su gestión con el único fin de proveer su atención.

5.2. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

El tutor, correlativamente al derecho de percibir los frutos del patrimonio del pupilo, asume la obligación de *“prestarle alimentos”*, según el literal del artículo 275 del Código Civil. El alcance y significado de esta obligación es diferente a la general de *“procurar alimentos”*, que el artículo 269 en su punto primero impone a los tutores.

Para Martínez Rodríguez⁷³⁷, *“por imperativo legal, surge una obligación de carácter alimenticio derivada del ejercicio de la tutela”* integrada *“entre los deberes de carácter personal y como concreción del deber genérico de velar por el tutelado”*. El mandato del artículo 169/1º, no se trata de una obligación legal de alimentos, sino de *“procurarlos”*, en otras palabras, de gestionar y administrar los medios precisos para cubrir sus necesidades vitales, que significa que el tutelado disponga de los recursos suficientes para *“su mantenimiento”*.

⁷³⁶ JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos, “La retribución de la tutela y la asignación de frutos por alimentos”, Pág. 213 214.

⁷³⁷ MARTINEZ RODRIGUEZ, Nieves, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, (2002), Págs. 50 y 51.

Leña Fernández⁷³⁸, insiste en que **“procurar alimentos”** y **“prestar alimentos”**, son dos conceptos distintos, puntualizando que, **“para un sector de la doctrina, la diferencia estriba en que, en el primer caso, el tutor no viene obligado a alimentar al pupilo a su costa sino solamente a “gestionar” la obtención para el pupilo de estos alimentos, bien a costa del patrimonio de este, obteniéndolos mediante su adecuada administración; bien, si tal patrimonio no existe o es insuficiente, reclamándose los al pariente del pupilo obligado a prestarlos con arreglo a la ley”**, a los artículos 143 a 145 del Código Civil. Eso sí, **“naturalmente siempre que el tutor no sea precisamente el pariente obligado; bien, finalmente, gestionando la obtención de las subvenciones o ayudas públicas que procedieren”**.

En el supuesto de asignación de frutos por alimentos, **“es el propio tutor y a su costa quien asume la obligación de alimentar al pupilo y ello aunque los frutos que obtenga y haga suyos, procedentes del patrimonio del tutelado, sean inferiores al montante que alcancen los gastos de alimentos”**, siendo precisamente **“la imposibilidad de autosatisfacción de las propias necesidades”**, señala Martínez Rodríguez⁷³⁹, **“el punto de partida para que pueda generarse un derecho de alimentos a favor de quien sufre tal situación. Al entender que los alimentos comprenden en general, todo lo que es preciso para la satisfacción de las necesidades vitales”**.

La obligación legal de alimentos entre parientes, es definida por Martínez Rodríguez, como **“aquella relación jurídica que une a dos partes en virtud de la cual una de ellas debe prestarle a la otra lo necesario para su subsistencia”**, comprendiendo todo lo que una persona precise para sobrevivir en todos los aspectos y circunstancias que puedan concurrir en su vida.

Los alimentos se dividen **“fundamentalmente en dos grandes categorías bien diferenciadas: alimentos legales y voluntarios”**, los legales son, **“aquellos que nacen por imperativo de la ley”**, de la que se deriva directamente la obligación, que surge cuando se produce un supuesto de hecho, que **“desencadena la relación, y ello con independencia de la voluntad de los sujetos a los que vincula”**. En cambio, los voluntarios **“tienen su origen en un negocio jurídico”**; es decir, **“la autonomía de la voluntad como fuente de obligaciones despliega también sus efectos en esta materia alimenticia generando obligaciones alimenticias similares a las impuestas por el legislador”**.

⁷³⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, págs. 182 y 183.

⁷³⁹ MARTINEZ RODRIGUEZ, Nieves, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, págs. 32-38.

El Código Civil reconoce la autonomía de la voluntad como fuente de obligaciones en el ámbito de los alimentos, al disponer el artículo 153 que, *“las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto tenga derecho a alimentos.....”*, con este literal, *“esta reconociendo legalmente la posibilidad de configurar obligaciones alimenticias voluntarias, debiéndose entender, como acertadamente ha apuntado algún autor, que el principal contenido del mismo es delimitar dos ámbitos normativos: el perteneciente a la ley y el que corresponde a la esfera particular de la autonomía”*, puntualiza Martínez Rodríguez. Tanto la obligación legal como la voluntaria de alimentos *“persiguen una misma finalidad inmediata: el aseguramiento de la subsistencia del acreedor”*, manteniendo *“un elemento común: el interés por la vida del que tiene derecho a los alimentos”*. Sin perjuicio, de la existencia *“entre ellas de insalvables diferencias que impiden reunir las en una sola categoría dogmática, pues aún respondiendo a un mismo fin, es distinta su naturaleza y su disciplina jurídica según la obligación provenga de la voluntad de la ley o de la voluntad privada”*. En definitiva, *“los alimentos voluntarios son expresión de la autonomía privada como fuente de obligaciones”*, definida en el artículo 1089 del Código Civil; extremo que significa, que *“de la voluntad de las partes implicadas en la relación o incluso la de un tercero, puede surgir una obligación de claro contenido alimenticio”*. Estas obligaciones *“a diferencia de la estrictamente alimenticia de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, no implican necesariamente la preexistencia de un vínculo de parentesco”*, y en consecuencia, *“pueden establecerse a favor de toda persona y en cualquier circunstancia objetiva, cuando no contraríen las leyes, la moral y el orden público”*, a tenor del artículo 1255 del Código Civil; porque, *“son obligaciones que tienen su origen en un negocio jurídico inter vivos, en el que las partes voluntariamente se vinculan en una relación obligatoria alimenticia; o en un negocio jurídico mortis causa, en el que una disposición de última voluntad de un tercero ajeno a la relación decide y ordena la constitución de la misma”*.

En los alimentos voluntarios o con origen en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, se distinguen *“aquellos que se derivan de un pacto o una convención que, a nuestro juicio, son propiamente los alimentos convencionales y aquellos otros que derivan de un testamento, o mas concretamente de un legado”*. Martínez Rodríguez⁷⁴⁰; puntualiza, que, *“aunque comúnmente se utiliza esta expresión “alimentos*

⁷⁴⁰ Píe de Pág. N° 25, Pág. 37, *La obligación legal...*

convencionales”, para referirse a todos los alimentos que tienen su origen en la voluntad del hombre, es decir, a los que hemos denominado “voluntarios””, entiende que, es “más preciso utilizarla exclusivamente para aludir, a aquellos que derivan, de una convención, de un acuerdo de voluntades. No parece del todo exacto denominar “convencional” a la obligación que surge de la voluntad unilateral del testador, y no de un pacto previo entre las partes, pues la obligación testamentaria es voluntaria pero no convencional, dada la unilateralidad inherente a toda disposición testamentaria”.

El contrato de alimentos o vitalicio, es la figura jurídica de carácter convencional, fuente de obligaciones alimenticias, definido por Martínez Rodríguez⁷⁴¹ como *“aquel contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a prestar alimentos a la otra como contraprestación por la entrega de determinados bienes”.*

A su vez, el legado de alimentos, al que el profesor Serrano García⁷⁴², se refiere como *“aquel que tiene por objeto la creación de una obligación de alimentos voluntarios a favor del legatario y a cargo de los bienes de la herencia, obligación que permite al beneficiario reclamar del gravado alimentos en la cuantía y durante el tiempo previsto en el testamento, o en su defecto, en la ley”*, tiene su origen en una disposición de última voluntad, que se erige como fuente, en este caso, de una obligación de alimentos.

Martínez Rodríguez, concluye, respecto a la naturaleza jurídica de la obligación alimenticia nacida de la asignación de los frutos por alimentos, aduciendo que, en virtud de tal figura, *“sobre el tutor recae una obligación de alimentar al tutelado, pero no derivada directamente de la tutela, sino como contraprestación de los frutos recibidos en el ejercicio de su cargo”*. Añadiendo que, *“además, aun siendo una obligación prevista legalmente, su origen tiene un marcado carácter convencional pues, en última instancia, su nacimiento depende de una disposición de última voluntad de los padres del tutelado”*, que *“por otra parte, repercute directamente, no sobre la fortuna personal del tutor, sino sobre los bienes que recibe en concepto de frutos del patrimonio del tutelado”*.

Con estas palabras queda definida jurídicamente la obligación de prestar alimentos que asume el tutor al que se le han asignado los frutos del patrimonio del tutelado, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad en

⁷⁴¹ MARTINEZ RODRIGUEZ, Nieves, La obligación legal de alimentos entre parientes, La Ley, 2002, Pág. 38.

⁷⁴² GARCÍA SERRANO, Ignacio, *Los legados de educación y de alimentos en el Código Civil*, Tecnos Madrid, (1994), Pág. 60.

virtud de una disposición voluntaria o de un documento de autotutela. La cuestión siguiente a analizar es la cuantía de los alimentos a satisfacer, es decir, el alcance de las necesidades a cubrir, y los criterios de definirán si esos alimentos prestados son suficientes o insuficientes, sí se corresponden con los efectivamente debidos a tenor de los frutos asignados.

Muñiz Espada⁷⁴³, en su análisis de la cuantificación de los alimentos, nos remite a la definición del artículo 142 del Código Civil, concluyendo, que el tutor ha de proporcionar al pupilo, ***“todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, educación e instrucción, en atención al rango y posición de la familia, siempre y cuando su situación se lo permita”***.

Leña Fernández⁷⁴⁴, después de afirmar que ***“es el propio tutor y a su costa quien asume la obligación de alimentar al pupilo y ello aunque los frutos que obtenga y haga suyos, procedentes del patrimonio del tutelado, sean inferiores al montante que alcancen los gastos de alimentos”***, se pregunta: ***“¿y cuál será el nivel este montante?”***, coincidiendo con Muñiz Espada en la remisión a los criterios expresados en el precitado artículo 142 del Código Civil: ***“en principio estarán comprendidos en los gastos alimentarios todos cuantos sean necesarios para el sustento, habitación, vestido, asistencia facultativa y educación del pupilo”***, teniendo en cuenta la definición de estos deberes contenida en el artículo 269 apartados 2º y 3º del Código Civil que hablan de ***“procurar al pupilo una formación integral y promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad, lo que para el disminuido psíquico de cierto nivel intelectual puede implicar su promoción para lograr un puesto de trabajo”***. Pero vuelve a insistir ***“todo ello ¿a que nivel?”***, aportando como respuesta la siguiente aseveración: ***“pues al que, por una parte, permitan tanto la cuantía de los frutos obtenidos del patrimonio del tutelado como el nivel de vida y recursos propios del tutor obligado a prestarlos”***, aludiendo a las consideraciones vertidas por las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1905, y de 15 de junio de 1948, que aconsejaban ***“para evitar problemas en este sentido, los padres pueden fijar un montante determinado o un nivel mínimo para la “pensión alimenticia”***, que servirá de orientación al Juez para apreciar si los alimentos son prestados en la cuantía adecuada.

Lógicamente, quien se decida por esta forma de retribución del tutor, tiene la oportunidad de prever todos los extremos pertinentes respecto a sus necesidades de atención reflejándolos en el documento de autotutela.

⁷⁴³ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Pág. 180.

⁷⁴⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, Pág. 183.

5.3. TUTORES A LOS QUE SE LES ASIGNAN LOS FRUTOS

La Doctrina con unanimidad se inclina por considerar, la asignación de frutos por alimentos, como una medida aplicable a todos los tutores. En esta línea Palomino Díez⁷⁴⁵, afirma que *“aunque, en principio, esta forma de retribución parece establecida para el tutor designado por los padres, la doctrina mayoritaria entiende posible que los progenitores la prevean con carácter general o indeterminado para cualquier tutor, esto es, no solo respecto del tutor elegido por ellos en testamento o documento público notarial, sino también para el legítimo llamado por la ley o el dativo nombrado por el Juez. Del mismo modo, la disposición de frutos por alimentos es aplicable, sin ningún género de duda, a la tutela ejercida por personas jurídicas o en casos de pluralidad de tutores”*

Muñiz Espada⁷⁴⁶, manifiesta que, *“este régimen pueden adoptarlo en referencia a cualquier tipo de tutor, como estima la generalidad de la doctrina, para el designado por ellos, (el tutor designado voluntariamente), o para el tutor legítimo o dativo, y en general para cualquiera que sea la organización de la tutela, un tutor para la persona del tutelado y otra para el caudal patrimonial o varios para cada una de ambas esferas, pero en estos supuestos se requiere indefectiblemente unas pautas para distribuirlos entre los varios tutores”*. Refiriéndose en concreto a la persona jurídica privada tutora, añade que, *“puede suponer, además, una especial manera de gratificar la labor de aquellas entidad benéfica de carácter privado que por ellos designada fuese finalmente nombrada, al obtener el resto de las rentas de los bienes del tutelado una vez cubiertas las necesidades del mismo, al tiempo que estos, los padres, ven asegurada la satisfacción de alimentos a sus hijos. Siendo, además, un medio fácil y sencillo de cumplir con el derecho de retribución, al no tener que calcular porcentajes de los rendimientos que produce el patrimonio, ni resolver problemas de variaciones irregulares, actualizaciones de los mismos y devengos no periódicos.*

Leña Fernández⁷⁴⁷; puntualiza en su análisis que, *“los padres pueden ejercitar esta facultad refiriéndola a cualquier tutor, tanto al designado por ellos como al que pueda ser nombrado por el Juez y tanto si se trata de persona física como si es persona jurídica, (respecto a las personas jurídicas no se plantea la doctrina ningún tipos de dudas en cuanto a la admisibilidad para ellas de este tipo de retribución). Si los padres*

⁷⁴⁵ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 57.

⁷⁴⁶ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Pág. 183.

⁷⁴⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, Pág. 182.

nombran varios tutores mancomunados se entenderá que la atribución de frutos beneficiará a todos por igual, salvo que los padres los asignen desigualmente, en proporción a las cargas alimentarias que cada uno de ellos sufrague”.

La conclusión de Jiménez Mancha⁷⁴⁸, es escueta y determinante: *“podrán ser designadas tutor con asignación de frutos, tanto las personas físicas como jurídicas a las que se refiere el artículo 242 del Código Civil”.*

En definitiva, cualquier tutor puede ser retribuido mediante la asignación de frutos por alimentos, independientemente de que se trate de una persona física o jurídica.

5.4. ¿QUIÉN PUEDE ACORDAR LA ASIGNACIÓN DE FRUTOS POR ALIMENTOS?

La asignación de frutos por alimentos como forma de retribución del tutor vinculada, inexorablemente a la autonomía de la voluntad, a tenor del literal del artículo 275 corresponde su adopción a los padres en testamento o en documento público. En concordancia con el artículo 223 del Código Civil, y desde la entrada en vigor de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, cualquier persona al designar preventivamente tutor para sí misma, y organizar el funcionamiento de su tutela, puede acordar dicha medida. En ambos supuestos la eficacia de esta medida está condicionada a la decisión del Juez que la ratificará o no motivando esta última postura a tenor del artículo 224 del Código Civil.

Muñiz Espada⁷⁴⁹; puntualiza que, *“al Juez, solo se le permite dejar sin efecto esta alternativa”*, la asignación de frutos por alimentos, *“en resolución motivada”, en cualquier momento del desarrollo de la tutela y cuando vulnera los intereses y beneficio del menor o incapacitado. También entiendo, que a petición del tutor cuando se perjudique el interés de este, cuando el volumen de los gastos de alimentos y aquella parte de renta destinada a incrementar el capital, si así se hubiese dispuesto, hiciese excesivamente oneroso el cargo, porque es firme y decidida la intención del legislador de hacer posible este derecho “siempre que el patrimonio del tutelado lo permita”, y en coherencia con*

⁷⁴⁸ JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos, “La retribución de la tutela y la asignación de frutos por alimentos”, Pág. 211.

⁷⁴⁹ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Pág. 182.

el artículo 224 del CC, que, en todo caso, deja en última instancia a salvo el poder decisorio del Juez”.

El Juez dejará sin efecto la asignación de frutos por alimentos, bien porque esta medida es una carga gravosa para el tutor o porque perjudica el bienestar del tutelado, entendiéndose que con esta decisión excluye cualquier otra forma de retribución, postura que mantiene Muñiz Espada al afirmar que *“en este caso no sería compensable una retribución acudiendo al art 274, porque en la hipótesis no hay rentas con que hacer efectiva la retribución; sí, si la remuneración grava el patrimonio, cuestión que parece, ya se ha manifestado, no permite el art 274, podrá ser esta una propuesta de lege ferenda pero no de lege data”.*

5.5 INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR ALIMENTOS

El tutor al que se le asignan los frutos de los bienes del tutelado como retribución, asume correlativamente la obligación de prestarle alimentos, pudiendo darse el supuesto de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso por su parte. En este sentido Leña⁷⁵⁰, se hace la siguiente pregunta, *¿qué ocurrirá si el tutor a cuyo favor realizaron los padres la asignación de frutos por alimentos incumple o cumple defectuosamente las obligaciones alimentarias que le incumben?*

En su respuesta acude a las citadas sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1905 y de 15 de junio de 1948, que en sus fundamentos establecieron un lógico, y primer efecto inmediato a la situación que plantea, aduciendo que, *“el incumplimiento de estos deberes priva necesariamente al tutor del derecho a hacer suyos los frutos y productos del caudal del menor, porque así se desprende del sentido recto y gramatical de la locución de frutos por alimentos, y porque la interpretación contraria constituiría un beneficio notorio para el tutor, con daño de los intereses del pupilo, lo cual se opone a los principios fundamentales de la institución tutelar”.*

El tutor que incumple o cumple defectuosamente, que es tanto como no cumplir, la obligación de prestar alimentos al pupilo asumida correlativamente a la asignación a su favor de los rendimientos que producen los bienes de este, incurre en un mal desempeño de la tuición, causa de remoción del cargo recogida en el artículo 247 del Código Civil,

⁷⁵⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, Pág. 184 y 185.

siendo la primera medida a adoptar privarle de esos frutos, además de ser apartado del ejercicio de esa tutela.

Leña Fernández, aconseja la previsión de una serie de medidas que faciliten una solución a la menor dilación en el caso de que el tutor incumpla, con el único fin de que el perjuicio que esa actitud cause al pupilo sea nulo o por lo menos el mínimo posible. La primera propuesta es la configuración de la asignación de frutos por alimentos como modo o carga o usufructo modal, opción que explica con el siguiente literal: ***“claro es que los padres podrá establecerlo así en sus disposiciones testamentarias, dando a esta asignación de frutos por alimentos el carácter de modo o carga, pero esto último parece que solo es posible respecto a los bienes que ellos mismos le dejen. Incluso, con respecto a estos bienes, podrían configurar tal asignación bajo la formula de usufructo modal atribuido al tutor en general o a la persona o personas designadas particularmente para el ejercicio de la tutela, con las consecuencias, en caso de incumplimiento, que luego se verán para la institución modal”***, significando la previsión de una responsabilidad añadida que garantice el cumplimiento de la obligación.

La segunda es la intervención del Juez a instancia de cualquier interesado, insistiendo en la conveniencia de que ese ***“interesado”***, sea un órgano de control previsto en la organización de la tutela, insistiendo en la conveniencia de que esté configurada ***“por un doble órgano: el tutor y el órgano de asesoramiento y vigilancia”***, este último tendrá ***“el carácter de interesado”*** a los efectos expuestos. La pretensión es garantizar la adopción de ***“las medidas cautelares para asegurar la prestación de alimentos y proveer a futuras necesidades del tutelado”***

Leña aparte de la pérdida de frutos y la adopción de medidas cautelares, apunta la procedencia de remoción del tutor incumplidor, aseverando que ***“parece lógico que así sea, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 247 CC, reformado por la Ley de 15 de enero de protección jurídica del menor, que establece la remoción de los tutores, que, “se conduzcan mal en el desempeño de la tutela por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados”***.

Como observación final, apunta la conveniencia al optar por esta forma de retribución del tutor ***“perfilar esta obligación alimentaria que imponen, no solo estableciendo su nivel o cuantía, sino también disponiendo que el incumplimiento de la misma produzca la pérdida no retroactiva de los frutos asignados, conminando al órgano de vigilancia establecido a al albacea singular en su caso para que pongan el hecho en conocimiento de la autoridad judicial con solicitud de remoción del tutor***

e, incluso (y esta posibilidad es mas dudosa), ordenando la exclusión del tutor que incumpla del ejercicio de la tutela, al amparo de lo dispuesto en el artículo 245 CC (“tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento”).

En línea similar a Leña, se manifiesta Jiménez Mancha⁷⁵¹, al afirmar que, *“la asignación de frutos por alimentos no constituye una patente de corso para apropiarse de los frutos del tutelado, sino que conlleva, como contrapartida, la obligación de administrar los bienes del tutelado y de prestarle alimentos”*. En orden al incumplimiento de esta última obligación, *“el artículo 275 debemos vincularlo a los artículos 257 y 797/2 del Código Civil.”* y en consecuencia, *“el tutor cuyo cargo ha sido discernido con asignación de frutos por alimentos adquiere el derecho a percibir los frutos de los bienes del tutelado con el modo de prestarle alimentos”*, de manera, que, *“el incumplimiento del modo conlleva la revocación del negocio modal, de manera que si el tutor no cumple con su obligación de prestar alimentos, el tutelado podrá reclamarle la restitución de los frutos con la única deducción de los gastos que efectivamente se hubieran invertido en su alimentación y la remuneración que correspondiera al tutor”*.

Palomino Díez⁷⁵², aduce que, el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos, *“generará, aparte de la necesaria pérdida de los frutos, la consiguiente responsabilidad del tutor por incumplimiento de los deberes propios del cargo”*, al implicar una infracción no solo del deber de suministrarle alimento, vestido, y educación, sino también de administración de sus bienes. Apuntando la necesidad de que, el control judicial funcione con una total y absoluta efectividad, para *“asegurar en todo momento un adecuado cumplimiento por el tutor de su obligación de alimentos para con el pupilo”*; precisamente porque, *“lo contrario, además de ir claramente en contra de los intereses más básicos del tutelado, daría lugar a un enriquecimiento sin causa del tutor”*. Para que ese control judicial sea firme y real, alude a las *“posibles medidas que a este efecto establezca el Juez en virtud de lo dispuesto en el artículo 233 del Código Civil”*, proponiendo como, *“una vía idónea para llevar a cabo esta comprobación”*, las previstas en el artículo 269/4 del Código Civil como obligaciones del tutor: *“las rendiciones anuales de cuentas e información sobre la situación del tutelado”*; es decir, *“el tutor que obtenga “frutos por alimentos” no debe considerarse dispensado de la*

⁷⁵¹ JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos, “La retribución de la tutela y la asignación de frutos por alimentos”, Pág. 215.

⁷⁵² PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 58 y 59.

obligación de rendir cuentas anuales de su administración”, ya que, ***“por este cauce podrá comprobar el juez que no hay un manifiesto enriquecimiento del tutor a costa del tutelado, lo que le permitiría alterar el sistema de retribución”***.

En el Derecho derogado, la asignación de frutos por alimentos llevaba implícita la exención de rendir cuentas, al entender que esta forma de retribución era consecuencia de ***“una confianza ilimitada por parte de quien los designó”***, recuerda Muñiz Espada⁷⁵³, postura mantenida también por el Tribunal Supremo, que, ***“concedió dicha inmunidad frente a la rendición de cuenta general”***. La situación cambia con la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de la tutela, a partir de ese momento ***“el tutor que obtenga el cargo con asignación de frutos por alimentos en modo alguno queda liberado de la obligación de rendir cuentas, tanto anuales”*** a tenor del artículo 269/4º, ***“como las que se exijan en cualquier momento del desarrollo de la tutela, bien por el Ministerio Fiscal”***, de oficio o a instancia de cualquier interesado en el ejercicio de su función de vigilancia según el artículo 232, ***“o por el Juez”***, que como órgano de salvaguarda está legitimado para exigir en cualquier momento la justificación de la gestión del patrimonio del tutelado, siguiendo lo establecido en el artículo 233, y desde luego, ***“cuando cese en sus funciones, mediante una cuenta final”***. El tutor remunerado mediante la asignación de los frutos, ***“no está dispensado”*** de rendir cuentas, ***“ni aunque lo manifestasen los padres en testamento”***, o en su caso el propio tutelado en el documento de autotutela.

La rendición de cuentas es el medio de control de la administración de bienes ajenos, razón por la que no cabe su dispensa a los tutores ni siquiera en los casos en los que sea público y notorio que su designación se fundamenta en su relación de afecto y confianza con el tutelado. Una exoneración total de esta obligación, implicaría la concesión de carta blanca al cargo tutelar para hacer y deshacer a su antojo en el ámbito patrimonial, el más trascendente para el bienestar de la persona con capacidad modificada, que se agravaría si cabe aún más, en el caso de la asignación de frutos, al desdoblarse esta forma de retribución en la gestión de los bienes, la obtención de rendimientos, y a la vez la prestación de alimentos.

⁷⁵³ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Pág. 183, 148, 185.

6. FRUTOS POR REPRESENTACIÓN

El artículo 183 del Código Civil, considera *“en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia”*, procediendo que se le nombre un representante, que se ocupe además de *“la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones”*, del declarado ausente se entiende.

La consideración del representante del ausente como poseedor temporal de buena fe de los bienes de este, dio lugar a la teoría de frutos por representación⁷⁵⁴, en la que se analiza la posibilidad de remuneración de aquel.

El profesor De Castro⁷⁵⁵, estudia la remuneración del representante legítimo del ausente, centrándose en el concepto de *“posesión temporal”* que ostenta el primero respecto a los bienes del segundo. La situación es la siguiente: *“el poseedor temporal hace suyos los frutos, rentas y aprovechamientos a que pueda dar lugar el patrimonio del ausente”, añadiendo, “de lo que el representante legítimo ha de deducir como único “gravamen”, el “importe de las pensiones alimenticias y el tanto por ciento que se deba invertir en los gastos de administración y reparación de los bienes del patrimonio”*⁷⁵⁶.

La teoría se corresponde con lo preceptuado en el artículo 186 del Código Civil, que reza así: *“los representantes legítimos del ausente”*; que son a tenor del artículo 184, párrafos 1º, 2º y 3º, el cónyuge, los hijos o los ascendientes, *“disfrutarán de la posesión temporal del patrimonio del ausente y harán suyos los productos líquidos en la cuantía que el juez*

⁷⁵⁴ Estudiada por el Profesor Serrano y Serrano, en *La Ausencia en el Derecho Español* (1943), que Tomás Ogayar Ayllón, y José Manuel Lete del Río, en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Edersa, 2ª Edición (enero de 1985), Tomo IV, “Artículos 181 a 332”, recuerdan Apuntando, la referida semejanza entre ambas figuras jurídicas aludiendo al estudio del Profesor Serrano y Serrano mostrándose favorable a esta postura, señalando como diferencia que *“en los frutos por alimentos, estos se deben a aquel a quien pertenece el patrimonio, mientras que en la posesión temporal hay que alimentar a aquellos a los cuales tendría obligación de alimentar”*. El Profesor De Castro insiste en el tema en “Remuneración del Representante legítimo del ausente”, *Anuario de Derecho Civil*, (1948), páginas 100.-120, recogida en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico De Castro*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, (1997), Tomo I, exponiendo a su vez la teoría de la remuneración por administración.

⁷⁵⁵ Para nuestra exposición hemos estudiado, CASTRO Y BRAVO, Federico, De, “Remuneración del representante legítimo de ausente”, recogido en *Estudios Jurídicos del profesor Federico de Castro*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, (1997), Tomo I, págs. 473-491, que fue publicado en *Anuario de Derecho Civil* de (1948), Págs. 100-120.

⁷⁵⁶ Pág. 474 y 475, del Estudio citado del profesor De Castro, quien se refiere a: “Teoría General de la ausencia”, por Cossío, en *Revista de Derecho Privado*, 26 (1946) Págs. 85-105, “El patrimonio del ausente”, *Revista de Derecho Privado* 26 1942 Págs. 369-383, y al ya mencionado profesor Serrano y Serrano, “La ausencia en el Derecho español” (1943).

señale, habida consideración al importe de los frutos, rentas, y aprovechamientos, número de hijos del ausente y obligaciones alimenticias para con los mismos, cuidados y actuaciones que la representación requiera, afecciones que graven al patrimonio y demás circunstancias de la propia índole". A su vez, *"los representantes legítimos"*, hermanos mayores de edad según el párrafo 4º del mencionado artículo 184, *"disfrutarán también de la posesión temporal y harán suyos los frutos, rentas y aprovechamientos en la cuantía que el juez señale, sin que en ningún caso puedan retener mas de los dos tercios de los productos líquidos, reservándose el tercio restante para el ausente, o, en su caso para sus herederos o causahabientes"*.

La Doctrina se dividió entre partidarios de la teoría de frutos por representación como forma de remuneración del representante legítimo del ausente, que apreciaban en ella la lógica consecuencia de la lectura del artículo 186 del Código Civil. Y detractores, que advertían que las conclusiones de un profundo examen del precepto y de los conceptos jurídicos que se comprenden en el mismo, constituyen los fundamentos para enervar la antedicha teoría.

6.1. LA POSESIÓN TEMPORAL

El primer concepto jurídico a analizar, es el de posesión temporal, recogido en el artículo 186 del Código Civil, *"totalmente extraño a la técnica jurídica española"*, puntualiza De Castro⁷⁵⁷, pareciendo *"la traducción de possesso temporaneo del Derecho italiano"*, versión de la *"possession provisoire del Código francés"*. Si el Derecho español, acepta ese término a imagen y semejanza de los Derechos francés e italiano, la interpretación inmediata será admitir su alcance y significado tal y como se concibe en esos Ordenamientos, en el sentido de que, la posesión temporal lleva implícita la atribución general de frutos.

El profesor De Castro, llama la atención respecto a ciertos aspectos de la posesión temporal en los Derechos francés e italiano, que la distinguen de la regulada en el Derecho español; como son, el inicio de los trámites de la sucesión del ausente con la inmediata apertura del testamento a instancia de cualquier parte interesada o del Fiscal, (Procurador de la República), fijándose en ese momento la fecha de las últimas noticias del ausente, o lo que es lo mismo de su muerte. En efecto, lo que, se produce es una sucesión anticipada, con la adjudicación de los bienes en posesión temporal a todos los herederos, legatarios, donatarios y, en general, a todas

⁷⁵⁷ Pág. 475-482, obra del profesor De Castro citada en la nota nº 125.

las personas que tuviesen derechos a la muerte del ausente; extremo, que, significa que, la posesión temporal lleva implícito el derecho a convertirse en derecho de propiedad.

En el Derecho español, la situación es otra porque la declaración de ausencia legal, ni permite la apertura del testamento, ni fijar la fecha provisional de la muerte, que solo es posible con la declaración de fallecimiento a tenor del artículo 196 del Código Civil. La persona a la que se entregan los bienes del ausente, es elegida por concurrir en ella una serie de aptitudes que hacen presumir su mayor y mejor aptitud, para la función que se le encomienda de guarda y administración del patrimonio de la persona desaparecida, no por su calidad de heredero⁷⁵⁸. Por lo tanto, la posesión temporal del representante del ausente, no es mas que una etapa, que en su día se cerrará, dejando paso a otra: la declaración de fallecimiento, de la que sí se derivarán nuevos derechos y títulos a favor de otras personas⁷⁵⁹.

La conclusión es que, la posesión temporal en el Derecho francés e italiano, no es igual ni semejante a la situación del representante legítimo de la Ley española, lo que significa que, ***“no será permitido, por tanto, aplicar una regla propia de la posesión temporal de aquellos Derechos a la remuneración del representante legítimo del Derecho español (posesión temporal del artículo 186 del CC), en base a la identidad o analogía entre ambas instituciones. La comparación entre los dos tipos de posesión nos enseña su radical diferencia y ella nos puede ya inclinar a negar la totalidad de los frutos al representante legítimo. En efecto, el poseedor temporal francés e italiano obtienen todas las rentas del patrimonio del ausente a título de presunto heredero, mientras que el representante legítimo español carece de carácter hereditario, con lo que desaparece la atribución de todos los frutos”***, asevera De Castro, puntualizando que, ***“el término posesión temporal (art. 186), resulta inútil, según lo dicho, como base para la teoría criticada pues no basta la semejanza verbal para probar la analogía con las instituciones de igual denominación de los Derechos francés e italiano, ni puede entenderse que se use como sustitutivo de ciertas funciones que corresponden a instituciones específicas de nuestro Derecho de familia”***.

Una vez descartada la posesión temporal como fundamento de la teoría de frutos por representación, pasamos al análisis del segundo concepto jurídico: la posesión de buena fe.

⁷⁵⁸ Artículo 184 del Código Civil.

⁷⁵⁹ Artículos 195 y 196 del Código Civil, y 2.042 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

6.2. LA POSESIÓN DE BUENA FE

Los partidarios de la teoría de los frutos por representación, añaden a la posesión temporal, el concepto de posesión de buena fe como fundamento de consolidación de su postura, en base al artículo 187 del Código Civil, que atribuye al poseedor temporal el derecho a guardar **“los frutos percibidos”**, hasta la aparición del ausente, **“salvo mala fe interviniente”**, en que se deberán restituir **“los frutos percibidos y debidos percibir”**; constituye, una solución paralela a la de los artículos 451 y 455 del Código Civil, respecto a los poseedores de buena y mala fe, y el fundamento de la asimilación de la posesión temporal de los bienes del ausente por su representante legítimo a la posesión de buena fe de cualquier poseedor en general. El efecto sería la aplicación a la posesión del representante legítimo del ausente, de las disposiciones del Código Civil respecto a los gastos y mejoras de la posesión de los artículos 453 a 458, afirmando por parte del representante de la adquisición de la propiedad del dinero, cosas fungibles y consumibles del patrimonio del ausente⁷⁶⁰.

Para el profesor De Castro, este argumento que se añade al anterior de posesión temporal, **“es independiente de él y como tal debe examinarse. Mejor dicho uno y otro se excluyen entre sí, porque la naturaleza de la posesión temporal francoitaliana, de típico carácter germánico, es completamente distinta a la posesión de buena fe de procedencia romana. Se recurre, uniéndolos ambos, por la semejanza externa de la adjudicación de la totalidad de los frutos y para contar con algún apoyo en la legislación española”**. Apuntando como observación preliminar que, **“el argumento examinado parte ya en si mismo de un equivoco. El poseedor de buena fe obtiene los frutos de la cosa porque la posee en concepto de dueño; el representante del ausente por mucho que se le aumente su remuneración y, no será nunca mas que un poseedor en nombre ajeno, artículo 431 del Código Civil”**, que establece que: **“la posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, o por otra en su nombre”**. Además, la misma regulación de la ausencia, **“muestra la dificultad de basar en el artículo 451 del CC la teoría de los frutos por representación; cualquier poseedor de buena fe obtiene todos los frutos; en cambio, el hermano, aunque es también poseedor de buena fe, además de ser poseedor temporal, en ningún caso puede retener más de dos tercios de los productos líquidos art 186/2 del Código Civil”**.

⁷⁶⁰ De Castro sigue en este apartado al profesor Serrano y Serrano.

La diferencia entre posesión temporal y posesión de buena fe explica que, el representante legítimo tenga derecho a hacer suyos una cierta cuantía fijada judicialmente de los *“productos líquidos”*, a tenor de los artículos 186, 187 y 188 del Código Civil, no mencionándose en la ley el derecho a los frutos, como en el caso del poseedor de buena fe, respecto al cual el artículo 451 del Código Civil, preceptúa que, *“el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión”*.

6.3. NO RENDICIÓN DE CUENTAS

Los argumentos expuestos a favor de la teoría de frutos por representación, quedaban reforzados por el artículo 2046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que disponía, que el representante, si fuese cónyuge, un hijo o un ascendiente, podía administrar *“sin necesidad de rendir cuentas”*. Si no hay frutos que devolver, tampoco habrá cuentas que dar; es decir, que si los representantes legítimos están exonerados de la rendición de cuentas será porque hicieron suyos todos los frutos.

De Castro, se manifiesta en contra de la exención de rendición de cuentas del representante legítimo del ausente del precitado artículo 2046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, hoy vigente en materia de Jurisdicción Voluntaria. Además, ese precepto *“no aporta nada nuevo en apoyo de la teoría de frutos por representación”*, teniendo en cuenta, que el Juez tiene la facultad de limitar dicha exención, *“el artículo 2046 significa, respecto a la regulación del Código Civil, un reforzamiento de la vigilancia judicial durante el periodo de ausencia, al aparecer el ausente o a la apertura de su sucesión el representante legítimo deberá en todo caso rendir cuentas de su gestión administrativa, del estado de sus bienes y de sus frutos, pues solo podrá retener los productos recibidos en la cuantía señalada”*, según los artículos 187 y 188 del Código Civil.

7. ANALOGÍAS ENTRE FRUTOS POR REPRESENTACIÓN Y FRUTOS POR ALIMENTOS

Los partidarios de la teoría de frutos por representación, observaban *“una analogía notoria”*, entre la situación del representante legítimo y la del tutor nombrado con asignación de frutos por alimentos, que *“se refleja tanto en el derecho de uno y otro a la totalidad de frutos como en que ambos están exentos de rendir cuentas anuales y generales”*. En contra, se afirmaba que, esa similitud entre la asignación de frutos por alimentos al tutor, y la representación legítima del ausente, *“solo es externa”*.

De Castro, alude a la doctrina del Tribunal Supremo, que define la asignación al tutor de frutos por alimentos como, ***“un convenio de carácter oneroso, mediante el cual el tutor recibe todos los frutos y rentas del pupilo, aceptando la obligación correlativa con aquel derecho, no solo de administrar los bienes del menor o incapacitado, sino también de suministrarle alimento, vestido y educación con arreglo a su clase de circunstancia, lo que implica hasta correr con el riesgo de que resulte inferior el beneficio a la prestación a que se obliga”***.

El artículo 185 del Código Civil, no permite mas obligación al representante legitimo del ausente, que la de procurar la eficaz y efectiva administración del patrimonio que se le confía; a la vez que, el articulo 186, dispone, que ha de satisfacer con el producto del patrimonio del ausente, pero nunca con sus bienes las cargas que graven aquel. ***“Hay pues, una diferencia esencial entre ambas instituciones”***, afirma De Castro, que, ***“está en la misma medula de ese especial derecho del tutor, que tiene también una peculiar causa, la de la carga y el riesgo asumidos al obligarse a alimentar al pupilo”***.

La analogía entre el representante legitimo del ausente y el tutor al que se le asignan frutos por alimentos, está en principio en que ambos son representantes legales, sustituyen la personalidad de sus representados, administrando su patrimonio, y haciendo suyos los frutos y rentas. Pero existen diferencias notorias, la más esencial es que la asignación de frutos por alimentos es un convenio, una disposición establecida en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, que solo pueden acordar los padres respecto a un hijo menor o incapacitado, y cualquier persona con capacidad de obrar suficiente en previsión de su propia tutela. Mientras que, el representante del declarado ausente es nombrado por el juez entre las personas detalladas en el articulo 184 del Código Civil: ***“1º. El cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho. 2º. El hijo mayor de edad; si hubiese varios, serán preferidos los que convivan con el ausente y el mayor al menor; 3º. El ascendiente más próximo de menor edad de una u otra línea 4º. A los hermanos mayores de edad que hayan convivido familiarmente con el ausente, con preferencia del mayor sobre el menor.***

En defecto de las personas expresadas, corresponde en toda su extensión a la persona solvente de buenos antecedentes que el juez, oído el ministerio fiscal, designe a su prudente arbitrio”. La condición de representante del ausente se asume por ministerio de la ley, nunca en virtud de convenio o acuerdo.

El representante legítimo del ausente es definido por el artículo 186 como el ***“poseedor temporal del patrimonio del ausente”***, en concordancia con la figura de la posesión temporal de buena fe de los artículos 451 al 455 del Código Civil. El artículo 275, no otorga al tutor, el estatus jurídico de poseedor de dichos bienes, solo es su administrador legal como todos los tutores en virtud del artículo 270.

Las obligaciones del representante legítimo del ausente son las prescritas por el artículo 184 del Código Civil: ***“la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes, y el cumplimiento de sus obligaciones”***; es decir, sustituir la personalidad de la persona desaparecida, defendiendo sus intereses y cumpliendo sus obligaciones, a fin de que nadie resulte perjudicado por su desaparición. A tal fin, administrará el patrimonio, conservando todos los bienes que lo componen, para que sean restituidos al ausente si aparece, o a sus herederos si no aparece. Los alimentos que deduce constituyen el cumplimiento de una de las obligaciones del ausente, queremos decir que el representante no se obliga a prestar esos alimentos, sino que cumple una obligación más del desaparecido; correspondiéndole una remuneración por las funciones que desempeña, y que detrae de los frutos y rentas sobrantes una vez satisfechas las obligaciones del ausente y deducidas las cuantías correspondientes en concepto de mantenimiento y conservación de los bienes. El artículo 186 así lo establece, al afirmar que el representante legítimo del ausente hará suyos los frutos y rentas en la ***“cuantía que el juez señale”***, esta aseveración determina su definición como retribución.

Si el representante no cumple escrupulosamente las obligaciones del ausente, y en consecuencia los frutos que hace suyos exceden a los que debiera percibir imperando la buena fe, constituiría un enriquecimiento injusto, y un despojo para el ausente y sus herederos, sancionado con su restitución, según el artículo 187 del Código Civil, que en su último párrafo afirma que: ***“si apareciese el ausente, deberá restituírsele su patrimonio, pero no los productos percibidos, salvo mala fe interviniente, en cuyo caso la restitución comprenderá también los frutos percibidos y los debidos percibir a contar del día en que aquella se produjo según la declaración judicial”***. En el caso del tutor, la restitución de frutos es una consecuencia del incumplimiento de su obligación de prestar alimentos al tutelado.

La conclusión de De Castro, es contundente, ***“examinadas las distintas razones que pueden alegarse a favor de la teoría “frutos por representación”, parece ineludible concluir que ninguna es convincente.***

En cambio, pueden encontrarse motivos específicos para rechazarla, aparte de los que después de expondrán a favor de la teoría de la remuneración por administración”, aportando los siguientes argumentos.

Bajo el epígrafe de ***“las expresiones técnicas”***, aduce que, la posesión temporal de los Derechos francés e italiano, es la base de la formulación de la teoría de frutos por representación; pero, en ambos Ordenamientos, se habla de poseedor temporal, no de representante del ausente, y esa forma de expresión, ***“es natural, porque la representación en juicio que puede asumir el poseedor temporal es de valor secundario y limitada a los bienes que se le entregan; lo principal es la tenencia iure proprio de unos bienes cuya propiedad probablemente adquirirá al convertirse en poseedor definitivo”***.

El Derecho español, al contrario, ***“utiliza el nombre de representante, con cuya denominación común señala la naturaleza esencialmente unitaria de la representación legítima y dativa. El termino representante indica que se ha buscado mantener la personalidad del ausente y defender sus intereses, y parece excluir todo pensamiento de que a quien se trata de beneficiar será al representante y no al representado”***, ni habla de rentas ni frutos, expresiones correctas respecto a la posesión temporal del Derecho francés y del italiano, sino de productos líquidos en la cuantía señalada por el Juez.

Y en consecuencia, no se puede hablar de apropiación de frutos, porque el Juez asigna al representante una determinada cuantía de productos líquidos, lo que económica y jurídicamente es bien distinto.

El motivo ***“más poderoso para no aceptar la teoría de frutos por representación”***, concluye De Castro, ***“es que, con ella, se llegaría a una solución falta de justificación jurídica y productora de situaciones injustas; resultado que no puede atribuirse al legislador en tanto sea posible otra interpretación”***, y que podría concretarse en la apropiación de todos los frutos del patrimonio del ausente por su representante legítimo, que puede significar el expolio y despojo de los herederos o demás herederos.

IV.- OTRAS PREVISIONES

1. EL INVENTARIO

El artículo 262 del Código Civil, establece que, ***“el tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado dentro del plazo de sesenta días, a contar de aquel en que hubiese tomado posesión de su***

cargo”. Palomino Díez⁷⁶¹, explica el contenido del precepto anterior, subrayando que, el inventario es una obligación inherente a todo tipo de administración de bienes ajenos, y como no puede ser de otro modo, también de la tutela. Su función es múltiple, **“constituye una garantía no solo para los intereses del tutelado, sino también para los del propio tutor”**; es decir, **“una garantía para el tutelado y la integridad de su patrimonio evitando posibles detracciones de bienes, especialmente muebles por parte del tutor, y de otra, en una garantía para el tutor en cuanto será el punto de referencia obligado de su obligación de restitución a la extinción de la tutela, y fundamentalmente, de los límites de su eventual responsabilidad frente al menor o incapacitado, facilitándole la justificación tanto de la composición del patrimonio del tutelado como de los actos por el realizados que hayan incidido en aquel”**.

Para Sancho Gargallo⁷⁶², **“el inventario facilitará el control de la actividad de los órganos tutelares, ya que sobre la base del mismo se practicarán las posteriores rendiciones de cuentas anuales y la final; al mismo tiempo que permite advertir como se habrá de orientar la tutela para asegurar el cumplimiento de los deberes tuitivos, preservando la garantía que para el incapaz supone la integridad de su patrimonio”**; por ello, **“el tutor o en su caso el administrador patrimonial, dentro de los sesenta días siguientes a su toma de posesión tiene que elaborar un inventario del patrimonio del tutelado”**.

El inventario persigue una doble garantía, por un lado, dejar constancia de la existencia de los bienes evitando su sustracción, y por otro la cuantificación del límite de responsabilidad del tutor en su gestión al reflejar la situación patrimonial del tutelado, fijando el alcance de una posible restitución en el supuesto de la distracción de algún activo. Esa definición como cautela de la administración del patrimonio de una persona con capacidad modificada, determina la imposibilidad de dispensa de su formalización incluso por la autonomía de la voluntad.

Muñiz Espada⁷⁶³, se refiere a la obligatoriedad del inventario, exigida ya en el Derecho Romano, que consideraba al tutor obligado a inventariar los bienes del pupilo, incurriendo en dolo y haciéndose responsable de los daños causados en el supuesto de inobservancia de esta obligación, salvo que justificase que su incumplimiento se fundamentaba en justa causa. En

⁷⁶¹ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Págs. 292, 293 y 294.

⁷⁶² SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela, Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Págs. 179 y 180.

⁷⁶³ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Págs. 155, 156 y 157.

el Derecho español, *“la formalización del inventario es una obligación inexcusable”*, porque constituye *“una verdadero acto de garantía”*; es decir, *“una garantía que tiende a proteger un interés de orden público”*, que como tal, *“los particulares no pueden derogar”*, exigible *“en todo caso en que se administren bienes ajenos”*, que se extiende, a los supuestos en los que *“los bienes del menor o incapacitado fuesen de escaso valor”*.

Sancho Gargallo⁷⁶⁴, insiste en que, *“la elaboración del inventario es una obligación legal de la cual no puede ser dispensado el tutor ni por el Juez ni por los padres en caso de delación voluntaria. Y aún en el caso en que el tutelado no tuviera patrimonio habría que presentarlo para dejar constancia de ello”*. Opinión que es reiterada por Palomino Díez⁷⁶⁵: *“la obligación de inventariar los bienes del pupilo se impone ineludible y específicamente al tutor en el marcado carácter imperativo del artículo 262 del Código Civil”*, que vincula a todos los tutores, de manera que, *“de ser varios los tutores bastará un solo inventario, pues es uno el patrimonio administrado con independencia de que quienes se encarguen de dicha administración lo hagan de forma mancomunada o solidaria. Mientras que en los supuestos de varios hermanos y un solo tutor, habrá que hacer tantos inventarios como tutelados”*, apunta Sancho Gargallo. O como dice Muñoz Espada⁷⁶⁶, *“si se hubiesen nombrado varios tutores en la esfera patrimonial (Art. 236/4) cada uno de ellos efectuará el inventario de los bienes que estarán bajo su administración y gestión”*.

La forma tradicional del inventario, en lo que respecta al orden a seguir para inventariar los bienes, fue el establecido para el juicio de testamentaría en los artículos 1066 y 1067 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: metálico, efectos públicos, alhajas, semovientes, frutos, muebles, inmuebles, derechos y acciones, escrituras, documentos y papeles de importancia. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, regula la división de la herencia en los artículos 782 y siguientes, sin referencia alguna a esta cuestión, por lo que hay quien defiende la libertad de forma del inventario, teniendo en cuenta que lo importante es que refleje fehacientemente el estado patrimonial del tutelado en el momento de constituirse la tutela. A tal fin contendrá todos los datos necesarios para justificar la composición del patrimonio, incluyendo la valoración de bienes, la cuantificación exacta de cargas y deudas, siendo insuficiente una simple enumeración, acudiendo a la tasación pericial si fuera preciso.

⁷⁶⁴SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela, Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Pág. 179 y 180.

⁷⁶⁵PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 294.

⁷⁶⁶MUÑOZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Pág. 156.

El patrimonio como tal es algo vivo que se constituye, crece o decrece al amparo de las relaciones jurídicas en las que intervenga su titular, y se extingue. De manera que, el inventario como documento que refleja su devenir, es dinámico debiendo practicarse cuantas actualizaciones sean necesarias a lo largo del ejercicio de la tutela, a tenor de las operaciones que se realicen, ampliándose con los bienes que entren a formar parte, o reduciéndose con los que salgan del mismo.

Si bien, puede plantearse la posibilidad de exonerar al cargo tutelar de la obligación de formalizar inventario de los bienes del tutelado en el documento de autotutela, no parece muy viable esta disposición, teniendo en cuenta la calificación unánime por la Doctrina como obligación legal ineludible, al constituir una garantía esencial del cumplimiento de los deberes tuitivos.

2. LA FIANZA

Una de las previsiones de la organización de la tutela es *“exigir la prestación de fianza por parte del tutor o dispensarla”*, en palabras de Leña Fernández⁷⁶⁷, regulada en los artículos 260 y 261 del Código Civil, *“podrá ser exigida discrecionalmente por el Juez como medida previa a que el tutor entre en posesión de su cargo”*.

Palomino Díez⁷⁶⁸, se refiere a la *“obligación de afianzar”* como *“una constante histórica en la regulación de la tutela, si bien con caracteres distintos a los de su configuración actual”*.

En el derecho derogado la regla general era la prestación de fianza al inicio de la tutela como obligación previa al comienzo del ejercicio del cargo, *“el tutor, antes de que se le defiera el cargo, presentará fianza para asegurar, el buen resultado de su gestión”*, prescribía en artículo 252 del Código Civil en su redacción de 1889, con las excepciones señaladas en artículo 260 cuando los tutores eran *“el padre, la madre y los abuelos”*, y *“el tutor testamentario relevado por el padre o por la madre de esta obligación”*. En lo que respecta a las modalidades de la garantía, podía ser hipoteca, pignoratícia, y personal cuando fuese imposible la constitución de una de las anteriores. El artículo 254 se refería al contenido que debía asegurar la fianza, concretamente: *“el importe de los bienes muebles que entren en poder del tutor. Las rentas o productos que durante un año rindieren los bienes del menor o incapacitado. Las utilidades que durante un año pueda percibir el menor de cualquier empresa mercantil o*

⁷⁶⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, Pág. 185.

⁷⁶⁸ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 271.

industrial”, denotando *“un mercado carácter patrimonialista”*, apunta Palomino Díez, poniendo de manifiesto la relación directa e inmediata de la fianza con los bienes del tutelado

La reforma de la tutela introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, cambia totalmente el planteamiento, prescribiendo el artículo 260 del Código Civil que, *“el Juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma”*. La Autoridad Judicial en el ejercicio de la discrecionalidad que le asiste en su función puede exigir a cualquier tutor la prestación de fianza, con la excepción de las entidades públicas exentas de esta obligación, en virtud del párrafo añadido al precitado artículo 260 por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor en este sentido.

Sancho Gargallo⁷⁶⁹, asevera que, *“para asegurar el correcto cumplimiento de las obligaciones del tutor, el Juez, podrá imponerle la obligación de prestar una fianza, no solo antes de tomar posesión del cargo sino también en cualquier momento de su ejercicio. Con la fianza se pretende garantizar los posibles daños y perjuicios, entendidos en sentido amplio, derivados de la administración del tutor”*. La cuantía y la modalidad de la fianza, será el resultado de la apreciación discrecional por el Juez de *“valorar el coste de la misma; el patrimonio del tutelado y si existen riesgos previsibles; la identidad del tutor, el grado de proximidad de parentesco y afectividad con el tutelado, o si se trata de una persona jurídica solvente y sujeta a un control administrativo, como es el caso de las fundaciones; si existe alguna sospecha o denuncia por parte de otros familiares o conocidos de que pueden existir irregularidades en la gestión de los bienes del incapacitado, etc.”*, subrayando que, *“lo esencial es advertir la existencia de un riesgo previsible e imponer una caución proporcionada al patrimonio y a las posibilidades del tutor”*. La misma discrecionalidad con la que podrá dejar sin efecto la caución, modificar su modalidad y cuantía durante el ejercicio de la tutela, si aprecia justa causa que así lo justifique, a tenor del artículo 261 del Código Civil.

Palomino Díez⁷⁷⁰, aduce que, *“la prestación de garantía debe ser ordenada por la Autoridad Judicial en la necesidad de no gravar al tutor con mas carga que la que ya de por sí comporta la tutela en aquellos supuestos en los que no parece, en atención a la persona que va a desempeñar el cargo o por otras razones, imprescindible esta cautela,*

⁷⁶⁹ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela, Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Pág. 178 y 179.

⁷⁷⁰ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 277.

evitándose un rigor superfluo y dañoso, especialmente si se considera la naturaleza del cargo y el hecho de que la elección de un buen tutor podría obstaculizarse en muchos casos por la propia dificultad de prestar la garantía” .

Por mucho que se pretenda con la fianza el aseguramiento del correcto ejercicio de la tutela, no debe de imperar la prestación de tal garantía sobre la tuición de tutelado dificultando el nombramiento del tutor idóneo. Nos referimos al supuesto en el que las condiciones que impone la caución desborden las posibilidades del candidato excediendo de su capacidad económica, constituyendo una carga de tal entidad que le obligue a no aceptar o a renunciar al cargo.

La regulación en vigor no alude a la modalidad de la fianza, dejando a la apreciación del Juez la determinación de la que convenga en cada caso, existiendo, según Leña⁷⁷¹, diferentes opciones como son *“la pignoraticia, la hipotecaria, o el aval bancario”*. Lo mismo sucede respecto a la cuantía, *“puede establecer la que crea conveniente”*, al desaparecer los criterios del derogado artículo 254 del Código Civil, que limitaban la discrecionalidad del Juez para fijar la cantidad con la que el tutor debía afianzar, *“lo cual es una medida a aplaudir si se tiene en cuenta que la fianza no se limita solo a ser garantía de las obligaciones que competen al tutor en su calidad de administrador del patrimonio del tutelado, sino también de las que impone la ley con relación a la persona de este”*.

La dispensa de prestar fianza es la previsión contraria a su exigencia, que Sancho Gargallo, justifica considerando que, *“en la práctica se suele dispensar de la prestación de fianza a los familiares cercanos, cuando no existe ninguna reticencia por ningún otro”*. La confianza en la gestión del tutor es el fundamento más sólido para eximirle de prestar fianza.

En lo que respecta las personas jurídicas, la discusión se centra en la dispensa a las privadas, porque la entidad pública del artículo 172, y la encargada de la protección de los mayores desamparados del 239, está exenta por ley de prestar fianza, desde que, la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, añadió un nuevo párrafo al artículo 260 del Código Civil: *“no obstante, la entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la ley o la desempeñe por resolución judicial no precisará prestar fianza”*.

⁷⁷¹ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, Pág. 186.

Sancho Gargallo, respecto a los tutores dispensados de la prestación de fianza, alude expresamente **“a las fundaciones, que gozan de un patrimonio”**, considerando que precisamente ese patrimonio constituye la garantía que respondería en su caso de los perjuicios causados por la entidad en el ejercicio de la tutela.

Palomino Díez⁷⁷², siguiendo a cierto sector de la doctrina, en lo que se refiere a la dispensa de prestación de fianza a las personas jurídicas privadas tutoras, se inclina por considerar no incluidas las entidades del artículo 242 del Código Civil en la exención establecida por el artículo 260 para las públicas, fundamentando su conclusión en la mayor solvencia de la entidad pública, **“al estar financiada por fondos públicos”**, justificando la exoneración de constituir garantía en el hecho de que las administraciones públicas responden con sus presupuestos de la responsabilidad en que pudieran incurrir las entidades públicas del 239.

Para Muñoz Espada⁷⁷³, **“la regla general es la exigencia de fianza a la persona física, a la persona jurídica no es regla general sino excepción”**, en alusión a la persona jurídica privada del artículo 242 del Código Civil, caso en el que **“parece especialmente gravoso, prestar caución por cada uno de los pupilos que tiene bajo su protección”**. Como medida substitutiva propone la prestación de **“una garantía general que respalde al conjunto de menores y/o incapacitados tutelados”**, que podría exigirse en el momento de la constitución de la entidad como requisito para su incorporación al ejercicio de las funciones tutelares.

Las entidades públicas asumen la tuición de las personas en desamparo, situación que implica que nadie ha querido o no ha podido ocuparse de ellas. Pero las circunstancias de los tutelados por las personas jurídicas privadas no es muy diferente, hasta el punto de que, se puede afirmar sin temor a tergiversar la realidad, que en ambos casos las personas protegidas carecen no solo de familia o allegados, también de recursos económicos. Además, en el caso concreto de las personas jurídicas privadas del artículo 242, Leña Fernández⁷⁷⁴, afirma acertadamente que resultaría de todo punto contradictorio exigir fianza a **“unas entidades a las que el Código exige que tengan carácter benéfico al establecer como requisito para que puedan ejercer la tutela “que no tengan finalidad lucrativa”, y que, entre sus fines, figure “la protección de menores e incapacitados”**.

⁷⁷² PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, págs. 180 y 181.

⁷⁷³ MUÑOZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Págs. 161, 162 y 163.

⁷⁷⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapitado*, Pág. 185 y 186.

Muñiz Espada aporta no pocos argumentos como fundamento para exonerar a las personas jurídicas privadas de prestar fianza: escasos medios con los que algunas de estas entidades se constituyen, la precaria situación económica de la mayoría de los tutelados que incluso carecen no solo de patrimonio sino también de ingresos, siendo precisamente la entidad tutelar la encargada de solicitar las prestaciones a las que pueden tener derecho, como son pensiones tanto contributivas como no contributivas, el carácter subsidiario de la tutela de la persona jurídica que accede a la tuición cuando no existe un tutor idóneo, o simplemente nadie quiere hacerse cargo de la persona necesitada de protección. Nos parecen no pocos motivos para inclinarnos por la exención sin más.

En las previsiones formuladas al amparo del artículo 223 del Código Civil, se puede dispensar o exigir la prestación de fianza al tutor designado, o a todos los tutores que se puedan nombrar independientemente del origen de su nombramiento.

Leña, plantea en el supuesto de exoneración de prestación de fianza al tutor independientemente de su forma de designación, sí el Juez ***“podrá hacer caso omiso de esta dispensa y exigir fianza si lo cree conveniente para los intereses del tutelado, ya que si puede, mediante resolución motivada, no efectuar el nombramiento del tutor designado”***, a tenor de lo preceptuado en el artículo 224 del Código Civil, ***“con más razón podrá desatender su voluntad de que el designado no preste fianza”***; aduciendo que, ***“parece lógico este razonamiento, aunque lo normal, salvo en casos muy justificados, será que el juez, dentro de la discrecionalidad de su decisión en esta materia, atienda a la voluntad manifestada por los padres y no exija la fianza cuando estos la hubieren dispensado, cosa que normalmente hará, pretendiendo con ello no hacer más gravosa la carga que imponen sobre los hombros del tutor designado”***. Parece incongruente que el Juez, imponga al tutor la prestación de una garantía como es la fianza, cuando ha sido dispensado voluntariamente por el tutelado, extremo que da a entender que se debe a la absoluta confianza que le profesa.

En el caso de que el Juez aprecie la conveniencia de la prestación de fianza, el tutor que omita dicha caución, incumplirá gravemente sus obligaciones incurriendo en causa de remoción del artículo 247 del Código Civil, por mal desempeño de la tutela.

3. INFORME DE LA SITUACIÓN PERSONAL DEL TUTELADO Y RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE SU PATRIMONIO

El apartado 4º del artículo 269 del Código Civil, establece que el tutor deberá *“informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración”*; es decir, *“cada año el tutor debe comparecer a presencia judicial para rendir cuentas del ejercicio de la tutela en sus dos esferas personal y patrimonial 269/4º. La periodicidad es como mínimo anual, sin perjuicio de que el Juez considere más oportuno acortar el plazo, para seguir más de cerca la marcha de la tutela”*, explica Sancho Gargallo⁷⁷⁵; añadiendo que, dicha obligación *“se enmarca dentro del control de los deberes de cuidado persona asumido con la tutela”*, determinando la necesidad de la rendición anual de cuentas que *“constituye una consecuencia lógica de la administración de un patrimonio ajeno, debiéndose dar razón de lo acontecido durante ese año con el patrimonio inventariado del tutelado, desde que se asumió la tutela o se rindió por última vez cuentas”*.

Muñiz Espada⁷⁷⁶, considera la rendición de cuentas, *“como la más característica obligación por parte de aquella persona que viene a gestionar bienes ajenos”*, de imposible dispensa en el caso del tutor, porque *“solo a través de una memoria justificada explicativa y pormenorizada”* de la situación personal del tutelado y de la administración del patrimonio, se puede valorar y justificar la efectividad del cumplimiento de las obligaciones por parte del cargo tutelar, cuestión que va más allá beneficio particular de la persona protegida y de su familia, trascendiendo al interés general.

Palomino Díez⁷⁷⁷; critica *“el hecho de que la obligación de informar y rendir cuentas anualmente, que tiene un notable contenido patrimonial, esté contemplada en un artículo como el 269 del Código Civil, en el que se vienen a recoger las obligaciones que tiene el tutor en relación con la esfera personal de la tutela”*; apuntando que, *“la reprobación por el Juez de las cuentas anuales sirve de base para acordar la remoción y exigir responsabilidades al tutor”*, a la vez que su simple examen *“es una manifestación más del férreo control que se pretende tenga la autoridad judicial sobre el desarrollo concreto de la tutela”*, que vincula al cargo tutelar sin excepción, porque *“todos los tutores, con*

⁷⁷⁵ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela, Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Pág. 197, 198 y 199.

⁷⁷⁶ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, Pág. 186.

⁷⁷⁷ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Págs. 468 y 469.

independencia de cual sea su modalidad, se encuentran sujetos a esta obligación de informar y rendir cuentas, sin que tampoco en el precepto se contemple excepción alguna, lo que supone que ninguno queda exento de una eventual responsabilidad por incumplimientos relacionados con la obligación en estudio”.

A pesar de la anterior observación, constata la división de la Doctrina en relación con la tutela de la entidad pública de los artículos 172 y 239 del Código Civil, en lo que respecta al cumplimiento del deber de informar al Juez de la situación personal de sus tutelados y de rendir cuentas de la administración de sus patrimonios cada año, refiriéndose a aquellos que estiman que la comprobación semestral a la que está obligado el Ministerio Fiscal en virtud del artículo 174 párrafo 2º del Código Civil, anula el informe que exige al resto de los tutores el 269/4º, puntualizando que el precepto solo es aplicable a los menores no existiendo precepto correlativo respecto a los mayores con capacidad modificada en desamparo.

Otro sector doctrinal entre los que se sitúa Palomino, entienden, *“que toda entidad debe cumplir como tutora con la obligación del informe y rendición anual que le impone el Art. 269/4º del Código Civil, que no será sustituido por la mentada comprobación semestral, ya que uno y otra son dos vías de control distintas y paralelas”*; concluyendo que, *“no hay ninguna razón de peso para no entender subsistente esta norma y la exigencia de una rendición y de un informe anuales cuando se trate de una tutela ejercida por la entidad pública competente sobre menores desamparados, con más razón para el caso de los incapacitados a tenor de lo previsto en el artículo 239 del Código Civil, tras el añadido de un nuevo párrafo por la Ley 41/2003, todo ello sin perjuicio de la superior vigilancia que sobre aquella se atribuye en el artículo 174 del Código Civil al Ministerio Fiscal, y de la obligación de este de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y de promover ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias (Art. 174/2 CC). El control de fiscal no excluye el del juez, sino que la comprobación semestral responde y alimenta el primero, y el informe anual hace lo propio con el segundo”*.

En lo que se refiere, a la anualidad señalada por el artículo 269/4º, como tiempo para la exigencia y cumplimiento de la obligación de rendición de cuentas e informar de la situación personal, el citado periodo debe ser entendido como periodo mínimo, *“nada impide que el periodo sea menor”*, puntualiza Palomino.

La rendición de cuentas significa dejar constancia para el conocimiento de toda persona interesada, de los antecedentes, hechos y resultados de las operaciones de administración practicadas sobre los bienes que componen un patrimonio. Es un derecho no solo para el dueño de los bienes, también para los terceros de buena fe parte interviniente en los negocios jurídicos constituidos respecto a aquellos; y, una obligación exigible a todo gestor de patrimonio ajeno como son el mandatario, el comisionista, o el administrador de una sociedad.

Puede ser viable la dispensa de la obligación de rendir cuentas, siempre y cuando no afecte al orden público, entendiendo que eximir al administrador de rendir cuentas no significa liberarle de su responsabilidad si su actuación no se ajusta a derecho.

En el caso de la tutela, nos estamos moviendo en un ámbito de orden público como es la tuición de menores y de las personas de capacidad modificada, por lo que, en principio el Juez nunca eximirá al tutor de rendir cuentas, ya que, es el medio de control por excelencia de la gestión de este, y su omisión impediría el desempeño de la función de salvaguarda que corresponde a la autoridad judicial, pilar esencial de nuestro sistema.

En el supuesto del tutor designado preventivamente en un documento de autotutela al amparo del artículo 223 del Código Civil, teniendo en cuenta que quien lo otorga es una persona con capacidad de obrar plena, no solo es posible, sino que, está plenamente legitimado para exonerar al tutor que nombra de rendir cuentas, porque si bien, es un medio de control, no puede ser impuesto a alguien que en el pleno uso de sus facultades renuncia expresamente a su práctica. En este caso, el otorgante deberá justificar su decisión, exponiendo los motivos en los que fundamenta tan trascendental disposición. Otra cosa, será que el Juez admita sin más que la gestión del Juez quede libre de rendición de cuentas, sin imponer otro medio de control.

V.- DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADOR

El artículo 270 del Código Civil, establece que *“el tutor único o de los bienes”*, es el administrador legal del patrimonio del tutelado, según González Poveda⁷⁷⁸; la expresión *tutor único* puede provocar problemas de interpretación. La administración de los bienes corresponderá al tutor en el caso de la tutela unipersonal, cuando se nombren varios tutores, quedan excluidos de la gestión patrimonial los que lo sean solo de la persona,

⁷⁷⁸ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, “Aspectos patrimoniales de la tutela”, en la obra colectiva *Los Discapacitados y su protección jurídica*, Directores Pedro González Poveda, y José Marcos Picón Martín, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (1999), Pág. 132.

siendo el administrador legal el nombrado tutor de los bienes. Cabe también la posibilidad de que, sean varios los tutores a los que se le encomiende la gestión patrimonial en su conjunto⁷⁷⁹, o al contrario que, a cada uno se le confíe una esfera determinada de actuación concretada en un determinado bien o conjunto de ellos que por sus características propias, o debido a las circunstancias que concurren en la persona sujeta a tutela requieren una atención especial.

En todos los casos descritos la condición de administrador está unida a la de tutor, pero también puede suceder que se atribuya la administración de ciertos bienes a otra persona ajena a la función tutelar, como son los casos de los administradores de las liberalidades realizadas a título gratuito a favor del tutelado a tenor del artículo 227 del Código Civil, y del patrimonio protegido.

La facultad del disponente de bienes y del constituyente del patrimonio protegido de nombrar un administrador especial, se justifica por el interés especial de estas personas hacia la persona con capacidad modificada o con discapacidad hasta el punto de proveerle recursos económicos, estableciendo las reglas de su gestión, con el fin de que sea atendido convenientemente.

En estos casos, coexistirán el tutor personal, el tutor patrimonial como administrador legal del patrimonio del tutelado, y los administradores no tutores, que administrarán según les corresponda los bienes objeto de la liberalidad realizada al amparo del artículo 227 del Código Civil, o los del patrimonio protegido.

1. EL ADMINISTRADOR DESIGNADO POR EL DISPONENTE DE BIENES A TÍTULO GRATUITO

El artículo 227 del Código Civil, establece que, *“el que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor”*⁷⁸⁰. Cualquier persona con vínculos o sin vínculos de parentesco con el menor de edad, o con el mayor de edad con capacidad de obrar modificada, sujetos a tutela, pueden ceder bienes a favor de estos con efectos inter vivos en virtud de donaciones; o

⁷⁷⁹ Artículos 236, 237 y 237 –Bis del Código Civil.

⁷⁸⁰ Ver el comentario al artículo 227 del Código Civil de ORDÁS ALONSO, Marta, en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Editorial Aranzadi, (año 2001), págs. 346-348.

mortis causa, mediante herencia o legado, aunque se trate de bienes que le corresponda como heredero forzoso.

En el Derecho derogado el antiguo artículo 207 del Código Civil, permitía **“nombrar tutor a los menores o incapacitados, el que les deje herencia o legado de importancia”**, tras la reforma de 1983, las liberalidades solo legitiman al que las hace para establecer las reglas de administración de los bienes objeto de aquella, y designar a la persona o personas encargadas de gestionarlos.

Se entiende que el disponente de bienes del artículo 227, tiene las facultades expresadas independientemente del valor de los bienes cedidos, ya que el precepto nada especifica al respecto, al contrario que el derogado 207 que indicaba que deberían ser de **“importancia”**, dando a entender que serían de tal entidad o por lo menos la suficiente como para requerir para su conservación y rentabilidad, ciertos actos de administración aunque fuesen de naturaleza sencilla no profesional ni técnica.

El artículo 227 del Código Civil, nada establece en orden a los requisitos de capacidad e idoneidad del administrador de los bienes cedidos a título gratuito, por lo que en principio, podrá ser cualquiera, una persona o varias, una persona jurídica con ánimo de lucro, por ejemplo una gestoría, que sin embargo el artículo 242 del Código Civil, impide que sea nombrada tutora. Tampoco se refiere a la facultad del Juez, para desvincularse de las reglas de administración establecidas por el disponente, de forma semejante a lo previsto en los artículos 223 y 224 del Código Civil respecto a la autotutela, aunque es indudable, que si aquellas constituyen una fragante infracción del interés del pupilo, la Autoridad Judicial está legitimada para modificarlas o suprimirlas en los extremos que resulten perjudiciales.

El administrador tiene la obligación de rendir cuentas de su gestión, siendo incluidas en las de la tutela, al constituir un medio de provisión de recursos económicos para el cuidado del tutelado, de este modo el Juez tendrá acceso a dichas cuentas cuando examine la administración del tutor. No obstante, el disponente establecerá las reglas de supervisión de la administración de los bienes que deja, lo que no parece lógico es que omita cualquier referencia al respecto.

Si el disponente no hace uso de la facultad de nombrar administrador, la administración de los bienes objeto de su liberalidad será atribuida al tutor, que la asumirá como función residual a tenor de artículo 270 del Código Civil, ajustándose a las normas establecidas voluntariamente a tenor del artículo 227, y en los extremos no previstos se regirá por las normas aplicables a la tutela.

2. EL ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

El artículo 5 de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad de 18 de noviembre de 2003, se refiere a la facultad de nombrar un administrador que corresponde al constituyente, ya sea el beneficiario discapacitado con capacidad de obrar suficiente, o cualquiera de los legitimados a constituirlo a tenor del artículo 3 de la precitada ley, que tendrá la condición de representante legal del beneficiario persona con discapacidad, para todos los actos de administración de los bienes y derechos que integran dicho patrimonio protegido⁷⁸¹.

Al tener la condición de representante legal aunque sea limitada a los actos que se refieran a los bienes que componen el patrimonio protegido, el administrador de este, debe reunir los requisitos de capacidad e idoneidad previstos por la ley para los cargos tutelares, a tenor del apartado 5 del citado Art. 5 de la LPPD, que dispone que, *“en ningún caso podrán ser administradores las persona o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de Derecho Civil, foral o especial, que en su caso, fueran aplicables”*.

Entrena Palomero⁷⁸², analiza el alcance de dicho precepto, considerando que, *“añade una exigencia de capacidad al administrador”*, la correspondiente a los cargos tutelares, proponiendo la profesionalización de este tipo de gestión patrimonial, *“al igual que han surgido fundaciones tutelares, lo ideal sería que surgieran instituciones sin ánimo de lucro que en su objeto fundacional recogiese la protección de las personas con discapacidad y se especializaran en la administración de patrimonios protegidos o, en general, de administración de patrimonios personales de personas con discapacidad o dependientes”*. Las fundaciones tutelares se ocupan impecablemente de la atención de las personas a su cargo, pero la escasez de medios económicos con los que cuentan, puede constituir un impedimento para asumir la administración de un patrimonio que requiera por sus caracteres cierta especialización, exigiendo la intervención de profesionales.

⁷⁸¹ Ver el artículo 5 apartado 7 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad.

⁷⁸² ENTRENA PALOMERO, Blanca, “El Patrimonio Protegido de las Personas con discapacidad”, en la obra colectiva *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. II Aspectos Patrimoniales Director del proyecto Javier Laorden, coord. José Luis Terreros, Consejo General del Poder Judicial, (Madrid 2007), págs. 1012-1013

Bolás⁷⁸³, insiste en la línea apuntada por Entrena, afirmando que ***“en coherencia con el principio de autonomía de la voluntad, principio básico de nuestro sistema contractual, elevado hoy a principio constitucional la regla general es la de someter la administración a las normas que haya establecido el constituyente del patrimonio”***. Sí se puede decidir voluntariamente, la constitución de una masa patrimonial afectada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, estableciendo las normas a las que se someterá la gestión de dichos bienes, y nombrar a la persona que se encargará de esta función, ***“ello permitirá confiar la administración a las entidades especializadas en la atención de personas con discapacidad, lo cual es sumamente importante pues la práctica está demostrando que los constituyentes tropiezan en muchas ocasiones con el problema de no tener a nadie a quien confiar la administración de los bienes aportados o que pretenden aportar”***; circunstancias que, justifican que la LPPD, atribuya el carácter de representante legal ad hoc al administrador del precitado patrimonio protegido, aunque coexista con otros gestores de los bienes extraños al patrimonio protegido, padres o tutor del beneficiario.

Marín Calero⁷⁸⁴, entiende la facultad de designar administrador que la LPPD otorga al constituyente del patrimonio protegido, en un sentido amplio, incluyendo el nombramiento del administrador inicial, el de aquellos que le sustituirán por cualquier contingencia, la previsión de las causas de remoción, y los procedimientos al efecto, sobre todo cuando se trata de órganos de administración colegiados.

La administración del patrimonio protegido ha de ser tan especial y su previsión tan minuciosa, como lo exija la atención a la persona con discapacidad que es su beneficiario dando una respuesta eficaz a sus necesidades.

⁷⁸³ BOLÁS, Juan, “Comentarios a la Exposición de Motivos”, (de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), en *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. II Aspectos Patrimoniales Director del proyecto Javier Laorden, coord. José Luis Terreros, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2007), Pág. 971.

⁷⁸⁴ MARÍN CALERO, Carlos, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, ED Universitaria Ramón Areces, Madrid (2005), Pág. 71.

CAPITULO VI
PREVISIONES PATRIMONIALES

I.- EL PATRIMONIO

El patrimonio es un elemento esencial e inherente a la persona, y como tal, su presencia es constante a lo largo de la historia en la sociedad. No existe un concepto único, sino tantos como facetas tiene la vida, de manera que más allá de la concepción meramente económica, nos encontramos con otras que el relación con un ámbito concreto, dan lugar a diferentes nociones de patrimonio: cultural, artístico, nacional, de la humanidad, etcétera.

No es fácil formular una definición de patrimonio, porque como dijo el profesor De Castro⁷⁸⁵; ***“dos circunstancias contribuyen especialmente a crear esa dificultad: una es el carácter abstracto del concepto de patrimonio sin el apoyo de una delimitada realidad social”***, de ahí a los ámbitos anteriormente aludidos: la cultura la humanidad, la historia. La segunda circunstancia es ***“que el concepto de patrimonio, como el de tantos otros de las ciencias sociales, está influenciado por las condiciones económicas e ideológicas de cada época, lo que hace que los teóricos vean o destaquen solo alguno de los aspectos de su formación personal”***.

De Los Mozos⁷⁸⁶, insiste en que, ***“la noción de patrimonio, es el resultado en cuanto a concepto jurídico general, de objetivizar o sustantivizar una serie de referencias adjetivas o de términos de valoración, que encontramos dispersos en la normativa legal y que cobra los más diversos significados conforme a su diversa trascendencia o función, afectando tanto al aspecto estático como dinámico de las relaciones jurídicas”***, siendo ***“difícil ofrecer un concepto general que sea válido y aplicable a todas aquellas situaciones, capaz de comprender las diversas perspectivas con que el ordenamiento jurídico las toma en consideración”***, extremo que, se acentúa si tenemos en cuenta que, las referencias son de carácter singular, como por ejemplo: responsabilidad patrimonial, atribución de titularidades, facultades o poderes en relación con determinado conjunto de bienes, o carácter patrimonial o extrapatrimonial de uno o varios bienes que, a la vez dan lugar a normas de bastante relieve e importancia.

La dificultad para definir el patrimonio consiste en que, su concepto no tiene como origen una noción natural que el Ordenamiento toma en consideración, al contrario los bienes son fuente continua de relaciones

⁷⁸⁵ CASTRO y BRAVO, Federico, De, “El Patrimonio”, *Temas de Derecho Civil*, Marisal A.G, Madrid (1972), Pág. 35-66, pág. 35.

⁷⁸⁶ DE LOS MOZOS, José Luis DE, “Aproximación a una teoría general del patrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, (julio-agosto de 1991), págs. 587-609, Pág. 587 y 588.

jurídicas constitutivas de derechos y obligaciones a raíz de la cuales el Derecho se ve obligado a establecer una regulación de la que se desprende una definición.

Como ya hemos dicho el patrimonio es algo tan antiguo como el hombre, aunque su configuración haya variado a lo largo de la historia mostrando caracteres diferentes, en muchos casos no coincidentes o contrapuestos con los actuales. El peculio y la dote del Derecho Romano, son la primera referencia a una noción de patrimonio. Para una primera formulación de un concepto habrá que esperar a la Pandectista alemana con sus estudios, a los que añadirán con aportaciones de suma importancia las contribuciones de las doctrinas francesa, italiana y española⁷⁸⁷.

En el Derecho español, no existe una definición legal de patrimonio, el Código Civil se limita a nombrarlo o aludir a su significado empleando diversas expresiones, como la del artículo 506 en sede de usufructo: **“si de constituyere un usufructo sobre la totalidad de un patrimonio...”**, referencia que se repite en la reforma sobre la ausencia de 1939, en los artículos 181 y siguientes del Código Civil.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de régimen económico matrimonial, aporta al Código Civil más bien que un concepto la idea de patrimonio, reflejada por el legislador con ese término o con otros de idéntico o similar significado; así, el artículo 1373 habla de **“patrimonio personal”**, mientras que el 1318 de **“bienes de los cónyuges”**, de **“bienes y derechos”** el artículo 1346, de **“bienes propios”** el 1349, de **“haber de la sociedad de gananciales”** el 1404, de **“caudal”** los artículos 1404 y 1410.

En la regulación del régimen de participación, es donde más veces aparece la expresión patrimonio en los artículos 1417, 1418, 1421, 1422, 1423, 1425, 1427, 1428, 1429, 1433, se usan las expresiones **“patrimonio inicial”**, **“patrimonio final”**, y **“patrimonio deudor”**. En el apartado de la contribución de los cónyuges al sostenimiento de las cargas del matrimonio

⁷⁸⁷ Existen numerosos estudios sobre el concepto de patrimonio, para este trabajo utilizamos los siguientes: CASTRO y BRAVO, Federico, De, “El patrimonio” en *Temas de Derecho Civil*, Madrid (1972), págs. 35-66; DE LOS MOZOS, José Luis, “Aproximación a una teoría general del patrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, (julio-agosto de 1991), págs. 587-609; GARCÍA GARCÍA José Manuel, “Teoría General del Patrimonio”, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Tomo I, ED Civitas, (2003), págs. 581-610, MARTÍN ROMERO, Juan Carlos, “Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”, *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre de 2.006, Págs. 105-158, y SERRANO GARCÍA, Ignacio, en *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel (2008), Págs. 358-378 hace una reseña del patrimonio como instrumento de satisfacción de las necesidades de las personas con discapacidad.

del régimen de separación de bienes, el artículo 1438 habla de **“recursos económicos”**.

El Código de Comercio de 1887 prefiere referirse al capital, en los artículos 116 y siguientes, lo mismo el artículo 4 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. La Ley concursal 22/2003, de 9 de julio, se decide por patrimonio en el artículo 40, cuando establece que, **“1. En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio....2. En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio...”**, a la vez que, cuando trata del concurso de la herencia habla de **“caudal relicto”**, y de **“masas activa y pasiva”**.

En Aragón, la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, en su regulación del régimen económico matrimonial, alude al **“patrimonio común de los cónyuges”**, y a sus relaciones con los **“patrimonios privativos”** de cada uno de ellos, expresiones que reitera en el Código de Derecho Civil y Foral de Aragón r aprobado el 22 de marzo de 2011, en los artículos 203 y siguientes. El mismo literal es el utilizado por el Código Civil de Cataluña de 29 de julio de 2010 en su artículo 232.

La normativa tributaria es el ámbito jurídico que más alude a la palabra patrimonio, incluso como cabecera para dar nombre o título a una regulación o figura como en el caso del impuesto sobre el patrimonio, y las normativas sobre el patrimonio artístico, patrimonio nacional, patrimonio histórico etcétera.

Ante el silencio de la ley, la única alternativa para conocer la noción de patrimonio, o al menos su alcance y significado jurídico, es acudir a las teorías resultantes de los análisis de la Doctrina.

1. TEORÍAS SOBRE EL PATRIMONIO

La Pandectista alemana, que como dijo el profesor De Castro, significa un intento **“admirable de sistematización jurídica”**, es la primera corriente doctrinal moderna que se propuso el estudio de la figura del patrimonio, formulando las oportunas definiciones de su concepto. Sus análisis serán completados con las aportaciones nada despreciables de las Doctrinas francesa, italiana y española.

El resultado son tres teorías principales, denominadas personalista o clásica, realista u objetivista, y moderna o mixta, que enfocan desde diferentes puntos de vista la concepción de patrimonio.

Las conclusiones vertidas por esas tres corrientes, según De Los Mozos⁷⁸⁸, ***“han perdido interés con el tiempo”***, además de no dar una respuesta satisfactoria, aseveración que fundamenta con la siguiente reflexión: ***“no haber sabido partir de una visión de conjunto, bien por adoptar un punto de vista particular, o por pretender construir el concepto de patrimonio como algo superpuesto o añadido que en nada modifica otros conceptos anteriores”***, como son el de bienes, ***“frente a los cuales se estima viene a ser como una redundancia o repetición innecesaria”***, reafirmando la dificultad ya apuntada de formular una definición unitaria de patrimonio.

1.1. TEORÍA PERSONALISTA O CLÁSICA

La teoría clásica o personalista es el resultado de la concepción del pandectista Zachariae, al que siguen Planiol y Rippert, y que será defendida por los franceses Aubry et Rau.

Los partidarios de esta postura consideran el patrimonio como una ***“emanación de la personalidad y expresión del poder jurídico del que está investida la persona como tal”***. Los bienes constituyen el círculo de libertad de su titular, están a su servicio, son el ámbito de ejercicio de este derecho fundamental, poniendo el acento en el aspecto subjetivo, actitud que fue criticada por sus detractores que calificaron la teoría demostrativa de una visión parcial y limitada⁷⁸⁹.

Al ser algo consustancial a la persona, cada individuo que ha de tener necesariamente un patrimonio, no se concibe la existencia de este último sin un titular, incluso el mendigo aunque no lo tenga en el presente lo puede tener en el futuro, no existe obstáculo o inconveniente alguno para que esto suceda así, por lo que, es titular en potencia. En consecuencia, no hay patrimonio sin titular, y paralelamente cada persona es titular de un único patrimonio.

El profesor De Castro puntualiza los errores en los que incurre la teoría personalista, aduciendo que, en primer lugar, el mero poder de tener ***“carece de propia entidad”***, confundiendo con la capacidad patrimonial que, sin duda tienen todas las personas sin excepción, como aptitud para

⁷⁸⁸ Pág. 588 de “Aproximación a una teoría general del patrimonio”.

⁷⁸⁹ De Castro, págs. 36 y 37, “El patrimonio”.

adquirir y ser titular de bienes, pero indudablemente, solo tendrán y serán titulares de un patrimonio, cuando efectivamente hayan adquirido los bienes que lo componen, siendo posible que, alguien no tenga bienes y por lo tanto carezca de patrimonio. En segundo lugar, se olvida de las masas patrimoniales como la herencia a beneficio de inventario, con existencia propia e independiente de las personas llamadas a ser titulares de los bienes que la componen.

Esta omisión de la teoría personalista producirá una laguna tan importante que, obligará a la formulación de la llamada realista, objetivista o del fin, que con sus postulados intentará cubrirla o al menos completarla.

1.2. TEORÍA REALISTA U OBJETIVISTA

La teoría realista u objetivista, fue formulada por Bekker y Brinz, y conocida como la *“del patrimonio destinado a un fin”*, o conjunto de bienes con carácter unitario, bien por su pertenencia a una persona o por estar destinados a un fin, como apuntó Ferrara, surgiendo de la conclusión evidente de que, unos patrimonios efectivamente pertenecen a una persona, pero a la vez existen otros que están destinados a un fin.

Los enunciados de esta postura se centran más que en la persona titular del patrimonio, en los bienes que lo componen, y sobre todo en el destino de estos, llamados a cumplir un fin concreto y determinado. De manera que, pueden existir patrimonios sin titular pero que están destinados a un fin, no pertenecen a alguien en concreto, pero sí están encomendados a algo o para algo. Como consecuencia, una sola persona puede tener varios patrimonios: el general o personal, y otros llamados autónomos, subrayando así la importancia de la responsabilidad patrimonial, idea que se corresponde con el movimiento de mercantilización del Derecho Privado, que surge con la primera revolución industrial, y que llevado a sus extremos concibe el patrimonio como garantía de los acreedores, valor contable, visible en balance (haber y debe).

Tampoco esta teoría se libra de las críticas, destacando en este sentido el profesor De Castro, que objeta la separación en exceso de los bienes y de la persona, ignorando el normal influjo de la condición de esta última sobre aquel y viceversa, denotando un desconocimiento del destino natural de los patrimonios incluyendo a los separados, unidos inmediata o mediatamente a la persona permaneciendo en el ámbito de poder de su voluntad.

1.3. TEORÍA MODERNA O MIXTA

La reacción de la Doctrina a las teorías expuestas, se produce como consecuencia de la relevancia exclusiva en un caso de la persona, y en el otro de los bienes, enunciando una nueva que, definiéndose como ecléctica o mixta, defiende como postura correcta una concepción “*alternativa y amplia de patrimonio*”⁷⁹⁰.

El patrimonio personal es el típico de la teoría personalista, y se concibe como un elemento al servicio de los intereses y fines de la persona, con una responsabilidad evidente frente a los acreedores que, se traduce en cuestiones como son la existencia de ciertos bienes con carácter inembargable, el derecho a exigir alimentos a los parientes que determine la ley, o en la prohibición de donar la totalidad de los bienes sin reserva.

Los patrimonios autónomos y separados surgen a raíz de la teoría objetivista, poniendo el acento en los bienes y el fin al que se destinan, constituyéndose solo en los supuestos previstos en la ley.

Si bien, en principio cada una de las teorías delimitan una concepción diferente del patrimonio: el personal y los autónomos, ambos muestran caracteres, funciones, estructura y composición comunes, que sugieren una tercera vía intermedia, a tenor de la cual, reciban un tratamiento unitario, aunque la configuración responda a dos clases de patrimonio.

El titular del patrimonio, conforme a la tesis personalista, tiene una identidad concreta, pero excepcional y transitoriamente, cabe su indeterminación, cobrando entonces importancia la cohesión de masa de bienes y deudas por razón de su especial destino. Lo normal será que el titular sea una única persona, sobre todo teniendo en cuenta la unión entre patrimonio y personalidad, pero no podemos ignorar que, existen patrimonios colectivos cuya titularidad corresponde a un conjunto de personas.

Los patrimonios afectados a un fin tienen uno o varios destinatarios de los bienes y derechos, pero no hay propiamente un titular o titulares, siendo su especialidad precisamente esa consideración o atención a los

⁷⁹⁰ GARCÍA GARCÍA, José Manuel, “Teoría General del Patrimonio”, Pág. 586.

bienes por encima de su titular, aportación de la tesis realista de patrimonio.

2. DEFINICIÓN DE PATRIMONIO

Una vez expuestas las teorías doctrinales que abordan el análisis del patrimonio, nos corresponde formular o al menos exponer una definición que nos ayude a entender su significado. Como cuestión previa recordamos la advertencia del profesor Serrano⁷⁹¹, cuando afirma que, ***“estamos ante un concepto lógico, no ante un objeto de derecho, al que recurre el ordenamiento para imputar a las personas activa o pasivamente, un conjunto de relaciones jurídicas de contenido económico”***. Son esas relaciones jurídicas de contenido económico y los efectos jurídicos que de ellas dimanar, las que imprimen en el patrimonio su carácter trascendental.

Cada estudio doctrinal formula su definición, para comenzar elegimos la que podemos llamar clásica enunciada por el profesor De Castro⁷⁹², que se refiere al concepto técnico de patrimonio que, supone la existencia de ***“una masa de bienes de una doble faz, una activa, poder o ámbito de libertad de su titular, y otra pasiva o garantía de los acreedores”***; y otra ***“masa de bienes de distinta naturaleza, según la condición de su titular unidas a este separadas o independizadas por su destino a un fin determinado”***: el patrimonio personal y el autónomo o separado con un destino.

De Castro, termina considerando que el ***“patrimonio aparece entonces como una masa de bienes de valor económico (haber y debe), afectada y caracterizada por su atribución y el modo de atribuírsele quien sea su titular. Masa de bienes; a la que las normas jurídicas atribuyen caracteres y funciones especiales; que serán, en fin de cuentas las que vienen a determinar la definición de patrimonio”***.

Los demás autores nos ofrecen definiciones similares, insistiendo en los elementos del patrimonio en el sentido expuesto; así para De Los Mozos⁷⁹³, ***“el primer elemento constitutivo del concepto de patrimonio viene dado por su valor económico, susceptible de ser evaluado pecuniariamente. Lo que supone, la estimación de sus bienes y deudas (activo y pasivo) que forman su contenido, quedando fuera los llamados derechos de la personalidad, administrativos y políticos, aunque algunas***

⁷⁹¹ Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Pág. 361.

⁷⁹² “Temas de Derecho Civil”, Madrid, 1972, Pág. 38.

⁷⁹³ DE LOS MOZOS, José Luis De, “Aproximación a una teoría general del patrimonio”, Pág. 595 y ss.

de las consecuencias o efectos que de ellos se deriven adquieran carácter patrimonial”, desprendiéndose su denominación colectiva y general como *“conjunto de bienes y derechos”*, es decir, *“un agregado de bienes económicos”*, al que se añade la referencia subjetiva que consiste en la pertenencia actual, potencial o posible a un titular determinado.

Martín Romero⁷⁹⁴, se refiere al patrimonio como *“un conjunto coherente de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico o pecuniario, atribuido o atribuible a un titular o con destino a unos beneficiarios titulares finales y tratamiento unitario a efectos de responsabilidad, gestión y administración”*.

Por último, García García⁷⁹⁵, después de formular una definición muy parecida a la anterior, ofrece una segunda que califica como ecléctica: *“conjunto de bienes y obligaciones que pertenece a un titular o bien estar destinado a unos beneficiarios finales”*.

De todas se desprende el significado económico como elemento consustancial al patrimonio, que se traduce en la valoración de los bienes que lo componen.

2.1. CARACTERES

El profesor De Castro⁷⁹⁶, asevera que *“enunciar, aunque sea esquemáticamente, los caracteres del patrimonio, servirá para ir viendo su específica naturaleza, y también para mostrar su radical diferencia con una mera suma de bienes y derechos”*. Como cualidades esenciales señala la valoración económica, la unidad e identidad y la legalidad, cuyo análisis nos permitirá un mejor conocimiento de la figura, permitiéndonos entender sus funciones y por extensión delimitar su concepto.

2.1.1. VALORACIÓN ECONÓMICA

De Castro, apunta como primera nota de lo patrimonial, *“la posible valoración económica o estimación dineraria de los bienes y deudas (activo y pasivo) que forman su contenido”*, el del patrimonio se entiende, quedando fuera del mismo todos los bienes y derechos que no sean susceptibles de valoración, por no pertenecer al comercio de los hombres, como son los de la personalidad o los concernientes al estado civil de la persona, sin perjuicio de que, en el supuesto de que sean vulnerados en su ejercicio produciendo un perjuicio de la clase que sea susceptible de

⁷⁹⁴ MARTÍN ROMERO, Juan Carlos, “Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”, Pág. 107

⁷⁹⁵ GARCÍA GARCÍA, José Manuel, “Teoría General del Patrimonio”, Pág. 581

⁷⁹⁶ “El patrimonio”, Págs., 37, 38 y ss.

indemnización pecuniaria, la cantidad percibida por tal concepto pase inmediatamente a formar parte del patrimonio.

2.2.2. UNIDAD E IDENTIDAD

De Castro, distingue en el patrimonio dos esferas: una externa que determina su separación de los demás patrimonios creando una zona de exclusión o rechazo, una frontera que sirve de defensa frente a posibles agresiones. Y la esfera interna, que constituye el ámbito de libertad del titular, que en virtud del ejercicio de esta facultad, tiene, goza y disfruta a su voluntad, conforme al contenido de sus derechos y propiedades naturales de sus bienes. Pero *“no obstante lo heterogéneo y lo variable”*, continua, el patrimonio se considera una unidad, y como idéntico a través del tiempo, nace, crece, decrece, se extingue, y mientras exista el titular, este último responde con todos sus bienes presentes y futuros, según lo dispuesto en el artículo 1911 del Código Civil. A este tenor, Martín Romero puntualiza que al fallecimiento del titular lo que se transmite no es el patrimonio, sino la herencia, que se distribuirá entre los herederos mediante la adjudicación de los bienes a tenor de lo dispuesto por el titular en su testamento, pasando a formar parte de otros patrimonios diferentes.

2.1.3. LEGALIDAD

La legalidad es una cualidad que tiene importancia, en lo que respecta a la seguridad jurídica, y que excluye la autonomía de la voluntad en lo referente a la creación, transmisión, separación, reunión, y disolución de patrimonios, trámites que están sometidos a la regulación de leyes imperativas. No hay más opción que, esas cuestiones sean consideradas como cuestiones de orden público, teniendo en cuenta la entidad trascendente de los intereses y efectos jurídicos que nacen alrededor del patrimonio, y que no solo afectan a su titular, sino también a terceros de buena fe.

La autonomía de la voluntad se manifiesta en la llamada autonomía patrimonial, consistente en el poder del sujeto de ejercicio de los derechos que componen el patrimonio, y también en el poder de realizar negocios jurídicos con el contenido que el titular tenga por conveniente.

2.2. FUNCIONES DEL PATRIMONIO

El profesor De Castro⁷⁹⁷, aduce que, el patrimonio según la teoría personalista es *“ante todo el reconocimiento de un ámbito de libertad para la persona, supone la entrega de poderes económicos puestos a su servicio para facilitar su vida social”*, a la vez, es la garantía de los acreedores, porque desde que fue suprimida la prisión por deudas, cada individuo responde con sus bienes de la satisfacción de las cargas que contrae. Y también, la *“protección de la esfera vital del titular”*, al ser inembargables por disposición legal los bienes considerados como mínimos para subsistir, limitando así los poderes de agresión reconocidos a favor de los acreedores.

Precisamente, este aspecto de instrumento de protección de la atención de las necesidades vitales o *“esenciales del sujeto”*, como dice Martín Romero⁷⁹⁸, es el más importante en los casos de discapacidad o capacidad modificada, al convertirse en patrimonio en el elemento esencial para asegurar la normalización y la integración en la sociedad de las personas que se encuentran en estas situaciones especiales.

3. CLASES DE PATRIMONIO

Para el profesor De Castro⁷⁹⁹, el patrimonio puede ser personal, con titular interino, afectado a un fin, y colectivo. Podemos decir que esta clasificación es la clásica de la que parten las de otros autores, entre las que mencionamos la de Martín Romero⁸⁰⁰, que alude a su vez a las de Maluquer Montes y Gómez Calle, aportando sus propias puntualizaciones. Como resumen podemos decir que, las clases de patrimonio son las que detallamos a continuación.

3.1. PATRIMONIO PERSONAL

El personal es la forma que regularmente toma el patrimonio, apareciendo el resto como excepcionales, digamos que, es aquel de constitución espontánea e imprescindible para que una persona pueda realizar una mínima actividad en su vida cotidiana.

Las disposiciones legales ordinarias se refieren al patrimonio personal, como aquel que está constituido por una masa o conjunto de

⁷⁹⁷ “El patrimonio”, Págs. 40 y 41.

⁷⁹⁸ “Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, Pág. 111.

⁷⁹⁹ “El patrimonio”, Págs. 54 a 63.

⁸⁰⁰ “Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”, Págs. 113-120.

bienes unido a su titular únicamente por su condición de persona, sin que sea preciso otra calificación específica, manifestándose al exterior en los derechos subjetivos de los que es sujeto, y en las obligaciones a las que está sujeto.

La indisoluble unión del patrimonio personal a la persona que es su titular, determina que sobre él se proyecte todos los avatares por los que atraviesa su estado civil, de manera que, las alteraciones que experimente en este sentido significarán la variación automática de su situación patrimonial. La minoría de edad constituye la primera situación digamos de anormalidad patrimonial, al requerir un representante legal para la administración de los bienes, que se extingue con la mayoría de edad en el mismo momento en el que al cumplir dieciocho años el menor ya mayor de edad asume la total administración de sus bienes.

El cambio más importante es la modificación de la capacidad de obrar en virtud de sentencia judicial, que implica el sometimiento a tutela siendo el administrador legal el tutor, o a curatela con las consiguientes limitaciones en la disposición de bienes y derechos.

3.2. PATRIMONIO SEPARADO

El patrimonio separado es aquel que, perteneciendo al patrimonio personal es a la vez independiente de este, porque los bienes y derechos que lo componen están destinados al cumplimiento de un fin, representado por la protección de un interés específico, que nace al surgir una situación excepcional prevista por la ley, coexistiendo con el personal. Los ejemplos típicos son la herencia aceptada a beneficio de inventario, (artículo 1023 del Código Civil), el patrimonio del ausente, (artículo 181 del Código Civil), o el patrimonio del incapacitado, (artículo 270).

El profesor Serrano⁸⁰¹, puntualiza que el concepto de patrimonio separado tropieza con los principios de unidad e indivisibilidad del patrimonio de una persona, recogido en el artículo 1911 del Código Civil, que implica que cada persona tiene un solo patrimonio con el que responde frente a sus acreedores. Siguiendo la tesis de Augusto Pino⁸⁰², considera que, esta clase de patrimonio, constituye una masa patrimonial distinta del restante patrimonio del sujeto, que es destinada a una particular función en antítesis a la generalidad propia del patrimonio personal. Según esta teoría, las diferencias entre el patrimonio personal y el patrimonio separado son cualitativas, la determinación de un fin particular que se elige entre aquellos que le son propios aunque sea en un sentido abstracto, o posibles

⁸⁰¹ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Pág. 363 y ss.

⁸⁰² Vertida en *Il patrimonio separato* Cedam, Padova 1950.

de perseguir, ese fin particular, comporta una modificación en la fisonomía jurídica de la masa patrimonial. Concluye el autor italiano señalando que, hay patrimonio separado cuando se esté ante normas jurídicas que limitan la libre disposición del titular, permitiendo asimismo, una limitación de la responsabilidad patrimonial del mismo, con la consiguiente merma de la garantía de acreedores, enfatizando que lo relevante es el fin y que solo estaremos ante tal tipo de patrimonio cuando conlleve una relevancia jurídica, esto es, cuando la separación sea oponible a terceros y al propio titular del patrimonio.

La creación de patrimonios separados está fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, de manera que solo cabe la constitución ex lege con independencia de que sea directamente creado por la ley o por la autonomía de la voluntad pero con soporte legal. Su composición está perfectamente delimitada, por la exigencia de ciertos requisitos como es la formalización de inventario, y el estar llamado a su extinción en el momento en el que se justifique la desaparición de la causa de su constitución.

3.3. PATRIMONIO CON TITULAR INTERINO

Este patrimonio se caracteriza porque la identidad de su titular definitivo está en suspenso, confiándose al objeto de proteger sus intereses y los de los acreedores a una persona que con carácter interino asume las funciones propias de la titularidad.

Los patrimonios con titular interino, son creación de la ley excluyendo la autonomía de la voluntad en su constitución, se caracteriza por su separación, independencia, y carácter temporal, existiendo solo mientras persista la situación que los originó, estando llamados a su extinción cuando desaparezca, para unirse al patrimonio personal del titular definitivo. El ejemplo clásico de este tipo de patrimonios es la herencia yacente y el patrimonio del ausente.

3.4. PATRIMONIO COLECTIVO

El patrimonio colectivo se compone de masas de bienes indivisas, atribuidas unitariamente a una pluralidad de personas, siendo su manifestación más importante el de las personas jurídicas, correspondiéndoles la titularidad como entidad, con una limitación en la responsabilidad sin que resulten obligados los bienes de las personas físicas miembros de una asociación, patronos de una fundación, socios de una

sociedad anónima, participes de una sociedad de responsabilidad limitada, por las deudas de la persona jurídica. Son también patrimonios colectivos, las comunidades de bienes, los bienes comunales dedicados a cultivos, pastos etcétera que pertenecen a una comarca, siendo en el ámbito civil el más típico el patrimonio el ganancial, que tiene sus propias deudas y responsabilidades, a tenor de los artículos 1362 y siguientes del Código Civil, y un régimen de responsabilidad complejo.

3.5. PATRIMONIO DE DESTINO

Los patrimonios de destino o afectados a un fin, son aquellos que tienen un carácter impersonal, su objeto es la consecución de un interés a favor de alguien, el ejemplo clásico es el patrimonio de las fundaciones, que tienen adscritos bienes y derechos al cumplimiento de los fines de interés general para el que fueron creadas.

Las diferentes clases de patrimonio no son excluyentes entre sí, al contrario, pueden concurrir varias de ellas en uno mismo, pudiendo darse el caso de que sea a la vez separado y de destino, puntualiza el profesor Serrano García⁸⁰³.

II.- EL PATRIMONIO DEL DISCAPACITADO

El discapacitado puede ser titular de varios patrimonios diferentes con regímenes jurídicos propios. En principio, tiene su patrimonio personal que será administrado por él mismo si su capacidad se lo permite, si no es así la gestión correrá a cargo de su representante legal que será el tutor, el curador, sus padres titulares de la patria potestad rehabilitada o prorrogada, a tenor de la institución de guarda a la que esté sujeto según los pronunciamientos de la sentencia de modificación de la capacidad.

A la vez, otros le corresponden por su cualidad específica de persona con discapacidad, como es el patrimonio protegido regulado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y los bienes cedidos a su favor a título gratuito al amparo del artículo 227 del Código Civil. Ambos tienen sus peculiaridades propias que los diferencian del personal, siendo la característica más destacada que su gestión se someta a las reglas previstas voluntariamente por el constituyente del patrimonio protegido, o por el disponente de la liberalidad, y que su administración se encomiende a un administrador distinto del discapaz capaz, o de su representante legal en el caso de que no tenga capacidad suficiente.

⁸⁰³ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Pág. 370.

Tanto en patrimonio protegido como los bienes cedidos gratuitamente, a pesar de su régimen jurídico especial, coexistirán forzosamente con el patrimonio personal.

1. EL PATRIMONIO PROTEGIDO

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, tiene como objeto ofrecer un abanico de soluciones que, faciliten la previsión del cuidado de aquellas personas que debido a su especial situación física o psíquica necesitan una atención específica. A tal fin, se modifica el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la normativa tributaria, presentando como figura estrella el patrimonio protegido, desconocido hasta ese momento en el Derecho español, con la intención de permitir **“agilizar y proporcionar soluciones económicas a las personas con discapacidad y sus familias”**⁸⁰⁴, afirma Entrena; ya que, las dificultades económicas son el problema más acuciante para las personas que se encuentran en una de las situaciones a las que nos referimos, siendo la previsión de unas medidas patrimoniales adecuadas la solución de autoprotección más eficaz.

Díaz Alabart y Alvarez Moreno⁸⁰⁵, manifiestan que, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, (en lo tocante al patrimonio protegido), tiene como punto de partida dos principios básicos: **“el beneficio e interés del discapacitado presente en todo momento, como interés preponderante con respecto a otros que se consideran de menor entidad”**, y presencia de la Autoridad Judicial y del Ministerio Fiscal en sus funciones de salvaguarda y vigilancia en todos los trámites como son **“la solicitud de su creación, su administración y extinción”**.

López Galiacho⁸⁰⁶, aprecia como primer efecto de la LPPD, la posibilidad real de poder constituir un patrimonio protegido: una masa de bienes y derechos, destinados exclusivamente a la asistencia y mejora de la calidad de vida del discapacitado, abriendo de este modo una tercera vía en la financiación de la atención de estas personas, que antes corría a cargo de la familia y de los poderes públicos.

⁸⁰⁴ ENTRENA PALOMERO, Blanca, “El Patrimonio Protegido de las Personas con discapacidad”, en *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. II *Aspectos Patrimoniales* Director del proyecto Javier Laorden, coord. José Luis Terreros, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2007), Pág. 986.

⁸⁰⁵ DÍAZ ALABART, Silvia, ALVAREZ MORENO, M^a Teresa, *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 91, Capítulo III.

⁸⁰⁶ LOPEZ GALIACHO PERONA, Javier, “Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, número 687, (enero-febrero 2005), utilizamos la versión digital Id. YLex: VLEX-329066, generada por el usuario del ICAM (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), el (11 de febrero de 2009).

Esta institución, el patrimonio protegido, **“nace con el objetivo de articular financiera y patrimonialmente el futuro económico”** del titular beneficiario persona con discapacidad, **“al someter a un régimen patrimonial y fiscal singular determinadas aportaciones de bienes y recursos, siempre que se adscriban a atender las necesidades vitales de estas personas”**, dice Martín Romero⁸⁰⁷, siendo el objeto de la LPPD a tenor del artículo 1/1 **“favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de estos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares”**, aislándose del patrimonio personal o general quedando sometido a unas reglas de administración, supervisión y control específicas establecidas en el documento de constitución.

En esta línea el artículo 1/1 de la LPPD, dispone que, entre otros el objeto de esta ley, es **“garantizar la afección de bienes y derechos, así como de frutos, productos y rendimientos de estos a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Tales bienes constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad”**, y el patrimonio protegido tiene como fin **“garantizar el bienestar de las personas con discapacidad”**, mediante la afectación de una masa de bienes de la satisfacción de las necesidades vitales del titular beneficiario cualesquiera que sean estas a tenor de sus circunstancias, siendo esta la consideración unánime de la Doctrina⁸⁰⁸.

Se podrá constituir un patrimonio protegido para sufragar los gastos de una vivienda, una residencia geriátrica o de cualquier tipo en la que necesite ser cuidado el titular, o para pagar a los profesionales que se encarguen de su atención, o quizá para poner en marcha un negocio,

⁸⁰⁷ MARTÍN ROMERO, Juan Carlos, “Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”, Pág. 130.

⁸⁰⁸ Destacamos los autores consultados: SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Intervención Judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2006), págs. 296-318; RIVERA ALVAREZ, José M^a, “La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Privado* n° 1-2/2006, (enero-febrero de 2006)), Id. VLex: VLEX-289868, Versión generada por el usuario del ICAM (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid) el (11 de febrero de 2009); LOPEZ GALIACHO PERONA, Javier, “Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, número 687, (enero-febrero 2005), utilizamos la versión digital Id. YLex: VLEX-329066, generada por el usuario del ICAM (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), el (11 de febrero de 2009); PEREÑA VICENTE, Montserrat, “El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado”, *Actualidad Civil*, n° 15, (septiembre de 2004), págs. 1758-1772; SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*; DÍAZ ALABART, Silvia, ALVAREZ MORENO, M^a Teresa, *La Protección jurídica de las personas con discapacidad*, entre la numerosa bibliografía que existe.

propone Marín Calero⁸⁰⁹; en fin, para dar respuesta efectiva a la atención de cualesquiera que sean las demandas del beneficiario a tenor de sus circunstancias particulares.

Rivera Fernández⁸¹⁰, define el patrimonio protegido como ***“aquel constituido con aportaciones a título gratuito de bienes y derechos a favor de la persona discapacitada, que tiene por finalidad la satisfacción de sus necesidades vitales para lo cual tiene un régimen particular de administración y supervisión”***. Bolás⁸¹¹, se refiere a sus caracteres al puntualizar que, estamos ante ***“un patrimonio de destino, un patrimonio separado, sin personalidad jurídica pero sujeto a un régimen de administración, disposición y control específico”***.

1.2. CARACTERES

Como todos los patrimonios el protegido tiene una serie de caracteres, (separado, de destino, sin personalidad jurídica), siendo la vinculación de la masa de bienes y derechos que lo componen a una persona con discapacidad, condición indispensable que ha de concurrir en el titular para su constitución, es la peculiaridad esencial que lo individualiza de los demás.

1.2.1. PATRIMONIO SEPARADO

La primera impresión al analizar cualquiera de las muchas definiciones que la Doctrina ofrece de patrimonio protegido es su separación, su situación aislada y distinta del patrimonio personal, consecuencia precisamente de la justificación de su constitución: la discapacidad del titular beneficiario, que deberá estar ***“afectado por una minusvalía psíquica igual o superior al treinta y tres por ciento o bien por una minusvalía física o sensorial superior al sesenta y cinco por ciento”***,

⁸⁰⁹ MARÍN CALERO, Carlos, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, ED Universitaria Ramón Areces, Madrid (2005), Págs. 57, y 58, Hace una relación exacta de los fines específicos que en la práctica puede tener un patrimonio protegido concreto, aconsejando la constancia de ese fin determinado en el documento de constitución, entendiéndose en su defecto que los fines son los genéricos de la ley; cada aportante de bienes puede establecer los fines especiales para los que hacen la entrega, siempre que no contradiga el general del patrimonio.

⁸¹⁰ RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín M^a, “Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* - Núm. 50, (Mayo 2004), utilizamos la versión digital, Id. vLex: VLEX-236664, Versión generada por el usuario ICAM, (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), el (12 Febrero 2009).

⁸¹¹ BOLÁS, Juan, “Comentarios a la Exposición de Motivos”, en *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. II *Aspectos Patrimoniales*, Director del proyecto Javier Laorden, coord. José Luis Terreros, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2007), Pág. 967.

a tenor del artículo 2/2 de la LPPD, circunstancia que determinará su sometimiento a un régimen especial de supervisión y control.

En principio, el patrimonio protegido cumple con los requisitos de los patrimonios separados: concurrencia de una situación excepcional prevista por la ley a la que limita su constitución excluyendo la autonomía de la voluntad, posición independiente respecto a los bienes personales, su destino a un fin específico que protege un interés determinado como es la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, está provisto de unas normas de control y supervisión especiales, como es la formalización de inventario de los bienes que lo componen; pero, carece de un régimen jurídico de responsabilidad especial e independiente del patrimonio personal o general del que el beneficiario pueda ser titular, extremo ante el cual la doctrina muestra sus dudas respecto a su verdadero carácter de patrimonio separado.

Martín Romero⁸¹², llama la atención respecto al hecho de que, el legislador no utiliza en ninguno de los preceptos de la LPPD la expresión patrimonio separado, extremo que no impide que regule *“el régimen de administración y control”* al que queda sujeto, y *“los requisitos exigidos para la incorporación de nuevos activos”*, pero sin establecer *“un régimen especial de responsabilidad”*, quedando sometido al general del resto de los bienes. Es decir, no existe disposición alguna que prevea su sustracción del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, extremo que, para López Galiacho⁸¹³, es suficiente para calificar de *“teórica”* la separación del patrimonio protegido.

Cierto sector de la Doctrina, entre los que se encuentran Díez Picazo, Gullón Ballesteros y De Los Mozos⁸¹⁴, mantienen que la nota esencial de la separación de un patrimonio, no tiene porque ser su aislamiento en lo que se refiere a la responsabilidad por deudas. Puede ser que, la omisión de un régimen jurídico específico aplicable a dicha cuestión, se justifique por la necesidad de una gestión o control especial sobre los bienes, o por cualquier otra causa, que en el caso del patrimonio protegido es la protección de la atención y cuidado de la persona con discapacidad, que

⁸¹² MARTÍN ROMERO, Juan Carlos, “Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”, Pág. 132.

⁸¹³ LOPEZ GALIACHO PERONA, Javier, “Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, número 687, (enero-febrero 2005), utilizamos la versión digital Id. YLex: VLEX-329066, generada por el usuario del ICAM (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), el 11 de febrero de 2009.

⁸¹⁴ DIEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil I*, Ed. Tecnos, Madrid (2001), Pág. 384, DE LOS MOZOS, José Luis, “Aproximación a una teoría general del patrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, (julio de 1991), págs. 587-609, Pág. 607.

solo y exclusivamente por encontrarse en esta situación es su titular y beneficiario, como apunta Pereña Vicente⁸¹⁵, que se suma a esta opinión.

Sí sería conveniente, que a la vez que, se prevé las reglas de administración de los bienes, y los medios de supervisión y control de dicha gestión, se hiciera lo propio respecto a la responsabilidad por deudas, cuestión no de menor importancia que las mencionadas, y que sin duda merece un régimen jurídico específico.

Martín Romero⁸¹⁶, señala como solución ideal dos opciones, bien que la ley establezca expresamente la regulación que corresponda, o que dote de personalidad jurídica al patrimonio protegido. Hoy por hoy, ninguna de estas dos premisas se cumplen, por lo que, se entiende que existe comunicación de responsabilidad por deudas, en aplicación del artículo 1911 del Código Civil, siendo la LPPD una ocasión irrepetible desperdiciada por el legislador para establecer un precepto en uno u otro sentido.

El profesor Serrano García⁸¹⁷, aduce que, en la LPPD falta, *“una declaración en la que explícitamente se establezca una relación entre los bienes mismos y los rendimientos del patrimonio protegido y las responsabilidades que surgirán a consecuencia de la gestión en beneficio de la persona con discapacidad”*, lo que si hay es *“un acotamiento de los bienes que componen en patrimonio que mantiene su individualidad, publicada incluso registralmente cuando la naturaleza d de los bienes lo permita, aunque, constituido el patrimonio pasan a ser de titularidad de una persona con discapacidad”*; pero evidentemente, no existe *“una separación de responsabilidades, que, difusamente gravarán, en principio, el patrimonio del discapacitado, el protegido, y el personal ordinario; y tampoco, las deudas nacidas de las obligaciones generadas por el patrimonio separado gravan exclusivamente el mismo ni los acreedores de los créditos nacidos por la satisfacción de las necesidades vitales, tienen un derecho de agresión únicamente sobre esta masa de bienes”*.

En esta tesitura, el profesor Serrano describe un supuesto practico en el caso de plantearse un embargo de los bienes del discapacitado como consecuencia de una deuda devengada en su atención, *“no obstante el*

⁸¹⁵ PEREÑA VICENTE, Montserrat, “El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado”, Pág. 1765 y 1766.

⁸¹⁶ “Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”, Pagina 133.

⁸¹⁷ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Págs. 370 y 371.

señalamiento de los bienes embargables que indique el acreedor, el administrador del patrimonio protegido podrá señalar en el juzgado, la existencia de bienes integrantes del patrimonio protegido para que sea con esos con los que se procure pagar la deuda". El acreedor, puede señalar los bienes de los que tiene conocimiento que es titular el discapacitado deudor, y que, son susceptibles de embargo. Y además, si no son suficientes para cubrir la cuantía de la deuda devengada, el Juez podrá acordar la averiguación patrimonial respecto a otros bienes cuya existencia se desconozca.

Otro cauce que propone como novedad consiste en que, *"el Registrador de la Propiedad, si se pretende la anotación preventiva del embargo, si conoce la existencia de bienes que están inscritos como formando parte del patrimonio protegido y el crédito impagado que está en la base del embargo procede de la atención de necesidades vitales, señalará que hay bienes del patrimonio protegido que están afectados por esta finalidad"*. Solución lógica si tenemos en cuenta que, la finalidad del patrimonio protegido es precisamente el aseguramiento de las condiciones de vida de su titular, y a ello se vinculan los bienes y derechos que lo componen, debiendo por extensión responder en primer lugar de las deudas que por tal concepto se devenguen.

A mayor abundamiento, la constitución del patrimonio protegido debe constar en escritura pública, y en resolución judicial cuando el constituyente es el Juez. Ambos documentos son susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, Mercantil etcétera, que corresponda a cada bien según su naturaleza, quedando así constancia de su condición de integrante de ese patrimonio. Así lo dispone el artículo 8 de la LPPD, teniendo efecto dicha inscripción registral, en el supuesto de que las deudas no hayan sido devengadas en la atención de las necesidades vitales. En tal caso, se entiende que, el administrador, o el representante legal o voluntario, o a quien pudiera corresponder, deberá señalar otros bienes extraños al patrimonio protegido y, en consecuencia, no vinculados a su fin, al objeto de que sean embargados en primer lugar, siendo afectados los del patrimonio protegido solo en el supuesto de que no sean suficientes para satisfacer el importe del crédito.

Luna Serrano⁸¹⁸, señala como notas esenciales de los patrimonios separados la *"incontaminación e insensibilidad respecto al patrimonio general de la persona de su titular, con el que no tendría otro enlace que*

⁸¹⁸ LUNA SERRANO, Agustín, "El Patrimonio protegido del discapacitado," en *La protección jurídica del discapacitado*, II Congreso Regional, Coordinación Ignacio Serrano García, Junta de Castilla y León, Tirant lo Blanch, Valencia (2007), págs.97-143, págs. 124, 125 y 126.

el extrínseco de la titularidad común”, y tener *“un régimen de administración específico”*, a las que debería añadirse sobre todo en el caso del patrimonio protegido que por su objeto precisa contar con un especial amparo, la *“inembargabilidad”* de los bienes que lo integran.

Precisamente, la falta en la LPPD de una disposición que expresamente declare los bienes del patrimonio protegido inembargables, tiene como efecto la impresión de que este no brinda la suficiente garantía y seguridad de cumplimiento del objeto para el que fue creado, poniendo en entredicho la eficaz y efectiva protección patrimonial de las personas con discapacidad que se propone. Por todo ello, el patrimonio protegido, *“aunque los bienes y derechos que lo integran tengan un determinado destino y una particular administración, no es ciertamente un patrimonio separado, ni siquiera un patrimonio autónomo o verdadero patrimonio específico”*.

¿Qué solución podría adoptarse para que el patrimonio protegido goce de un régimen de responsabilidad diferenciado, separado e independiente, respondiendo exclusivamente de las deudas devengadas por el fin para el que fue constituido?

Según Sánchez Calero⁸¹⁹, desde luego, *“no es necesaria la modificación del artículo 1911 del Código Civil”*, porque el principio de responsabilidad universal que el citado precepto proclama, y la separación de responsabilidades entre patrimonios de un mismo titular son dos cuestiones distintas, *“es la propia Ley 41/2003, la que debería haber contenido una disposición que determinase la responsabilidad del patrimonio protegido solamente respecto de sus propias deudas, para evitar que dicho patrimonio respondiese por créditos que nada tienen que ver con los fines perseguidos con la constitución del patrimonio protegido”*. Una vez establecida legalmente, la referida separación de responsabilidades entre el patrimonio protegido y el patrimonio personal, cada uno haría frente a sus propias deudas, *“en función de la responsabilidad universal del artículo 1911 del Código Civil”*, concluye Sánchez Calero, que opina que esta medida, además de aportar *“algo verdaderamente novedoso”* a la figura del patrimonio protegido, sería un *“mecanismo de gran efectividad para garantizar la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario”* persona con discapacidad.

El Derecho italiano cuenta con una disposición legal en este sentido, al haber introducido en el Código Civil el nuevo artículo 2645 Ter sobre

⁸¹⁹ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Intervención Judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2006), págs. 316 y 317.

“transcripción registral de los actos de destino para la realización de intereses merecedores de tutela referibles a personas con discapacidad, a administraciones públicas, o a otros entes o personas físicas”, en el cual se precisa, en cuanto a los bienes objetos de tales actos posibles de realizar en el ámbito de la autonomía contractual que proclama el artículo 1322 afectando a bienes por no más de noventa años o por la duración de la vida de la persona física beneficiaria, que los ***“bienes conferidos y sus frutos solo pueden ser empleados para la realización del fin del destino y únicamente pueden ser objeto de ejecución, salvo cuanto previsto en el artículo 2915 párrafo 1º (relativo a los límites de la disponibilidad de los bienes sujetos a traba en función de la fecha de transcripciones registrales de la misma) por deudas contraídas en razón de tal finalidad”***.

La incorporación al Código Civil italiano de este nuevo precepto, en virtud de la Ley nº 51 de 26 de febrero de 2006, que confirma con algunas modificaciones el Decreto Ley nº 273 de 30 de noviembre de 2005, tiene por objeto convertir en oponibles a terceros la vinculación de los bienes al destino que deben aplicarse.

1.2.2. PATRIMONIO DE DESTINO

La Exposición de Motivos de la LPPD, establece como finalidad del patrimonio protegido ***“la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares”***; lo que significa, en palabras de López Galiacho Perona⁸²⁰, que está ***“configurado para atender las necesidades de la persona con discapacidad”***, insistiendo en esta idea el artículo 5/4 al disponer que ***“todos los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos, productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido”***.

Para Pereña Vicente⁸²¹, el patrimonio protegido es de destino, porque está vinculado a la satisfacción de una determinada finalidad, debiéndose dedicar los bienes que lo integran así como los frutos y rendimientos a su consecución; condición que, Entrena⁸²², considera como la ***“esencia”*** de la figura, que ha de ***“cumplir unos fines específicos: la satisfacción de todas las necesidades vitales del titular, si bien puede el constituyente fijar***

⁸²⁰ “Aportaciones al estudio del patrimonio protegido...”.

⁸²¹ PEREÑA VICENTE, Montserrat, “El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado”, Pág. 1764.

⁸²² ENTRENA PALOMERO, Blanca, “El Patrimonio Protegido de las Personas con discapacidad”, en *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. II *Aspectos Patrimoniales* Director del proyecto Javier Laorden, coord. José Luis Terreros, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2007), págs. 933 y 934.

alguna necesidad concreta entre todas ellas”; interpretando ampliamente el contenido de las mismas, que desde luego, no se limitan a *“los gastos que el Código Civil cubre con la obligación de alimentos”*, sino que, *“podrían incluirse otros muchos habituales en la sociedad en que vivimos: vacaciones de verano, gastos de ocio, deporte”*; es decir, todas aquellas actividades que pueden ser del agrado del titular del patrimonio y que se puede permitir a tenor de su nivel económico.

Marín Calero⁸²³, insistiendo en la idea expuesta, aduce que, *“el patrimonio protegido debe responder a unos fines específicos, que son los que determinan su tratamiento especial (que no separado)”*, individual o exclusivo, a la medida de las circunstancias personales de cada beneficiario; ya que, *“de la adecuada selección de un fin para una finalidad, dependerá en última instancia su eficacia”*, y en este sentido la LPPD establece con carácter genérico, *“la satisfacción de las necesidades vitales de su titular”*, pero no existe inconveniente para que, el constituyente prevea *“un fin más concreto que, sin superar el marco general, se adecue mejor a las necesidades del beneficiario o, e incluso en mayor medida, a los legítimos deseos y propósitos del constituyente o aportante”* en su momento.

La LPPD propone el fin general y genérico de satisfacción de las necesidades vitales del titular, que significa poner a disposición de quien lo necesite una figura con la pretensión de alcanzar su protección en el ámbito patrimonial, que es tanto como asegurar la provisión de los medios que garanticen su subsistencia, entendida como la forma de vida que quiere llevar en esa situación especial de discapacidad, cuyos extremos corresponderá disponer en el documento de constitución o en los que se realicen las aportaciones de bienes, previendo así los fines particulares y específicos, no solo del patrimonio protegido en su conjunto, sino también de determinados bienes. Por ejemplo, puede ser que, el constituyente beneficiario y titular del patrimonio protegido, quiera que las rentas de un inmueble, de una finca, o los productos de un negocio, se empleen en sufragar los gastos de una residencia o centro especializado donde desea ser atendido, o en abonar los salarios del personal que necesita para continuar residiendo en su domicilio, fijando este fin como concreto y específico, pero que se encuentra incluido o puede considerarse incluido en el general de *“satisfacer las necesidades vitales”*, que aunque sean parecidas en todos los casos al tratarse de un discapaz, serán distintas a tenor de las diferentes circunstancias que concurren en cada persona.

⁸²³ MARÍN CALERO, Carlos, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Pág. 57.

1.2.3. PATRIMONIO SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

El patrimonio protegido no tiene personalidad jurídica, según manifiesta la Exposición de Motivos de la misma LPPD, que abiertamente declara que *“los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia”*.

Marín Calero⁸²⁴, afirma que, en principio no tiene *“técnicamente nada que objetar”*, si bien, considera que, *“es esencial tener en cuenta que un patrimonio en buena medida separado, adscrito a un fin, susceptible de una larga duración en el tiempo, y de constantes alteraciones en su composición material, necesita de un buen soporte organizativo”*; a lo que se añade, *“las dificultades técnicas para determinar la titularidad de los bienes, y por consiguiente, su régimen jurídico, tanto respecto del momento de la adquisición como de la transmisión”*, son cuestiones que pueden plantearse por la falta de personalidad jurídica y que pueden ser fuente de problemas.

1.3. CONCEPTO DE AFECCIÓN

El destino del patrimonio protegido, en relación con el artículo 1/1 del la LPPD, trae a colación el concepto de afección al referirse como objeto de la ley: *“garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los productos y rendimientos de estos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares”*.

La afección *“revela la necesidad de encontrar un fin en torno al cual se imprime a los bienes un uso determinado”*, apunta el profesor Serrano⁸²⁵; pero no olvidemos, que se trata de un concepto propio del Derecho Administrativo centro de la teoría del dominio público en relación a los bienes pertenecientes a dicha categoría, y que el patrimonio protegido es una figura jurídica que gira en torno a su titular: una persona con discapacidad, por lo que, *“no se puede establecer un parangón entre la afección de la persona y la afección de los bienes, ya que en el primer sentido estaríamos en presencia de un fin metajurídico, (cumplimiento de designios morales), mientras que el segundo se desenvuelve dentro del terreno propiamente jurídico.”* Varios son los motivos que impiden la aplicación del concepto de afección en toda su extensión a la figura del patrimonio protegido, tal y como ha sido concebido por el legislador.

En su reflexión el profesor Serrano asevera que, *“para el desenvolvimiento técnicamente correcto, la idea de afección cobra*

⁸²⁴ Págs. 56 y 57 de la obra citada en la nota anterior.

⁸²⁵ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Págs. 367 y 368.

intensidad cuando el fin se concreta y no cuando estamos ante un fin general. La idea de afección se relaciona con la de carga, en cuanto técnica de conservación; se está en presencia de una carga impuesta a un bien cuando una restricción nace o pesa sobre el derecho de propiedad, por ello el patrimonio personal no puede considerarse que está afectado, porque el fin que persigue es general”, como es la satisfacción de las necesidades de una persona, en mantenimiento del nivel de vida que le corresponde a tenor de sus circunstancias.

En el caso concreto del patrimonio protegido lo más relevante es la persona con la situación especial causada por la discapacidad, circunstancia que, es la que precisamente da relevancia a ese conjunto de bienes y derechos que configura ese patrimonio considerado especial en virtud de una disposición legal; es decir, *“la minusvalía que comporta en el sujeto la condición de persona con discapacidad es lo verdaderamente relevante. Si se incentiva (tacañamente) la aportación de bienes y derechos a este tipo de patrimonio protegido, no lo es tanto porque con esos bienes y derechos se satisfacer las necesidades vitales, sino porque el sujeto titular es persona con discapacidad”*, termina el profesor Serrano.

En resumen, lo esencial es la condición de persona con discapacidad del titular del patrimonio protegido, esta es la nota que le otorga ese carácter especial, no la naturaleza de los bienes, ni siquiera la finalidad de los mismos y de sus frutos: sufragar las necesidades vitales del beneficiario, a la que también se afecta su patrimonio personal al igual que el de todas las demás personas.

Martín Romero y Pereña Vicente⁸²⁶; coinciden en que, *“no puede hablarse en sentido técnico”* de un concepto de *afección* aplicable a los bienes y derechos que componen un patrimonio protegido, *“pues los mecanismos que la ley impone para garantizar el destino de tales bienes no implican la sujeción real de estos al fin perseguido”*, a diferencia de lo que ocurre en otros casos en los que el Derecho crea un conjunto de bienes y derechos en un patrimonio, que adscribe necesariamente a un fin que se impone por encima de las personas físicas, adquiriendo una entidad superior a la de los titulares.

No ocurre así en el patrimonio protegido, ni es esa la intención del legislador con las medidas previstas en la LPPD, que mantienen por encima de todo la protección del discapaz, hasta el punto de que, *“dejar éste de*

⁸²⁶ MARTÍN ROMERO, Juan Carlos, “Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”, Págs. 131-135; PEREÑA VICENTE, Montserrat, “El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado”, Pág. 1.764.

tener la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 2/2 de esta ley”, establece el artículo 6 en su apartado 1, es causa de su extinción.

1.4. CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Martín Romero⁸²⁷, define el acto de constitución del patrimonio protegido como *“negocio unilateral y no recepticio, mediante el cual el constituyente, manifiesta su decisión de vincular y someter ciertos bienes a un destino y a un régimen especial de protección”*.

¿Quiénes están legitimados para constituir un patrimonio protegido?, a tenor del artículo 3, de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, pueden ser constituyentes del patrimonio protegido: el propio discapacitado con capacidad de obrar suficiente; sus padres, el tutor o el curador; el guardador de hecho con los bienes que los padres o tutores hubieran dejado al hijo discapacitado por título hereditario, o con las pensiones constituidas por aquellos a favor de este último. Por último, cualquier persona con interés legítimo que, ofrezca bienes y derechos en cuantía suficiente, podrá solicitar a quien corresponda: discapacitado beneficiario con capacidad de obrar suficiente, o padres, tutor o curador, la constitución de un patrimonio protegido.

1.4.1. EL DISCAPAZ-CAPAZ CONSTITUYENTE

El artículo 3/1/a de la LPPD, legitima para constituir el patrimonio protegido, a *“la propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo siempre que tenga capacidad de obrar suficiente”*, en el apartado correspondiente de este trabajo, hemos estudiado el alcance y significado del concepto de capacidad de obrar suficiente, y a él nos remitimos, recordando que, al igual que ocurre con la capacidad de obrar apreciada conforme a lo dispuesto por este del artículo 1732 respecto al mandato preventivo, no constituye una categoría de capacidad de obrar en general, sino una situación en la que como explica el profesor Serrano⁸²⁸, *“el sujeto inicialmente capaz, va perdiendo progresivamente y, quizá inexorablemente, sus facultades”*, esa capacidad que le resta al sujeto, que puede ser o no suficiente para constituir un patrimonio protegido, según tenga aptitud para apreciar libremente sus propias circunstancias y la

⁸²⁷ “Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”, páginas 139 y 140.

⁸²⁸ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Pág. 383.

conveniencia o no de prever una solución patrimonial como garantía de la satisfacción de sus necesidades vitales.

Rivera Álvarez⁸²⁹, aduce que, uno de los efectos más habituales de la discapacidad es la dificultad para la autodeterminación, que comporta la necesidad de ayuda en diferente grado de continuidad para obtener recursos y poder administrarlos adecuadamente, entendiéndose que la capacidad de obrar suficiente en estas circunstancias respecto al trámite de constitución del patrimonio protegido, es la adecuada para realizar los actos propios del citado trámite, y/o de su administración según se trate. Sí el discapacitado se reserva la administración del patrimonio protegido, su capacidad ha de ser la suficiente para contratar y disponer; es decir, no estará incapacitado judicialmente. Sí confiere la administración a un tercero, su capacidad será la exigible para los actos de apoderamiento

Luna Serrano⁸³⁰, entiende por capacidad de obrar suficiente para constituir un patrimonio protegido, ser mayor de edad no estar incapacitado ni afectado por incapacidad natural de querer y entender, y en el supuesto de que padezca alguna enfermedad o deficiencia causa de incapacitación, que la modificación de la capacidad declarada en sentencia no afecte a la necesaria para la celebración eficaz del acto que nos ocupa.

Normalmente, serán casos de modificación parcial de la capacidad en los que la figura de guarda constituida sea la curatela, requiriendo solo la asistencia del curador ***“para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”***, a tenor del artículo 289 del Código Civil, que en defecto de pronunciamiento expreso respecto a la concreción de estos actos serán aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial; es decir, los dispositivos del artículo 271, entre los que no se encuentra la constitución del patrimonio protegido.

De todas formas, el patrimonio protegido se constituirá en documento público ante Notario, quien una vez practicado el pertinente juicio de capacidad respecto al constituyente discapacitado capaz de obrar en principio, determinará la aptitud de este para la celebración del precitado acto, procediendo a su autorización o no.

⁸²⁹ RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín M^a, “La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Privado*, nº 1-2/2006, (enero-febrero 2006), utilizamos la versión digital Id.vLex: VLEX-289868, Versión generada por el usuario del ICAM, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid el (11 de febrero de 2009).

⁸³⁰ LUNA SERRANO, Agustín, “El Patrimonio Protegido del discapacitado”, págs. 110 y 111.

1.4.2. PERSONAS DISTINTAS AL DISCAPACITADO

Los padres, el tutor, el curador, y el guardador de hecho están legitimados para constituir un patrimonio protegido a favor del hijo, pupilo, curatelado, o persona bajo guarda.

La legitimación de los padres como constituyentes de un patrimonio protegido a favor del hijo discapacitado, tiene como primer fundamento según el profesor Serrano García⁸³¹, la cada vez más frecuente supervivencia de los hijos discapacitados a sus padres, siendo esta posibilidad la más probable de suceder en la mayoría de los casos.

La segunda cuestión a considerar respecto a la legitimación que nos ocupa, es sí en el caso de los padres, tutor, y curador, el fundamento es la función de representación legal, y de asistencia otorgada por la ley respectivamente, o sí por el contrario, es el solo hecho de ser padres, tutor o curador del discapacitado sin capacidad de obrar suficiente, que les faculta para decidir sobre sus bienes y derechos patrimoniales. No hay que olvidar que, por encima de todas estas circunstancias, está la protección de la persona con discapacidad, auténtica justificación de la legitimación de los citados constituyentes.

El curador se diferencia de los padres y del tutor, en que no tiene la representación legal, pudiendo constituir el patrimonio protegido por iniciativa propia, a título personal con los bienes que él mismo aporta a tal fin; o, completando la capacidad insuficiente para el citado acto del curatelado cuando se dispone a dicha constitución.

La situación del guardador de hecho, sin embargo, promueve la constitución a cargo de los bienes que los padres o tutores hubieran dejado por título hereditario al discapacitado, o en concepto de pensiones. Digamos que, es una reordenación de efectos patrimoniales, a fin de obtener una mayor o más adecuada rentabilidad que revierta en el bienestar del discapacitado, o que permita una más eficaz atención de sus necesidades por la persona que lo guarda. No se entiende esa limitación de bienes, cuando lo importante es la tuición patrimonial, con cualquier clase de bienes, con los que en cada ocasión estén al alcance para tal fin.

⁸³¹ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Pág. 390 y 391.

1.4.3. EL TERCERO CON INTERÉS LÉGITIMO

El artículo 3 en su apartado 2 legitima como constituyente del patrimonio protegido, a *“cualquier persona con interés legítimo”*, que podrá *“solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, y suficientes para ese fin. En caso de negativa injustificada de los padres o tutores, el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta ley. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución”*. Una simple lectura del precepto que reproducimos por su interés especial, nos aclara que, el tercero con interés legítimo no es un constituyente, sino un simple aportante de bienes y derechos al objeto de constituir un patrimonio protegido a favor de una persona con discapacidad, respecto a la que manifiesta un interés legítimo, cuyo alcance y significado no define, dejando tal concepto indeterminado a la interpretación particular de cada caso, aunque entiendo que es la atención del discapacitado que será beneficiario.

El tercero con interés legítimo, hace un ofrecimiento de bienes al propio discapacitado capaz, o a sus padres, tutor o curador, instándoles a constituir como representantes legales o asistente el patrimonio protegido, pudiendo en el supuesto de que se nieguen injustificadamente, acudir al Juez al objeto de que resuelva lo pertinente, entrando en juego la constitución judicial.

López Galiacho, aduce que, el ofrecimiento del tercero *“puede ser libremente rechazado por el discapacitado capaz, pues, en principio, nadie mejor que él para decidir su conveniencia, y contra esa decisión ad nutum no cabría recurso alguno. Pero si aquél fuera incapaz, serán sus representantes (padres, tutores o curadores) quienes autoricen o denieguen por causa justificada la solicitud del tercero constituyente, que entendemos no pueden ser otra que no convenir al interés del posible beneficiario. En caso de negativa, el tercero constituyente puede dirigir su petición al Ministerio Fiscal, quien solicitará del Juez lo que mejor proceda para el fin asistencial del discapacitado. Si la decisión judicial*

fuera finalmente favorable a la constitución, los representantes del discapacitado quedan excluidos ope legis como posibles administradores del patrimonio”. En opinión de este autor, la generalización de esta sanción puede resultar por partida doble contraria a los intereses del discapacitado, pues, por una parte, hay que pensar que los representantes, al negarse, se han limitado a valorar que su constitución no le convenía al discapacitado, y, por otra, puede resultar peligroso para los intereses del beneficiario descartar sin más en la administración del patrimonio protegido a personas tan directa y estrechamente vinculadas con el beneficiario”.

El precepto habla de “*negativa injustificada*”, entendiéndose que, el ofrecimiento del tercero no perjudica, al contrario beneficia al discapacitado, y que, es rechazado por motivos contrarios o al menos no adecuados a su tutela, extremos que el Juez valorará pronunciándose en el sentido conveniente al interés de aquel.

1.4.4. CONSTITUCIÓN JUDICIAL

Aunque la Ley de protección patrimonial no lo mencione expresamente, también el Juez puede constituir un patrimonio protegido, y no solo en el caso de negativa injustificada de los demás legitimados, a instancias del tercero con interés. La cuestión que nos planteamos es si puede ordenar la constitución de un patrimonio protegido en la sentencia de modificación de la capacidad, con los bienes del patrimonio personal del incapacitado, con parte o algunos de ellos, o con los que aporte alguna de las personas legitimadas por la LPPD como constituyentes: padres, tutor, curador, guardador de hecho, tercero con interés, o incluso si puede acordar esa medida con carácter cautelar.

López Galiacho, se pronuncia al respecto, aseverando que, “*el artículo 760 LEC declara, en la dirección que defendemos, que la resolución judicial determinará el alcance y la extensión de la incapacitación, y de ahí que entendamos incluida la posibilidad de tal constitución, bien porque durante el proceso se lo pidiera el Ministerio Fiscal, o el discapacitado que va a ser incapacitado, o sus representantes legales o guardador de hecho, o esos terceros con interés legítimo, o bien porque el Juez de oficio lo considere necesario. Al tratarse de un patrimonio protegido especialmente desde el punto de vista fiscal, no hay que descartar que el Juez decida, por el bien del incapacitado, su constitución con todos o parte de los bienes y derechos del incapacitado, que basten para la atención básica de sus necesidades, que no olvidemos es el fin que persigue la Ley 41/2003. Incluso, entendemos que la*

constitución del patrimonio protegido podía ser una de esas medidas cautelares que el artículo 762, párrafo 1º de la LEC, concede ampliamente al tribunal competente sobre la persona y bienes del presunto incapaz”.

Entiendo que, si la constitución de un patrimonio protegido es una medida imprescindible para la protección patrimonial del afectado, o simplemente un medio para mejorarla, deber ser adoptada judicialmente con carácter cautelar o definitivo, en un procedimiento del 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o como un pronunciamiento más de la sentencia de modificación de la capacidad. No existe un listado de medidas patrimoniales susceptibles de acordar en interés del discapacitado, no existiendo impedimento para que el Juez en el ejercicio de su facultad discrecional opte por la más conveniente, que por supuesto puede ser la constitución de un patrimonio protegido.

1.5. APORTACIONES DE BIENES

La declaración formal de creación de un patrimonio protegido del discapacitado, ha de ir necesariamente acompañada de la dotación de bienes, que será a título gratuito, no cabe la mera declaración constitutiva.

El artículo 3/3 establece con carácter general que, el documento de constitución contendrá necesariamente *“el inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido”*. Por su parte el apartado 2, para el supuesto de que el patrimonio se constituya a instancia de terceros, prevé en su párrafo 1º, que la solicitud deberá hacerse *“ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados y suficientes para ese fin”*, sin especificar qué se entiende por bienes y derechos adecuados y suficientes, ni el criterio a seguir para la definición de tales conceptos en cada supuesto.

Adecuados, quiere decir, de *“contenido económico y patrimonial en sí mismos”*, en palabras de Seda Hermosín⁸³²; es decir, *“deben tener un valor en uso”*, apunta el profesor Serrano⁸³³, aludiendo a ciertos derechos susceptibles de aportación como es un derecho de habitación.

El valor económico es una condición indispensable, si tenemos en cuenta que el fin del patrimonio protegido es sufragar las necesidades del

⁸³² SEDA HERMOSIN, Manuel Antonio, “Protección por terceros: Constitución del Patrimonio separado, Contrato de Alimentos”, págs. 127-151, *Discapacitado, Patrimonio separado y legítima*. Director Fernando Santos Urbaneja, Cuadernos de Derecho Judicial XX (2.005), Consejo General del Poder Judicial, Págs. 136 y 137.

⁸³³ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Págs. 380.

beneficiario y, una de las formas de hacerlo es mediante la aplicación de rentas, que solo pueden producir bienes y derechos de carácter pecuniario.

No obstante, puede ser que un bien tenga valor económico pero no produzca rendimientos, por lo que, esa posibilidad de fructificar tiene que ser real y efectiva en el presente o al menos posible en un futuro, como ocurriría con la aportación de la nuda propiedad de un bien, que si bien no produce una renta inmediata, puede producirla en el futuro.

Los bienes serán transmisibles, teniendo en cuenta que lo que se pretende es constituir un patrimonio que mediante una gestión eficaz produzca beneficios a favor del discapacitado, siendo imprescindible a tal fin que los precitados bienes puedan transmitirse para que por medio de la operación pertinente, se obtengan plusvalías que a su vez serán objeto de nuevas inversiones que den lugar a otros rendimientos que se invertirán en el bienestar del titular. De modo que, se excluyen los derechos personalísimos y todos aquellos que estén fuera del comercio.

Los bienes objeto de la aportación serán suficientes para la consecución del fin que se persigue; es decir, la cuantía de su valor y de las rentas que produzcan o puedan producir, resultará bastante para atender a las necesidades vitales del discapacitado.

El patrimonio protegido puede constituirse como complemento a los ingresos que la persona con discapacidad percibe en concepto de prestación a cargo de los poderes públicos, en este caso como elemento de mejora de sus condiciones de vida, o como único activo destinado a su sustento, es decir, como medio de subsistencia, circunstancias que determinarán el alcance y significado de las *“necesidades vitales”*.

Siguiendo esta idea, el profesor Serrano García⁸³⁴, señala que el patrimonio protegido puede ser concebido como *“patrimonio de gasto”*, cuando la intención es *“aportar a la persona con discapacidad un flujo más o menos constante de rentas, con las que cubrir sus necesidades cotidianas”*, tomando la forma de renta vitalicia, pensión alimenticia, o seguro de vida; aludiendo, a lo dispuesto en el artículo 3/1, c, que prevé la constitución del patrimonio protegido por el guardador de hecho con los bienes dejados por los padres o el tutor por título hereditario, o *“pensiones constituidas por aquellos y en las que hubiera sido designado beneficiario”*. La segunda opción es concebirlo como *“patrimonio de ahorro”*, que consiste en *“atribuirle en una masa de bienes, con cuyo uso y disfrute le sea posible”*, al beneficiario discapacitado, y así *“alcanzar una autonomía, independencia y autosuficiente económica”*, que es

⁸³⁴ Pág. 360 de la obra citada en la nota anterior.

precisamente lo que, se pretende, el libre desarrollo de la personalidad desde las propias limitaciones, objetivo que únicamente es alcanzable asegurando una estabilidad económica.

1.6. EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

El artículo 6 de la LPPD, se dedica íntegramente a indicar cuáles son las causas de extinción del patrimonio protegido: la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, y la pérdida de la condición de persona con discapacidad en la forma establecida en el artículo 2/2 de la ley.

Luna Serrano⁸³⁵, añade que, aunque la ley no lo establezca expresamente, hay que entender como causa de extinción, *“cuando dejen de existir bienes y derechos que integren dicha masa patrimonial, o bien, cabría añadir, que las mismas sean del todo insuficientes para asumir el destino a que se afectan los integrantes en el patrimonio protegido”*. Es decir, cuando los bienes por la causa que sean pierdan las cualidades en virtud de las cuales, son adecuados para el cumplimiento del fin al que se destinan que es la atención de las necesidades vitales de la persona con discapacidad, circunstancia que podría ocurrir, por ejemplo como consecuencia de la insolvencia del titular.

Otra causa de extinción que se debería de añadir, continua Luna, es la decisión de extinguirlo, salvo prohibición expresa del constituyente, del discapacitado titular del mismo con capacidad de obrar suficiente, o de sus representantes legales, posibilidad que se fundamenta en el artículo 1255 del Código Civil, es decir, en el principio de la autonomía de la voluntad.

Una vez extinguido el patrimonio protegido, la cuestión a resolver es el destino de sus bienes, que será distinto según la naturaleza de la causa de extinción, a tenor del artículo 6 apartado 3 de la LPPD. En el caso de muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario, los bienes se integrarán en su herencia, sí se produce por la pérdida de la condición de discapacitado, seguirá siendo titular de los bienes pasando a formar parte de su patrimonio personal, rigiéndose por las normas de Derecho Civil, foral o especial que le sean aplicables.

El constituyente o en su caso el aportante pueden en el documento de constitución, o en el de aportación, prever el destino de los bienes para el caso de la extinción del patrimonio protegido sin más límites que los impuestos por las disposiciones legales. Lo normal será establecer la

⁸³⁵ LUNA SERRANO, Agustín, “El Patrimonio protegido del discapacitado”, Pág. 141-143.

reversión de los bienes a la persona que los aportó, a sus herederos si hubiera fallecido, o a otro patrimonio protegido, o sucesivamente a diferentes patrimonios protegidos, vinculando los bienes a la tuición de las personas con discapacidad. En este último supuesto, Luna Serrano, puntualiza que, *“podría encontrar, en su caso, el límite impuesto a las sustituciones fideicomisarias”*.

El apartado 3 del artículo 6 en su párrafo segundo, dispone respecto a los bienes del patrimonio protegido extinguido que, *“en el caso de que no pudiera darse a tales bienes y derechos la finalidad prevista por sus aportantes, se les dará otra, lo más análoga y conforme a la prevista por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones”*.

El destino lógico de los bienes de un patrimonio protegido una vez extinguido, es la protección patrimonial de otros discapacitados, lo ideal sería a través de entidades dedicadas a este fin, que podrían especializarse en su gestión.

1.7. EL PATRIMONIO PROTEGIDO EN EL DERECHO CATALÁN

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en el capítulo VII, artículos 227/1 al 227/9, contempla la protección patrimonial de la persona discapacitada o dependiente, incorporando al Derecho catalán la figura del patrimonio protegido, que guarda ciertas peculiaridades en relación con el creado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Serán beneficiarios igual que en la LPPD, según el artículo 227/1, las personas con discapacidad psíquica igual o superior al 33% o con discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, y además, las que se encuentren en situación de dependencia en grado III, condiciones que se acreditarán en virtud de certificado administrativo o resolución judicial.

El artículo 227/2, define el patrimonio protegido, como aquel que *“comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por el constituyente, así como de sus rendimientos y subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario”*. Se caracteriza por ser autónomo, y sin personalidad jurídica, y a diferencia de la LPPD, el apartado 2º prevé que *“no responde de las obligaciones del beneficiario”*,

es un patrimonio autónomo y sin personalidad jurídica, estableciendo así su separación de la responsabilidad por las deudas que pueda asumir el beneficiario discapaz, de las del constituyente, ni de las del aportante. Sin embargo, respecto a las aportaciones realizadas en fecha posterior a la formalización de un crédito, si los bienes del aportante no son suficientes para responder de la obligación quedarán comprometidos los que haya cedido al patrimonio protegido, al preceptuar al artículo 227/2/2, que dichas aportaciones, **“no perjudicarán a los acreedores de la persona que las efectuó si faltan otros recursos para cobrarlos”**, no comprometiendo tampoco a los legitimarios de los aportantes.

Ni el constituyente, ni el administrador, ni siquiera el beneficiario persona con discapacidad o dependiente el grado III, son propietarios del patrimonio protegido, ni ostentan sobre él otro derecho real.

Según el artículo 227/3, están legitimadas para constituir un patrimonio protegido cualquier persona incluido el beneficiario, siendo necesaria la aceptación de este último cuando el constituyente sea un tercero y tenga capacidad de obrar suficiente, en su defecto, lo harán sus representantes legales.

La constitución se formalizará en escritura pública, haciendo constar los datos del constituyente y del beneficiario y la autorización de las personas que proceda a tenor de las circunstancias, así como la afectación de los bienes a la satisfacción de las necesidades vitales de este último, que se detallarán al objeto de identificarlos.

Se designará un administrador, que no puede ser el beneficiario, y se establecerá ante quien se rendirá las cuentas de la gestión, las normas de administración y cualquier otra disposición que se considere oportuna.

El patrimonio protegido en el Derecho catalán, se extingue según el artículo 227/7, por la muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario, pérdida de la condición de persona discapacitada o en situación de dependencia, renuncia de todos los beneficiarios, expiración del plazo por el que se constituyó o cumplimiento de alguna condición resolutoria establecida en la escritura de constitución. A instancia del constituyente o de sus herederos, la autoridad judicial acordará la extinción del patrimonio protegido, si el beneficiario incurre en una causa de ingratitud hacia el constituyente, de acuerdo con lo establecido por el artículo 531-15.1.d, en materia de revocación de donaciones.

La extinción del patrimonio protegido lleva implícita su liquidación que realizarán las personas designadas en la escritura de constitución o en su defecto el administrador, que también deberá rendir cuenta final de su gestión al beneficiario o sus herederos según proceda, dando cuenta del remanente si existiere en la forma prevista en la escritura de constitución, pudiendo preverse incluso la reversión de los bienes al constituyente o a sus herederos, a tenor del literal del artículo 227/8, cuando no exista disposición al respecto, el remanente se adjudicará al constituyente o sus herederos.

El patrimonio protegido es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad y todos aquellos que procedan a tenor de la naturaleza de los bienes que lo integran, artículo 227/9, haciendo constar en la inscripción las facultades conferidas al administrador, las causas de extinción, y el destino previsto para el remanente.

2. FIGURAS AFINES AL PATRIMONIO PROTEGIDO

Las fundaciones asistenciales o familiares, son una propuesta de la Doctrina sin desarrollo legal hasta la fecha. El trust, a su vez, es una figura jurídica con regulación propia, prácticamente desconocida en nuestro Derecho, y de gran tradición en otros Ordenamientos Jurídicos sobre todo en los anglosajones, en los que goza de gran notoriedad, siendo utilizada con frecuencia.

La pretensión de estas medidas es plantear formas alternativas de protección patrimonial de las personas en situaciones de discapacidad, dependencia, o capacidad modificada, buscando la adecuación a las circunstancias particulares de cada caso, además de una flexibilización de la tuición, que revierta en un mayor grado de bienestar de los beneficiarios.

2.1. FUNDACIONES ASISTENCIALES O FAMILIARES

La fundación familiar es una figura propuesta por Leña Fernández⁸³⁶, como instrumento jurídico para el supuesto de gestión del patrimonio dotacional a favor del discapacitado a extinguir al fallecimiento de este, con el fin de satisfacer un interés general indirecto sin caer en vinculaciones.

La ley 50/2002, de 26 de diciembre, define en su artículo 2 las fundaciones como *“organizaciones constituidas sin fin de lucro, que por*

⁸³⁶ MARTÍN ROMERO, Juan Carlos, “Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”, Págs. 122, 123, y124, se refiere a la propuesta de Leña en la conferencia “Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos”.

voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general". En el apartado 2º el precepto dispone que *"las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la ley"*

En el artículo 3 párrafo 1, se alude expresamente a la *"asistencia social e inclusión social"*, como uno de los fines preferentes de estas entidades. Entre los beneficiarios a los que se refiere el citado artículo no se encuentran las personas físicas individuales, lo que constituye un signo más de la idea permanente del legislador de prohibir las fundaciones familiares, que reitera en la ley de 2002.

Leña Fernández, pretende que a partiendo del interés general que a tenor del precitado artículo 2 de la Ley de fundaciones de 26 de diciembre de 2002, deben observar estas entidades como calificación de los fines que persiguen, se proceda a regular una subcategoría denominada fundación de asistencia social, que se constituiría desde una concepción de la asistencia individual a una persona incapacitada, discapacitada o dependiente, diríamos hoy, como una manifestación de ese interés general, entendida como la satisfacción o atención de las necesidades de esa persona, que se completa con la afectación de los bienes necesarios para el cumplimiento del precitado fin.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de tales entidades, requeriría de su inscripción en un registro especial, precisando de un patrimonio inicial en cuantía determinada, a desembolsar en el momento de la constitución, con la posibilidad de nuevas aportaciones, precisando la autorización del protectorado o patronos los actos de enajenación y gravamen, pudiendo exigir el informe motivado de la urgencia, necesidad y condiciones de las operaciones de tal carácter que representen un valor superior al diez por ciento del activo de la fundación, y los actos de disposición que superen una determinada cantidad.

Además, la fundación de asistencia regular que durante dos años consecutivos hubiera obtenido unos ingresos anuales superiores a una determinada cantidad, deberá elaborar y presentar al protectorado inventario, balance de situación y cuenta de resultados en los que conste su situación económica, financiera y patrimonial.

Se preveía la no reversibilidad de los bienes, y derechos del beneficiario una vez extinguida la fundación, que se traspasarían a otra fundación similar con idéntico fin.

La fundación asistencial no fue aceptada en su momento, pero indudablemente abrió el debate respecto a la conveniencia de dotar al Derecho español de una figura jurídica de protección patrimonial de las personas discapacitadas, dependientes, o con capacidad modificada, que cristalizaría en el patrimonio protegido.

El profesor Serrano García⁸³⁷, alude a la fundación de asistencia singular⁸³⁸, propuesta con una importante intervención de la ONCE, para organizar y gestionar el patrimonio adscrito a la satisfacción de las necesidades económicas del incapacitado. Esta fundación tendría personalidad jurídica, adquirida por la inscripción en el Registro de Fundaciones y Cargas de asistencia singular, cuya creación de proponía al efecto. Al prever como beneficiario único al incapacitado cuya manutención se encargue de gestionar la fundación, cambiaba el elemento característico tradicionalmente de este tipo de entidades: el cumplimiento de un fin de interés general.

La propuesta añadía que como forma alternativa a la fundación de asistencia particular, una carga de asistencia singular de carácter duradero y afectada a una persona jurídica tutelar. Los llamados titulares de la carga serían personas jurídico pública o privada que no tengan finalidad lucrativa y cuyo fin principal sea la protección de menores e incapacitados, excluyéndose las fundaciones de asistencia singular. A tal fin la titularidad de los bienes o derechos afectados habrían de ser objeto de una transmisión definitiva e incondicionada a la persona jurídica titular que se encargaría de la administración en beneficio del incapacitado. Se preveía, además que, los bienes y derechos que conforman la carga de asistencia singular no responderían en vida del incapacitado de las obligaciones propias de la persona jurídica titular que los administre.

2.2. EL TRUST

El trust es una figura tradicional en los Derechos anglosajones, que se ha extendido recientemente a Italia y Francia, es una institución jurídica de Derecho privado de carácter esencialmente fiduciario que permite a una primera persona llamada settler o founder, transferir bienes a una segunda persona llamada trustee, en provecho de una tercera persona que recibe el nombre de beneficiary. ***“El trustee adquiere la propiedad formal de unos bienes o derechos”*** que corresponde ***“a otra persona que es el***

⁸³⁷ Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Págs. 379 y 380.

⁸³⁸ Propuesta de Ley reguladora del Estatuto patrimonial de incapacitado promovida por la Confederación Española de Fundaciones y el Comité Español de Representantes del Minusválido.

beneficiary-ownership, obligándose a custodiarlos y administrarlos a favor de los beneficiarios o de un fin; esos bienes, son inatacables por los acreedores personales”, explica el profesor Serrano⁸³⁹.

Martín Romero⁸⁴⁰, señala que, el trust se caracteriza por no tener personalidad jurídica, las figuras del constituyente, el trustee, y los beneficiarios, se diferencian de los bienes sujetos al trust que constituyen un patrimonio separado. En realidad consiste en una doble propiedad: la del trustee basada en el common law, y la de los beneficiarios sobre los bienes del trust con fundamento en la equit. Los bienes permanecen fuera del alcance de los acreedores del disponente, del trustee, y de sus causahabientes.

El Juez es el encargado de apreciar si se produce un abuso del trust, se vulnera la norma imperativa, o sí se desprotege o no se protege adecuadamente los intereses generales. Como nota de interés, apuntamos que, no tendría que autorizar los actos de disposición y gravamen del artículo 271 de nuestro Código Civil

Digamos que, esta figura, se caracteriza por la flexibilidad, y el dinamismo, y es un medio adecuado para evitar la rigidez propia de algunos sistemas tutelares, siendo precisamente este motivo el que le ha abierto las puertas fuera del Derecho anglosajón.

Las afinidades del patrimonio protegido y del trust, es que ambos son patrimonios independientes administrados por terceras personas. Se constituyen, en virtud de un acto o declaración unilateral afectando una masa de bienes y derechos a favor del sostenimiento de las necesidades de un tercero, que el caso del patrimonio protegido es una persona con discapacidad.

Luna Serrano⁸⁴¹, señala junto a esas afinidades las diferencias notables que *“subsisten entre el patrimonio protegido y el trust”*, que *“impiden la asimilación de ambas figuras”*. Entre esas diferencias destaca *“la no exigencia en nuestra ley que, en la administración del patrimonio protegido se diferencie entre el disfrute y la gestión, según es característico del trust, pero, sobre todo, no se da en nuestro derecho la segregación o separación del patrimonio protegido respecto al patrimonio personal de su beneficiario, separación que, además, en el caso del trust se logra perfectamente, en cuanto que los bienes adscritos al “found del*

⁸³⁹ Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Pág. 374.

⁸⁴⁰ MARTÍN ROMERO, Juan Carlos, “Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”, págs. 124, 125 y 126.

⁸⁴¹ LUNA SERRANO, Agustín, “El Patrimonio protegido del discapacitado”, Pág. 129.

trust” se traspasan por su constituyente al “trustee”, que los debe administrar o gestionar en beneficio e interés de otra persona, en nuestro caso el discapacitado, quedando de esta forma libre dicho fondo de posible embargo por futuras deudas de su constituyente, que ya no es su dueño, o por deudas personales de su titular o “trustee”, puesto que el “found trust” de que es titular lo gestiona en interés y para satisfacer las necesidades, vitales diríamos en nuestro caso, de un tercero”. La separación de la responsabilidad por las deudas contraídas contra el patrimonio personal, aludido en otro apartado como argumento aducido por la Doctrina que pone en duda la separación del patrimonio protegido del resto del que pueda ser titular el beneficiario discapaz.

Martín Romero, a su vez, reconoce que el trust es una figura ajena a nuestro Derecho y a nuestra tradición jurídica, cuya incorporación a nuestro Ordenamiento generaría ciertos problemas, pero indudablemente permitiría trasladar aunque solo se concibiera en relación a las personas con discapacidad, una solución patrimonial “*práctica y fiscalmente adecuada*”, además de “*flexible y dinámica*”, frente a la rigidez propia de los sistemas de tuición de autoridad, característica esta última responsable de su aplicación fuera de los países anglosajones.

3. BIENES CEDIDOS A TÍTULO GRATUITO

El disponente de bienes a título gratuito, es aquella persona, los padres o un tercero, que cede bienes y derechos a un menor de edad o a un incapacitado sujeto a tutela, bien mediante disposiciones inter vivos o mortis causa. Dichas liberalidades el permitirán al extraño disponer las reglas de administración de los bienes que haya dispuesto gratuitamente, y designar la persona o personas que hayan de ejercerla.

El antecedente en la legislación derogada, en sede de patria potestad es el antiguo artículo 162 del Código Civil que, establecía que, “*corresponderán en propiedad y en usufructo al hijo no emancipado los bienes y rentas donados o legados para los gastos de educación e instrucción; pero tendrán su administración el padre o la madre, si en la donación o en el legado, no se hubiera dispuesto otra cosa, en cuyo caso se cumplirá estrictamente la voluntad de los donantes*”. A tenor del literal de este precepto, el disponente de bienes a título gratuito, tiene la intención de asegurar la formación y educación, separando de la administración paterna los bienes objeto de su liberalidad.

La reforma de 1983, recoge en el artículo 164 las excepciones a la administración de los padres titulares de la patria potestad, en función del

origen de los bienes refiriéndose en el apartado 1, a los **“los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa”**, supuesto en el que **“se cumplirá estrictamente la voluntad de este sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos”**; es decir, el que disponga a título gratuito bienes y derechos a favor de un menor de edad sujeto a patria potestad, puede prever las reglas de su administración, excluyendo de esta función a los padres.

El Código Civil en el artículo 207 de la redacción de 1889 hoy derogado, permitía a los padres y a la persona que dejase al pupilo legado o herencia de importancia, nombrar tutor testamentario. Aunque dicho nombramiento no surtía efectos **“hasta que el consejo de familia haya resuelto aceptar la herencia o el legado”**.

El artículo 209 a su vez afirmaba que **“si por diferentes personas se hubiera nombrado tutor para un mismo menor se discernirá el cargo: 1º. Al designado por aquel de los padres que hubiere ejercido últimamente la patria potestad. 2º. Al nombrado por el extraño que hubiese instituido heredero al menor o incapaz si fuere de importancia la cuantía de la herencia. 3º. Al que designare el que deje manda de importancia”**; y el 210: **“Si hallándose en ejercicio un tutor apareciere el nombrado por el padre, se le transferirá inmediatamente la tutela, sí el tutor que nuevamente apareciere fuese el nombrado por un extraño comprendido en los números 2º y 3º del artículo anterior, se limitará a administrar los bienes del que lo haya nombrado, mientras no vaque la tutela en ejercicio”**. El orden de prelación en el supuesto de coincidencia de varios candidatos se resolvía a favor de la designación paterna, quedando relegado el nombrado por el disponente a título gratuito a la administración de los bienes objeto de la liberalidad.

La reforma de la tutela de 1983, adopta una solución que nada tiene que ver con los anteriores artículos, definiendo el transmitente gratuito de bienes a favor del tutelado en el artículo 227 con el siguiente literal: **“el que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que haya de ejercerla. Las funciones no conferidas al administrador corresponderán al tutor”**. Significa que, aquel que ceda a título gratuito, bienes a favor de un menor o de un incapacitado sujeto a tutela, está legitimado exclusivamente para regular la administración de los mismos, y para nombrar un administrador encargado de dicha gestión.

¿Qué bienes pueden ser objeto de la liberalidad de un tercero a favor de una persona sujeta a tutela a tenor del artículo 227 del Código Civil?

El antiguo artículo 207 del Código Civil, se refería a *“herencia o legado de importancia”*, mientras que, el vigente 227 alude a *“bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado”*. Las diferencias entre ambos preceptos son evidentes y *“notables”* en palabras de Sánchez Calero⁸⁴², porque el 227 legitima a cualquier persona que quiera formalizar una liberalidad inter vivos o mortis causa, a favor de un menor o incapacitado, a establecer las reglas de la gestión de los bienes que cede, pero *“ya no es necesario que lo dejado por el donante o testador al menor o incapacitado sea calificado de “importante”*. Que los bienes transmitidos no sean calificados de importantes, no significa que carezcan de valor, porque al requerir la previsión de unas normas especiales de administración y la gestión de un administrador, se sobreentiende que su entidad es de suficiente envergadura como para ser objeto de actos de disposición y gravamen; es decir, de tener una presencia en el tráfico jurídico. Además, en orden a la importancia de los bienes, no hay que olvidar que, con ellos se constituye una administración separada y paralela a la que le corresponde al tutor, porque el disponente se propone asegurar o mejorar con su liberalidad las condiciones de vida de una persona en una situación especial, y es precisamente esta circunstancia la que justifica la importancia de lo cedido, porque de carecer de valor no sería apto para el cumplimiento del fin que fundamenta el acto de disposición.

Cano Tello⁸⁴³, aduce que, lo que constituye el disponente a título gratuito, es una especie de patrimonio separado por lo menos a efectos de administración, que se rige por las reglas que libremente puede fijar el autor de la liberalidad. Para Sánchez Calero, al amparo del artículo 227 del Código Civil, cualquier persona puede ceder a título gratuito bienes y derechos a favor de un menor o incapacitado, al objeto de proveer a sus necesidades asegurando la formación, educación, atención y cuidado de la persona según los casos, separando de la administración de los bienes objeto de la liberalidad del tutor o de los titulares de la patria potestad, y constituyendo una forma más de protección patrimonial, con la diferencia respecto al patrimonio protegido que solo pueden ser beneficiarios los menores, y los incapacitados judicialmente, quedando excluidos los discapacitados capaces.

⁸⁴² SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Intervención Judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, págs. 291 y ss.

⁸⁴³ CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre la Ley 24 de octubre de 1983*, Pág. 94

Leña⁸⁴⁴, opina abiertamente que, en el supuesto en el que el disponente sea quien sea, nombra un administrador distinto del tutor para la administración de los bienes objeto de su liberalidad, esa ***“masa patrimonial proveniente de una disposición gratuita”***, que se rige por las normas formuladas al efecto, se constituye un patrimonio separado del general⁸⁴⁵ de la persona sujeta a tutela, esa mejora que puede conllevar ese patrimonio se pone ***“al servicio del mejor cuidado del menor o incapacitado”***.

Si el beneficiario está sujeto a tutela, la disposición de bienes a su favor, será aceptada por el tutor, quien si pretende rechazarla deberá solicitar la pertinente autorización judicial a tenor de apartado 4 del artículo 271, que somete al citado trámite la repudiación de liberalidades, termina puntualizando Sánchez Calero.

III.- LA ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO DE LA PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA

La protección patrimonial es la esfera más importante de la tuición de una persona con capacidad modificada, de manera que, de no ser ejercida correctamente impide la adecuada atención y cuidado de su persona, incidiendo negativamente en sus condiciones de vida.

En consecuencia, la administración de los bienes del tutelado es considerada como una de las facetas objeto de las funciones tutelares, afirma González Poveda⁸⁴⁶, fundamentando su aseveración en el literal del artículo 215 del Código Civil, que alude expresamente a ***“la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados”*** como objeto a desarrollar mediante ***“la tutela, la curatela, y el defensor judicial”***. En consecuencia, el artículo 270 dispone que ***“el tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal de los bienes del tutelado”***. El escueto enunciado del precepto nos sugiere la reflexión respecto a dos cuestiones esenciales: la extensión de la gestión conferida al tutor, y la definición del concepto de diligencia de un buen padre de familia como criterio al que se somete la gestión patrimonial.

⁸⁴⁴ *El Notario y la protección del discapacitado*, Pág. 190

⁸⁴⁵ También es de esta opinión CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Págs. 93 y 94

⁸⁴⁶ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, “Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela”, obra *colectiva Los discapacitados y su protección jurídica*, Directores: Pedro González Poveda y José Marcos Picón, págs. 121-169. Pág. 132.

1. LA DILIGENCIA DE UN BUEN PADRE DE FAMILIA

El único criterio señalado por la ley como pauta a observar por el tutor en la gestión patrimonial, es el que corresponde a la ***“diligencia de un buen padre de familia”***. El precitado artículo 270 se limita a mencionarlo sin alusión alguna a su alcance y significado. Según Cano Tello, lo que se quiere dar a entender es que, ***“normalmente, el tutor puede administrar los bienes del tutelado con arreglo a su propio criterio. Únicamente se le exige la diligencia debida que es la que corresponde al arquetípico padre de familia”***.

Lete del Río⁸⁴⁷, a su vez, distingue dos aspectos complementarios en el alcance del concepto que representa la diligencia de un buen padre de familia. El primero se concibe como el módulo de graduación legal de la responsabilidad del tutor, en los casos en los que su gestión no sea adecuada, siendo la medida que define los efectos de la administración como perjudiciales para el interés del tutelado. El segundo se refiere a la situación contraria, cuando constituye la magnitud en base a la que se gradúa el contenido positivo de la actuación del tutor en el ámbito patrimonial.

Palomino Díez⁸⁴⁸, considera la diligencia de un buen padre de familia como el ***“módulo de la responsabilidad civil del tutor en la esfera patrimonial de la tutela”***, exigible a todos los llamados a desempeñar esa función, independientemente de que sean personas físicas o jurídicas, o se ocupen del cuidado de la persona y de los bienes, o solamente de estos últimos, que define ***“un deber que, por un lado, es fuente de obligaciones y, por el otro, establece un modo de cumplimiento de las mismas. Este criterio tradicional o habitual de la diligencia media, la del buen padre de familia, sirve para determinar y exigir la responsabilidad del tutor y tendrá su reflejo en todas y cada una de las actuaciones que lleve a cabo el mismo en la esfera patrimonial de la tutela, abarcando también la gestión que realizan los auxiliares”***.

La diligencia de un buen padre de familia, es un concepto presente tradicionalmente en nuestro Derecho como criterio de responsabilidad, así en el Código Civil, el artículo 1555/2º, impone al arrendatario el deber de ***“usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia”***,

⁸⁴⁷ “Comentarios a los artículos 215 a 285 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albadalejo, Tomo IV, 2ª ED, Edersa Madrid (1985), 235-423, Págs., 382 y 383.

⁸⁴⁸ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Pág. 403 y 404 y ss.

explicando a continuación que actuará de acuerdo a tal regla, cuando la destine ***“al uso pactado, y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra”***.

En sede de usufructo el artículo 497 establece que, el usufructuario ***“deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia”***. Respecto a las obligaciones, el artículo 1094, preceptúa que, el ***“obligado a dar una cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia”***. El 1104 respecto a la culpa o negligencia del deudor, determina que, ***“cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”***. En el mandato a falta de instrucciones del mandante, el mandatario ***“hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia”***, según el artículo 1719 también del Código Civil.

En sede de patria potestad, el artículo 154 en su apartado 2, dispone como obligación de los padres respecto de sus hijos menores de edad ***“representarlos y administrar sus bienes”***, deber de representación y administración que define en el 164 con el siguiente literal: ***“los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales de la Ley Hipotecaria”***. De lo que se desprende que la diligencia que los padres deberán observar en la gestión del patrimonio de sus hijos menores de edad, a tenor de los preceptos del Código Civil, es la que prestan en los asuntos propios. Como dice Palomino Díez, un ***“nivel de diligencia media”***, administrar bienes o hacer cualquier cosa con diligencia, quiere decir, ***“hacerlo con exactitud y fidelidad”***, y ciñéndonos a la cuestión patrimonial, que la ejecución de las gestiones precisas no sea incompleta, pero tampoco se exceda de las atribuciones concedidas por la ley, actuando de buena fe, dando preferencia en todo momento a los intereses del tutelado.

Para Sancho Gargallo⁸⁴⁹, la diligencia de un buen padre de familia exigida por el artículo 270 del Código Civil en la administración del patrimonio del tutelado, obliga al tutor a buscar ***“la mayor rentabilidad”*** y a aplicar los ***“rendimientos económicos a la mejore asistencial y formativa”*** de aquel, porque en definitiva, ***“en última instancia el criterio que debe presidir el ejercicio de la función tutelar es el exclusivo beneficio del incapacitado, por lo que en él”***, la persona con capacidad modificada, ***“deberán invertirse sus bienes asegurando que nunca quedará sin soporte económico”***. El mantenimiento de ***“soporte***

⁸⁴⁹ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela, Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Pág. 191 y 192.

económico”, de recursos suficientes para el cuidado y atención del tutelado es el objeto de la protección patrimonial, efectiva mediante la gestión de los bienes de los que es titular. Siendo precisamente este ámbito el más propicio a suscitar intereses espurios, es donde la ley carga sus instrumentos de control, al objeto de evitar que las funciones tutelares pierdan su carácter asistencial convirtiéndose en un medio de satisfacción de las ambiciones de las personas sin escrúpulos. De ahí que la regla general sea la diligencia de un buen padre de familia.

2. EXTENSIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL REPRESENTANTE LEGAL

La extensión de la administración conferida al tutor por el artículo 270 del Código Civil, se limita a la posibilidad de realizar o no actos de disposición patrimonial, cuestión difícil de resolver, ya que, se trata de la definición del espacio de actuación del representante legal al que se le ha encomendado la tuición de una persona con capacidad modificada, que no puede restringirse de tal manera que entorpezca las gestiones necesarias, o tan amplia que impida cualquier medio de control.

Cano Tello⁸⁵⁰, afirma que *“la administración conferida al tutor debe entenderse en sentido amplio”*, idéntica opinión es la vertida por Ballesteros de los Ríos⁸⁵¹, cuando habla de la interpretación de la extensión de la administración de los padres respecto al patrimonio de sus hijos. Para estos autores, esa interpretación *“amplia”*, comprende también *“la posibilidad de realizar actos de disposición”*, con la excepción de los que *“afecten a derechos que no se pueda disponer por ser de carácter personalísimo”*.

Sancho Gargallo⁸⁵², aduce que, la *“representación patrimonial”* del tutor, *“presupone la administración de los bienes del incapaz, y conlleva la posibilidad de realizar las facultades propias del derecho de propiedad”*, pero que, al referirse a un patrimonio ajeno está *“sujeto a limitaciones”*.

Para González Poveda⁸⁵³, el artículo 270 del Código Civil no establece la extensión del contenido de la administración del tutor, debiendo estar a lo preceptuado en el artículo 215, que le confiere la guarda

⁸⁵⁰ CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Pág. 63

⁸⁵¹ Comentarios al Código Civil, obra citada.

⁸⁵² SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela, Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Pág. 187.

⁸⁵³ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *“Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela”*, Pág. 138.

y protección de esos bienes en sentido genérico, **“lo que podría llevar a pensar que la administración confiada al tutor alcanza solo los actos conservativos del patrimonio”**.

Leña Fernández⁸⁵⁴, a su vez, se refiere al ámbito de actuación en la esfera patrimonial del tutelado, aludiendo a la doctrina del Tribunal Supremo⁸⁵⁵, que comprende los actos de administración ordinaria; es decir, los que tienden a la conservación, goce y uso de la cosa, excluyéndose de extraordinarios o de excepcional administración, o **“aquellos que por la trascendencia o importancia que despliegan sobre la cosa, impiden o dificultan su realización, y exigen, por tanto, para ser llevados a cabo válidamente, no solo la capacidad y demás requisitos suficientes para los administración simple u ordinaria, sino los que se exigen para los actos de disposición”**. Al tutor le corresponderá los actos de administración sobre los bienes del incapacitado, exceptuándose, aquellos que la sentencia de incapacitación establezca que puede realizar por sí solo, necesitando autorización judicial para los actos previstos en el artículo 271 del Código Civil.

Díaz Alabart⁸⁵⁶, y Sánchez Calero⁸⁵⁷, ratifican la postura anterior, puntualizando que, el precitado 271, enumera los actos que por ser de especial trascendencia patrimonial, requieren la autorización del Juez.

La autorización judicial como requisito para este tipo de actos, no es algo nuevo, ya el antiguo artículo 269, recogía una lista con trece supuestos de actos para los que el tutor debía obtener la autorización del consejo de familia, órgano de control del sistema de tutela de familia que imperaba entonces, y que fue suprimido por la reforma de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que implantó el sistema de autoridad y la precitada autorización de la autoridad judicial regulada en los artículos 272 y 272, unificándose en el primero de los preceptos, en virtud de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que además introdujo una variación en el literal.

Palomino Díez⁸⁵⁸, al tratar el régimen jurídico de las autorizaciones judiciales en el Derecho español, afirma que para **“determinar el alcance de la autonomía del tutor en materia patrimonial”**, no es suficiente la lectura del artículo 270, si bien se tendrá en cuenta como disposición de carácter general, añadiéndose los actos **“taxativamente prohibidos al**

⁸⁵⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, págs. 155 y 156.

⁸⁵⁵ En concreto a la Sentencia del TS 17 de octubre de 1978.

⁸⁵⁶ DÍAZ ALABART, Silvia, *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 62.

⁸⁵⁷ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Intervención Judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, págs. 209, 210, 211 y 212.

⁸⁵⁸ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Págs. 452 a 468.

tutor” que recoge el 221. De manera que, los actos permitidos al tutor sin autorización judicial, o lo que es lo mismo la extensión de su administración, se extrae **“de una interpretación a contrario sensu de los artículos 221, 271 y 272 del Código Civil, determinándose cuáles son los actos que el Código Civil no prohíbe o limita al tutor”**. Además, se tendrán en cuenta, los actos que los pronunciamientos de la sentencia de modificación de la capacidad, establezcan como de ejecución por el tutor con autonomía plena. La conclusión es que, **“al tutor le corresponde diversos y variados actos de administración del patrimonio pupilar, sin perjuicio de que también pueda realizar alguno de carácter dispositivo, como ventas de muebles no valiosos”**, que pueden ser considerados de administración ordinaria debido a su escaso valor económico.

La gestión patrimonial se divide en actos de administración ordinaria tendentes a sufragar gastos corrientes y cotidianos, y de administración extraordinaria, que comportan la disposición o gravamen de bienes y derechos, los cuales por su trascendencia para la integridad y rentabilidad del patrimonio requieren un control especial, que en la función tutelar es la autorización del Juez, como órgano encargado de la salvaguarda de su ejercicio a tenor del artículo 215 del Código Civil.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Para Cano Tello⁸⁵⁹, la autorización judicial como requisito es una consecuencia lógica del sistema de autoridad impuesto por la reforma de 1983. La relación de actos del artículo 271 del Código Civil, no difiere de los del antiguo y derogado 269 que requerían entonces la autorización del consejo de familia, afectando a derechos personalísimos indisponibles, en el caso del internamiento en un centro de salud, de educación o formación especial, o a bienes de importancia económica cuya disposición irregular o incontrolada puede causar daños y perjuicios irreparables.

González Poveda⁸⁶⁰, aduce que la función de salvaguarda del ejercicio de la función tutelar conferida al Juez en virtud del artículo 216 del Código Civil, **“se manifiesta en la actividad de la administración de los bienes, limitándola cuando esos actos exceden de la gestión ordinaria y de las facultades normales de la administración mediante la exigencia de autorización judicial para realizar determinados actos. Se trata de aquellas actuaciones que tienen una especial incidencia en la vertiente patrimonial de la tutela, por su eventual perjuicio o consecuencias**

⁸⁵⁹ CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela*, págs. 63 y 64.

⁸⁶⁰ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, “Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela”, Pág. 139.

desfavorables”. El principio inspirador de estos preceptos es *“el de la más eficaz protección del tutelado”*, premisa que ha de presidir la interpretación del artículo 271 en todos los supuestos, constituyendo su fundamento: *“el principio jurídico básico que le sirve de justificación”*. Se pretende que la protección sea completa, en su grado máximo de efectividad y eficacia, de manera que, los preceptos legales *“habrán de ser aplicados en armonía con ese principio, permitiendo la analogía para casos semejantes y no considerarlos como disposiciones excepcionales de aplicación restrictiva”*⁸⁶¹.

Díaz Alabart⁸⁶², en su análisis se refiere a *“algunos ámbitos de especial trascendencia con respecto al patrimonio del tutelado”*, que requieren que el tutor solicite la autorización judicial para realizar ciertos actos, concretamente los señalados en el artículo 271 del Código Civil, y *“aquellos que pudiera determinar la sentencia de incapacitación”*.

Palomino Díez⁸⁶³, muestra una actitud crítica hacia el contenido del artículo 271 del Código Civil, mostrando su preferencia por el establecimiento de un régimen jurídico de responsabilidad del tutor más completo, apuntando su *“reducida autonomía en el ámbito patrimonial de la tutela”*, calificando de *“bloque excesivamente numeroso”* los actos que precisan la autorización judicial previa, que privan de libertad de movimientos al representante legal de la persona sujeta a tutela en la gestión de sus bienes, *“quedando esta reducida en su desarrollo, alcance y funcionalidad”*. Precisamente, la configuración de la tutela en nuestro Derecho como sistema de autoridad, tiene como efecto que las facultades del tutor sean muy limitadas, siendo un claro ejemplo, los once actos detallados en el artículo 271 que *“comprenden la mayor parte, y sobre todo lo más importante, de los actos que integran habitualmente la esfera jurídica del tutelado”*. La trascendencia de esos actos constituye en principio suficiente motivo para restringir la actuación del tutor, pero no hay que olvidar que, ese control revierte en una paralización o dilatación en el mejor de los casos del ejercicio de la tutela de efectos perjudiciales. Palomino Díez vuelve a insistir como medida más efectiva en el establecimiento de un régimen jurídico de responsabilidad del tutor que facilite la reclamación oportuna cuando de sus actos de deriven daños y perjuicios para el patrimonio del tutelado, reduciendo el número de actos que requieren la autorización del Juez.

⁸⁶¹ Pág. 142 obra citada en la nota anterior, citando en su apoyo a Amorós Guardiola y Gil Rodríguez.

⁸⁶² DÍAZ ALABART, Silvia, *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 62.

⁸⁶³ PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: Obligaciones y responsabilidad*, Págs. 452 a 468.

Sancho Gargallo⁸⁶⁴, se muestra claro y conciso aduciendo que el fin de la autorización judicial prevista en el artículo 271 del Código Civil es **“proteger los intereses económicos del incapacitado”**, supeditando la eficacia de los actos especificados en el citado precepto al cumplimiento de dicho trámite.

Sánchez Calero⁸⁶⁵, se manifiesta abiertamente a favor de la autorización judicial, que considera **“más adecuada”** que **“la del consejo de familia”** del derecho derogado en 1983. El objeto es controlar la actividad del representante legal, reconociendo que, con frecuencia la lentitud de los trámites judiciales paraliza el ejercicio de la tutela, produciendo el efecto contrario al perseguido, perjudicando sin posible reparación el patrimonio y por extensión el bienestar del tutelado. Destaca que, se exige autorización judicial al tutor para un mayor número de actos que a los padres titulares de la patria potestad, extremo que denota una mayor desconfianza del legislador hacia los tutores, subrayando la función tutelar de los artículos 166 y 271, en el sentido de **“ejercitar un control de aquellos actos de mayor trascendencia para el menor o incapacitado valorando su conveniencia por concurrir causas de necesidad o utilidad la operación resulta justificada frente a posibles abusos de poder o errores por parte de los representantes legales”**⁸⁶⁶. Ahora bien, la ratio o finalidad de dichos preceptos no se agota en ese fin, al contrario se extiende **“a la forma modo o mecanismo que la ley impone para asegurar la efectividad de tal protección”**. La ley exhorta a **“proteger los intereses”** de las personas sujetas a tutela, exigiendo que se haga **“de determinada forma”** que ampara **“en la ratio de la norma y no solo en su letra”**, imponiendo **“coactivamente el cumplimiento de determinados requisitos”** que por esta razón, **“adquieren la naturaleza de elementos esenciales y necesarios para la validez del acto”**.

El legislador en el caso concreto del artículo 271, desarrolla el principio de protección de la persona y de los bienes de aquel que se encuentra sujeto a tutela a causa de su capacidad modificada, y en concordancia con el principio de autoridad que preside nuestro sistema de guarda, regula no solo el fondo del medio de control que requiere la importancia de una serie de actos, también la forma exigiendo un procedimiento determinado.

⁸⁶⁴ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela, Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Pág. 189.

⁸⁶⁵ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Intervención Judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, págs. 235, 244 y 245.

⁸⁶⁶ Pág. 319 de la obra reseñada en la nota anterior.

Chimeno Cano⁸⁶⁷, fundamenta las autorizaciones judiciales en el principio de autoridad, que confiere al Juez la función de control de la tutela, aseverando que, ***“con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones propias del cargo tutelar, la ley ha establecido una serie de medidas fiscalizadoras de su función, que son las autorizaciones judiciales y la rendición de cuentas, al margen de aquellas que pueden ser discrecionalmente dispuestas por el juez”***. Porque precisamente, ***“el sistema de tutela de autoridad se apoya como en uno de sus pilares en la asunción por el juez de todas aquellas autorizaciones y controles que antes correspondían al consejo de familia”***.

Todos los actos contenidos en la lista del artículo 271 del Código Civil por la especial gravedad o riesgo que implican, exigen un juicio de valor previo sobre la conveniencia y oportunidad para el beneficio del afectado, o al menos la falta de perjuicio, que reporta su realización al afectado.

El internamiento involuntario en un centro de salud o de educación especial, constituye una quiebra o infracción de los derechos personalísimos, al implicar una limitación del derecho a la libertad individual, a la salud y a la integridad física, razón de sobra por la que es precisa la autorización del Juez una vez apreciado que es una medida imprescindible.

El resto de los actos son de naturaleza dispositiva, que en el caso de mandato o representación voluntaria, requerirían el otorgamiento de un poder especial o un poder general con una cláusula especial en la que expresamente conste la autorización para su realización. De ahí que, en el supuesto de representación legal se confiera al Juez el control de su pertinencia en virtud de la autorización prevista en el precitado artículo 271. Reflexión que apunta Sánchez Calero en su afán de fundamentar sólidamente su postura favorable a la exigencia de tal requisito.

Nada más tenemos que añadir a la consideración de las autorizaciones judiciales del artículo 271 del Código Civil, como trámite característico del sistema de autoridad, que lo concibe como instrumento de protección de la persona con capacidad modificada en actos de especial riesgo para su bienestar.

⁸⁶⁷ CHIMENO CANO, Marta: *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, págs. 176, 177 y 178.

4. ACTOS SUJETOS A AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Diez son los actos para los que el artículo 271 del Código Civil exige la autorización del Juez. En el primer apartado se refiere al internamiento del tutelado “*en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial*”, el internamiento involuntario, único supuesto de la lista que se refiere a la esfera personal.

El trámite de autorización judicial de un internamiento puede ser fácilmente evitado mediante la oportuna disposición en el documento de autotutela, o en unas instrucciones previas que no requieren observar forma alguna, siendo validas incluso las emitidas verbalmente a un facultativo o a un familiar o allegado. En ambos casos, el interesado puede prever las circunstancias de su ingreso en el centro que el mismo elija.

El resto de actos consignados en los demás apartados, son patrimoniales de naturaleza dispositiva y de gravamen, que analizamos a continuación.

4. 1. ACTOS DISPOSITIVOS

El literal del apartado 2º del artículo 271 del Código Civil, exige la autorización judicial al tutor 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*”.

Cano Tello⁸⁶⁸, fundamenta la exigencia de autorización del Juez respecto a los actos descritos en el citado apartado 2º del 271, en la importancia económica y alto valor que los bienes referenciados pueden alcanzar. En realidad, es “*un tributo a las condiciones económicas de nuestro tiempo y constituye en realidad una puesta al día de nuestra legislación en este punto como ha sido en tantos otros*”. Esta consideración no es una novedad de la reforma de la tutela de 1983, ni siquiera de la regulación derogada de la redacción del Código Civil de 1889, existe un precedente nada más y nada menos que en Las Partidas, concretamente en la Partida 6ª, Título XVI, Ley 18.

Siguiendo la anterior reflexión, la autorización judicial afecta tanto a los bienes inmuebles que son calificados como tales sin dificultad, al ser

⁸⁶⁸ CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Págs. 64 y 65.

tradicionalmente conocidos como bienes raíces por su unión y vinculación al suelo, como a los muebles, definidos en el precepto genéricamente como “*objetos preciosos*”. El Código Civil en situaciones análogas a la que nos ocupa, los bienes de los menores emancipados, y de los cónyuges, en los artículos 323, 1321 y 1346/7, utiliza la ambigua expresión: objetos de “*extraordinario valor*”, no aclarando nada al respecto, por lo que concluimos que objeto precioso es un concepto jurídico indeterminado a definir por el Juez en cada caso.

La calificación de un objeto como precioso, valioso o de extraordinario valor, se efectuará aplicando un criterio objetivo que nos indica que pertenece a esa categoría todo aquel que sea de mucho valor o elevado coste. Si existiera alguna duda se acudiría a un criterio subjetivo como es la valoración de la situación económica y el nivel de vida del tutelado. En la duda siempre es conveniente solicitar la autorización judicial.

Con la expresión establecimientos mercantiles e industriales, el legislador no se refiere a la base física de la empresa, sino al conjunto organizado de recursos materiales e inmateriales que la componen y que el empresario utiliza en su actividad. El acto dispositivo ha de afectar a la empresa como un todo, y para evitar fraudes, a los elementos que supongan una alteración esencial de aquella.

Los valores mobiliarios son títulos emitidos en serie excluyendo los efectos de comercio⁸⁶⁹. La exigencia de autorización judicial para la venta de estos bienes, es considerada por algún sector doctrinal como un entorpecimiento de su tráfico, puesto que en ocasiones la gestión diligente de un patrimonio mobiliario, requiere la rápida e inmediata enajenación de un valor y su sustitución por otro. Por otro lado, cuando los valores coticen en bolsa, el precio vendrá fijado objetivamente impidiendo fraudes en la operación, haciendo innecesario el control judicial del 271.

El tutor tiene plenas facultades de administración de los valores mobiliarios, la ejecución de todos los trámites necesarios para el cobro de intereses y dividendos, el ejercicio del derecho al voto en las juntas de accionistas de especial relevancia cuando el porcentaje de participación en la sociedad es importante, y para la obtención de primas de asistencia y otras remuneraciones que le pudieran corresponder.

El último inciso del apartado 2º del artículo 271, excluye del requisito de autorización judicial la venta del derecho de suscripción preferente de acciones, en esta cuestión la doctrina sigue la postura de

⁸⁶⁹ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, “Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela”, Pág. 145.

Amorós Guardiola⁸⁷⁰, manteniendo que, el derecho a suscribir no implica una renuncia, que como tal, necesitaría de autorización judicial a tenor del apartado 3 del precitado precepto, precisamente porque el precio de venta viene fijado por el mercado, extremo que determina que el perjuicio para el menor o incapacitado por una operación inoportuna, es algo difícil por no decir imposible en la realidad.

4.1.1. REQUISITOS: A) CARÁCTER DISPOSITIVO, B) INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Los actos y contratos sujetos a autorización judicial tendrán “*carácter dispositivo*” y serán “*susceptibles de inscripción*”, según el apartado 2º del artículo 271 del Código Civil, precisión introducida en el precepto por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, con la que se quiere explicar la naturaleza de dichos actos.

Los actos dispositivos tienen como efecto a transmisión de bienes, en este caso del patrimonio del tutelado hacia otro cuyo titular es un tercero, también son considerados como tales los que consisten en la constitución de una carga o gravamen real, por el menoscabo que pueden causar en el valor y rentabilidad en el conjunto de los bienes del tutelado.

A) CARÁCTER DISPOSITIVO

González Poveda⁸⁷¹, define los actos dispositivos, como aquellos de “*causa onerosa*”, al ir acompañados de una contraprestación o contrapartida; y los de gravamen, como “*los que se traducen en la constitución de una carga o gravamen real*”, que tendrá que soportar el adquirente de la cosa a la que afectan, que en este caso será la persona sujeta a protección. Tanto las enajenaciones como los gravámenes, pueden comprometer seriamente el patrimonio del pupilo si no se realizan atendiendo a un criterio de conveniencia y oportunidad.

Son actos de enajenación la venta, la permuta, la dación o adjudicación en pago de deudas, toda aportación que sin tener la consideración de gravamen real disminuye el valor económico del bien sobre el que recae. Como actos de gravamen se pueden citar los de constitución onerosa de derechos reales inmobiliarios: usufructo, servidumbres, censos, superficie, hipoteca, anticresis, tanteo, retracto, opción y demás situaciones de garantías real de inmobiliaria.

⁸⁷⁰ “Comentario al artículo 271/2”, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, págs. 456 y 457.

⁸⁷¹ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, “Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela”. Pág. 143 y 144.

En el caso de la hipoteca, la Doctrina discute respecto a la necesidad de autorización judicial para su cancelación por el pago del crédito que garantiza. La duda tiene su fundamento en el artículo 178 del Reglamento Hipotecario, que libera de tal requisito a los padres que en el ejercicio de la patria potestad cancelan la hipoteca sobre el bien del hijo al haber satisfecho previamente la pertinente deuda. En sede de tutela no existe una norma similar, y se plantea por algunos la interpretación y aplicación analógica de dicho precepto. La Doctrina mayoritariamente se inclina por la exención de autorización judicial en la tutela en el supuesto que nos ocupa, porque si bien, la cancelación supone el desembolso previo de la cuantía adeudada y demás gastos de tramitación de la operación, lo que se pretende es eliminar una carga pendiente con el efecto inmediato de aumento de valor y de la rentabilidad del bien, y en consecuencia del patrimonio en general que dejará de contabilizar pasivo, o al menos lo disminuirá.

Otro argumento a favor de esta postura, es que el tutor está legitimado a cobrar el crédito que se le adeuda al tutelado, y a otorgar en este caso carta de pago, correlativamente no tiene razón de ser negarle la legitimación para cancelar una hipoteca que garantiza una deuda ya satisfecha, estimando que este supuesto se comprende en el apartado nº 3 del artículo 178 del Reglamento Hipotecario y no en el 1º, y que es de aplicación analógica a la tutela con preferencia al artículo 271 del Código Civil, como norma especial en materia hipotecaria, explica Sánchez Calero⁸⁷².

Los actos dispositivos a título oneroso de los bienes detallados en el artículo 271/2 del Código Civil, estarán exentos de autorización judicial, afirma Palomino Díez⁸⁷³, cuando no tengan un carácter voluntario, incluyendo en estos supuestos **“la enajenación en expediente de expropiación forzosa, la ejecución judicial o administrativa, la retroventa y la venta de bien indivisible en subasta pública, al amparo de lo dispuesto en los artículos 404 y 1062 CC”**. Tampoco la precizarán los actos que siendo susceptibles de inscripción no tienen un carácter dispositivo, como son los de modificación puramente registral, que el tutor está obligado a hacer como representante y administrador, entre los que se encuentran las declaraciones de obra nueva sobre un inmueble, la constitución en régimen de propiedad horizontal, la disolución de comunidad, la agrupación, agregación, segregación y división de fincas, la cancelación por pago de hipotecas o condiciones resolutorias, la determinación de la naturaleza privativa o ganancial de los bienes de la

⁸⁷² SÁNCHEZ CALERO, Blanca, *La Intervención Judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Pág. 214.

⁸⁷³ *El tutor: Obligaciones y responsabilidad* Pág. 455...458.

herencia, la adjudicación a un coheredero de bienes de la herencia con la obligación de compensar en metálico a los demás.

Sin embargo, por lo que se refiere a la constitución del régimen de propiedad horizontal de un edificio y a las modificaciones hipotecarias, no faltan autores que entienden necesaria la autorización judicial, al considerar estos actos como de riguroso dominio ajustándose a los presupuestos del apartado 2 del artículo 271. Asimismo, el tutor puede celebrar contratos de aseguramiento de la persona del tutelado o de los bienes que integran su patrimonio.

B) INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Cano Tello⁸⁷⁴, puntualiza que, *“acto o contrato susceptible de inscripción equivale a acto o contrato inscribible, ya que en nuestro Derecho la inscripción no es obligatoria. El título no inscrito no produce efecto contra tercero; pero la ley, generalmente, deja la inscripción al arbitrio de la voluntad de las partes siendo facultativa de estas”*.

La regla general del Derecho español es que, la inscripción de inmuebles es declarativa, voluntaria y rogada. Sin embargo, existen actos y contratos que por su naturaleza son de necesaria inscripción para el nacimiento del derecho que constituye su efecto jurídico, entre ellos nos encontramos con la hipoteca, la cesión de un crédito hipotecario, o la constitución del derecho de superficie. No obstante, en todos los supuestos de posible inscripción deberá solicitarse la autorización judicial.

En cuanto a la clase de registro en el que se inscribirá en acto o contrato, la opinión de la Doctrina es diversa, desde los que desde una interpretación restrictiva del artículo 271/2, se decantan como única posibilidad el Registro de la Propiedad, a los que consideran que el precepto alude a todos los registros de carácter patrimonial, y por último, los que desde una interpretación amplia se deciden por cualquier registro público⁸⁷⁵.

4.2. RENUNCIA DE DERECHOS, TRANSACCIÓN Y ARBITRAJE

El apartado 3 del artículo 271 exige la autorización judicial para *“renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado”*. En principio, tanto la renuncia de

⁸⁷⁴ Página 65, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*.

⁸⁷⁵ En este sentido ver: Cano Tello, Sánchez Calero, Leña Fernández, González Poveda, en las obras ya citadas.

derechos, como la transacción y el arbitraje, pueden constituir actos de disposición patrimonial, con el perjuicio correspondiente para el tutelado.

En lo que se respecta a la renuncia, la generalidad de la redacción del precepto, lleva a la Doctrina a plantearse la cuestión de la clase a la que se refiere: la gratuita, la onerosa o ambas. Surge así dos posturas, una rígida representada por Amorós Guardiola, y otra flexible defendida por Gil Rodríguez⁸⁷⁶.

La corriente rígida entiende que, la autorización judicial es preceptiva tanto para la renuncia gratuita como para la onerosa, considerando que ambas tienen un carácter dispositivo.

La opinión contraria mantiene que, el apartado 3º del artículo 271 comprende la renuncia abdicativa en principio gratuita, excluyendo la traslativa que constituye una transmisión, que si es onerosa está sujeta a la autorización del Juez si recae sobre los bienes especificados en el apartado 2º, y sí es gratuita lo está en virtud del 9º, al asimilarse a una disposición a título gratuito.

González Poveda, se adhiere a esta última doctrina, puntualizando que, ***“tanto porque la renuncia propia aun cuando requiera poder de disposición, no es exactamente ni enajenación ni gravamen cuanto porque en el contexto de este número 3 no se concreta por la clase valor de lo renunciado, alcanza cualesquiera bienes o derechos”***.

En la transacción, la autorización judicial se justifica en la equiparación de este acto con la enajenación, a tenor de la vieja máxima romana ***“transigere est alienare”***, que en nuestro Derecho tiene como fundamento legal el artículo 1811 del Código Civil, que prohíbe al tutor transigir derechos del pupilo sin observar los requisitos establecidos en el precitado cuerpo legal, en clara alusión al 271/3 que nos ocupa. En este sentido, la Doctrina es unánime en la necesidad de solicitar autorización al Juez, independientemente de la naturaleza de los derechos o bienes objeto de transacción o de su valor. Citamos como ejemplo el razonamiento de Díaz Alabart⁸⁷⁷, afirmando que ***“la regla clásica transigere est alienare, ha sufrido alguna modificación por lo que se refiere a la tutela, ya que, ahora el tutor podrá enajenar algunos bienes del tutelado sin autorización judicial, y en cambio necesita en todo caso esa autorización para transigir sobre ellos”***.

⁸⁷⁶ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, “Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela”, Pág. 148.

⁸⁷⁷ La Protección jurídica de las personas con discapacidad, Pág. 62.

Sánchez Calero⁸⁷⁸, se ratifica en el carácter indispensable de la autorización judicial al tutor que se dispone a transigir sobre cualesquiera bienes y derechos, aludiendo expresamente con ejemplo que puede ser habitual, las transacciones con compañías de seguros para el cobro de las indemnizaciones que pudieran devengarse a favor del tutelado, fundamentando con el precitado artículo 1811 del Código Civil su postura.

En el caso del arbitraje, no existe duda la doctrina mayoritariamente entiende que es preciso la autorización judicial para someter a arbitraje cualquier cuestión en la que el tutelado esté interesado, y que abarca cualquier tipo de arbitraje de derecho o de equidad, incluso aquel que de forma libre, informal e impropia pudiera pactar el tutor.

4.3 ACEPTACIÓN Y REPUDIO DE LA HERENCIA Y LAS LIBERALIDADES

El apartado 4º del artículo 271, exige autorización judicial para *“aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar esta o las liberalidades”*.

La aceptación pura y simple sin beneficio de inventario de la herencia convierte al heredero, en el caso que nos ocupa al tutelado, en responsable de todas las deudas del causante, no solo con los bienes del caudal relicto, sino también con los suyos propios comprometiendo la integridad de su patrimonio, a tenor del artículo 1003 del Código Civil.

La autorización judicial en este supuesto está más que justificada, como dicen Sánchez Calero y González Poveda⁸⁷⁹, lo que se pretende es *“evitar que el menor o el incapacitado pueda responder ilimitadamente de las deudas de la herencia”*. Si el tutor acepta sin autorización judicial, se supone ex lege que lo hace a beneficio de inventario.

Palomino Díez⁸⁸⁰, alude a la responsabilidad del representante legal, si pierde el beneficio de inventario al concurrir alguno de los supuestos previstos en el artículo 1024 del Código Civil, es decir, si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de sus bienes, derechos o acciones de la herencia; o, si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización. Las circunstancias descritas denotan una actitud

⁸⁷⁸ *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Págs. 217.

⁸⁷⁹ “Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela”, Págs. 217 y 218.

⁸⁸⁰ *El Tutor: obligaciones y responsabilidad*, Pág. 457.

negligente en la conducta del representante legal: un deplorable ejercicio de la tuición que le fue encomendada.

La autorización que se exige para el repudio de la herencia comprende tanto la testamentaria como la legítima. En el caso de que el Juez no autorice no implica la aceptación a beneficio de inventario, debiendo el tutor aceptarla expresamente de esta manera al estar en este supuesto exento de recabar el trámite del 271.

El Código Civil no dispone nada respecto a la aceptación de legados, el legatario solo está obligado a responder del gravamen hasta el valor de lo legado, al no ser posible la responsabilidad ultra vires a tenor del último inciso del artículo 858, por lo que en principio no será necesaria la autorización judicial. Si bien la gran variedad de legados que admite nuestro Derecho, recomienda prudencia al tutor, sobre todos en algunos casos como el legado de cosa propia del legatario previsto en el artículo 863, o los que conllevan la imposición de alguna carga, condición o modo, supuestos en los que se solicitará autorización al Juez, al objeto de comprobar si compromete el patrimonio del tutelado y por lo tanto es contrario a su interés⁸⁸¹.

En el capítulo del repudio de liberalidades, la autorización judicial se exige a todos los actos de esta naturaleza: las donaciones, para cuya aceptación no será necesaria siempre que sea pura y simple, la condonación o cesión gratuita de un crédito, la promesa unilateral, y los legados⁸⁸².

Como en todos los supuestos del artículo 271, en caso de duda respecto de la naturaleza de la aceptación o renuncia de la herencia, donación o liberalidades, y de los efectos que acarrearía al tutelado, lo correcto es solicitar la autorización al Juez, al objeto de que deje constancia de forma notoria la conveniencia y oportunidad del acto.

4.4. GASTOS EXTRAORDINARIOS

En nuestro Derecho no existe un precepto que defina el concepto de gastos extraordinarios, el artículo 500 párrafo 2º del Código Civil en sede de usufructo considera “*ordinarias*” las reparaciones, “*que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación*”, interpretando que serán

⁸⁸¹ En este sentido se manifiesta la Doctrina entre ellos, Lete del Río, Cano Tello, y González Poveda.

⁸⁸² González Poveda y Díaz Alabart.

extraordinarios los desembolsos que no se correspondan con las circunstancias descritas.

Cano Tello⁸⁸³, alude a la definición de gastos extraordinarios formulada por Mucius Scaevola, que considera como tales *“los llamados gastos útiles (pero no indispensables), de puro lujo y mero recreo”*, que tendrán tal calificación según la situación económica del tutelado.

El derogado artículo 269/11 del Código Civil en su redacción de 1889, se refería a *“fincas”*, mientras que el vigente 271/5º, habla de bienes. Cano Tello, interpreta ambos preceptos coordinadamente concluyendo que *“se debe tratar de bienes de cierta entidad, de modo que el gasto sea importante en relación con el valor de los mismos, y que esos sean también de cierta importancia”*.

Sánchez Calero⁸⁸⁴, propone conjugar el criterio expuesto por el precitado artículo 500 del Código Civil, con el nivel socioeconómico del tutelado, que indicará las condiciones de su vida ordinaria, y por extensión los gastos que tienen un carácter extraordinario. Postura que podemos decir que es la mayoritariamente asumida por la Doctrina.

Aparte de la capacidad económica del tutelado, el tutor apreciará el carácter extraordinario de un gasto y su pertinencia, observando la diligencia de un buen padre de familia, regla que prescribe el artículo 270 para la administración del patrimonio en general, y a la que no pueden ser ajenos los gastos extraordinarios como parte de la gestión de los bienes. El representante legal actuará con prudencia y ponderación, evitando los que por excesivos constituyan un evidente perjuicio para bienestar de la persona sujeta a tutela, y realizando aquellos que pueda permitirse y supongan un beneficio.

La autorización judicial no solo será exigible para los desembolsos de las cuantías en metálico en concepto de gasto extraordinario, sino también para la constitución de relaciones jurídicas de las que se derive un dispendio de tal carácter, siendo innecesaria para los actos de mera conservación considerados como ordinarios.

La interpretación del apartado 5º del artículo 271 del Código Civil, ha de ser restrictiva, entendiéndose que no es de aplicación a los gastos de la persona del tutelado.

⁸⁸³ CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Págs. 70 y 71

⁸⁸⁴ *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Pág. 221.

4.5. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

El supuesto de autorización judicial del apartado 6º del artículo 271, se refiere a ***“entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía”***, literal del que surgen varios conceptos a definir.

El precepto utiliza la expresión ***“entablar demanda”***, más restringida que reclamación judicial, entendiéndose que están excluidas de la autorización judicial las acciones penales, los actos de jurisdicción voluntaria que no se promueven mediante demanda, y la contestación a las demandas interpuestas de contrario, eso sí siempre y cuando no se formule reconvencción, trámite procesal que aunque no es mencionado requiere la autorización del Juez, al implicar la formulación de una demanda contra el actor principal, que convierte al demandado en demandante.

Sánchez Calero⁸⁸⁵, critica la omisión de cualquier referencia al allanamiento del tutor, que puede ser consecuencia de ignorancia o mala fe, o puede suponer una renuncia o pérdida de un derecho, ambos casos pueden causar daños al tutelado, siendo necesario solicitar la autorización del Juez.

Al contrario que lo que ocurría en el derecho derogado con el antiguo artículo 269/10 del Código Civil que exigía la autorización del consejo de familia para demandar y para interponer recursos de apelación y casación, el vigente 271/6º confiere autonomía al tutor para instar todo tipo de recursos contra sentencias y resoluciones, incluyendo los de queja y la nulidad de actuaciones. Palomino Díez, fundamenta esta exención en que la ley prevé unos plazos de prescripción muy breves del citado trámite procesal, razón por la que pueden ser considerados como asuntos urgentes, igual que los pleitos cuyo objeto consista en la adopción de medidas que admitan demora.

Tampoco existe aclaración legal del alcance de los conceptos de urgencia y escasa cuantía. Para Cano Tello, ***“el concepto de urgencia es de libre apreciación por el interprete”***, por el tutor se entiende, ***“lo que no quiere decir que pueda ser arbitraria, sino que habrá de tener en cuenta lo que un diligente padre de familia consideraría como urgente”***. El grado de urgencia de un acto es proporcional al daño que se pretende evitar con su realización.

⁸⁸⁵ La Intervención Judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados, Pág. 223, 224 y 225.

La **“escasa cuantía”** de los pleitos se ha de medir en relación a la fortuna, las rentas, o la cuantía del patrimonio del tutelado, afirman Palomino Díez⁸⁸⁶ y Cano Tello⁸⁸⁷, no en función de criterios procesales como en la antigua regulación que se refería a los juicios verbales.

Sánchez Calero, al contrario opta el procesal que considera más objetivo concretamente al **“montante económico cuando el objeto del pleito es una suma de dinero o algo valuable”**, en correspondencia con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que clasifica los procedimientos según la cuantía e importancia del objeto litigioso, estableciendo a su tenor las reglas para la determinación del proceso oportuno a cada supuesto⁸⁸⁸.

Salvo los casos exentos y aquellos en los que la escasa cuantía de su objeto sea notoria, el tutor actuará con la diligencia de un buen padre de familia, solicitando la autorización judicial si existe duda alguna respecto a la naturaleza y efectos del pleito que se dispone a iniciar.

4.6. ARRENDAMIENTOS

La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, establecía en su artículo 57 la prórroga forzosa e indefinida del contrato de arrendamiento a favor del arrendatario, definida como derecho irrenunciable en el artículo 6 de la citada ley. En esta tesitura era lógico que la reforma de la tutela de 1983 optara por la protección patrimonial del tutelado propietario de bienes inmuebles, porque como explica Cano Tello, **“aunque el arrendamiento es jurídicamente un acto de administración, por ser la constitución de un derecho de obligación, desde el punto de vista económico, la prórroga forzosa lo convierte en un verdadero gravamen que supone una verdadera reducción en el valor en cambio de la cosa arrendada, con unos efectos similares a los de un verdadero acto de disposición”**.

El vigente apartado 7º del artículo 271 del Código Civil, exige la autorización del Juez para **“ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años”**, comprendiendo tanto los arrendamientos urbanos como los rústicos regidos por sus respectivas leyes especiales.

Sánchez Calero⁸⁸⁹, fundamenta el citado requisito en el 1548 del Código Civil, que establece que **“los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados, y los administradores de bienes**

⁸⁸⁶ PALOMINO DÍEZ, Isabel, Pág. 462.

⁸⁸⁷ *La nueva regulación de la tutela...*, Pág. 72.

⁸⁸⁸ Artículos 248 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁸⁸⁹ *La Intervención Judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados* Págs. 225- 230.

que no tengan un poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años". La prohibición de dar en arrendamiento bienes de los menores o incapacitados por un término superior a seis años, a los padres, al tutor, y también al administrador de bienes que no tiene un poder especial para ello, significa sin duda que, un arrendamiento que supera ese periodo compromete o al menos puede comprometer el derecho de propiedad del bien arrendado, de manera que, si no se hubiese previsto expresamente en el apartado 7º, se plantearía su inclusión en el 2º como acto dispositivo.

González Poveda, a su vez, aprecia el 271/7º como una ampliación de las facultades que el antedicho 1548, reconocía al tutor, permitiéndole concertar arrendamientos por un plazo superior a seis años, eso sí, con la autorización del Juez, como forma de equiparle al administrador que para el mismo acto se le exige un poder especial.

La LAU de 1994 modificó la situación de prórroga forzosa de la regulación de 1964, disponiendo en el artículo 9 de la citada ley que la duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes, si fuera menor de cinco años, una vez llegado el vencimiento se prorrogará automáticamente por periodos anuales hasta que alcance la duración mínima de cinco años, lo que significa que la prohibición contenida en el art 1548 del Código Civil, únicamente será operativa si se pacta un arrendamiento por tiempo superior a seis años.

La ley de arrendamientos rústicos de 1980 se ocupaba de la capacidad para celebrar el oportuno contrato en el artículo 12/1, prescribiendo que, ***“para dar fincas en arrendamientos sujetos a esta Ley se exige la misma capacidad que para enajenarlas. 2. Los padres o tutores podrán dar en arrendamiento las fincas de los menores sujetos a patria potestad o tutela por término no superior al que falte a dichos menores para alcanzar la mayoría de edad. Estos arrendamientos serán improrrogables. Expirado el plazo del arrendamiento, el arrendatario tendrá derecho a continuar en posesión de la finca hasta la recolección de la cosecha pendiente***". De este modo, si el tutelado era un incapacitado, había que estar a las normas que rigen para enajenar los bienes inmuebles, o sea, el artículo 271/2 del Código Civil, por tanto, el tutor necesitaba autorización judicial para concluir el arrendamiento. Sin embargo, si el tutelado era un menor de edad, el tutor podía dar en arrendamiento las fincas de propiedad de este por tiempo no superior al que le faltase para alcanzar la mayoría de edad sin autorización judicial, aun cuando se superasen los seis años, pues sobre esta norma de carácter general prevalecía la especial del artículo 21/2 de la Ley de Arrendamientos

Rústicos, si superaban dicho plazo debía solicitarla. Sí el tutelado era un incapacitado, entendían algunos autores que, por analogía con lo dispuesto en el artículo 12/2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que recuperada la capacidad plena y sin efecto la incapacitación, se extinguían o resolvían los arrendamientos concertados por el tutor.

La Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003, no hace referencia a la capacidad para celebrar el contrato, siendo de aplicación el Código Civil, por lo que si el tutelado es un mayor de edad con capacidad modificada, el tutor necesitará autorización judicial en los arrendamientos por más de seis años, a tenor del artículo 271/7º. Si el tutelado es un menor de edad, el tutor puede celebrar el arrendamiento si este no excede de seis años, pudiendo el menor, una vez que es mayor de edad, poner fin al arrendamiento, en los términos establecidos en el artículo 9/4.

Por último, podría pensarse en una aplicación analógica del Art. 9/3 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, a los mayores de edad incapacitados que, recobren la capacidad dándoles la posibilidad de poner fin al arrendamiento.

El carácter inscribible de los arrendamientos, cualquiera que sea su duración, no se puede utilizar como argumento para considerarlo como acto de disposición, extremo que no supone la derogación de las normas previstas en el Código Civil para la tuición de los intereses patrimoniales de menores e incapacitados.

4.7. PRÉSTAMOS DINERARIOS

Dar y tomar dinero a préstamo requiere la autorización del Juez, según el apartado 8º del artículo 271. Díaz Alabart, entiende que el término préstamo, *“engloba todos aquellos negocios jurídicos distintos del préstamo dinerario cuya finalidad económica coincida con la de este como la apertura de cuenta corriente de crédito, y además, es extiende también a toda modificación o alteración de circunstancias del préstamo ya concertado”*. Cano Tello, puntualiza que *“la alteración del viejo contrato”*, de préstamo se entiende, *“implica en realidad algo parecido a la celebración de uno nuevo sobre el mismo objeto, por lo que”*, si la autorización judicial *“es necesaria para el contrato originario debe serlo también para su modificación.*

Sánchez Calero⁸⁹⁰, sin embargo, opina que, el precepto se refiere a los *“préstamos concertados por el tutor, en nombre del representado, con*

⁸⁹⁰ La Intervención Judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados Pág. 231.

un tercero, ya sea prestatario o prestamista, porque los concertados por el tutor en su propio nombre y en representación del tutelado estarían dentro de la prohibición de autocontratación que establece el Art. 221 del Código Civil”, en esta línea se manifiesta González Poveda⁸⁹¹.

La norma dice expresamente: *“dar y tomar dinero a préstamo”*, con lo que quedan excluidos el mutuo que recaiga sobre cosa fungible distinta del dinero, el comodato y el precario, sin embargo se extiende a negocios jurídicos distintos del préstamo dinerario de finalidad económica coincidente con este, como es la apertura de una cuenta corriente de crédito. Toda modificación de los contratos incluidos en este capítulo, requerirán la autorización judicial, al ser sus condiciones de capacidad idénticas a las exigidas para el contrato primitivo que se altera.

4.8. DISPOSICIÓN GRATUITA DE BIENES Y DERECHOS

El antiguo artículo 275/1º del Código Civil establecía la prohibición absoluta de realizar donaciones por parte del tutor, a excepción de las matrimoniales que requerían la aprobación de las personas que debían prestar el consentimiento al matrimonio, siempre que no excedieran de los límites legales. La nueva redacción del Código Civil omite toda referencia a las donaciones matrimoniales, entendiéndose comprendidas en la disposición general del artículo 271/9º condicionadas a la autorización judicial.

Para Díaz Alabart⁸⁹², la justificación de la exigencia de autorización judicial para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, prevista en el precitado apartado 9º del artículo 271, *“es clara, pues la donación implica un acto de disposición sin causa onerosa, una enajenación gratuita en que no recibe nada a cambio, y que, por tanto implica un empobrecimiento para el patrimonio del donante y un perjuicio económico para el mismo”*.

Sánchez Calero⁸⁹³, aduce que, *“las disposiciones a título gratuito difícilmente pueden ser un beneficio”* para el menor o el pupilo, y por esta razón el legislador las somete a la autorización del Juez. González Poveda, a su vez asevera que el Art. 271/9, *“se refiere a aquellos actos transmisivos que por causa gratuita en vez de incrementar, en principio, el patrimonio del tutelado lo empobrecen. Porque es difícil que una donación que se hace en nombre del tutelado pueda tener beneficios económicos para él, ante dicha posibilidad aunque sea remota, cabe*

⁸⁹¹ “Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela”, Pág. 152.

⁸⁹² *La Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pág. 63.

⁸⁹³ *La Intervención Judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Pág. 233.

mantener el cauce de la autorización judicial como tramite en el que el Juez, valorará las circunstancias que concurren en el caso concreto, y el posible perjuicio o beneficio para le tutelado”.

Es obligación del tutor, dirigir la gestión de los bienes del pupilo a su conservación y rentabilidad, difícilmente pueden alcanzarse estos dos objetivos disponiendo de los mismos sin contraprestación alguna. Sin embargo, las liberalidades de escaso valor y poca importancia en relación con la fortuna y medios del tutelado, no tienen por qué ser autorizados por el Juez, siendo suficiente con la mera comunicación que ponga en su conocimiento las circunstancias en las que se realiza y el valor de los bienes objeto de la misma.

4.9. CESIÓN DE CRÉDITOS

El tutor también debe solicitar la autorización del Juez, según el apartado 10º del artículo 271, ***“para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de tercero contra el tutelado”***. Según Sánchez Calero, son dos tipos de actos a los que se refiere este precepto: el primero, la cesión onerosa a terceros de créditos que el tutelado tenga contra el tutor, evitando que este ultimo ceda a un tercero un crédito que ostenta contra su propio pupilo, acordando un precio bajo que abonará. El segundo supuesto es, la adquisición a título oneroso de los créditos de terceros contra el tutelado, impidiendo la adquisición a bajo precio de dicho crédito y su posterior cobro íntegro.

Los créditos que el tutor tenga contra el tutelado no se recogen en este precepto porque, según el Art. 266 del Código Civil, si no los incluyó en el inventario ***“se entenderá que los renuncia”***.

González Poveda⁸⁹⁴, aduce que, la exigencia de autorización judicial para los actos descritos en el apartado 10º del artículo 271, se fundamenta en la evidente posibilidad de fraude del interés del pupilo, coincidiendo en esta consideración con Díaz Alabart, y Cano Tello, quien alude al artículo 1291/1º del Código Civil, que considera rescindibles ***“los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos”***, en franca referencia al apartado que nos ocupa como medida de protección añadida respecto a los actos fraudulentos que se pueden encubrir en una cesión o adquisición de créditos del tutelado por el tutor.

⁸⁹⁴ “Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela”, Pág. 153.

5. TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL

La autorización judicial para los actos previstos en el artículo 271 del Código Civil, se tramitará como expediente de jurisdicción voluntaria, según la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, con las especialidades contenidas en el artículo 2011 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, para los actos de enajenación de bienes y transacción⁸⁹⁵. A tenor del artículo 2012 de la LEC de 1881, el Juez no puede actuar de oficio, debiendo formular la petición los legitimados activamente que son: el titular de la patria potestad, siendo firmada la petición por el hijo si tuviere doce años y ratificada en presencia judicial; el tutor, o el curador, el sujeto a tutela o curatela, cuando a tenor de los pronunciamientos de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar lo pueda hacer, o cuente con la conformidad de su tutor o curador.

Será competente en el caso de una persona sujeta a tutela, el Juzgado donde se constituyó, exceptuándose en caso de la transacción judicial, en el que el artículo 2026 de la LEC de 1881 establece que, si sobre el derecho transigible hubiera pleito pendiente, el escrito se presentará en los mismos autos.

La tramitación del expediente se someterá a las normas de la jurisdicción voluntaria, que hasta el momento son las del Título XI del Libro 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, al haber sido retirado el proyecto de ley aprobado por el gobierno en el mes de julio de 2006.

Una vez admitido a trámite el expediente, tendrán lugar las audiencias preceptivas, y se practicarán las pruebas que se estimen pertinentes, dando traslado al Ministerio Fiscal que emitirá el oportuno informe con carácter preceptivo, resolviendo el Juez a continuación en virtud de auto, en el cual conforme a los artículos 2013 y 2014 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concediendo o denegando la autorización solicitada, determinando en caso afirmativo el destino que se dará a la suma obtenida en la operación.

La venta debía realizarse en pública subasta, procedimiento sobre el que recaían dudas respecto a su idoneidad. La Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad en su artículo 5, suprimió la

⁸⁹⁵ ARANGOCILLO IBEAS, Alicia, “Tutela: Especial estudio de la enajenación de bienes de menores e incapacitados”, *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas, 2ª Edición Revisada y Aumentada, (Febrero 2005), págs. 363-374.

necesidad de este requisito, si bien solo en el caso de los bienes del patrimonio protegido, constituyendo base legal para su no observación en los supuestos de bienes de menores o incapacitados, en concordancia con el artículo 3 del Código Civil, que establece la interpretación de las normas a tenor de la realidad social de cada momento, la venta directa es el procedimiento de práctica habitual, puntualiza Arangoncillo⁸⁹⁶.

5.1. REQUISITOS: A) UTILIDAD Y NECESIDAD, B) CARÁCTER PREVIO, C) CONCRECIÓN Y DETERMINACIÓN DEL OBJETO

En la solicitud de autorización judicial, se expresará el motivo del acto de enajenación o gravamen, identificando sin lugar a dudas el bien al que afecta, detallando la aplicación y el destino de la suma que se obtenga, y la justificación de la necesidad y de la utilidad para el bienestar del pupilo de dicho acto.

a) UTILIDAD Y NECESIDAD

Los artículos 166 del Código Civil en sede de patria potestad, y 2012 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, exigen la concurrencia de “*causas justificadas de utilidad o necesidad*”, como presupuestos imprescindibles de la autorización judicial; todo ello, conviene repetirlo, para asegurar la función de control atribuida al Juez sobre la conveniencia para el menor o incapacitado de cada acto dispositivo, a través de una valoración de los requisitos de necesidad o utilidad debidamente justificados.

La utilidad en la enajenación se contrapone con un perjuicio económico que se produciría irremediablemente si no se realiza la enajenación solicitada. La necesidad es un concepto que responde a la atención de la subsistencia física o moral, de esta manera se justifica la pertinencia del acto en el ámbito económico y en el sociológico. Como regla general, la necesidad y utilidad del acto, será la insuficiencia de fortuna, o mejor dicho de liquidez para atender los gastos devengados en la atención de su persona o patrimonio.

b) CARÁCTER PREVIO

La mayoría de la doctrina coincide en que la función de la autorización judicial es evitar perjuicios y daños posteriores al acto, causados por la ejecución de este, de ahí, su evidente carácter preventivo, que determina que, en principio el Juez, debe autorizar el acto antes de su

⁸⁹⁶ “Tutela: Especial estudio de la enajenación de bienes de menores e incapacitados”, Pág. 373.

realización, solo cumpliendo este requisito el acto tendrá validez y eficacia, pero no falta quien partiendo de consideraciones diferentes propone la ratificación o aprobación posterior.

González Poveda⁸⁹⁷, analiza las dos posturas doctrinales respecto al carácter previo de la autorización judicial, la primera de interpretación rígida, representada por Amorós Guardiola y García Cantero, opina que, la mejor protección de los menores o incapacitados, en los actos de disposición es la autorización previa de los mismos, considerando que la ratificación o aprobación posterior es una corruptela, pues ya no sería la autorización prescrita por los artículos 166 y 271 del Código Civil.

Otros como Gómez Oliveros, partiendo del carácter previo de la autorización judicial, opinan que también puede ser otorgada a posteriori, mediante la ratificación al considerar que el representante legal se excedió en su actuación de los límites del poder concedido.

La finalidad de la autorización judicial es la protección del tutelado, el Juez, valorará en el oportuno procedimiento la conveniencia o no del acto, nunca dirimirá sobre su validez. En principio, para que la tutela sea eficaz debe de hacerse efectiva con carácter previo al acto del que se pretende proteger en este caso al tutelado, por lo que, para que la autorización del 271 del Código Civil cumpla su objeto, deberá exigirse previamente, considerándose a este tenor una corruptela si se otorga a posteriori. Pero puede suceder que en determinadas circunstancias el interés del tutelado requiera la realización del acto inmediatamente no permitiendo la espera de la tramitación del procedimiento de autorización, supuesto en el que formalizado el acto, el Juez podrá convalidarlo una vez que compruebe que no constituye un menoscabo para el bienestar de la persona sujeta a protección sino todo lo contrario.

c) CONCRECIÓN Y DETERMINACIÓN DEL OBJETO

La solicitud de autorización judicial será para un acto concreto y determinado, nunca se otorgará con carácter general y abstracto para una categoría o clase en su conjunto. En la solicitud se detallarán las circunstancias que concurren en la persona y bienes del tutelado y que fundamentan la utilidad del negocio jurídico y el beneficio de sus efectos para el interés de aquel. El Juez valorará los datos aportados, y se pronunciará respecto a la conveniencia del acto o negocio proyectado, autorizándolo individualmente, pudiendo señalar las condiciones que debe

⁸⁹⁷“Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela”, Págs. 140 y 141.

reunir a favor del tutelado, como puede ser precio mínimo, o el establecimiento de ciertas garantías.

6. SANCIÓN LEGAL A LA FALTA DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL

La primera apreciación una vez analizada la exposición de los apartados anteriores, es que la autorización judicial es un elemento esencial de los contratos detallados en el artículo 271 del Código Civil, porque se celebran en nombre y representación de una persona sujeta a tutela, bien a causa de su minoría de edad, o porque tiene su capacidad modificada. El mencionado trámite es necesario para la validez del acto, resultado nulo en caso de omisión y sin efectos jurídicos.

En la práctica, la resolución de la pertinencia o no pertinencia de la autorización judicial de un acto o negocio de los comprendidos en el artículo 271 del Código Civil, no es una cuestión tan sencilla. Por encima de todo impera el interés y el bienestar del tutelado, frecuentemente no muy compatible con la tramitación de un procedimiento judicial, que posiblemente paralizará o al menos ralentizará el ejercicio de la función tutelar causando perjuicios que empañan o en el peor de los casos eliminan el efecto beneficioso que persigue en sí mismo el trámite de la solicitud y el acto o negocio, haciéndose evidente la duda respecto a la utilidad de la autorización judicial, llevando al planteamiento de su omisión y en consecuencia de la consideración de los efectos jurídicos que se derivarían de tal actitud.

La sanción jurídica de los actos celebrados sin la preceptiva autorización judicial, es una cuestión complicada que ha preocupado siempre a la Doctrina. Los análisis son numerosos dando lugar a diferentes posturas que aportan diversas soluciones. En nuestra exposición seguimos el profundo estudio de Sánchez Calero⁸⁹⁸, que tras un detallado examen de los enunciados de cada postura doctrinal, expone sus críticas a cada una de ellas, exponiendo sus conclusiones, en un intento de aclarar el fundamento y los objetivos perseguidos por cada uno de los autores.

La dificultad en la formulación de una conclusión sistemática respecto a la sanción jurídica aplicable a los actos celebrados con omisión

⁸⁹⁸ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Intervención Judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Pág. 319-410, analiza las diferentes teorías haciendo referencia a las posturas mantenidas por los autores y la Jurisprudencia, añadiendo la suya propia. En lo sucesivo, dentro de este apartado correspondiente al régimen jurídico de sanción de los actos celebrados sin la preceptiva autorización judicial, cuando nos refiramos a esta obra citaremos solo la página, al objeto de no ser reiterativos.

de la preceptiva autorización judicial, tiene su origen sin duda, en la falta de regulación tanto en el Código Civil como en las leyes especiales, de los efectos jurídicos del incumplimiento del citado requisito. Añadimos, además, un incompleto régimen jurídico de las nulidades en el Derecho español, que solo distingue como forma de invalidez o ineficacia con una regulación legal diferenciada, la nulidad absoluta de pleno derecho, subsumiendo dentro de la misma las categorías de inexistencia y de anulabilidad, conceptos que exponemos a continuación como cuestión previa e imprescindible para entender el alcance y significado de las discusiones mantenidas por la doctrina, y las tesis resultantes.

La nulidad absoluta o de pleno derecho, procede en tres supuestos: cuando falta uno o varios de los elementos esenciales del contrato previstos en el artículo 1261 del Código Civil, cuando el acto o negocio se celebra contraviniendo alguna norma imperativa o prohibitiva, a tenor del artículo 6/3 del Código Civil; por último, cuando el acto adolece de defectos de forma ad solemnitatem, en los supuestos en los que se exigen legalmente.

En todos estos casos, la nulidad opera ipso iure automáticamente sin necesidad de declaración judicial. El problema será cuando el negocio tenga apariencia de regularidad, siendo necesaria la interposición de la oportuna acción de nulidad, estando legitimado activamente cualquier interesado, independientemente de que haya sido o no parte en el contrato, incluyendo al causante de la nulidad, siendo posible la declaración de oficio por el Juez.

La sentencia dictada estimando la nulidad tiene el carácter de declarativa y definitiva, de manera que el contrato nulo no produce efectos restableciendo la situación al momento anterior a su celebración, como si nunca hubiera existido, no siendo susceptible de convalidación ni de confirmación.

La anulabilidad procede en los casos señalados en el artículo 1302 del Código Civil, cuando el contrato adolece de vicios de consentimiento; defecto de capacidad de obrar sin implicar falta absoluta de consentimiento,

Al contrario que en el caso de la nulidad absoluta, los negocios anulables deberán ser impugnados por la parte interesada, limitándose la legitimación activa al afectado por el defecto del que adolece el negocio, excluyéndose a terceros y a los que siendo parte no son afectados, a tenor de los artículos 1302 y 1322 del Código Civil.

De lo expuesto, se deduce que, el negocio anulable es inicialmente eficaz; es decir, se considera válido mientras no se impugne, y la sentencia que declara su nulidad no sea firme, definiéndose así el carácter constitutivo de dicha resolución judicial. El contrato produce efectos desde la fecha de su celebración, pero sí es anulado, su invalidez tiene carácter retroactivo, quedando las partes intervinientes obligadas a restituirse mutuamente lo recibido retrotrayendo la situación al momento anterior a la celebración del mismo, según lo dispuesto por el artículo 1303 del Código Civil.

La acción de impugnación no es imprescriptible al contrario que la de nulidad, tiene un plazo de cuatro años que es considerado por la mayor parte de la doctrina como de caducidad, siendo el negocio anulable susceptible de confirmación expresa o tácita por la parte legitimada para formular la acción una vez que cesa la causa de anulabilidad.

Para la Doctrina, el régimen jurídico de las nulidades previsto en el Derecho español, es rígido y automático en lo que respecta a su aplicación y efectos, estos caracteres son fuente continua de soluciones de resultado inadecuado a la realidad, siendo un clásico ejemplo de esta situación los actos de enajenación y gravamen de los bienes de las personas sujetas a tutela. Ante esta tesitura se produce la lógica reacción de un sector doctrinal, que reclama una revisión de la legislación con el objeto de establecer una regulación más precisa y acorde con las necesidades de la sociedad, que prevea un abanico de soluciones más diverso.

En este sentido, Sánchez Calero alude a varias posturas como la de Delgado Echevarría⁸⁹⁹, para quien la nulidad y la anulabilidad no son suficientes, proponiendo la ineficacia como forma matizada en atención a los diferentes intereses de cada caso particular. Si la invalidez de un acto es la sanción a una infracción, sería conveniente configurar aquella a tenor a los caracteres de esta última, de manera que, no toda irregularidad en el contrato conlleve como sanción su invalidez, sino que se prevean varias formas atendiendo a la finalidad de la norma infringida y a las exigencias prácticas de cada caso particular y concreto.

La nulidad y la anulabilidad, si bien, son los clásicos regímenes jurídicos de invalidez de un contrato, no son los únicos posibles, al contrario existen otros que bajo la misma denominación genérica, partiendo del artículo 1259 del Código Civil, pueden ser calificados específicamente a tenor de características especiales como son la legitimación para hacerlos

⁸⁹⁹ Págs. 332- 334.

valer, la posibilidad de convalidación, la oponibilidad de sus efectos a terceros, etcétera.

Hay quien, como Pasquau Liaño es partidario de superar la rigidez propia de la concepción bipartita de las nulidades, postura que pasa por la restitución de la nulidad al plano de la consecuencia jurídica, recuperando la necesidad de una acción de nulidad a la que se dotaría de un régimen jurídico que admita límites y que, se someta a la disciplina del proceso civil, distinguiendo el contrato nulo del no contrato o del contrato inexistente. De manera que, si la nulidad es una sanción jurídica y no un supuesto de hecho, si es un mecanismo de reacción del Ordenamiento Jurídico y no un estado natural del acto jurídico, tendría entonces sentido la adaptación de su régimen jurídico a la finalidad perseguida en cada caso concreto por la norma que la establece, a la clase de irregularidad que la determina, y a las exigencias propias del proceso civil.

Las teorías sobre la nulidad de los actos celebrados sin la preceptiva autorización del Juez, toman como base el artículo 6/3 del Código Civil⁹⁰⁰, siendo calificada tal omisión como contravención de una norma imperativa o prohibitiva, en el caso que nos ocupa los artículos 166 o 271 del Código Civil, según se trate de un menor sujeto a patria potestad, o de una persona sujeta a tutela a causa de su minoría de edad o de la modificación de su capacidad.

El artículo 1259 del Código Civil⁹⁰¹, es el segundo cauce legal que considera el negocio realizado sin autorización judicial cuando esta sea preceptiva nulo, pero a causa de la insuficiente representación de quien actuó en nombre de otro, en nuestro caso el tutor. Este precepto, habla de ratificación del contrato antes de su revocación, de manera que, si es confirmado antes de que la parte legitimada inste su revocación, causará plenamente los efectos jurídicos inherentes a su naturaleza.

6.1. TEORÍA DE LA NULIDAD RADICAL Y ABSOLUTA

Para los partidarios de esta teoría⁹⁰², los actos reseñados en los artículos 166 y 271 del Código Civil, que se celebren sin la preceptiva

⁹⁰⁰ Artículo 6 apartado 3 del Código Civil: *“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.*

⁹⁰¹ Artículo 1259 del Código Civil: *“Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado y sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato realizado en nombre de otro por quien no tenga autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la parte contratante”.*

⁹⁰² Págs. 335-347.

autorización judicial, son nulos al contravenir normas imperativas, en aplicación del artículo 6/3 del Código Civil.

Alonso Pérez, García Cantero, y Guilarte Zapatero, son algunos de los autores que se manifiestan conformes a esta postura, justificando la imperatividad de los artículos 166 y 271 del Código Civil, en su naturaleza de normas de Derecho de familia que tienen el objeto de garantizar la tuición del interés jurídico más débil, que en estos casos son los menores de edad y las personas a las que se les ha modificado su capacidad de obrar.

García Cantero, a mayor abundamiento, añade al artículo 271 en sede de tutela, el carácter de norma prohibitiva siendo su alcance la prohibición terminante al tutor de actuar solo sin la autorización del Juez en los supuestos que detalla el precepto.

Amorós Guardiola, se integra en esta postura, admitiendo la nulidad de los actos celebrados por el representante legal sin la preceptiva autorización judicial por contravención de las normas imperativas que constituyen los artículos 166 y 271 del Código Civil, pero propone la convalidación como medio de subsanación del negocio confiriéndole validez.

Ventoso Escribano en la línea expuesta propone la aprobación a posteriori por el Juez, o la ratificación del menor una vez que ha cumplido la mayoría de edad, o en su caso la de la persona con la capacidad de obrar modificada cuando le haya sido reintegrada, o al menos haya recuperado la suficiente como para apreciar el alcance del negocio.

Algunos como Gil Rodríguez, opinan que la ratificación supone convertir la autorización judicial previa en una aprobación a posteriori⁹⁰³, modificando la naturaleza jurídica del precitado trámite, y la configuración de la tuición concebida por la ley.

Por otro lado, la ratificación por el menor no planteará problemas porque se producirá con el solo transcurso del tiempo al cumplir dieciocho años, aunque puede ser que el periodo sea demasiado largo para mantener la inestabilidad jurídica propiciada por el negocio nulo de pleno derecho, pendiente de ratificar para la validez y eficacia de sus efectos.

La ratificación de la persona con capacidad modificada tiene más complicaciones, incluso puede ser que, nunca sea posible, al depender de la recuperación de la capacidad de obrar que, quizá no pueda producirse al ser

⁹⁰³ Pág. 338, Gil Rodríguez apunta esta observación.

la enfermedad o deficiencia que causa la incapacidad de carácter irreversible.

El profesor De Castro⁹⁰⁴, analizó la sanción de nulidad en aplicación del artículo 4 del Código Civil entonces vigente, que se corresponde con el actual 6/3, concluyendo que, para que se produzca la nulidad de pleno derecho, debe constatarse una auténtica contradicción jurídica entre la ley y el acto, de manera que, no es suficiente con que la ley lo prohíba, es preciso estudiar el significado y fin de esta.

El artículo 6/3 en su último inciso afirma que *“salvo que en ellas, (las normas imperativas y prohibitivas), se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*; es decir, la ley puede exceptuar la nulidad expresa o tácitamente para algunos supuestos. En consecuencia, la nulidad absoluta se deducirá inmediatamente cuando la ley califique el acto como jurídicamente ilícito atendiendo a la naturaleza de la norma contravenida, fundamentándose este razonamiento en los graves efectos de la nulidad automática.

En segundo lugar, el acto debe contradecir la ley en sí mismo, o al menos en alguno de sus elementos esenciales. El antiguo artículo 4, hoy 6/3 del Código Civil, *“repudia los actos dirigidos contra la ley”*, pero *“no todos los actos no conformados según los preceptos legales”*, de ahí que, se admita una eficacia en mayor o menor grado, que califica el negocio como convalidable, parcialmente válido, o no realizado conforme al patrón legal.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1944, de inclina por una interpretación flexible considerando que, no *“toda disconformidad con una ley cualquiera o toda omisión de formalidades legales, que pueden ser meramente accidentales con relación al acto de que trate, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad”*.

La nulidad absoluta y radical procederá cuando el acto infrinja notoriamente la ley, siendo contrario además, a la moral y al orden público, y no cuando simplemente contraríen u omitan alguno de los requisitos exigidos para su eficacia, siempre y cuando no exista pronunciamiento legal expreso a favor de la nulidad o de la validez de los referidos actos.

⁹⁰⁴ Págs. 339-342.

Las conclusiones del profesor De Castro, son admitidas por un sector doctrinal, en el que se encuentran autores como Suárez Sánchez-Ventura, y Martínez Martínez⁹⁰⁵, los cuales aplicándolas expresamente a los artículos 166 y 271 del Código Civil, aducen que, los actos realizados sin autorización judicial por los representantes legales de menores e incapacitados, serán nulos a tenor del artículo 6/3 del Código Civil, cuando frustren la finalidad tuitiva de aquellos preceptos. Circunstancia que parece que no ocurre en el supuesto que nos ocupa, *“habida cuenta no solo del carácter cautelar o preventivo de la limitación infringida, sino también de considerar que, tras la reforma, el apartado tercero del precepto comentado permite su concurrencia a posteriori”*. A esta opinión se adhiere Linacero de la Fuente⁹⁰⁶, que se inclina por la improcedencia de la nulidad de pleno derecho del acto que, puede ser convertido en válido en virtud de un trámite posterior como es el consentimiento, considerando contradictorio la aplicación de la sanción de nulidad radical que impide la ratificación o convalidación posterior.

La réplica de los partidarios de la nulidad absoluta y radical, encabezada por Guilarte Zapatero y Llamas Pombo⁹⁰⁷, no se hace esperar insistiendo en la imposibilidad de eludir el carácter imperativo de los artículos 166 y 271 del Código Civil, lo que inexcusablemente lleva por el cauce del artículo 6/3, a la nulidad de los actos o negocios realizados sin autorización judicial, al quedar frustrado el carácter tuitivo de los antedichos preceptos, los cuales y en virtud de la voluntad del legislador, además de establecer la protección de menores e incapacitados en los actos dispositivos a celebrar en su nombre por sus representantes legales, imponen la forma y el procedimiento de llevarla a efecto, que ha de ser respetado en todos sus extremos.

La opinión de Sánchez Calero⁹⁰⁸, se sitúa en la línea de la no aplicación de la nulidad radical, aduciendo que, los actos del 271 celebrados sin autorización judicial no encajan en el supuesto de hecho recogido en el artículo 6/3 del Código Civil, porque la omisión de una conducta prescrita por la ley no constituye un acto nulo, citando como apoyo a su aseveración, el comentario de Carrasco Perera⁹⁰⁹, considerando que, si un negocio para su *“validez”* debe reunir determinados elementos, la omisión o carencia de estos no *“contraviene”* la norma, simplemente el negocio queda incompleto, y como tal inhábil para producir el efecto típico,

⁹⁰⁵ Pág. 342, SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA José M^a, y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Fernando.

⁹⁰⁶ LINACERO DE LA FUENTE, María.

⁹⁰⁷ GUILARTE ZAPATERO, Vicente, LLAMAS POMBO, Eugenio.

⁹⁰⁸ Págs. 344 y 345.

⁹⁰⁹ CARRASCO PERERA, Ángel.

pero no puede ser nulo en el sentido del Art. 6/3, pues la carencia puede ser subsanada posteriormente.

Por otro lado, en el mismo Código Civil, existen preceptos que contienen expresiones con apariencia de prohibición, pero que en realidad no tienen un carácter prohibitivo, solamente el acto dispositivo de un interés ajeno no tiene efectos contra el titular o un tercero salvo que aquel lo autorice o ratifique; es decir, no son normas prohibitivas que conllevan la nulidad por el cauce del artículo 6/3 del Código Civil, simplemente declaran ineficaz un acto por el cual se dispone de intereses ajenos sin el consentimiento de la persona interesada, como ocurre en los casos de disposición de bienes de menores o incapacitados sin autorización judicial.

De las sentencias del Tribunal Supremo que, se pronuncian a favor de la nulidad radical en supuestos de falta de autorización judicial, solo una de fecha 28 de mayo de 1965 habla expresamente de convalidación⁹¹⁰.

6.2. TEORÍA DE LA ANULABILIDAD

Sánchez Calero⁹¹¹, aborda el análisis de la posibilidad de considerar anulables los actos celebrados sin autorización judicial, citando la reflexión de Gordillo Cañas, que afirma que, *“la frontera que separa la anulabilidad respecto de la nulidad es la calificación del interés público o privado, a cuya protección se ordenan una y otra. La protección del interés público exige la indisponibilidad de la ineficacia de los actos contrarios a dicho interés. Cuando lo que está en causa es el simple interés privado de los particulares, basta, y resulta la más adecuada, la forma de ineficacia disponibles relativa y tuitiva, propia de la anulabilidad”*. Al ser la indisponibilidad, carácter esencial de la nulidad, el ámbito de esta queda limitado a la infracción de la ley imperativa o prohibitiva a tenor del artículo 6/3 del Código Civil. La anulabilidad por su parte, se convierte en la forma general de protección de los intereses privados disponibles, y por extensión en el régimen jurídico adecuado para los contratos celebrados por los representantes legales de menores o incapacitados.

Para que un contrato sea anulable, es preciso según Gordillo, que la protección se decante a favor de uno de los contratantes, dejando a su voluntad o estimación de conveniencia la decisión sobre la definitiva eficacia o ineficacia del negocio. Además, deberá concurrir, como dato

⁹¹⁰ Página 339.

⁹¹¹ Págs. 349 y 350.

objetivo, la determinación fáctica, acabada y cerrada de una hipótesis contractual, a la cual sea posible referirse unilateralmente, sin añadirle ni restarle, para darle o negarle definitiva eficacia.

Sánchez Calero⁹¹², comienza su análisis de la teoría de la anulabilidad, citando a Scaevola, para quien, la autorización judicial no tiene nada que ver con la protección de menores o incapacitados, es simplemente una restricción al libre consentimiento de los representantes legales, o una incapacidad especial comprendida en el artículo 1264 del Código Civil, como defecto relativo de consentimiento, a lo que, la autora puntualiza que, los representantes legales son plenamente capaces para realizar el acto, la necesidad de autorización judicial es un requisito impuesto por la ley que afecta al poder de disposición y eficacia del acto, pero no a la capacidad.

Continúa con Delgado Echevarría⁹¹³, que incluye los supuestos de actos celebrados omitiendo la preceptiva autorización judicial en el artículo 1301 del Código Civil, porque los actos son realizados sustituyendo al menor o incapacitado por sus representantes legales.

En contra de esta integración se manifiesta Guilarte Zapatero⁹¹⁴, aduciendo que, la letra del precepto se refiere *“de modo expreso e inequívoco”* a *“los contratos celebrados por menores e incapacitados”*, es decir, a los que ellos mismos concluyeron directamente, en su nombre y con su propia intervención, que son distintos de los que otras personas ejecutaron por ellos, en su sustitución a los que no alude la norma⁹¹⁵.

Resulta evidente la expansión progresiva de la anulabilidad, que en opinión del Pasquau Liaño⁹¹⁶, tiene su fundamento en la idea de que la ineficacia de los actos está prevista por la ley como medio de protección de una de las partes. Efectivamente, en todos los casos de anulabilidad se persigue la protección de un interés privado, resultando por este motivo excesivo la aplicación del régimen de la nulidad, de ahí la calificación como anulable del contrato, incluso en los casos dudosos, como son los de falta de autorización del Juez que nos ocupan.

La anulabilidad es el cauce para huir de la nulidad flexibilizando el régimen y los efectos jurídicos de esta última, siendo determinante para la calificación del negocio particular en nulo o anulable, invocando la

⁹¹² Páginas 347 a 357.

⁹¹³ DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús.

⁹¹⁴ Pág. 348 y 349.

⁹¹⁵ Pág. 349.

⁹¹⁶ PASQUAU LIAÑO, Miguel.

ineficacia como posibilidad efectiva de confirmación del negocio, por encima del carácter público o privado, disponible o indisponible del interés que protege la norma que se considera infringida.

6.3. LA SANCIÓN DEL ARTÍCULO 1259 DEL CÓDIGO CIVIL

Según el artículo 1259 del Código Civil: *“ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”*⁹¹⁷. La cuestión a resolver para incluir o excluir, la aplicación de este precepto a los casos de actuación de los representantes legales sin la preceptiva autorización judicial, es si en dicha situación actúan sin representación legal o sí por el contrario solo omiten un simple requisito complementario.

Los que consideran que, los representantes legales al prescindir de la preceptiva autorización judicial carecen de representación legal, asimilan el artículo 166 del Código Civil al artículo 162/3, que exceptúa de dicha representación los actos que estén excluidos de la administración de los padres⁹¹⁸. La sanción no puede ser más radical y tajante, si tenemos en cuenta que el artículo 1715 del Código Civil, establece que *“no se considerarán traspasados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por este”*, y que en el caso que nos ocupa, ese exceso de actuación bien puede responder a la obtención de un beneficio o ventaja para el menor, mediante el negocio que se realiza, y que puede ser ratificado cuando cumpla la mayoría de edad.

Para Sánchez Calero, esta asimilación carece de fundamento, porque, en el caso de la patria potestad, cuando los padres realizan un acto de los enumerados en el artículo 166 sin autorización judicial no lo hacen sin representación legal. El artículo 162 en el apartado 3º, exceptúa de la representación legal los actos en relación con los *“bienes que estén excluidos de la administración de los padres”*; es decir, los detallados en el artículo 164, que no alude a los supuestos del antedicho artículo 166, lo que, significa que conservan la administración de estos bienes, con el requisito de ser autorizados para el Juez para celebrar ciertos actos o contratos en relación con ellos.

⁹¹⁷ Sánchez Calero expone las diferentes posturas doctrinales, Pág. 358 a 390.

⁹¹⁸ Sánchez Calero alude a MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel. Págs. 358 y 359.

En materia de tutela, se produce un supuesto similar, al disponer el artículo 267 del Código Civil que, *“el tutor es el representante legal del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación”*, sin especificar a qué actos en concreto se refiere.

La aplicación del artículo 1259 del Código Civil, se fundamenta en la extralimitación de los poderes de representación, que tendría los mismos efectos que un acto realizado con una falta absoluta de poder, tomando como base el artículo 1727 en sede de mandato que preceptúa que, *“el mandante debe cumplir toda las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato. En lo que el mandatario se haya excedido no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente”*.

La doctrina coincide en la posibilidad de la asimilación en cuanto a sus efectos, sobre todo en lo referente a las relaciones externas entre dominus y tercero, debido a la gran proximidad que existe entre ambas figuras. Según el artículo 1259, el negocio realizado sin representación por el falsus procurator es nulo, salvo que se produzca la ratificación de la persona a cuyo nombre se otorgó, antes de ser revocado por la otra parte contratante.

El problema que se plantea es la definición de la situación jurídica del negocio durante el periodo de tiempo comprendido entre su celebración y la ratificación, porque el precepto solo indica genéricamente que es nulo, produciéndose una total indeterminación en lo que se refiere a sus efectos jurídicos, o lo que, es lo mismo, al grado de ineficacia que alcanza el negocio celebrado por el falsus procurator, formulándose al respecto varias teorías que se inclinan por la nulidad, anulabilidad, nulidad relativa, eficacia sometida a condición, de la oferta, y del negocio incompleto o en vía de formación, que analizamos a continuación.

6.3.1 TEORÍA DE LA NULIDAD

Los partidarios de esta teoría⁹¹⁹, se inclinan por la nulidad del contrato, al que consideran inexistente al carecer del consentimiento del representado que es la autentica parte contractual, fundamentando esta postura en el artículo 1261 del Código Civil, que prescribe que, *“no hay contrato, sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º.*

⁹¹⁹ Pág. 361 y ss.

Consentimiento de los contratantes, 2º. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º. Causa de la obligación que se establezca”.

Gordillo Cañas⁹²⁰, aduce que, ese negocio que celebra el falsus procurator, al exceder de la representación otorgada, no obliga al representado a tenor del artículo 1727/2 del Código Civil, ni al representante que en este caso no es parte contractual. Con estos presupuestos, la única conclusión posible es que, el contrato como tal no existe por defecto en la legitimación del representante, y la ausencia total de consentimiento entre las partes que intervienen, porque el pseudo-representante no actúa en nombre propio, y el consentimiento creador del negocio representativo presupone la voluntad de obligarse del dominus o representado, en cuyo nombre se actúa y frente a quien el tercero se obliga, al tiempo que, excluye toda voluntad del representante en este sentido, siendo impensable una eficacia del negocio representativo que no sea para el dominus. Porque, el elemento deficiente en el contrato representativo celebrado sin poder no se limita a un mero supuesto de su eficacia, sino que, al faltar este, es el mismo negocio el que queda, además, desprovisto de uno de sus soportes subjetivos.

Diez Picazo⁹²¹, objeta que, el artículo 1259 después de proclamar nulo el acto, añade la posibilidad de su ratificación con el objeto de convertirlo en válido y eficaz, o de su revocación por el tercero parte interviniente en el contrato, evidenciando un cierto círculo de eficacia, en contraposición con la nulidad radical que excluye automáticamente la convalidación y cualquier efecto jurídico.

Gordillo, insiste en la coexistencia de la nulidad y la ratificación, argumentando que, si nulidad se considera como equivalente a inexistencia, pero sin hacer referencia a un régimen unitario, ni peculiar, ni reconducible a la nulidad absoluta, y sobre todo, teniendo en cuenta que se produce en una materia de interés puramente privado y disponible, nos situamos fuera de la nulidad radical e insanable, como régimen jurídico de ineficacia esencialmente distinto del de la anulabilidad. Si nos movemos dentro de lo disponible, no hay obstáculo alguno que impida que el pseudo-representado recupere y haga suyo, por medio de la ratificación el contrato indebidamente celebrado en su nombre.

Díez Picazo, supedita la existencia del negocio a la apariencia como tal, reservando la calificación de la ineficacia para aquellos que no revistan el aspecto propio de un contrato.

⁹²⁰ Pág. 361.

⁹²¹ Pág. 362.

En opinión de Sánchez Calero, el negocio realizado por los representantes legales sin autorización judicial no es un negocio inexistente por falta de consentimiento, dado que este es prestado por aquellos, cosa distinta son los efectos que dicho consentimiento pueda producir al haberse otorgado sin observar las formalidades que la ley exige. Si se considerase el negocio inexistente, sería forzado justificar la posibilidad de su ratificación, porque como dice Díez Picazo, es “*a posteriori*”, mientras que la representación se concede “*a priori*”.

La ratificación es definida por Colás Escandón⁹²², como “*una declaración unilateral de voluntad, de carácter recepticio, dirigida al falso representante y al tercero que con el que ha contratado, consistente en un negocio jurídico, que posee una naturaleza idéntica al apoderamiento, con la única peculiaridad de ser otorgado “a posteriori”, en virtud de la cual, “un sujeto, el pseudorepresentado declara, expresa o tácitamente, querer para sí el negocio (representativo), celebrado por dicho falso representante, (sin poder, o con extralimitación respecto del poder que le había sido previamente conferido), haciendo devenir ese negocio representativo plenamente válido y eficaz, con carácter retroactivo”*. Si la ratificación es un acto de naturaleza similar a la del apoderamiento, no parece factible respecto de un negocio que carece de un elemento esencial y, por ese motivo, es inexistente.

En base a esta teoría, cierta doctrina del Tribunal Supremo, considera que el negocio celebrado por los representantes legales sin autorización judicial es nulo al carecer de consentimiento, uno de los elementos esenciales de los contratos⁹²³ a tenor del artículo 1261, con calificación de nulidad plena o absoluta. Solo en un caso la sentencia de 18 de marzo de 1999 se aparta de esta conclusión admitiendo la ratificación.

La admisión de revocación por el tercero que interviene en el acto, y de ratificación por el pseudorepresentando, excluye la nulidad plena en los supuestos del artículo 1259 del Código Civil, indicando como solución más adecuada la anulabilidad⁹²⁴.

⁹²² COLÁS ESCANDÓN, Ana M^a.

⁹²³ Sentencias de 9 de diciembre de 1953, 25 de junio de 1959, 25 de abril de 1983, 10 de marzo de 1994, 10 de septiembre de 1997, 18 de marzo de 1.999, 3 de noviembre de 2000, 2 de octubre de 2001, y 13 de noviembre de 2001.

⁹²⁴ Pág. 366.

6.3.2. TEORÍA DE LA ANULABILIDAD

Sánchez Calero cita la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1987, que se pronuncia por la anulabilidad de la enajenación realizada sin la previa autorización judicial, eludiendo la calificación de inexistencia en el sentido del artículo 1261, y de nulidad del 6/3 ambos del Código Civil, afirmando la posibilidad de convalidación, pero negando la posibilidad de autorización judicial posterior o aprobación. En la misma línea se sitúa la sentencia de 10 de mayo de 1994, que justifica la anulabilidad como sanción aplicable al amparo del artículo 1259.

Ante esta generalización de la anulabilidad, Guilarte Zapatero explica que, el apoyo a la convalidación se fundamenta en la aplicación de la nulidad del artículo 1259 que prevé la ratificación del acto, puntualización contraria a los pronunciamientos del Tribunal Supremo en sentencia de 10 de junio de 2002, que considera la ratificación como una consecuencia propia de la anulabilidad.

La teoría de la anulabilidad supone equiparar confirmación y ratificación del negocio anulable como medios de sanación del mismo, a pesar de que, los caracteres y finalidad de cada una de las figuras son diferentes; la confirmación, la realiza quien intervino en el mismo adoleciendo de un vicio en el consentimiento de una falta de capacidad, y la ratificación la hace quien no intervino en la celebración del negocio.

Esta diferencia es apreciada por el Tribunal Supremo, pronunciándose en el sentido de que, la ratificación de los artículos 1259/2 y 1727/2º, confiere plena eficacia a un negocio celebrado sin un elemento esencial, concretamente el consentimiento del representado, que es prestado a posteriori. La confirmación de los contratos anulables de los artículos 1309 al 1313, significa la subsanación de un acto que lleva en sí todos los elementos necesarios para su existencia, adoleciendo solo de un vicio que origina su invalidez.

El negocio anulable nace eficaz, si bien la suya es una eficacia claudicante, y solo deviene ineficaz cuando el poder de impugnación se ejercita, en esta reflexión se apoya Díez Picazo cuando afirma que, ***“no parece que la categoría de la anulabilidad convenga al fenómeno contemplado en el párrafo 2º del artículo 1259. No le es atribuido a la persona en cuyo nombre ha sido autorizado el acto ningún especial poder de impugnación, más aún, para que el acto resulte ineficaz frente a ella, esta persona no tiene que soportar la carga de ponerse en movimiento y de ejercitar una acción. Nadie tiene por qué ejercitar una acción para atacar algo que por principio no puede ni tiene porque afectarle. Además,***

aún en el supuesto de que el principal o representado atacara o impugnara el acto, no por ello destruiría la eficacia que tal acto puede desplegar entre sus, Pág. 369, autores. Tampoco destruye la eficacia frente a él, porque por hipótesis no existe. Con un ataque o impugnación semejante se produciría una constatación o declaración de la ineficacia del acto frente al representado, pero nada más”⁹²⁵.

6.3.3. TEORÍA DE LA NULIDAD RELATIVA

Para esta teoría, en los casos en los que la inmediata y total ineficacia del acto se limita a una o varias personas concretas, o a algunas clases de personas sin necesidad de ejercitar la acción correspondiente para que exista esa ineficacia, la calificación es la de nulidad relativa y no la de anulabilidad.

Diez Picazo, alza la voz en contra de esta conclusión, recordando que la nulidad es insanable, el acto nulo como tal no se puede convalidar, se celebrará un nuevo negocio, en contraposición con la posibilidad de validez y eficacia con efecto retroactivo inherente a la ratificación.

6.3.4. TEORÍA DE LA EFICACIA SOMETIDA A CONDICIÓN

Para los defensores de esta teoría, el negocio celebrado sin la preceptiva autorización judicial es válido pero ineficaz, permaneciendo su eficacia suspendida hasta su ratificación; es decir, condicionada a que este trámite se verifique.

Oertmann⁹²⁶, asimila los contratos celebrados por el representante legal omitiendo la autorización del Juez, a los realizados por una persona sin poder o con poder insuficiente, calificándolos de afectados de “*ineficacia interina*”; de manera que, no son nulos ni tampoco definitivamente ineficaces, solamente que, un obstáculo que es susceptible de ser removido y eliminado a tenor de una disposición legal, impide que produzca los efectos jurídicos previstos. Pero en tanto en cuanto, no tiene lugar la remoción de ese impedimento, el contrato mantiene un estado de interinidad, en la que es configurado y protegido de forma similar a los negocios sometidos a una condición voluntaria, dependiendo su eficacia definitiva del asentimiento o negativa de su ratificación.

⁹²⁵ Págs. 368 y 369.

⁹²⁶ OERTMAN, Paul, Pág. 370, 371.

Bosch Capdevila⁹²⁷, es uno de los autores que defienden la teoría de la eficacia sometida a condición, en el caso de los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial, aduciendo que, en este supuesto propiamente no concurre una falta de poder de disposición, la realidad es que, en el negocio concurren todos los elementos esenciales, solamente se celebra omitiendo un simple requisito de eficacia como es la autorización del Juez. Esto explica, su calificación como **“condictio iuris”**, o condición exigida legalmente para la eficacia plena del negocio, que normalmente tendrá un carácter previo al ser esta la previsión legal. O posterior, en los casos en los que se pretende la eficacia del acto en principio ineficaz al no haberse observado en su celebración el precitado requisito, y que se verificará mediante la autorización a posteriori del Juez, o en virtud de la aceptación de los efectos jurídicos por parte del interesado menor de edad o incapacitado en su día, con plena capacidad de obrar en ese momento.

La Doctrina⁹²⁸, llama la atención respecto a la dificultad de definición de la **“condictio iuris”**, concepto que es utilizado por la teoría de la ineficacia sometida a condición, como un hecho establecido por la ley no por la voluntad de las partes, diferente y posterior al acto, subordinando la eficacia de esta a su ejecución no segura, datos que indican que quizá no de adapte en grado suficiente al supuesto que nos ocupa.

Si la *conditio iuris*, se considera un elemento externo al negocio completo que afecta a su eficacia, se estaría configurando la voluntad del representado como la esencia extrínseca al negocio mismo, de tal modo que su carencia no perjudicaría su creación y perfección. No es posible, por tanto, la asimilación del negocio concluido por el *falsus procurator* con el negocio sometido a condición, porque en este último caso el negocio consta de todos sus elementos esenciales y, por el contrario, a aquel le falta el elemento más importante: la voluntad de la persona que va a recibir sus efectos.

Rivero Hernández, aduce que, el **“negocio antes de la ratificación será lo que se quiera menos perfecto. Su ineficacia le viene precisamente de ser imperfecto, inacabado”**. Díez Picazo, añade que **“el problema que este tipo de razonamiento plantea, (el de la eficacia sometida a condición), estriba probablemente en que la ratificación no se la puede calificar rigurosamente como condición en sentido técnico, ya que, no se trata de un evento futuro e incierto al que voluntariamente las partes someten la eficacia del negocio, sino que se trata más bien de una pura *condictio***

⁹²⁷ BOSCH CAPDEVILA, Esteban.

⁹²⁸ Pág. 371.

iuris, sin perjuicio de que en estos casos especiales los autores del negocio puedan efectivamente articularla como condición”⁹²⁹.

En el sentido indicado se pronunció la Audiencia Provincial de Burgos en sentencia de 2 de octubre de 1998, en su Fundamento Jurídico Tercero, reconociendo como adecuada la sanción de nulidad respecto a un acto de enajenación de bienes de menores realizado sin autorización judicial en el que las partes subordinan la validez y eficacia del mismo, contemplando ese extremo en el literal del mismo, al efectivo cumplimiento del precitado trámite. En este caso, se trata de un contrato sujeto a condición suspensiva, en la medida que dicha autorización judicial es un suceso futuro de realización incierta, y ajeno a la voluntad de las partes, del que depende la eficacia del negocio, determinando que sea la ineficacia, más que la nulidad radical, la sanción más acorde con la realidad descrita de un contrato susceptible de convalidación en el futuro, cuando se den las condiciones de capacidad adecuadas del menor o del incapacitado, haciendo posible que el negocio tenga plenos efectos jurídicos, aún contraviniendo una norma imperativa, impidiendo el juego del artículo 6 párrafo 3º del Código Civil.

La sentencia subraya que no se trata de una promesa de venta tal y como asevera la sentencia apelada, a tenor del literal de las estipulaciones del contrato, que determinan completamente la cosa y el precio, la voluntad de vender y comprar por las partes, y el compromiso de elevación a escritura pública dentro de los siete días siguientes a la concesión de la autorización judicial. Se trata de un autentico contrato de compraventa sometido al cumplimiento de una “*condictio iuris*”: la autorización judicial.

Entiendo que, un contrato con eficacia suspendida sometida a la condición de su ratificación por una persona sin la capacidad de obrar suficiente en ese momento, lo más seguro es que tenga como efecto toda clase de inconvenientes propios de la situación de pendencia que produce desembocando en la inutilidad del acto, y no digamos si la recuperación de la capacidad es improbable o imposible, impidiendo definitivamente la ratificación y en consecuencia la eficacia plena y definitiva del contrato.

⁹²⁹ Pág. 371 y 372.

6.3.5. TEORÍA DE LA OFERTA

Esta teoría⁹³⁰ reconduce la cuestión que nos ocupa, a los postulados aplicables al negocio celebrado con un ausente en el que, el tercero al contratar con el representante sin poder, transmite una oferta contractual al dominus, quien al ratificar lo hecho por el falsus procurator acepta la oferta, produciendo los vínculos jurídicos pertinentes que no existen mientras el precitado trámite no se verifica.

Rivero Hernández, denuncia la confusión de las posiciones de los tres sujetos afectados por el negocio. Sí la función de falsus procurator, es transmitir al dominus la oferta del tercero, actuando en nombre de aquel y salvaguardando sus intereses; en la teoría de la oferta, el tercero asume la postura de una especie de representante, y el dominus que recibe la oferta de convierte en algo similar a un tercero. El negocio se reduce a una simple oferta sin vinculación alguna, cuando el acto aunque no es un autentico negocio, es algo más que un oferta, al estar perfilados, discutidos y concertados, tras un proceso formal al menos de aceptación entre el pseudorrepresentante y el tercero, las posiciones subjetivas de cada una de las partes, el objeto, la causa, el contenido de los efectos jurídicos, y hasta la forma solemne de reflejar todos estos extremos.

6.3.6. TEORÍA DEL NEGOCIO INCOMPLETO O EN VÍA DE FORMACIÓN

Esta teoría es la aceptada mayoritariamente por la Doctrina, y considera el negocio del falsus procurator una entidad jurídica inacabada, imperfecta, incompleta, porque le falta el consentimiento del dominus que prestará en la ratificación, es parte de un iter negocial a completar.

Rivero Hernández⁹³¹, se refiere al “*contrato del representante sin poder antes de la ratificación*”, que define como “*una parte de cierto camino negocial todavía no concluido*”, precisamente porque le falta, “*parte del total consentimiento necesario para la perfección del negocio*” o contrato como es el consentimiento del representado. El Derecho protege esta situación porque estima que es un medio idóneo de autorregulación de los intereses privados, pero al ser un negocio incompleto, o mejor dicho imperfecto, no produce los efectos típicos de los de su clase, sin que esto

⁹³⁰ Pág. 373.

⁹³¹ Pág. 375.

signifique que no cause alguno de trascendencia o naturaleza menor antes de su ratificación.

Para Díez Picazo, *“las categorías que expresan mejor la calificación que merece el acto del representante sin poder son las de ineficacia relativa e irrelevancia”*, porque no produce efectos en la esfera jurídica de una persona, el representado, de ahí su relatividad irrelevante, aunque puede producirlos entre otros o para otros, justificando la relatividad de su ineficacia. Desde otro punto de vista, es un negocio incompleto o inacabado, una *“species facto negocial”* compleja de formación sucesiva, *“todavía abierta y a la espera de recibir el elemento del supuesto de hecho, precisamente la voluntad del dominus, que la completará”*.

El negocio es irrelevante para el dominus, pero no tiene porque ser así para el representante y el tercero, distinguiendo Díez Picazo dos hipótesis para conocer como se producen los efectos⁹³². En la primera, el representante es consciente de que carece de poder de representación, y el tercero lo sabe, siendo la voluntad de ambos que ese negocio produzca efectos, esa eficacia tiene carácter provisional definiendo el acto como incompleto, dependiendo la plena eficacia de una futura ratificación contemplada implícita o explícitamente como *condictio iuris* en el contrato, a verificar dentro del plazo establecido por las partes, y en defecto de estipulación en el que se considere en atención a la naturaleza jurídico o las circunstancias y condiciones contempladas en el contrato. De manera que, antes de que transcurra el plazo previsto para ratificar, ninguna de las partes puede desligarse unilateralmente del negocio, procediendo solo la extinción por mutuo disenso. Solamente una vez transcurrido dicho plazo, sin que se produzca la ratificación, el tercero podrá separarse unilateralmente del contrato que deviene ineficaz por falta de concurrencia del trámite concebido como *conditio iuris*. Esa separación unilateral no es una revocación, es una constatación de la ineficacia del negocio por el incumplimiento de la condición, la ratificación, impuesta como requisito de eficacia plena; que, se llevará a efecto, mediante una declaración dirigida al representante.

Si transcurrido el plazo se produce la ratificación antes de la declaración de desistimiento, el negocio surtirá plenamente los efectos previstos. En este supuesto, no existe responsabilidad en concepto de extralimitación o exceso en el ejercicio del poder, o de actuación sin poder, al ser conscientes de esta circunstancia tanto el representante como el

⁹³² Pág. 375 y ss.

tercero, poniéndola en evidencia al exigir como requisito de eficacia plena la ratificación.

La segunda hipótesis refleja el supuesto contrario, la falta de acuerdo entre las partes para someter el negocio a la ratificación del principal o dominus. En este caso el tercero cree que el representante tiene poder suficiente, y en consecuencia que, el negocio que celebran es plenamente eficaz frente al dominus directa e inmediatamente. Ese error debe ser objeto de valoración apreciando si es excusable o inexcusable, según la diligencia del tercero en la investigación y examen de las facultades del gestor. Puede ser que, el representante esté equivocado respecto a la existencia o alcance del poder de representación, o que el gestor haya inducido dolosamente al tercero a engaño.

La protección que desplegará el Derecho variará dependiendo de la calificación de las diferentes conductas descritas, si en ellas se observó negligencia o se actuó dolosamente, si el error es excusable o inexcusable, teniendo el tercero con independencia de que produzca o no la ratificación tres posibilidades.

La primera es apartarse del negocio así concluido sin esperar al transcurso de ningún tipo de plazos, que es probablemente lo que el artículo 1259 del Código Civil, llama revocar. La segunda será considerar, obligado frente a él al representante sin poder, a tenor del artículo 1725 que preceptúa que, el mandatario es responsable personalmente para con el tercero cuando *“traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes”*. La tercera posibilidad es hacerle responsable de los daños y perjuicios, que deben ser de carácter precontractual a incluir en el llamado interés negativo. Para que estas dos últimas alternativas sean factibles, es preciso que el tercero actúe de buena fe y que la culpa sea imputable al gestor.

La Doctrina del Tribunal Supremo⁹³³, se decanta por considerar que al negocio celebrado con falta o extralimitación de poder a tenor del artículo 1259 del Código Civil, le falta un elemento esencial, el consentimiento del principal o representado, que puede prestarlo a posteriori en la ratificación. Se trata, por tanto, de un negocio jurídico en suspensión, subordinado a una *conditio iuris*, de tal modo que, si la ratificación se produce, será válido y eficaz desde el principio.

Las opiniones de la doctrina respecto a esta teoría pueden resumirse en las que a continuación citamos.

⁹³³ Sentencias de 14 de diciembre de 1940, de 7 de julio de 1944, 29 de enero de 1945, 25 de junio de 1946, 13 de diciembre de 1965, 11 de junio de 1966, 23 de octubre de 1908, 21 de mayo de 1984, 27 de marzo de 1987, 22 de octubre de 1999 y 3 de diciembre de 2001, Pág. 378.

Colás Escandón dice que, *“el negocio realizado por el falso representante directo ha de ser calificado necesariamente como negocio principal, subjetivamente incompleto, que se encuentra en una situación de pendencia, al tratarse de un negocio complejo en vías de formación que va a ver cerrado su iter formativo, y por tanto se perfeccionará, merced a otro negocio de carácter accesorio y necesario: la ratificación del representado, elemento final de dicho negocio complejo, que viene a aportar la parte de consentimiento negocial de la que aún carecía. Como tal, no puede ser calificado aún ni como válido, ni como inválido, ni como ineficaz, al ser susceptible de perfeccionarse con posterioridad”*.

O’Callaghan⁹³⁴, centrándose en los actos realizados por los representantes legal asevera que, *“si entendemos por nulidad la contravención a norma imperativa o prohibitiva y la anulabilidad la consecuencia de vicio de consentimiento o defecto de capacidad, no puede aceptarse que el negocio dispositivo realizado por los titulares de la patria, potestad sea nulo ni anulable. Por el contrario, se trata de un caso de ineficacia strictu sensu, por falta de poder de disposición del autor ya que los padres carecerían de dominio, que es del hijo, y del poder de disposición, que requiere la autorización judicial que no han obtenido”*

Suarez Ventura y Martínez Martínez, consideran que estos actos constituyen un supuesto de extralimitación del poder de representación, al que es aplicable el artículo 1259, tratándose, por tanto, no de negocios propiamente nulos, como se vio, a pesar de que el mencionado precepto los denomine como tales, sino de negocios incompletos o relativamente ineficaces, en el sentido de no poder perjudicar al representado. Estos actos no son susceptibles de ser sanados, pues en ellos no existe vicio alguno, pero si pueden ser ratificados, esto es, asumidos por el dominus, o sea, el menor cuando adquiriera la capacidad necesaria. *“También podrán ser completados, deviniendo desde entonces plenamente eficaces para el representado, si con posterioridad a su otorgamiento concurriesen alguno de los requisitos a los que el artículo 166/3 reconoce virtualidad para hacer innecesaria la previa autorización judicial y, por consiguiente, las consecuencias de derecho que en base a tal carácter se predicaron. Cosa esencialmente diferente de la ratificación, por cuanto esta solo admite como posible la declaración unilateral de voluntad del representado, una vez que haya adquirido la capacidad necesaria para celebrar el negocio ratificado, y precisamente en ella se fundamenta; en tanto que en este caso se trata más bien de una posibilidad que se basa en*

⁹³⁴ Pág. 378 y 379.

la propia ley, y que podrá cumplirse tanto por la posterior reinversión, en su caso, como por el consentimiento del menor que hubiese cumplido dieciséis años, y por consiguiente aún no plenamente capaz, prestado en escritura pública, lo que no obsta para que el mismo pueda presentar con aquel en que la ratificación se traduce gran similitud, por no decir identidad, de significado”⁹³⁵.

Martínez Sanchiz, opina que, la posibilidad de ratificar el negocio, se haya implícita en el propio artículo 166 del Código Civil, ya que, no hay duda que el consentimiento ulterior del acto por el mayor de dieciséis años es perfectamente factible, cumpliendo el papel de una autentica ratificación, cuya viabilidad determina la de la autorización posterior. De modo que, el acto realizado sin autorización judicial está incompleto mientras no se ratifique cumplidos los dieciséis años o no recaiga posterior aprobación judicial, que no podrá ser denegada si el acto fue concluido en beneficio del menor.

Rodríguez-Poyo Segura⁹³⁶, indica como argumento principal a favor de esta tesis, que la finalidad o la ratio del precepto es la protección del menor o del incapaz, que está mejor protegido si el acto se considera ineficaz hasta que llegue a la mayoría de edad o al cese de la situación de incapacidad, concediéndole en ese momento la posibilidad, de ratificarlo si le interesa, o de no hacer nada, en cuyo caso no produciría efecto alguno.

Guilarte Zapatero, en contra argumenta que, el artículo 1259 niega con carácter general, la facultad de concluir actos en nombre de otro sin contar con su autorización o representación legal. A lo que se añade que, los artículos 166 y 271, prohíben expresamente que los representantes legales realicen determinados actos, prohibición que solo desaparece si concurren los requisitos que establecen, que es la autorización del Juez.

Teniendo en cuenta, el carácter especial de estos dos últimos preceptos, que regulan actos determinados sobre bienes de las personas sujetas a patria potestad o tutela sometidos a una regla específica, su aplicación debe anteponerse al genérico 1259 cuando se trata del patrimonio de menores o incapacitados. Admitiendo que, las nulidades de los artículos 6/3 y 1259 son distintas, prevaleciendo la primera sobre la segunda.

En segundo lugar, resulta que los actos cuestionados, además de ser incompletos al faltarles un elemento esencial: consentimiento o voluntad del representado teóricamente, son actos prohibidos expresamente por

⁹³⁵ Pág. 380.

⁹³⁶ RODRÍGUEZ-POYO SEGURA, Manuel.

normas imperativas, concretamente las contenidas en los artículos 166 y 271 del Código Civil, que como tales, excluyen la aplicación de cualquier otra, en este caso el 1259 también del Código Civil.

En tercer lugar, la sanción del artículo 1259 trata de eliminar la nulidad del acto mediante la ratificación posterior del dominus, aviniéndose con la idea de proteger los intereses de los menores y de los incapacitados, teniendo en cuenta la facultad de revocación reservada a la otra parte contratante, sobre todo cuando en los casos de incapacidad, se prevea la persistencia de esa circunstancia haciendo inviable o al menos improbable la ratificación, que de ningún modo cabe sustituir por la autorización judicial posterior.

Por último, frente al argumento de que el criterio que se propone dejaría sin contenido el artículo 1259 respecto a la falta de representación legal, podría ser de aplicación en los actos que no siendo expresamente prohibidos por la ley, sean concluidos por los padres o los tutores sin ostentar la facultad representativa que les ha sido otorgada.

Para Sánchez Calero⁹³⁷, este régimen tiene como ventaja que el negocio realizado por el representante legal es irrelevante para el menor o incapacitado, y si le interesa puede ratificarlo, evitando la nulidad radical y la anulabilidad con los problemas inherentes a los efectos desplegados por el negocio desde la fecha de su realización.

El problema de la ratificación surge cuando se trata de un incapacitado permanente, al ser reducidas o quizá inexistentes las posibilidades de recuperación de la capacidad en grado suficiente para ratificar, suscitando la discusión respecto a la solución más adecuada en estos casos.

Sánchez Calero alude a la reflexión de Gómez Oliveros⁹³⁸, explicando que la conclusión en los supuestos en los que la causa de la tutela sea mutable o susceptible de mutabilidad previsible y probable, con el resultado de un cambio de estado civil producido por la reintegración de la capacidad, es semejante y comparable a la teoría del falsus procurator o del representante que actúa sin poder o con poder insuficiente, al contemplarse como probable y posible la manifestación directa de la voluntad del representado por medio de la ratificación del negocio, siendo de aplicación el régimen expuesto para dicho caso.

Sin embargo, cuando las condiciones psíquicas o físicas determinantes de la incapacitación, indiquen fehacientemente la

⁹³⁷ Pág. 387.

⁹³⁸ Pág. 388. GÓMEZ OLIVEROS, José M^a.

imposibilidad de normalización de su estado civil, o de atenuación del régimen de guarda evidenciando una duda más que razonable, respecto a la probabilidad de la manifestación libre y consciente de su voluntad en la ratificación, nos lleva de nuevo al planteamiento de la eficacia de los actos dispositivos realizados por el tutor sin autorización judicial. En este caso la situación del pupilo hace imposible la sanación del negocio, porque no tiene capacidad de obrar suficiente para vincularse libre y voluntariamente a los efectos jurídicos del acto realizado entre el falso o extralimitado representante y el tercero.

La situación del incapacitado permanente plantea problema en la anulabilidad, porque es imposible la ratificación y la impugnación del negocio que desde su celebración está produciendo plenos efectos.

Sí es imposible sanar el negocio con una ratificación, Gómez Oliveros, se inclina por la autorización judicial posterior en los casos de incapacidad de obrar permanente del representado, fundamentando su conclusión en el literal del artículo 1259 del Código Civil que, cuando se refiere a la ratificación, se dirige a los menores y a los incapacitados con probabilidad de reintegración de la capacidad de obrar suficiente, persiguiendo que el representado se beneficie del acto celebrado por su representante legal omitiendo el requisito preceptivo de la autorización judicial, que resulta provechoso para la rentabilidad de su patrimonio evitando así un daño injustificado.

El fin del Derecho es la tuición del menor y del incapacitado, que en el supuesto que nos ocupa, constituyen el interés jurídico más débil y en consecuencia más necesitado de protección, siendo contrario a la ley privar de esa posibilidad a los incapacitados permanentes por el hecho de que, no podrán alcanzar la capacidad de obrar suficiente para ratificar el negocio, imponiéndose por razones de equidad la búsqueda de una solución comparable a la aplicable a las personas con capacidad de obrar limitada temporalmente que, sin duda es el reconocimiento de la posibilidad de que el Juez de oficio o a instancia de cualquier interesado, en el momento en el que lo requiera el interés del representado, autorice el negocio celebrado por el representante sanándolo, solución que podría fundamentarse en los artículos 158/4 y 216/2 del Código Civil.

Sánchez Calero⁹³⁹, se decanta por considerar que, en los negocios celebrados por los representantes legales sin la autorización del Juez exigida por los artículos 166 y 271 del Código Civil, concurren los

⁹³⁹ Pág. 410.

elementos esenciales de todo contrato previstos en el artículo 1261, solo adolecen de una irregularidad: el haberse realizado sin poder suficiente, siendo en consecuencia nulos de pleno derecho a tenor del artículo 1259, nulidad que en interés del representado tiene carácter de relativa, pudiendo ser objeto de ratificación por este antes de que el tercero contratante proceda a su revocación.

6.4. CONCLUSIONES

Después del análisis de las distintas teorías de sanción aplicable a los actos realizados por los representantes legales sin la preceptiva autorización judicial de los artículos 166 y 271 del Código Civil, Sánchez Calero⁹⁴⁰; formula sus propias conclusiones al respecto, comenzando por la común a toda la doctrina considerando que tal negocio no es eficaz ni puede comprometer el patrimonio del representado. Esa ineficacia a un contrato irregular no tiene porque ser impuesta expresamente por la ley, puede ser fruto de la interpretación del significado y fin de la norma, y de la *ratio iuris* que la inspira, que en el caso de los precitados 166 y 271, es la tuición de menores e incapacitados mediante la autorización judicial que legitima al representante legal, para realizar un acto de los comprendidos en dichos preceptos, una vez valorada su conveniencia por concurrir circunstancias de necesidad o de utilidad, integrando el poder de representación que con carácter general le corresponde.

La falta de la preceptiva autorización del Juez, es una irregularidad en la formación del negocio en el que concurren todos los elementos esenciales, no procediendo hablar de nulidad por insuficiencia de consentimiento, porque en la representación legal la iniciativa en la celebración del negocio corresponde al representante.

Es de aplicación el artículo 1259 del Código Civil, al hallarnos en el ámbito institucional de la representación, más en concreto de la actuación representativa sin poder suficiente, que sanciona con la nulidad los contratos celebrados en las circunstancias descritas, salvo que los ratifiquen las personas a cuyo nombre se otorguen antes de ser revocados por la parte contratante, modalidad de nulidad en la que, el fin perseguido por la norma infringida, los artículos 166 ó el 271 del Código Civil, los intereses en juego, la situación jurídica del representante, del representado, del tercero que contrata, y de posibles terceros interesados, permiten conocer el tipo de ineficacia con la que se sanciona el acto celebrado por el representante legal sin la preceptiva autorización judicial.

⁹⁴⁰ Páginas 390 a 405.

Sánchez Calero desgrana en un detallado análisis la situación jurídica del representante, del representado respecto a la ratificación y del tercero que resumimos a continuación.

6.4.1. EL REPRESENTANTE

Puesto que con la autorización judicial, lo que se pretende es evitar los perjuicios que ciertos actos pueden causar si no se ajustan a criterios de conveniencia y oportunidad; es lógico que, la legitimación activa para instar la acción de nulidad de los negocios celebrados por el representante legal sin observar el citado requisito, se reserve a las personas que el Ordenamiento protege mediante dicho trámite, excluyendo a quien haya originado la causa que hace nulo el negocio.

La nulidad, por lo tanto, es relativa no absoluta, y el acto dispositivo que realizó el representante legal sin autorización judicial inicialmente ineficaz frente a la persona sujeta a patria potestad o tutela. Y la acción para invocarla es puramente declarativa, y de carácter imprescriptible según opinión del profesor De Castro⁹⁴¹, aceptada por la Doctrina. Por el contrario, la acción de condena a la restitución de la prestación realizada en cumplimiento de las estipulaciones del contrato, está sometida al plazo genérico de la prescripción de las acciones personales a tenor de lo preceptuado en el artículo 1964 del Código Civil; es decir, en defecto de disposición expresa, será el de la prescripción de quince años de la acción restitutoria del artículo 1969 del Código Civil⁹⁴², a contar en el supuesto que nos ocupa, desde la mayoría de edad o el momento de recuperación de la capacidad de obrar en grado suficiente para apreciar correctamente, si resulta favorable o no para sus intereses el contrato celebrado por su representante legal, correspondiéndole al tercero la acción de revocación según el artículo 1259 del Código Civil.

Sánchez Calero, expone su tesis que avala con la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 17 de febrero de 1995, que considera que, el representante legal actúa con insuficiencia de poder representativo como causa de la falta de autorización judicial, siendo el causante de la irregularidad del contrato, razón por la que, no está protegido por la norma y no es considerado parte contractual, por lo que, parece lógico negarle la legitimación para instar la nulidad.

⁹⁴¹ Pág. 393, Sánchez Calero, (El negocio jurídico...., Pág. 481 De Castro.

⁹⁴² Que establece que *“el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”*.

Otra cuestión distinta, es cuando el tercero exige el cumplimiento del contrato al representante legal que pone de manifiesto la irregularidad del negocio consistente en la omisión de la preceptiva autorización judicial, y a la vez carece de legitimación para instar la consiguiente acción judicial. No parece de recibo que, el Juez acuerde la ejecución de un contrato a sabiendas de que no reúne todos los requisitos exigidos por ley para su validez. Pero desde luego, tampoco puede declarar de oficio su nulidad, pronunciamiento que procede si es ***“lo suficientemente clara y patente para que el Tribunal pueda apreciarla”***, como en el caso de falta de los elementos esenciales del contrato previstos en el artículo 1261 del Código Civil, o cuando los pactos o estipulaciones sean manifiestamente contrarios a la ley, la moral, el orden público, las buenas costumbres, o el objeto del mismo recaiga sobre bienes excluidos del tráfico del comercio, pero no cuando ***“la supuesta nulidad estriba en la falta de suficiente representación de los intervinientes en el negocio jurídico por cuenta, como en este caso, de la parte vendedora-demandada”***, palabras textuales de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993, que la autora invoca como apoyo a su reflexión.

6.4.2. EL TERCERO

El art 1259 del Código Civil, atribuye a quien contrata con el representante desprovisto de poder o con poder insuficiente la facultad de revocar el contrato, siempre que ejercite dicha facultad con anterioridad a la ratificación del representado.

La interpretación literal, puede llevar a la conclusión de que quien contrate con el representante en esas circunstancias, puede libremente revocar el contrato, con el único límite de que lo haga antes de que lo ratifique el menor o incapacitado.

La Doctrina rechaza esta postura, porque la realidad es que, la facultad de revocación es citada pero no reglamentada, siendo preciso reconducirla a los esquemas de la teoría general de las obligaciones y de los contratos, como medida de interés del tercero que no puede desligarse arbitrariamente de lo que ha convenido. Resultando que, si conocía o debió conocer que el representante no contaba con la autorización judicial preceptiva, ambos eran conscientes de las circunstancias de celebración del contrato, y merecen idéntica protección, no existiendo razón alguna que justifique la facultad revocatoria⁹⁴³.

⁹⁴³ Artículos 1.256 y 1.258 del Código Civil.

En el caso de que, el tercero ignore la insuficiencia o falta de poder de representación por la omisión de la preceptiva autorización judicial; es decir, que desconozca que el representado es una persona sin capacidad de obrar suficiente, ese error en las cualidades de representante y representado lo convierten en merecedor de la protección adecuada de su interés justificando la concesión de la facultad revocatoria, en virtud de la cual, pueda apartarse del contrato.

Si el tercero conoce la insuficiencia o falta de poder y no se produce ratificación, el representante no es responsable, pero cuando aquel cree por error que este tiene poder suficiente, y sus expectativas negociales quedaren defraudadas, interpretando en conexión los artículos 1259 y 1725 del Código Civil, el representante será responsable de los daños y perjuicios ocasionados a la persona con la que contrató.

6.4.3. EL REPRESENTADO

El Código Civil no define ni establece las condiciones y requisitos de la ratificación, solamente cita expresamente esta opción en el artículo 1259/2º, y se refiere a ella como posibilidad en el 1727/2 y el 1892. Es preciso acudir a la doctrina en busca de una definición del significado de la ratificación. Sánchez Calero⁹⁴⁴, trae a colación a Gordillo para quien este trámite es *“el medio que, realísticamente, el ordenamiento pone a disposición del dominus para que aproveche, si quiere, la actuación, con relevancia hasta entonces de mero hecho, del pseudo-representante”*, mencionando también a Díez Picazo, que concibe la ratificación como *“la declaración de voluntad del dominus de aceptación o de conformidad con lo realizado por el representante sin poder”*.

Partiendo de estas definiciones, insiste siguiendo a Pasquau Liaño, que la nulidad es una sanción impuesta por el Ordenamiento Jurídico a un negocio que adolece de ciertas irregularidades que, a su vez se consideran legalmente como causas de nulidad, y que como tales le privan de los efectos inherentes a su naturaleza.

La convalidación pretende evitar la ineficacia derivada de la causa de nulidad, no la supresión de esta que no es removible; es decir, el contrato a pesar de su irregularidad causará los efectos que le son propios como si fuese válido. A tal fin, tiene lugar la ratificación o declaración unilateral de voluntad formulada por el dominus negotii, que en el caso que nos ocupa es el menor cuando es ya mayor de edad, o el incapacitado que ha recuperado

⁹⁴⁴ Pág. 398.

la capacidad de obrar suficiente, de carácter recepticio, produciendo efectos cuando es recibida por el representante o el tercero, siendo el conocimiento de este último imprescindible para que quede privado de la facultad de revocación del negocio.

La ratificación ha de ser una declaración voluntaria y libre, y su objeto será el contrato celebrado irregularmente por el representante, pura y simple coincidiendo exactamente con su contenido, porque la introducción de cambios o alteraciones constituiría una oferta nueva y diferente, que requeriría la aceptación de la otra parte contratante, situándose fuera del ámbito de la ratificación.

En cuanto a la forma que habrá que observar en el acto de ratificación, los artículos 1727/2, 1892 y 1893 del Código Civil, admiten tanto la expresa como la tácita, en cambio, el 1259 nada dice al respecto, reafirmando Doctrina y Jurisprudencia en la procedencia de ambas. La duda es sí en la ratificación expresa se observarán los requisitos de forma que corresponde al negocio que se ratifica, o los del apoderamiento, optando por la aplicación de los procedentes en este último supuesto, al pretender suplir la previa inexistencia o insuficiencia de poder del representante.

La ratificación tácita no suscita dificultad o duda alguna, considerando que se ha producido, ***“cuando el dominus realiza actos o adopta un comportamiento que objetivamente tienen que ser interpretados como aprobación o conformidad con la gestión del representante”***, según manifiesta Diez Picazo, en línea acorde a la mantenida por la Jurisprudencia⁹⁴⁵.

La conclusión es que, se constatará la ratificación tácita en el momento en el que, el representado se beneficie de los efectos jurídicos del contrato celebrado con extralimitación de poder por su representante, o cuando al amparo o cumplimiento de sus estipulaciones realice otros actos que pongan en evidencia de forma concluyente e inequívoca tal circunstancia; es decir, su conformidad y aceptación de los pactos recogidos en el negocio y efectos jurídicos inherentes.

La ratificación debe verificarse antes de que el tercero revoque el contrato, pero no existe plazo legal para ratificar en defecto de revocación;

⁹⁴⁵ Pág. 401 La intervención judicial....., Sentencias del Tribunal Supremo 25 de marzo de 1968, 22 de diciembre de 1977, 25 de febrero de 1994, y 18 de marzo de 1999, citadas por la de 26 de julio de 2001, y Resoluciones de la Dirección General de los Registros, con valor doctrinal incuestionable, 26 de julio de 1905, 11 diciembre de 1997, y de diciembre de 1998.

si bien, puede ser que en las estipulaciones del contrato las partes contemplen este extremo. Sí no existe pacto o acuerdo, en virtud del artículo 1258 del Código Civil, aplicando el principio de buena fe; la ratificación, se emitirá dentro de un periodo razonable conforme a las circunstancias y el lugar del cumplimiento de la obligación, comenzando el computo a partir del momento en el que el representado alcance o recobre la capacidad de obrar suficiente. No obstante, el tercero parte interviniente en el negocio, podrá requerir al representado para que se pronuncie a favor o en contra de la ratificación.

El efecto principal de la ratificación, y el objeto que persiguen las partes, es la plenitud de los efectos del negocio, liberando al representante de la responsabilidad que pudiera corresponderle frente al tercero por la irregularidad que cometió. Aunque el Código Civil no reconoce expresamente esta conclusión, la Doctrina estima que es la solución más conforme con la naturaleza de la ratificación, y la intención manifestada por las partes intervinientes.

6.4.4. TERCEROS EXTRAÑOS AL NEGOCIO

La ratificación tiene como efecto la eficacia retroactiva del contrato, pudiendo producirse la colisión de los derechos que surgen en ese momento, con los adquiridos por terceros extraños, en el periodo que media entre la celebración hasta el momento en el que el negocio es ratificado

El Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de los derechos adquiridos por los terceros, en el tiempo que media entre celebración y ratificación, y en este sentido la sentencia de 22 de octubre de 1999⁹⁴⁶, afirma que *“la retroacción, consecuencia de la ratificación, opera plenamente interpartes, transmitente y adquirente del dominio, incluso, en lo que beneficia, respecto de terceros, pero queda limitada frente a los derechos adquiridos por estos medio tempore, pues no puede perjudicarles”*. Esta línea es la que mantiene el Derecho Comparado, concretamente los artículos 184/2 del BGB alemán, y 1399 del Codice Civile italiano.

La Doctrina, a su vez, se manifiesta en general a favor de la excepción en la retroactividad de los derechos que hayan sido adquiridos de buena fe por terceros extraños al negocio. La buena fe es un concepto jurídico indeterminado que, supone no causar una lesión o un daño

⁹⁴⁶ Pág. 403.

injustamente, pero que, para concretar su alcance en cada caso particular necesita cierto análisis.

En primer lugar, no existe disposición legal que, imponga al tercero esperar a que el representado se decida o no a ratificar el negocio, como tampoco existe criterio que indique que el conocer o ignorar la posibilidad de una eventual ratificación comporta o no comporta buena o mala fe. Lo más acertado es considerar como norma general la retroactividad absoluta, con la excepción de ciertos supuestos en los que en aplicación del principio de protección de los terceros de buena fe, lo adecuado sea lo contrario, siendo de aplicación en estos casos con el fin de resolverlos las normas sobre colisión de derechos.

Como puntualización final, Sánchez Calero añade la siguiente conclusión: los negocios celebrados por los representantes legales sin la autorización judicial exigida en los artículos 166 y 271 del Código Civil, tienen los elementos esenciales previstos para los contratos en el artículo 1261 del Código Civil, pero adolecen de una irregularidad en su estructura que es la insuficiencia de poder, determinando su nulidad de pleno derecho a tenor del artículo 1259, prevista en protección y defensa de los intereses de menores o incapacitados, a los que corresponde en exclusiva la oportuna acción.

La nulidad de estos contratos es relativa, en el sentido de que, si sus efectos jurídicos benefician al menor o incapacitado, estos podrán ratificarlo cuando adquieran la capacidad de obrar suficiente para celebrar el negocio de que se trate, antes de que el tercero que contrató revoque su consentimiento en los supuestos en los que le es atribuida esta facultad, prevista en el artículo 1259 del Código Civil.

7. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Una vez revisada la Doctrina en las diferentes posturas que mantiene, nos resta exponer la posición de la Jurisprudencia, contando con resoluciones recientes, concretamente de 22 de abril, 8 de julio y 23 de septiembre de 2010, en las que siendo ponente Encarnación Roca Trias⁹⁴⁷, la Sala Primera del Tribunal Supremo aborda el estudio de la sanción de la ineficacia de los actos realizados por el representante legal sin la preceptiva autorización del Juez analizando las cuestiones de forma y fondo.

⁹⁴⁷ Resoluciones del Tribunal Supremo números, 225/2010, 447/2.010 y 558/2010, respectivamente.

La sentencia de 22 de abril de 2010, resuelve el tipo de ineficacia que afecta a un contrato de disposición realizado por el representante de un menor sin autorización judicial, formulando las siguientes conclusiones.

La primera es que la precitada cuestión, es una cuestión planteada desde la entrada en vigor del Código Civil, sin que, desde entonces y a pesar del tiempo transcurrido se hayan unificado las posturas, lo que lleva a afirmar textualmente en el Fundamento Jurídico Cuarto de la resolución que, **"el padre carece de capacidad jurídica para perfeccionar ninguna venta de bienes inmuebles, mientras no haya obtenido la correspondiente autorización judicial"**, aludiendo a la sentencia de 31 de mayo de 1912, que parece inclinarse más por la tesis de la anulabilidad y la de 8 junio de 1917, parece que opta por la nulidad declarando que, **"es nulo el contrato otorgado así por el padre (sin autorización judicial) por falta de capacidad de éste, lo que no ocurre tratándose de una transacción"**.

Estas resoluciones son claros ejemplos de los diferentes puntos de vista mantenidos desde antiguo por el Tribunal Supremo que se ha pronunciado a lo largo del tiempo en tres sentidos:

1°. La nulidad radical en las sentencias de 29 abril 1904, 8 junio 1917, 21 junio 1943, 9 diciembre 1953, 25 junio de 1959, 14 marzo de 1983, 17 febrero de 1995 y 21 enero de 2000, entre otras. Que fundamentan su sanción en dos argumentos: el primero que considera la disposición del titular de la patria potestad sin autorización judicial es **"per se"** un acto inexistente, al faltarle uno de los requisitos esenciales; y, el segundo que, es un acto nulo por ser contrario a una norma imperativa, incurriendo en la sanción de nulidad del antiguo artículo 4 del Código Civil, hoy 6/3, orientación que sigue entre otras la sentencia de 28 de mayo de 1965.

2°. En alguna ocasión la Sala declara la nulidad del contrato celebrado sin la autorización judicial por tratarse de un acto realizado con extralimitación de poder, por lo que se aplica el artículo 1259 del Código Civil, como ejemplo la sentencia de 9 de diciembre de 1953, para la que, en estos casos, **"es manifiesta la carencia de facultad del padre o madre para vender, sin dicha autorización, los bienes inmuebles de sus hijos sujetos a potestad; y la venta que se celebre, sin haber obtenido aquélla, es nula, conforme a lo establecido por el artículo 1259 CC y solo podrá convalidarse por los mismos menores al llegar a la mayor edad"**, pronunciamiento seguido por la sentencia de 21 de mayo de 1984.

3°. En otros casos, la Sala opta por la anulabilidad, por ejemplo en

las sentencias de 30 marzo 1987, 9 mayo de 1994, 23 diciembre de 1997 y 3 marzo de 2006 aduciendo esta última que, ***“no se ha producido infracción porque del artículo 164, hoy 166 del Código Civil, no se deriva la nulidad radical que preveía el artículo 4, hoy 6/3”***, posición que fundamenta en que ***“la actuación del representante legal sin la autorización judicial no implica que falte el consentimiento”***. Efectivamente hay consentimiento contractual, no faltando ese presupuesto esencial de todo contrato conforme al artículo 1261 del Código Civil, aunque, puntualiza la resolución judicial, ***“el de la parte vendedora adolecía de la falta de autorización judicial”***, pero esa falta, ***“no da lugar a la nulidad radical del contrato sino a que éste es anulable”*** y ***“si los contratantes representados (por representación legal) no han accionado interesando la anulación en el plazo de cuatro años que establece el artículo 1301 del Código civil, se produce la confirmación por disposición de la Ley, llamada prescripción sanatoria, por el transcurso del plazo de caducidad lo que podría ejercitarse aquella acción de anulación”***.

Es evidente que, partiendo de la nulidad absoluta se produce una progresiva evolución hacia la anulabilidad, o como algunos acérrimos defensores de la nulidad prefieren una suavización de esta y de sus efectos. Como apoyo a esta orientación, la sentencia de 22 de abril de 2010, se refiere al Código de familia de Cataluña que en el artículo 154 derogado se mostraba favorable a la anulabilidad, este precepto fue sustituido por el vigente 236/31, introducido por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, que poniendo fin a toda polémica establece la anulabilidad con un plazo de cuatro años a contar desde que el representado salga de la tutela.

El Fundamento Jurídico Quinto, al pronunciarse respecto al tipo de ineficacia, aduce la falta de concreción del artículo 166 del Código Civil, acerca de esta cuestión, que obliga a reflexionar respecto al objeto perseguido por el Ordenamiento Jurídico cuando exige la autorización judicial, integrando el citado artículo 166 con lo dispuesto en el 1259/1, aseverando que ***“ninguno puede contratar a nombre de otro sin que tenga por la ley su representación legal”***.

La resolución formula las siguientes conclusiones:

a) El artículo 166 es una norma imperativa, que coincide con lo dispuesto en el artículo 1259, y salvo ratificación, su incumplimiento lleva a la aplicación del artículo 6/3, es decir, la nulidad del acto.

b) El fin de protección de la norma contenida en el artículo 166 del Código Civil es la salvaguardia del interés de los menores que no tienen la capacidad suficiente para actuar por sí mismos, y por este motivo, pueden encontrarse en situaciones de desprotección cuando alguien contrata en su nombre y obliga sus patrimonios sin el preceptivo control, debiendo asumir los efectos jurídicos inherentes tanto beneficiosos como perjudiciales.

c) La actuación de los padres siempre debe tener como finalidad el interés del menor, tal como dispone el artículo 154/2 del Código Civil. La representación legal no es un derecho del representante, sino de los hijos, que les permite exigir que se actúe en beneficio de sus intereses. A favor la Convención de los derechos del niño, aunque no contemple directamente este supuesto.

d) El propio artículo 1259 se adhiere a esta argumentación, al permitir la ratificación del contrato por el menor cuando sea favorable a sus intereses.

La Sala se pronuncia a favor de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1259, reconociendo la naturaleza imperativa de la autorización judicial en el Código Civil, y no de simple complemento del acto a realizar, además de la falta de representación legal de los padres en los actos enumerados en el artículo 166 del Código Civil, que deben atenerse a causas de utilidad justificadas, y realizarse previa autorización judicial con la audiencia del Ministerio Fiscal.

La autorización judicial no es un complemento de capacidad, al estilo de lo que ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres no pueden llevarlo a efecto en solitario, porque la pretensión es proteger al menor. El acto realizado con falta de poder, es decir, sin autorización judicial, constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la definitiva que se producirá con la ratificación expresa o tácita del afectado. No se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aun no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1259/2 del Código Civil, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente.

Es evidente, la expansión de la anulabilidad, y no falta quien relaciona este extremo con el artículo 1322 del Código Civil, que establece

esta sanción para los actos de administración o disposición que realice un cónyuge sin el consentimiento del otro en los casos en los que la ley requiere la concurrencia de ambos como es el de los bienes de carácter ganancial.

Gordillo Cañas⁹⁴⁸, interpreta dicho precepto como una extensión de la anulabilidad en el caso concreto de los actos dispositivos de los bienes gananciales, y en otros similares como son los contratos celebrados por los representantes legales sin la preceptiva autorización judicial.

En esta idea insiste Carrasco Perera⁹⁴⁹, apuntado que la solución prevista por el artículo 1322 del Código Civil para los actos de disposición que el cónyuge realiza sin consentimiento del otro, demuestra que la pretensión es no limitar el régimen de anulabilidad a unos determinados supuestos, convirtiéndola en un régimen de nulidad debilitado o flexibilizado, con la única diferencia respecto a la nulidad radical que la acción de impugnación está sometida a un plazo y que la legitimación para formularla está restringida a ciertos sujetos.

Pasquau Liaño, defiende la similitud en los supuestos y la analogía en lo que respecta a las soluciones susceptibles de aplicar, entre los actos de disposición de los bienes gananciales, y los que requieren autorización judicial al pertenecer a personas sujetas a tutela. En ambos casos concurre la necesidad de proteger el patrimonio familiar facilitando su gestión, optando para no desproteger al cónyuge pasivo, al menor y al incapacitado, por la anulación sí los efectos del negocio no le perjudican, o por la ratificación si le favorecen.

Sánchez Calero⁹⁵⁰, advierte de las siguientes diferencias entre ambos casos: la primera es que, el cónyuge cuyo consentimiento se omite no forma parte del contrato, sin embargo, el menor o incapacitado si es parte del mismo, ya que, el representante legal actúa en su nombre.

El cónyuge que presta el consentimiento interviene en nombre propio, y no hay representación. Sí el cónyuge actuase en nombre propio y en el del otro cónyuge sin haberle otorgado este último poder de representación estaríamos en el ámbito del artículo 1259 del Código Civil, por haber contratado a nombre de otro sin estar por este autorizado.

⁹⁴⁸ Pág. 353.

⁹⁴⁹ Pág. 354.

⁹⁵⁰ Págs. 354 y 355.

Por último, en el caso de los cónyuges, es el legislador el que expresamente establece la sanción de anulabilidad, lo que no ocurre con la preceptiva autorización judicial de los artículos 166 y 271 del Código Civil, siendo la única interpretación posible de ese pronunciamiento expreso de la ley⁹⁵¹, su consideración como una limitación del artículo 1322 a los casos de vicios de consentimiento y defectos de capacidad, adhiriéndose a esta opinión los partidarios de la nulidad.

El Tribunal Supremo resuelve en sentencia de 23 de septiembre de 2010, la validez del contrato de arrendamiento de bienes gananciales otorgado por el esposo tutor sin autorización judicial de su esposa incapacitada.

El Fundamento Jurídico Cuarto, trata de fijar si un acto de disposición que requiere el consentimiento de ambos cónyuges, puede ser realizado por el capaz actuando por sí mismo y a la vez como tutor del cónyuge incapacitado, preguntándose si en ese caso, el cónyuge tutor estaba autorizado legalmente para contratar a la vez en nombre propio y de su cónyuge incapacitada sin pedir la autorización judicial. La respuesta es negativa, porque el artículo 1389 del Código Civil, exige la concurrencia de la autorización judicial en los casos en los que es preceptiva

En el Fundamento Jurídico Quinto, la sentencia examina el tipo de ineficacia que corresponde a los actos de disposición sobre bienes inmuebles efectuados por el cónyuge capaz sin la preceptiva autorización judicial, estimando que no es aplicable la doctrina de la Sala en sentencias de 22 abril 2010 y de 8 julio 2010 que, sancionan con la nulidad los actos de disposición efectuados por el titular de la patria potestad y por el tutor sin la autorización judicial. La imposibilidad de aplicar la referida doctrina jurisprudencial, es la existencia del artículo 1389/2 del Código Civil que prevé el supuesto que nos ocupa.

Por tanto la ineficacia de los actos otorgados por el cónyuge tutor sin autorización judicial no es la nulidad general de los artículos 1259 y 6/3 del Código Civil, como ocurre en la disposición por el padre o el tutor de bienes de sus hijos o pupilos sin la autorización judicial, sino la de los artículos 1389 que dispone que, *“el cónyuge en quien recaiga la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores tendrá para ello plenas facultades, salvo que el Juez, cuando lo considere de interés para la familia, y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones. En todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o*

⁹⁵¹ Según Guilarte Zapatero.

valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial". Y del 1322 que afirma que, *"cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición, que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos"*.

Los precitados preceptos, establecen un tipo de ineficacia concreta para la disposición de bienes gananciales por el cónyuge capaz tutor del cónyuge con capacidad modificada prescindiendo de la preceptiva autorización del Juez: la anulabilidad, estando legitimados para instarla el cónyuge que no consistió o en su defecto de sus herederos, pudiendo ser confirmado el acto expresamente por el cónyuge, o entiendo que por el mismo Juez aprobando el negocio. O tácitamente, cuando ningún legitimado inste la anulabilidad, dando por hecho en este caso que los efectos jurídicos son acordes con el interés familiar.

El Fundamento Jurídico Sexto, se refiere al inicio del plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de la acción pertinente, que empieza a contar, a tenor del artículo 1301, *"desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto contrato"*. Al supuesto que resuelve la sentencia debe equipararse el caso de falta de autorización judicial, ya sea porque el cónyuge no disponente se encuentre incapacitado, ya sea porque se haya producido dicha disposición directamente y en contra de lo dispuesto en el artículo 1322 del Código Civil .

8. EXONERACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PRECEPTIVA

La autorización judicial de los actos de disposición, es una manifestación del sistema de tutela de autoridad implantado a raíz de la reforma de la Ley de 24 de octubre de 1983. No faltan críticas, apuntando cierto fracaso del modelo adoptado por nuestro Derecho, como consecuencia de la lentitud y excesivo coste de los trámites que le son propios, entre los que destaca el régimen jurídico de autorizaciones previas de los artículos 166 y 271 del Código Civil.

En esta línea, Rivera Álvarez⁹⁵², subraya que, la carencia de preparación especial para la administración profesional de patrimonios de

⁹⁵² RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín M^a, "La administración separada de la patria potestad y tutela y la necesidad de autorización judicial de los actos de los representantes legales a raíz del art. 5 De la ley 41/2003, de 18 de noviembre", *Revista de Derecho Privado* - Núm. 5-6/2005, (Mayo - Junio 2005),

Jueces y Fiscales, determina que en los supuestos que nos ocupan, su función quede limitada “*a aprobar o denegar las autorizaciones solicitadas*”, imponiendo al tutor una administración meramente de conservación del patrimonio, sin el dinamismo necesario para su rentabilidad, y con el consiguiente perjuicio económico.

La cuestión que nos planteamos es que, si tenemos en cuenta que el régimen jurídico de sanción de la ineficacia de los actos de disposición celebrados por el representante legal sin la preceptiva autorización judicial, ha evolucionado flexibilizándose, eludiendo la nulidad absoluta y considerando tal falta no como la carencia de un elemento esencial del contrato, sino como una irregularidad que se solventa con la ratificación del representado, con su declaración libre y voluntaria reconociendo, aceptando y asumiendo los efectos jurídicos como propicios a su interés. Si es viable que la persona capaz de obrar en las disposiciones preventivas de ordenación de su propia tutela exonere a su futuro tutor del requisito de autorización judicial, confiriéndole la facultad de disponer de sus bienes.

Desde luego, para que esa estipulación tenga efectos, deberá ser configurada de una manera determinada, yo diría como una autorización expresa del futuro tutelado, que previendo su pérdida de capacidad y las necesidades que se derivarán de esta situación, establece la forma de atención que considera más rápida y eficaz para sus circunstancias personales, como un otorgamiento de poder especial para los actos de administración extraordinaria de su patrimonio.

Al día de hoy, la potenciación de la autonomía de la voluntad, que tiene su punto culminante en la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, y que eleva a derecho fundamental no solo la manifestación de las preferencias, sino también el respeto y fidelidad las mismas, es una realidad que las disposiciones legales reflejan, con una apertura progresiva a la eficacia de las disposiciones voluntarias.

Como cuestión previa, analizaremos las posibilidades que existen de dispensa de la autorización judicial en las administraciones separadas de bienes de discapacitados y de incapacitados, comenzando por el disponente de bienes a título gratuito.

Utilizamos la versión digital Id. vLex: VLEX-ED503, en versión generada para el usuario del ICAM (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), el (4 de marzo de 2008).

8.1. BIENES CEDIDOS GRATUITAMENTE

Aquel que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor de edad o de un incapacitado, a tenor del artículo 227 del Código Civil, está legitimado a establecer las reglas de administración de los precitados bienes, y a designar a la persona o personas que haya de ejercitarla.

El precepto no impone límite alguno a las facultades de gestión patrimonial que el disponente puede conferir al administrador especial de los bienes cedidos, siendo la opinión mayoritaria de la Doctrina que el alcance dicha administración comprende tanto los actos de carácter ordinario como los extraordinarios de disposición y gravamen, lo que lleva a plantear la cuestión de si en estos últimos deberá observar con carácter preceptivo la autorización del Juez, como regla propia del tutor, o si por el contrario puede ser dispensado de dicha obligación.

González Poveda⁹⁵³, es partidario de una administración con amplias facultades a favor del administrador, incluyendo la extraordinaria, pero *“necesitando autorización judicial para su ejercicio”*, sobre todo en los casos en los que el testador o el donante no hayan previsto expresamente limitación alguna en estos supuestos. Es decir, en defecto de disposición expresa, se entenderá que el administrador está sometido al requisito de la autorización judicial para los actos dispositivos igual que el tutor, pero el disponente libre y voluntariamente puede prever lo contrario dispensándole de la precitada obligación al conferirle la facultad de realizar actos de administración extraordinaria.

Sánchez Calero⁹⁵⁴, concluye categóricamente que *“admitida la posibilidad de realización de actos dispositivos por el administrador”*, precisará *“autorización judicial en los mismos casos que el tutor”*, los del artículo 271 del Código Civil, *“salvo que el disponente le haya eximido de tal requisito”*.

Chimeno Cano⁹⁵⁵, considera que el régimen jurídico de autorizaciones judiciales no afecta al administrador del artículo 227, al no ser un cargo tutelar.

La postura mayoritaria de la Doctrina es que la expresión genérica del artículo 227 del Código Civil, *“reglas de administración”*, debe ser interpretada ampliamente, entendiéndose que alude a la gestión ordinaria y a la extraordinaria, pudiendo incluirse entre las facultades del administrador

⁹⁵³GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, “Aspectos patrimoniales de ejercicio de la tutela”, Pág.136.

⁹⁵⁴ Pág. 295 *La intervención judicial.....*

⁹⁵⁵ CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*. Pág. 185 y ss.

las dispositivas, si le han sido atribuidas por el disponente. En conclusión, el disponente podrá exonerar al administrador que nombra de solicitar la autorización del Juez, confiriéndole plenas facultades de gestión patrimonial.

El disponente tiene libertad para fijar convencionalmente las reglas de la administración de los bienes que cede, pero la cuestión es determinar hasta qué punto, esas estipulaciones son respetuosas o no con los principios superiores de orden público que afectan al Derecho de Familia.

La autorización judicial previa a los representantes legales para la realización de actos dispositivos, es un medio de protección del interés más débil, susceptible de ser sustituido por otro con la única condición de que sea eficaz.

Rivera Álvarez⁹⁵⁶, coincide con esta consideración, aseverando que, la cuestión a analizar no es la necesidad o no de la aplicación del régimen jurídico de las autorizaciones judiciales, sino sí constituye un instrumento de protección eficaz y efectivo; es decir, si es o no la mejor forma de tuición. Es evidente que, ningún administrador puede actuar sin control alguno de ahí la previsión legal de la autorización judicial, que podrá ser excluida si el disponente establece otro medio efectivo de supervisión de la gestión patrimonial.

El mismo literal del artículo 227 del Código Civil, permite sin límite alguno la previsión de las reglas de administración, y encomendar esta función a una persona concreta que se supone de plena confianza, por lo que, lógicamente habrá que estar a lo ordenado por el testador o el donante, que podrá libremente autorizar a ese administrador a realizar actos de administración extraordinaria de carácter dispositivo, bien por sí solo, o con el consentimiento o asentimiento de otras personas, o con autorización judicial, y solo en defecto de disposición concreta del disponente serán de aplicación las normas de la tutela.

Los argumentos expuestos indican que, el régimen previsto por el disponente que pretende dispensar al administrador del requisito de la autorización judicial para celebrar contratos de carácter dispositivo, conviene que prevea la existencia de una persona o personas, puede ser la

⁹⁵⁶ RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín M^a, “La administración separada de la patria potestad y tutela y la necesidad de autorización judicial de los actos de los representantes legales a raíz del art. 5 De la ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *Revista de Derecho Privado* - Núm. 5-6/2005, (Mayo - Junio 2005), Utilizamos la versión digital Id. vLex: VLEX-ED503, en versión generada para el usuario del ICAM (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid el 4 de marzo de 2008).

constitución de un órgano colegiado, que puedan controlar efectiva y eficazmente la actividad del administrador, y desde luego, la exigencia de la obligación de rendir cuentas, y de información al Juez o al tutor, de los anteriores órganos citados y del administrador. Sin perjuicio de que, la autorización judicial se sustituya por el consentimiento de dichas personas, con la posibilidad siempre abierta de que estas se dirijan al Juez al objeto de que adopte con carácter cautelar las medidas pertinentes, en el caso de incumplimiento de las estipulaciones del disponente, incluso la sustitución del administrador.

Rivera Álvarez, insiste en la necesidad imprescindible de control de la actuación del administrador, y subraya la laguna legal existente al no prever el legislador un régimen especial en las situaciones de administración separada de rendición de cuentas, información y documentación previa o posterior de cualquier acto de gestión extraordinaria, en coherencia con la línea mantenida por nuestro Derecho, que considera como elementos naturales de la administración de bienes ajenos el cumplimiento de las obligaciones citadas.

El problema es que, mientras en los casos de representación o administración voluntaria conferida por persona capaz, está asume el papel activo de la relación, en este caso, sin embargo, si no se dispone convencionalmente, será difícil por no decir imposible, identificar a quien se rendirá cuentas y se informará de la gestión. De ahí que, ante la posibilidad más que real, que durante un tiempo o quizá siempre, la persona sujeta a tutela no pueda ejercer ninguna actividad de control, sea necesario que se designe por el medio que sea un órgano de vigilancia o supervisión, que controlará el destino futuro de los bienes o del producto obtenido en la operación de enajenación o gravamen, y las condiciones de necesidad y utilidad para la rentabilidad del patrimonio que han de concurrir, extremos ambos que serán previstos, procediendo con carácter imprescindible en defecto de disposición alguna, la intervención del Juez al estilo del caso del ausente⁹⁵⁷.

Esta postura parece estar de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 164/1º último inciso del Código Civil, en sede de patria potestad, cuando después de exceptuar de la administración de los padres, los bienes que el hijo haya adquirido a título gratuito, ***“cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa”***, añade que, ***“se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de los bienes y destino de sus frutos”***; interpretación que, en opinión de Rivera Álvarez⁹⁵⁸,

⁹⁵⁷ Artículos 186/3 del Código Civil, y 2.033 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

⁹⁵⁸ Cita en su apoyo a Manresa y Navarro, Castán Vázquez, y Albadalejo.

podía llevar sistemáticamente a no aplicar la regla de la autorización judicial para los actos comprendidos en los artículos 166 y 271 del Código Civil. Ahora bien, la solución es demasiado sencilla resultando dudoso que esta fuera la pretensión del legislador, y algo problemática, al ponerse de manifiesto que el término **“estrictamente”**, no significa que los resultados sean contrarios al interés y beneficio del menor.

La posición del Derecho Foral es mucho más flexible y permisiva que la del Código Civil. En el caso de la Ley 65 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, se permite al disponente de bienes a título gratuito, **“incluso exonerar la necesidad de autorización judicial y de intervención del defensor judicial” en los casos en que excluya una serie de bienes de la administración de los padres”**.

En el Derecho catalán, el antiguo Código de familia en el artículo 153/1, afirmaba que, **“no se precisa autorización judicial en relación a los bienes y derechos adquiridos por donación o a título sucesorio si el donante o el causante la han excluido expresamente”**; es decir, la simple exclusión del requisito por el disponente exime sin más al administrador.

El nuevo artículo 236-30, Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, se inclina por **“autorizaciones alternativas”**, como queriendo indicar que lo más conveniente es la sustitución de controles y no la supresión de la autorización judicial sin más, prescribiendo que, **“puede sustituirse la autorización judicial por el consentimiento del acto, manifestado en escritura pública. Se ha de indicar que el régimen de autorización judicial, tanto para los actos de los padres, representantes legales, como para los administradores, puede ser sustituido por el consentimiento, expresado en escritura pública de: 1º) Los hijos y las hijas mayores de dieciséis años; 2º) De los dos parientes más próximos del hijo o hija.”** El artículo 222/41, relativo a los **“bienes sujetos a administración especial”**, somete en el apartado 3º al administrador especial, en tanto en cuanto, **“el donante o el causante no ha establecido otras normas”** a las propias de la tutela en lo que nos interesa respecto a la administración y disposición de los bienes.

De lo expuesto, podemos concluir que, el régimen del Código de Familia catalán no sirve tampoco para aclararnos sobre la interpretación de las normas del Código civil dado el carácter ampliamente dispositivo de la autorización judicial. De ahí que, si no hay ningún control se predique la exigencia de que exista o se justifique la utilidad o la necesidad en realizar

dichas actuaciones. Si se considera que, los actos no autorizados del administrador ponen en peligro los bienes y, son perjudiciales para el incapaz, el consejo de familia puede intervenir dirigiéndose al Juez para la solicitud de medidas correctoras, incluso la sustitución de la persona administradora, a tenor del artículo 234/3 del Código de Familia, nuevo 222/54. En las tutelas deferidas por uno mismo o por los titulares de la potestad parental, de acuerdo con lo establecido por los artículos 222/4.1 y 222/5.1, la supervisión puede encomendarse a un consejo de tutela.

Rivera Álvarez⁹⁵⁹, duda del exceso de confianza en la autonomía de la voluntad, como medio de resolución de todos los problemas de la administración de los bienes de las personas que se encuentran en una situación necesitada de especial protección. Es evidente que, la ley debe mantener un marco al menos mínimo de procedimientos de control, que solo se puedan eludir con la previsión de otros adaptados a las circunstancias personales del afectado, pero igualmente de eficaces y efectivos.

La conclusión final no puede ser otra más que en el caso del disponente de bienes a título gratuito nunca puede conferir al administrador que nombra de poderes totales y absolutos de administración hasta el punto de liberarle de todo medio de control de su gestión. Si decide otorgarle poderes de disposición eximiéndole de la autorización judicial, deberá prever otros medios de control, como puede ser la rendición de cuentas a una determinada persona u órgano, a fin de que su actuación sea clara y transparente y no exista duda alguna de la pertinencia de sus actos respecto al interés del tutelado.

8.2. PATRIMONIO PROTEGIDO

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se ocupa de la administración en el artículo 5 que divide en siete apartados. Del literal del citado precepto no se desprende expresamente la atribución al administrador la gestión libre e independiente de los bienes. Destaca la condición de representante legal que, le confiere el apartado 7, cuando no sea el beneficiario “*para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia*”, separando la administración del patrimonio protegido de la de la tutela.

⁹⁵⁹ “La administración separada.....”, obra citada.

El administrador se someterá en su gestión a las reglas formuladas por el constituyente del patrimonio protegido reflejadas en el oportuno documento, destinando los frutos, rendimientos o productos, a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario y al mantenimiento de la productividad de los bienes. Parece que, la libertad de gestión patrimonial solo afecta a la administración ordinaria, al añadir el apartado 2 la exigencia de autorización judicial para los actos dispositivos del artículo 271 del Código Civil.

El control y supervisión de la administración corresponde al Ministerio Fiscal, según el artículo 7/1 de la Ley, pudiendo prever el constituyente, según el artículo 5/1 y 2, la intervención de otros órganos, como puede ser la necesidad de asentimiento o ratificación de determinados sujetos, o la previsión del cumplimiento de ciertas circunstancias o trámites, como fijar que ciertas operaciones se sometan al precio de mercado, por ejemplo, en la venta de un inmueble, exigiendo como condición previa su tasación pericial determinando el precio de salida y/o el precio mínimo.

El apartado 3 del artículo 5, como una regla mas de administración, permite la exoneración de la exigencia de autorización judicial para los actos dispositivos respecto a los bienes del patrimonio protegido, indicando la posibilidad de que el constituyente o el administrador soliciten al Ministerio Fiscal que inste al Juez la adopción de dicha medida en determinados supuestos, justificando su petición en la composición del patrimonio, las circunstancias personales del beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador, o cualquier circunstancia análoga.

La LPPD propone la dispensa o exoneración de la autorización judicial, no con carácter general sobre el patrimonio en su conjunto, sino específico y concreto respecto a uno o varios bienes determinados en unos supuestos determinados, en los que, las peculiaridades de dichos bienes, la atención a las necesidades del beneficiario o las circunstancias concretas de su discapacidad, exigen una celeridad en la ejecución del acto de disposición. Se alude como otra justificación propicia la solvencia del administrador, como queriendo indicar que el vinculo de confianza y afecto con el beneficiario, puede presuponer que la gestión se orienta en el sentido correcto al bienestar de aquel, condición que fundamentó su nombramiento hasta el punto de conferirle facultades de administración extraordinaria exonerándole de la autorización judicial preceptiva.

Por último, con la expresión “*cualquier circunstancia análoga*”, el legislador con un concepto indeterminado quiere incluir todas aquellas circunstancias posibles e imposibles, probables, improbables, o de difícil previsión en el momento de redacción de la norma, pero que sean merecedoras en interés de la persona con discapacidad titular del patrimonio de la exención del requisito que nos ocupa a favor del administrador.

Rivera Álvarez⁹⁶⁰, califica de interesante que, el legislador al permitir la exoneración de las autorizaciones judiciales, imponga a la vez una serie de justificaciones, unas de orden subjetivo como la solvencia del administrador o las condiciones del discapacitado, aludiendo a las posibles capacidades intelectivas o volitivas en grado suficiente como para entender el alcance y significado del acto y manifestar su conformidad con el mismo eludiendo la intervención del Juez; y otras objetivas como la composición del patrimonio, o también la discapacidad del titular que para su correcta atención precisa de disposiciones continuas y rápidas de bienes.

La regla no es general sino excepcional, porque si la exclusión de la autorización judicial, no va acompañada de otra medida de control alternativa, se elimina o al menos se procura la falta de control previo de la actividad del administrador, extremo que no significa que, la exoneración de la autorización judicial suponga dejar sin vigilancia la gestión del patrimonio protegido, función en la que permanece el Ministerio Fiscal, y otros órganos que a tal fin pueden ser previstos por el constituyente en las reglas de administración, como el consejo de tutela, de familia o de parientes, al estilo de los propios de los Derechos Forales, a los que se les puede encomendar una actividad previa de control y supervisión que no tendrían los inconvenientes de la intervención judicial para la tramitación del oportuno procedimiento.

Sánchez Calero⁹⁶¹, opina que es acertada esta flexibilización del régimen jurídico de la autorización judicial prevista en la LPPD, a la vez que, establece un sistema de control sobre la actuación de los administradores para proteger los intereses patrimoniales de la persona con discapacidad, se ajustan las reglas de administración del patrimonio protegido a las circunstancias especiales de cada caso concreto, dejando al arbitrio del Juez la posibilidad de eximir a los administradores de la

⁹⁶⁰“La administración separada de la patria potestad y tutela y la necesidad de autorización judicial de los actos de los representantes legales a raíz del art. 5 De la ley 41/2003, de 18 de noviembre”.

⁹⁶¹ *La Intervención Judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*. Págs. 304 y 305. Opinión que también manifiesta RIVERA ALVAREZ, Joaquín M^a, en “La administración separada de la patria potestad y tutela y la necesidad de autorización judicial de los actos de los representantes legales a raíz del art. 5 De la ley 41/2003, de 18 de noviembre”.

necesidad de obtener la autorización judicial en ciertos supuestos. Esta solución, puede ser la adecuada para evitar los problemas que plantea dicho trámite en relación a la patria potestad y a la tutela. La posibilidad de liberar al administrador de la necesidad de autorización judicial atendiendo al caso concreto, es el cauce para eludir el perjuicio que una medida como esta puede acarrear, causando el efecto contrario que el legislador previó al imponerla: el beneficio de la persona con discapacidad.

Considera que, la redacción generalista incluyendo un cajón de sastre en el que, se pueden incluir todos los supuestos particulares es más acorde con los intereses de los beneficiarios del patrimonio protegido, que el establecimiento de excepciones específicas, las cuales pueden ser convenientes en unos casos, pero no en otros. Añadiendo, la conveniencia de una regla similar en el Código Civil que atenúe la rigidez con la que está concebida la exigencia de autorización judicial de los artículos 166 y 271, puesto que en estos casos también estamos ante patrimonios administrados por personas distintas de su titular.

Si en el supuesto de administración de un patrimonio protegido, la posibilidad de prescindir de autorización judicial se prevé para establecer unas reglas de administración adecuadas al caso concreto, con la finalidad de proporcionar el mayor beneficio posible a la persona con discapacidad, tales consideraciones deberían tenerse presentes igualmente cuando se trata de la administración de todas las clases de patrimonios cuyos titulares sean un menor de edad o una persona con capacidad modificada.

Desde luego, la exoneración del artículo 5 apartado 3 de la LPPD, no es más que una flexibilización del régimen jurídico de la preceptiva autorización judicial, que solo se puede establecer judicialmente, cuando se den las circunstancias citadas en el artículo 5 apartado 3. No es una medida de carácter general a la que se puedan acoger sin más todos los casos.

9. EXONERACIÓN VOLUNTARIA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Es evidente que, la exigencia de autorización judicial para los actos dispositivos del 271, ha experimentado una atenuación en la misma legislación, sin duda impulsada por la Doctrina que, atendiendo a la realidad social pretende mitigar la rigidez procedimental del sistema que muchas veces trae consigo más inconvenientes que ventajas en la tuición.

La cuestión que, nos planteamos respecto a las posibilidades de eficacia de una previsión de exoneración de la autorización judicial para los

actos dispositivos, formulada al amparo del artículo 223 del Código Civil, está sin responder.

El profesor Serrano García⁹⁶², se pregunta *“sí es posible sustituir la autorización judicial con previsiones de la propia persona cuando conserva la capacidad de obrar y, precisamente, para el supuesto de ser incapacitado”*, continuando con la siguiente justificación: *“es decir, de la misma manera que el sujeto tiene la posibilidad de designar quien sea su tutor, y tiene también la posibilidad de concluir un mandato en el que puede señalar previsiones patrimoniales para el caso de devenir incapaz, debe asimismo tener la posibilidad de eludir las autorizaciones judiciales para determinados actos que el tutor pudiera realizar”*.

De los actos del artículo 271 del Código Civil, los que más interesan a los efectos que nos ocupan, son los de disposición y gravamen del apartado 2º. Los demás presentan algún que otro inconveniente, que en nuestra opinión convierte la exención de la autorización judicial en poco viable, teniendo en cuenta el carácter ocasional y poco previsible de dichos actos, y los perjuicios que podría causar la falta de control respecto a su pertinencia.

El resto de actos recogidos en los apartados 3º al 10º: La renuncia de derechos, transacción y arbitraje, aceptación pura y simple de la herencia y repudio de la misma o de liberalidades, gastos extraordinarios, entablar demanda excepto en los caso de urgencia o de escasa cuantía, arrendamientos por tiempo superior a seis años, dar y tomar dinero a préstamo, disponer bienes y derechos del tutelado a título gratuito, ceder a terceros créditos del tutelado, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado. En principio, no parece viable la dispensa de autorización judicial pero si puede ser factible en casos concretos conocidos por la persona con capacidad plena o suficiente que prevé su propia protección en una situación de inaptitud futura, y que considera adecuado a su interés que su representante legal realice ese acto sin la autorización del Juez.

El internamiento en un establecimiento de salud mental, de educación o formación especial, contemplado en el 1º, se resuelve con la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, que regula las previsiones acerca de los cuidados y el tratamiento de la salud, el llamado testamento vital o las instrucciones previas, documentos en los que se puede prever las disposiciones oportunas en el sentido indicado. La persona con plena

⁹⁶² SERRANO GARCÍA, Ignacio: *Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Pág. 213.

capacidad de obrar, que manifiesta quien quiere que vele por él, le guarde, le represente, le atienda, indicando como y donde quiere ser atendido, una persona que obra en este sentido, aduce el profesor Serrano, ***“es alguien que tiene las cosas muy claras, por lo que no parece que su internamiento, si deviniera incapaz, sea involuntario, sino muy al contrario, un internamiento previsto y consentido, que no requiere control ni autorización judicial”***. Se trata de trasladar este planteamiento al ámbito patrimonial, y que esa persona con plena capacidad de obrar, y las ideas claras respecto a lo que quiere, decida la forma de disponer de sus bienes cuando devenga incapaz, al objeto de que, su atención y cuidado personal se lleve a cabo tal y como él ha previsto, eso sí, sin olvidar que a la vez ha de asegurar la eficacia de las medidas de tuición que quiere para sí mismo, y la forma de llevarlas a cabo.

Leña Fernández⁹⁶³, insiste en la salvaguarda del interés superior de la persona que ha perdido sus facultades como forma de protección, entendiéndolo como lógica en principio la posición restrictiva de la Doctrina, que considerando la tutela como materia de Derecho de Familia, y sus normas de carácter imperativo y de orden público, excluye la autonomía de la voluntad de los particulares, dando a entender que no puede eludirse la autorización judicial en los casos en los que la ley considera que es preceptiva.

La función tutelar a partir de la reforma de 1983 experimenta una fuerte judicialización impuesta por la adopción de un sistema de autoridad, circunstancia que a la vez, no ha impedido que por su propia naturaleza continúe siendo un ***“oficio de derecho privado”***, que se ejerce mayoritariamente por la familia del afectado. En el Derecho de Familia en general la irrupción de la autonomía de la voluntad como medio de resolución de conflictos, es un fenómeno evidente que se hace realidad a instancias de la sociedad en su conjunto, del que la tutela no puede ser excluida, y prueba de ello es la progresiva introducción en su ámbito por el legislador de instituciones que hacen posible la resolución de las cuestiones que le son propias, es decir, la tuición personal y patrimonial mediante la formulación de disposiciones voluntarias.

El artículo 271 del Código Civil no tiene más objeto que la protección del patrimonio del incapacitado, como afirma el profesor Serrano García⁹⁶⁴, y ***“para protegerle se exige autorización judicial previa”***, y acertadamente añade, ***“nadie puede ser protegido a la fuerza, incluso contra su voluntad”***, ni puede impedirse a nadie la elección del

⁹⁶³ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, *El Notario y la protección del discapacitado*, Pág. 187.

⁹⁶⁴ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Págs. 213 y 214.

medio de protección que considera más adecuado a sus intereses atendiendo a sus circunstancias particulares. Entre estos otros métodos, apunta a la rendición de cuentas, previendo detalladamente a quien deberá rendirse, el periodo anual, semestral etcétera en el que se hará efectiva, incluso en los casos en los que el tutor haya sido eximido de esta obligación. Postura avalada por la Jurisprudencia, que en sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1904, contempla un supuesto de tutela testamentaria con exención de dación en cuentas, pronunciándose en el sentido de que el artículo 279 del Código Civil, no obsta para que el tutor relevado de dicha obligación pueda dar aquellas que estime convenientes del ejercicio algún derecho que le interese. No olvidemos que, la rendición de cuentas es la obligación consecuencia natural de la gestión de todo patrimonio ajeno.

Además, hay que subrayar que el tutor es responsable civil y penalmente, siendo posible la reclamación en estos ámbitos si en el desempeño de su función no se ajusta al interés del tutelado. Lo que nos indica que la tuición de las personas con capacidad modificada no está desprovista de medios de control, lo interesante es utilizarlos a medida de cada supuesto, aunque implique una forma diferente a la habitual.

Leña Fernández⁹⁶⁵, propone la sustitución del trámite de la autorización por el de ***“poner en conocimiento del Juez con un determinado plazo de antelación, para que este, si lo estima conveniente, pueda actuar con arreglo a la misión de vigilancia que le atribuye el artículo 232”***, el acto del 271 del Código Civil que se pretende realizar su alcance, significado, urgencia y necesidad, así como el destino y la utilidad del producto que de obtenga.

En opinión de Serrano, ***“esta simple medida: sustituir la licencia previa por conocimiento previo, agilizaría y abarataría muchas actuaciones de los tutores”***, que es en realidad de lo que se trata de que la protección sea lo más rápida y eficaz posible, dando respuesta inmediata a la atención a las necesidades del pupilo.

Para formarnos un opinión resulta de interés, traer lo colación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que tras establecer en el artículo 2011 la autorización judicial para la enajenación de los bienes de menores o incapacitados, en el 2015 se refiere a la condición de que la venta se ejecute en pública subasta, previo avalúo, sobre todo cuando su valor no esté determinado por criterios objetivos como puede ser la cotización en bolsa. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección

⁹⁶⁵ El Notario y la protección del discapacitado, Pág. 189.

patrimonial de las personas con discapacidad, en el artículo 5/2/III, suprime expresamente la pública subasta como procedimiento de venta de los bienes del patrimonio protegido, con el siguiente literal, ***“en ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el Título XI del Libro III de la LEC de 1881”***.

También es digno a considerar en nuestra exposición, lo dispuesto en el retirado proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria, en lo referente a las condiciones de la enajenación y gravamen de los bienes de menores o incapacitados en el artículo 80: ***“Solicitud. 1. En la solicitud deberá expresarse el motivo del acto dispositivo o negocio de que se trate, y se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo; se identificará con precisión el bien o derecho a que se refiera; y se expondrá, en su caso, la finalidad a que deba aplicarse la suma que se obtenga. 2. En el caso de autorización solicitada para transigir, se acompañará, además, el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción. 3. Con la petición que se deduzca se presentarán también los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio de que se trate. 4. Podrá también incluirse en la solicitud la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta extrajudicial directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada. En este caso deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar”***.

Además de la posibilidad de prescindir de la venta en pública subasta, son interesantes los demás requisitos a los que aludía el antedicho precepto del proyecto de ley de jurisdicción voluntaria retirado, como la exposición del motivo del acto dispositivo o negocio, el razonamiento de la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo, la identificación precisa del bien o derecho, y a finalidad o destino a que se aplicará la suma que se obtenga, la aportación de dictamen pericial y de valoración del precio de mercado, especificando las condiciones del acto de disposición; es decir, el detalle de la conveniencia y oportunidad al interés de la persona propietaria del bien, en el acto que se pretende celebrar.

Con los pronunciamientos legales en vigor, la tendencia que se vislumbra en la Ley de Jurisdicción Voluntaria y lo que dispone la LPPD, el profesor Serrano García, entiende que es posible que el propio sujeto, entre las previsiones que puede adoptar de protección de su persona y patrimonio, incluya la dispensa de estimación y de subasta, bien respecto

de cualquier enajenación o bien de algún tipo de bienes, aunque, para mayor garantía podría establecerse que se rinda cuenta posteriormente a la ejecución del acto, bien a la autoridad judicial o bien al órgano de fiscalización que haya señalado el propio sujeto en el documento de autotutela.

Conclusión que nos parece más que acertada, si tenemos en cuenta que, el mismo Código Civil pone a disposición de quien lo necesite la posibilidad de regular su propia protección, no tiene porque existir obstáculo que impida su extensión a todos los extremos de la vida de la persona que ante la pérdida de facultades quiere vivir esa circunstancia de una determinada forma, incluyendo como parte esencial el orden patrimonial y dentro del mismo la disposición de los bienes que, en esta situación tiene como fin la atención de sus necesidades.

La única dispensa prevista por la ley es la referida a los bienes del patrimonio protegido en el apartado 3 del artículo 5 de la LPPD, que no es precisamente una exoneración propiamente dicha, sino la posibilidad de solicitar al Ministerio Fiscal que inste al Juez la excepción de la autorización judicial.

Las demás disposiciones que existen en esta cuestión solo tienden a simplificar los trámites, por lo que, es evidente que, una exoneración total y absoluta del requisito de autorización judicial con carácter general de todos los actos dispositivos que se puedan celebrar respecto a todos los bienes del incapacitado es inviable desde todo punto de vista, al infringir todas las reglas de control de la administración del patrimonio ajeno.

Tomando como base el precitado apartado 3 del artículo 5 de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y el retirado proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, una persona que se disponga a formular las previsiones voluntarias sobre su tutela, y pretenda dispensar a su tutor o al administrador de la autorización judicial para actos de enajenación y gravamen de los bienes de su patrimonio, a fin de que sea viable, deberá justificar la utilidad y necesidad del acto dispositivo concreto y de la dispensa de autorización judicial, previendo el procedimiento de ejecución, así como su control.

Se fundamentará esa utilidad y necesidad, haciendo una extensa y detallada referencia de las circunstancias de toda índole que deberá concurrir para la ejecución de cada acto de disposición por separado. Como ejemplo, podemos imaginar a alguien que se le ha diagnosticado una

enfermedad degenerativa, con una previsión sino exacta si real y probable de la pérdida de facultades que progresivamente como efecto de su desarrollo sufrirá, y que llevará aparejada unas necesidades de atención especializada en una residencia o en el propio domicilio por profesional especializado. Se encargará de la certificación de la situación descrita, el mismo tutor, o un grupo de personas allegadas de confianza.

Es imprescindible, establecer expresamente el acto dispositivo que se dispensa de autorización judicial, precisando sin lugar a duda su naturaleza jurídica, haciendo referencia a la venta, arrendamiento etcétera, identificando el bien que en su día será objeto del precitado contrato, y en el caso de que sean varios el orden en el que se procederá a su venta o a su gravamen.

No estará de más, exigir como requisito previo, ciertos trámites como puede ser la valoración del bien practicando la oportuna tasación pericial, en base a la que, se fijará un precio mínimo de salida, evitando operaciones fraudulentas que reviertan en perjuicio de la persona protegida.

Exonerar al tutor de la autorización judicial para los actos dispositivos, no significa que, se prescinda o se renuncie al control del acto, otorgando un cheque en blanco al cargo tutelar para que haga y deshaga a su antojo. Al contrario, la pretensión es evitar los tediosos procedimientos judiciales, sustituyéndolos por otros medios más ágiles, más ajustados a las necesidades del afectado, y por extensión más eficaces. En este aspecto, puede ser de interés, el mandato de protección futura del Derecho francés, introducido por la Ley 2007/308, de 5 de marzo, de Protección jurídica de los mayores, en los artículos 477 a 494.

El legislador francés concibe el mandato de protección futura como una figura de protección de las personas en situación de vulnerabilidad, combinando el régimen jurídico del mandato ordinario del que aprovecha sus raíces en la autonomía de la voluntad, y de la tutela. El resultado es una institución intermedia con una regulación mucho más completa que la que ofrece nuestro Código Civil que la ubica en sede de mandato. Por el contrario en el Code francés, se incluye en el Libro primero, Capítulo segundo, del Título XI, “*De las medidas de protección jurídica de los mayores*”, artículos 477 a 494.

Siguiendo este planteamiento, el mandato de protección futura del Derecho francés, cuenta con importantes medios de control, algunos coincidentes con los de la tutela, y de la administración y gestión de patrimonios ajenos de nuestro Derecho, y otros distintos que pueden servir de orientación en la formulación de las previsiones voluntarias sobre todo en la esfera patrimonial. Entre los que coinciden está la formalización de inventario de los bienes, y la rendición anual de las cuentas de la gestión patrimonial al Juez, teniendo este último la facultad de verificarlas en

cualquier momento o de hacerlas verificar si lo estima oportuno. El mandatario tiene la obligación de conservar en inventario, sus actualizaciones, así como las cuentas de su gestión de los últimos cinco años durante ese mismo periodo una vez que se haya cesado en su cargo.

La novedad de la legislación francesa respecto a la española, es la implicación de los Notarios en el control de las cuentas, ya que, cuando el mandato es notarial, el artículo 491, establece que el mandatario rinde cuentas al Notario autorizante de mandato, el cual además de controlar las cuentas conserva estas, así como el inventario. Ese control notarial no suprime el judicial, sino que es un primer filtro, porque si el Notario descubre una irregularidad o un perjuicio al interés de la persona protegida, lo pondrá en conocimiento del Juez.

Esa implicación del Notario en el control de la autotutela, digamos que no es expresa en virtud de disposición legal, pero entiendo que, se produce en efecto por la tramitación formal que ha de respetar la misma institución. El documento de previsión de la autoprotección, es otorgado ante Notario que, de este modo se convierte en garante de la viabilidad de las disposiciones. Además, el acto dispositivo dispensado de autorización judicial, por su misma naturaleza jurídica requiere ser formalizado igualmente ante Notario, quien conocerá las circunstancias que concurren, al objeto de autorizarlo o no autorizarlo. Entre las consideraciones a tener en cuenta, está la salvaguarda del interés de la persona de capacidad modificada, que en su día con capacidad plena autorizó la disposición de los bienes que componen su patrimonio sin autorización judicial, con el fin de proveer a la eficaz protección de su persona es esa situación futura en la que está impedida para protegerse a sí misma. En esta tesitura, el Notario se convierte en supervisor activo del citado acto, con legitimación si observa alguna irregularidad no solo para no autorizarlo, también para instar ante la autoridad judicial la adopción de las medidas que se estimen oportunas.

No creo que exista inconveniente alguno para prever, una rendición de cuentas ante el Notario que autoriza el acto dispositivo exonerado de autorización judicial, sin perjuicio de la que corresponda ante el Juez, permitiendo un primer filtro de control al estilo francés. Es más a principios de 2012, el Ministro de Justicia del gobierno de España, anunció el impulso de una nueva Ley de Mediación y Jurisdicción Voluntaria, que tendrá como prioridad procurar el alivio de la enorme carga de procedimientos que soportan los Juzgados y Tribunales españoles, permitiendo a los Notarios resolver asuntos en los que las partes implicadas estén de acuerdo, aludiendo expresamente a los litigios de familia planteados de mutuo acuerdo. ¿Por qué no puede la citada ley incluir disposiciones similares respecto a la protección de las personas con capacidad modificada?, el

tiempo nos dirá si se abre una puerta al control de los Notarios respecto a la gestión patrimonial de las personas sujetas a una medida de protección siguiendo el Ordenamiento Jurídico francés.

En resumen, el control de los actos dispositivos dispensados de la preceptiva autorización del Juez, se llevará a cabo mediante los trámites establecidos legalmente al efecto para los supuestos de gestión de patrimonios ajenos: la formalización de inventario y su actualización, y la rendición de cuentas prevista lo más minuciosamente posible ajustándose a las circunstancias especiales del supuesto concreto.

El mandato preventivo, introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, en el artículo 1732 en sede de mandato, puede ser el medio adecuado para dispensar de autorización judicial los actos dispositivos, al poder constituir por su medio y régimen específico para ese supuesto, aparte de la tutela, pero conectado a la misma.

Es algo poco habitual, por no decir casi inusual, la formalización de documentos de autoprotección en España, lo que impide en la actualidad un análisis preciso de la eficacia de las previsiones a establecer, concluiremos refiriéndonos a Pereña Vicente⁹⁶⁶, que en relación al mandato de protección futura, alude a la práctica como medio de revelación de las posibilidades de esta figura, citando la advertencia vertida por el Consejo de Notarios francés: ***“el mandato de protección futura no es una panacea, es simplemente, una alternativa de protección”***. Alternativas eficaces de protección es lo que el Derecho pone a disposición de los particulares, quedando a cargo de estos y de los profesionales y expertos implicados, su desarrollo, y análisis.

⁹⁶⁶ PEREÑA VICENTE, Montserrat, “Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 703, (septiembre-octubre de 2007), Pág. 2252.

CONCLUSIONES

Una vez analizadas todas las cuestiones que afectan a este trabajo, nuestras conclusiones son las que se formulan a continuación.

PRIMERA

La dignidad es una cualidad inherente a la persona, que nuestra Constitución de 1978 reconoce en su artículo 10 como valor y fundamento del Ordenamiento Jurídico.

Como rango o categoría de la persona no admite discriminación de hecho o de derecho por ninguna razón. El hombre como tal, independientemente de su edad aptitudes, desarrollo, inteligencia o facultades mentales, tiene igual dignidad que los demás, es una condición que permanece inalterable durante toda la vida.

Esta consideración cobra una especial relevancia en el caso de las personas que sufren alguna discapacidad, pérdida de facultades psíquicas o físicas, o que tienen su capacidad de obrar modificada. Estas situaciones no pueden significar un menoscabo de la dignidad de aquellos que las padecen.

La dignidad de la persona se proyecta en el reconocimiento de unos derechos fundamentales e inviolables, que definen las facultades exigidas para su respeto, haciéndose más patente en algunos de ellos como la libertad y la igualdad, y a promover su ejercicio pleno en todas las circunstancias proporcionando los apoyos necesarios, que en el caso de las personas con discapacidad se concreta en el derecho de protección del artículo 49 de la Constitución de 1978.

SEGUNDA

Como parte del derecho a la libertad individual nos encontramos con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que consiste en el ejercicio de derechos y obligaciones, concretándose en la constitución de actos llamados a producir los efectos jurídicos que sus titulares quieren, para lo cual ha de ser validos.

La capacidad es el requisito exigido a toda persona para realizar un acto con eficacia jurídica, concepto genérico que el Derecho define en dos: capacidad jurídica y capacidad de obrar. La primera es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, de derechos y obligaciones; razón por la que,

está inexorablemente unida a la condición misma de persona y a su dignidad. La segunda es la aptitud para realizar actos con eficacia jurídica; es decir, está vinculada al ejercicio de los derechos de los que una persona por el simple hecho de serlo es titular, pero que, por necesidades de seguridad en el tráfico jurídico, tienen que ser eficaces, sus efectos tienen que ser los previstos por el Derecho al definir la naturaleza jurídica de las instituciones.

En consecuencia, la capacidad de obrar depende de la situación personal del titular del derecho que se pretende ejercer en un momento dado. De manera que, puede ser modificada, dando lugar a las instituciones pertinentes de apoyo o complemento de la capacidad.

TERCERA

El Derecho, siempre previó figuras de protección de las personas con capacidad de obrar modificada, experimentando la lógica evolución en la forma y el fondo exigida por el transcurso del tiempo, intensificada en los últimos años a tenor del profundo cambio de la sociedad.

Así de los clásicos sistemas de familia sin intervención judicial, se ha desembocado en el de autoridad imponiendo en continuo protagonismo de la Autoridad Judicial y de Fiscal, y de la administración en general con la irrupción de las entidades públicas en la protección de menores de edad, y de mayores de edad con capacidad de obrar modificada en situación de desamparo.

CUARTA

Nuestro Derecho consagra el principio de la autonomía de la voluntad, como una modalidad de ejercicio del derecho a la libertad individual.

El ámbito tradicional del ejercicio de la autonomía de la voluntad como instrumento de autorregulación de los asuntos propios, fue en los Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno, el de los contratos, y así lo proclama nuestro Código Civil en el artículo 1255, introduciéndose poco a poco en otros como el Derecho de Familia.

En la protección de menores y personas con capacidad modificada, las posibilidades de regulación voluntaria fueron prácticamente testimoniales reduciéndose a la designación de tutor en testamento por los

padres como una de las facultades propias de la patria potestad, produciéndose en los últimos años una irrupción imparable y todavía no concluida, que se concreta en la generalización de nuevas instituciones jurídicas que permiten la previsión del gobierno de la propia persona y bienes en una situación futura de inaptitud o de modificación de la capacidad, que no solo se limita al nombramiento de tutor o curador, sino que se extiende a todos aspectos que el interesado quiera regular, incluida la atención sanitaria. Aparecen así, figuras como el mandato preventivo, la autotutela, o las instrucciones previas.

QUINTA

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, fija como principio en la protección de las personas con discapacidad y con capacidad de obrar modificada, el respeto a sus preferencias, que prevalecerán independientemente de la forma en la que hayan sido manifestadas, por escrito o verbalmente en el procedimiento judicial o administrativo pertinente.

SEXTA

En la actualidad el Ordenamiento Jurídico, permite la regulación con carácter preventivo de la vida por la propia persona para el supuesto de que su capacidad sea modificada, comprendiendo todos los aspectos.

La cuestión a resolver, es si el contenido de esa regulación tiene que someterse a ciertos límites. No olvidemos que, los contratantes a tenor del artículo 1255 del Código Civil, y con carácter general en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden establecer los pactos, cláusulas o condiciones, que estimen convenientes, siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral ni al orden público, y por supuesto, teniendo en cuenta como principio de principios a respetar: la dignidad de la persona.

SÉPTIMA

En nuestro Derecho, el sistema de protección de personas de capacidad modificada y de menores es de autoridad, desarrollándose la tutela con la salvaguarda del Juez y la vigilancia del Ministerio Fiscal, extremos que no podrán ignorar las disposiciones preventivas.

OCTAVA

La esfera patrimonial es esencial para la tuición de la persona con capacidad modificada y su bienestar, razón por la que se considera conveniente una agilización de gestiones en aras de una mayor efectividad y eficacia de las medidas que sea necesario adoptar.

La autorización del Juez para los actos de disposición y gravamen prevista en el artículo 271 del Código Civil, puede tener como efecto una dilatación excesiva en la ejecución de este tipo de actos, al ser necesaria la tramitación de un procedimiento judicial, siendo causa de perjuicios irreparables, sobre todo en aquellos casos en los que bien por la naturaleza o características especiales de los bienes, o por otras circunstancias de diversa índole, la rentabilidad del patrimonio exija la agilidad de las referidas operaciones, revirtiendo en dificultades o incluso en la imposibilidad de atención.

Las previsiones del documento de autotutela, pueden sustituir, no eludir, la autorización del Juez del artículo 271 del Código Civil, por otras formas de control, estableciendo las circunstancias de toda índole que han de concurrir para efectuar la enajenación o gravamen de un bien determinado o de varios o de todos los que componen el patrimonio; así como, el procedimiento a seguir en las citadas operaciones, el destino del metálico que se obtenga, siempre con el conocimiento previo o posterior del Juez por medio de rendición de cuentas bien anual o extraordinariamente de ese acto concreto.

Lo esencial es evitar la ineficacia del contrato, a tal fin, en el documento de autotutela se otorgará al representante legal expresamente sin lugar a dudas, el poder suficiente y especial para realizar el acto de disposición y gravamen que el interesado autoriza, siendo el poder preventivo del artículo 1732, el instrumento más adecuado para tal fin, por su configuración legal.

NOVENA

Los cambios sociales exigían una evolución en el sistema de protección de personas con capacidad modificada, recogida por el Ordenamiento Jurídico con nuevas normas que instituyen figuras jurídicas de autoprotección, respondiendo a la demanda de ejercicio de la autonomía de la voluntad que desde antiguo reclamó la Doctrina y la Jurisprudencia. A este proceso, deberá seguir una especialización tanto de los Juzgados como de los profesionales y personas particulares implicadas en esta cuestión, sin

olvidar la importante función de las Fundaciones Tutelares, llamadas cada vez con más frecuencia a intervenir en la prestación de apoyos a las personas que han experimentado una modificación en su capacidad.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE ZAMORANO, Pío

La sentencia de incapacidad: alcance y efectos”, en la obra colectiva, *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I, Aspectos Jurídicos, Director: LAORDEN, Javier, coordinador, TERREROS, José Luis, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, (2007).

ALBADALEJO GARCÍA, Manuel,

El negocio jurídico. Bosch, Barcelona, (1958).

Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albadalejo, Tomo IV, 2ª ED, Edersa Madrid (1985).

Derecho Civil, Vol. I 12ª ED, Bosch Barcelona (1991).

Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, “Artículo 1255”, dirigidos por ALBADALEJO, Manuel, y DÍAZ ALABART, Silvia, Edersa, Madrid (1993).

Derecho Civil I, Vol. 1º, Ed. Bosch, Barcelona (1996).

Curso de Derecho Civil IV, 10ª Ed. Bosch, Madrid, (2006).

ALGUACIL, Mª José

La representación legal de menores e incapaces. Contenido y límites de la actividad representativa, Thomson Aranzadi, (2004).

ALONSO PÉREZ, Mariano

“La situación Jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras” *Actualidad Civil*, (6 de enero de 1997).

ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo

“Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo”. *Revista Poder Judicial* nº 60, cuarto trimestre de (2000).

ALVAREZ MORENO, Mª Teresa,

La Protección Jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad), Ed. Ibermutuamur, (2004). Directora Silvia Díaz Alabart.

Autoría: Capítulo I, Introducción, págs. 23-39; Capítulo II, El Procedimiento de incapacitación y Las Instituciones de guarda, págs. 43-88; Capítulo III, El Patrimonio protegido de las personas con discapacidad, págs. 91-178.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel

“Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVI, 4º, (1983).

AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina

¿Crisis de la incapacitación?. La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *Revista de Derecho Privado*, nº 1-2/2006, (enero-febrero de 2006), páginas 9-68. Utilizamos la

versión digital, Id. VLEX: VLEX-289865, versión generada por el usuario del ICAM, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, el 11 de febrero de 2009.

APALATEGUI y OCEJO, Pedro De

La tutela de autoridad. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y legislación, 21 de junio de 1954.

ARANGOCILLO IBEAS, Alicia

“Tutela: Especial estudio de la enajenación de bienes de menores e incapacitados”, *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas, 2ª Edición Revisada y Aumentada, (Febrero 2005).

ARCE y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín

“El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia* noviembre de (1987).

Los Principios Generales del Derecho y su formulación Constitucional, Editorial Civitas, (1990).

“La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Civitas, Madrid, (2003).

BADOSA COLL, Ferrán

“La autotutela”, en el *Libro Homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993.

BALLESTEROS de LOS RÍOS, María

El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas. Tecnos (1997).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, Rodrigo

La marginación de los locos y el Derecho, Ed., Taurus Madrid, (1976).

Derecho Privado y Derecho de la persona, Ed. Bercal, Madrid, (1996).

BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes

“La capacidad de las personas jurídicas para ser tutoras”, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Díez Picazo*, Tomo I, Civitas (2003).

BOLÁS ALFONSO, Juan

“La autonomía de la voluntad en la configuración de las sociedades de responsabilidad limitada”, *Revista de Derecho Privado*, (febrero de 1996).

“Comentarios a la Exposición de Motivos”, (de la Ley 41/2.003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), en *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. II Aspectos Patrimoniales Director del proyecto Javier Laorden, coord. José Luis Terreros, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2007).

BONET RAMÓN, Francisco

Revista de Derecho Privado, nº 366, septiembre de (1947).

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES,

Congreso de los Diputados, Serie A nº 5-8.

CABRERA MERCADO, Rafael

“El Proceso de Incapacitación”, en la obra colectiva, *Los discapacitados y su protección jurídica*, Directores: GONZÁLEZ POVEDA Pedro, y PICÓN MARTÍN, José Picón, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (1999).

“La graduación de la sentencia dictada en el proceso de incapacidad”, en la obra colectiva *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Aequitas, 2ª Edición revisada y aumentada, Febrero 2005.

CANO TELLO, Celestino

La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre la Ley 24 de octubre de 1983, Civitas (1984).

CASTÁN TOBEÑAS, José

Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo IV, “Derecho de Obligaciones”, Undécima ED Revisada y puesta al día, ED Reus, Madrid, (1981).

CASTILLO TAMARIT, José

“Tutela, autotutela protección de menores”, *Revista Jurídica del Notariado*, (julio-septiembre de 2001).

CASTRO y BRAVO, Federico De

Derecho Civil de España, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, (1952).

Compendio de Derecho Civil, 5ª Edición revisada y puesta al día, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, (1970).

Temas de Derecho Civil, Marisal A.G, Madrid (1972).

Derecho civil de España Tomo II, Ed. Cívitas Madrid (1984).

“Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil XXXIV*, 4, (1982), Págs. 987-1-085.

El negocio jurídico, ED Civitas, Madrid (1985).

Derecho Civil de España, Editorial Civitas 1991, con la introducción del profesor DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis.

“La incapacidad del imbecil”, publicado en *Anuario de Derecho Civil* de (1948), *Estudios Jurídicos del Profesor Federico De Castro*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, (1997).

“Remuneración del representante legitimo de ausente”, recogido en *Estudios Jurídicos del profesor Federico de Castro*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, (1997), Tomo I, págs. 473-491, que fue publicado en *Anuario de Derecho Civil* de (1948), Págs. 100-120.

CHIMENO CANO, Marta

Incapacitación, Tutela e internamiento del enfermo mental, Thomson Aranzadi, (2004).

CREHUET DEL AMO, Diego

La Tutela Fiduciaria, Madrid (1921).

CORRAL GARCÍA, Eduardo

“Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el Derecho Civil y en especial, el papel del Notario como garante de la capacidad de los mayores”, (Texto ampliado de la conferencia titulada “La protección civil de la tercera edad”, pronunciada en los VII Cursos de otoño de la Universidad de Cádiz, en Jerez de la Frontera, en el curso La Atención y protección de las personas mayores un reto para el siglo XXI, el 1 de octubre de 2002, publicado en la *Revista Jurídica del Notariado*, nº 46, (abril-junio 2003).

DÍAZ ALABART, Silvia

“Comentario al Art. 236”, en Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, Coordinadores, AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, Madrid, Tecnos 1986.

La Protección Jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad), Ed. Ibermutuamur, (2004). Directora.

Autoría: Capítulo I, Introducción, págs. 23-39; Capítulo II, El Procedimiento de incapacitación y Las Instituciones de guarda, págs. 43-88; Capítulo III, El Patrimonio protegido de las personas con discapacidad, págs. 91-178.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis

La autonomía privada y el Derecho necesario en la Ley de arrendamientos urbanos”, *Anuario de Derecho Civil IX*, 4, (Octubre-diciembre de 1956.

La representación en el Derecho Privado, Ed. Civitas, Madrid (1979).

Familia y Derecho, ED Civitas (1985).

Sistema de Derecho Civil, 5ª Ed., revisada y puesta al día, Madrid, Tecnos, (1985).

Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela. Tecnos. Madrid (1.986), coordinadores, AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo.

Sistema de Derecho Civil, IV, Ed. Tecnos, Madrid, (1986).

“¿Una nueva doctrina general del contrato?”, en *Anuario de Derecho Civil*, XLVI, 4º, (octubre-diciembre/1993).

Sistema de Derecho Civil I, 11ª ED, Tecnos, Madrid (2003).

DURÁN CORSANEGO, Emilio

La Autorregulación de la Tutela, ED Centro Universitario Ramón Areces, (2007).

ENTRENA PALOMERO, Blanca

“El Patrimonio Protegido de las Personas con discapacidad”, en *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. II *Aspectos Patrimoniales* Director del proyecto Javier Laorden, coord. José Luis Terreros, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2007).

ESPÍN CANOVAS, Diego

Derecho Civil Español, Revista de Derecho Privado, Madrid (1972).

FABREGA RUIZ, Cristóbal, y HEREDIA PUENTE, Mercedes

La protección legal de incapaces, Colex, Madrid (1998).

“Cuestiones Prácticas de incidencia del Derecho en el ámbito de las personas con discapacidad”, *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV *Jornadas Fundación Aequitas*, 2ª Edición Revisada y Aumentada, Madrid (Febrero de 2005).

La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad, Editorial Ramón Areces, Madrid (2006).

GARCÍA CANTERO, Gabriel

“El nuevo régimen jurídico de la tutela”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXVI, Pág. 405-442, Edersa (1985).

“Los principios de la nueva normativa de la tutela”, en *Estudios sobre la tutela*, dirigidos por García Cantero, RGLJ octubre de 1986.

Addenda (1988), a Derecho Civil, común y foral, Revisión y puesta al día del Tomo V, Derecho de Familia, Vol. 2º, Relaciones paterno filiales, de José Castán Tobeñas, en colaboración con José María Castán Vázquez, del "Derecho civil español, común y foral", de J. CASTÁN TOBEÑAS, 9ª ed., Reus, Madrid, 1985.

“Notas sobre la representación legal en el Derecho de Familia”, *Actualidad Civil*, (1990-I).

GARCÍA GARCÍA José Manuel

“Teoría General del Patrimonio”, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez Picazo*, Tomo I, ED Civitas, (2003).

GARCÍA GRANERO COLOMER, Ana Victoria

“La autotutela en el Derecho Común Español” en *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, enero 1998.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín

La Protección civil del enfermo mental no incapacitado, J.M Bosch Editor, Barcelona, (1992).

“Síntesis sobre la protección civil de los enfermos mentales en Inglaterra y Alemania”, *Actualidad Civil*, nº 2, (1999).

GARCÍA PONS, Antonio

Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006, ED Universitaria Ramón Areces, Madrid (2008).

GETE ALONSO CALERA, M^a del Carmen

La nueva normativa en materia de capacidad de obrar, Civitas, Madrid (1992).

Acogida de personas mayores (Ley 22/2000, de 29 de diciembre, da acogida de personas mayores, y Ley 11/2001, de 13 de julio, de acogida familiar para personas mayores. Revista Catalana de Derecho Privado, Vol. 2, 2003.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro

“Aspectos patrimoniales de la tutela”, en la obra colectiva *Los Discapacitados y su protección jurídica*, Directores Pedro González Poveda, y José Marcos Picón Martín, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (1999).

GORDILLO CAÑAS, Antonio

Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos, Tecnos, (1986).

Enciclopedia Jurídica Básica, obra colectiva dirigida por MONTOYA MELGAR, Alfredo, Civitas, Madrid (1995).

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina

La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable, ED Mc. Graw-Hill, Madrid, (1997).

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio

Sistema de Derecho Civil, 5^a Ed., revisada y puesta al día, Madrid, Tecnos, (1985).

Sistema de Derecho Civil, IV, Ed. Tecnos, Madrid, (1986).

“Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar”, en la obra colectiva, *Los Discapacitados y su protección jurídica*, Directores: GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, y PICÓN MARTÍN, José, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, (1999).

Sistema de Derecho Civil I, 11^a ED, Tecnos, Madrid (2003).

HEREDIA PUENTE, Mercedes, y FABREGA RUIZ, Cristóbal

La protección legal de incapaces, Colex, Madrid, (1998).

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a Dolores

La Protección Jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad), Ed. Ibermutuamur, (2004). Directora. Silvia Díaz Alabart

Autoría: Capítulo I, Introducción, págs. 23-39; Capítulo II, El Procedimiento de incapacitación y Las Instituciones de guarda, págs. 43-88.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio

El concepto de Derecho Civil, *Revista de Derecho Privado*, Madrid (1943).

El cambio político español y la Constitución, Ed. Planeta Barcelona, (1982).

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gerardo

“La problemática social y familiar de la enfermedad del alzhéimer. Los cuidados con nombre de mujer”, en la obra colectiva *Alzheimer: un reto de presente y futuro*, Asociación Familiares enfermos alzhéimer de La Coruña, (AFACO), Coordinadoras MARTÍNEZ PULLEIRO, M^a Carmen, y CAMPOS PÉRES, Ximena, La Coruña (2006).

“Envejecimiento poblacional, dependencia y previsión de la autoprotección”. *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, Volumen 9 número 1, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, (2010).

IGLESIAS, Juan

Derecho Romano, Instituciones de Derecho privado. Ed. Ariel, Barcelona, (1982).

IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio

Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores. Cedecs Editorial, Barcelona (1996).

JIMÉNEZ LARA, Antonio

“Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, en la obra colectiva, *Tratado sobre Discapacidad*, Directores: LORENZO, Rafael De, y PÉREZ BUENO, Luis Cayo, (2007)

JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos

“La retribución de la tutela y la asignación de frutos por alimentos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 89, año 1998.

JUAN XXIII

Encíclica *Pacem in Terris*, 11 de abril de 1963.

LACHICA LÓPEZ, Emilia

“Las instrucciones previas en el ámbito sanitario. Discapacitado y sistema sanitario: Información y consentimiento”, en la obra colectiva, *Discapacitado, Patrimonio separado y legítima*, Director: SANTOS URBANEJA, Fernando, Cuadernos de Derecho Judicial XX, Consejo General del Poder Judicial, (2005).

LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael

El Notario y la protección del discapacitado, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid 1997.

“Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos, en la obra colectiva”, *La protección jurídica de los discapacitados*, I Congreso Regional, Tirant lo Blanch, Valencia (2003).

“La Graduación de la incapacidad”, en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, Jornadas de la Fundación Aequitas, Madrid (8 y 9 de marzo de 2004), Ed. Fundación Aequitas, noviembre 2004.

LETE DEL RÍO, José Manuel

Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, IV, Dirigidos por Manuel Albadalejo, Pág. 238 Edersa, Madrid (1985).

Derecho de la Persona, Tecnos, Madrid, (1986).

“Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor”, *Actualidad Civil*, nº 45, (diciembre de 2000).

Comentarios del Código Civil, “Artículos 181 al 332, Sección IX De la Incapacitación”, 2ª Edición, Madrid (2004), Directores: ALBADALEJO, Manuel, y DÍAZ ALABART, Silvia, Versión digital vLex. Com Id. vLex: VLEX-230643.

LINACERO DE LA FUENTE, María

Protección jurídica del menor, ED Montecorvo, Madrid, (2001).

LOPEZ GALIACHO PERONA, Javier

“Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado”, *Revista critica de Derecho Inmobiliario*, numero 687, (enero-febrero 2005), utilizamos la versión digital Id. YLex: VLEX-329066, generada por el usuario del ICAM (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), el (11 de febrero de 2009).

LUNA SERRANO, Agustín

“El Patrimonio protegido del discapacitado,” en *La protección jurídica del discapacitado*, II Congreso Regional, Coordinación Ignacio Serrano García, Junta de Castilla y León, Tirant lo Blanch, Valencia (2007).

LLEBARIA SAMPER, Sergio

Tutela automática, guarda y acogimiento de menores, José M^a Bosch Editor SA, Barcelona (1990).

MANRESA y NAVARRO, José M^a,

Comentarios al Código Civil español, Tomo II, Ed., Reus, Madrid, (1914).

Comentarios al Código Civil español Tomo XI, ED Reus Madrid (1931).

MARÍN CALERO, Carlos

La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, (2005).

MARTÍN DEL PESO, Rafael

Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia, Tomo II, coordinador: SALAS CARCELLER, Antonio, ED Jurídica Sepin, (2009).

MARTÍNEZ DÍE, Rafael

“Los discapacitados no incapacitados. Situaciones especiales de protección, en la obra colectiva”, *Los discapacitados y su protección jurídica*, Directores: GONZÁEZ POVEDA, Pedro, y PICÓN MARTÍN, José, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, (1999).

MARTÍN ROMERO, Juan Carlos,

“Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”, *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre de 2006.

MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel,

“Apoderamientos preventivos y autotutela”, obra colectiva *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Director: MARTÍNEZ de DÍE, Rafael, ED. Civitas Madrid, 2000.

MARTINEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo,

“El Apoderamiento o Mandato preventivo”, Conferencia pronunciada en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, el día 20 de noviembre de 2008, publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, (enero-marzo 2009).

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves

La Obligación legal de alimentos entre parientes, La Ley Actualidad SA, (2002).

MELÉNDEZ ARIAS, M^a del Carmen

Envejecimiento poblacional, dependencia y previsión de la autoprotección. *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, Volumen 9 número 1, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2010.

MORALEJO IMBERMÓN, Nieves

Comentarios al Código Civil, 3^a Edición, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coordinador, ED. Aranzadi (2009), “Artículos 1375-1391, Artículo 1387.

MOZOS DE LOS MOZOS, José Luis, De Los

La reforma del Derecho de familia, en España, hoy.”La autonomía del Derecho de Familia”, Departamento de Derecho civil. Universidad de Valladolid. Volumen I, (1981).

“Artículos 1344-1410”, *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, Dirigidas por Manuel Albadalejo Tomo XVIII, Vol. 12, Revista de Derecho Privado, Edersa (1984).

Aproximación a una teoría general del patrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, (julio-agosto de 1991).

MUÑIZ ESPADA, Esther

Las personas jurídico-privadas tutoras, José M^a Bosch Editor, S.A., Barcelona (1994).

“Descripción de las causas que originan la formación de la tutela”, *Actualidad Civil* n^o 11/14, (20 de marzo de 1994).

O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier

Compendio de Derecho Civil, Segunda Edición corregida y puesta al día, Ed. Edersa, (1992).

Compendio de Derecho Civil, Tomo I, “Parte General”, Enero de 1993, versión digital vLex.com: VLEX-VP372, generada para el usuario del ICAM, (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), 30 de enero de 2008.

“La tutela. Actos personalísimos”, en *La protección jurídica del discapacitado*, I Congreso Regional Castilla y León, coord. SERRANO GARCÍA, Ignacio, ED Tirant lo Blanch, (2003).

“Representación Legal del incapaz: Tutela, curatela, y guarda de hecho”, en la obra colectiva *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I Aspectos Jurídicos, Director: LAORDEN, Javier, Coordinador: TERREROS, José Luis, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2007).

Código Civil comentado con Jurisprudencia, ED La Ley, 6^a edición (2008).

OGAYAR AYLLÓN, Tomás,

Comentarios del Código Civil, “Artículos 181 al 332, Sección IX De la Incapacitación”, 2^a Edición, Madrid (2004), Directores: ALBADALEJO, Manuel, y DÍAZ ALABART, Silvia, Versión digital vLex. Com Id. vLex: VLEX-230643.

ORDÁS ALONSO, Marta,

“Comentarios a los artículos 234 al 258”, en *Comentarios al Código Civil*, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3^a Ed. Editorial Aranzadi (2009).

PABLO CONTRERAS, Pedro De

“Comentario al artículo 172 del Código Civil” en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Editorial Tecnos, Madrid (1993).

PALACIOS, Agustina

“El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en la obra colectiva, *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Ed. Ignacio Campoy Cervera, Madrid (2004).

PALACIOS, Dolores; BERNAL del CASTILLO, Ángel Luis

“Reflexiones acerca de la tutela legal, la guarda, y sus relaciones con el acogimiento”, *Actualidad Civil* n^o 13, 28 de marzo-3 de abril de (1994).

PALOMINO DÍEZ, Isabel,

El tutor, obligaciones y responsabilidad, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2006).

PARRA LUCÁN, M^a de los Ángeles,

“El Régimen de la tutela e instituciones tutelares en el Derecho Catalán”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, nº 20, (abril-agosto de 1994).

PEREÑA VICENTE, Montserrat

Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor, ED Universitaria Ramón Areces, (2008).

“Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 703, (septiembre-octubre de 2007).

“El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado”, *Actualidad Civil*, nº 15, (septiembre de 2004), págs. 1758-1772.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel,

“Sobre el desamparo y la tutela administrativa”, en la obra colectiva *Estudios Homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, Bosch Barcelona (1993).

PERLINGIERI, Pietro

Profili istituzionali del Diritto Civile, Edizioni Scientifiche Italiane Nápoles, (1979).

PIÑAR LÓPEZ, Blas

“La tutela: principios y órganos”, en *Revista de Derecho Notarial*, LIII-LIV, (julio-diciembre, 1966).

PUENTE DE LA FUENTE, Fernando

“El Mandato Preventivo”, en la obra colectiva *La protección jurídica del discapacitado*, II Congreso Regional (Castilla y León), Coordinador, SERRANO GARCÍA, Ignacio, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2007).

RAMOS CHAPARRO, Enrique

La persona y su capacidad civil, ED Tecnos, Madrid, (1995).

RECASENS SICHES, Luis

Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX, Ed. Porrúa, México, (1961).

REPRESA POLO, Patricia

La Protección Jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad), Ed. Ibermutuamur, (2004). Directora. Silvia Díaz Alabart

Autoría: Capítulo I, Introducción, págs. 23-39; Capítulo II, El Procedimiento de incapacitación y Las Instituciones de guarda, págs. 43-88; Capítulo V, Autotutela, Mandato y Tutela automática de los incapaces, págs.195-207.

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín

Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* - Núm. 50, (Mayo 2004), utilizamos la versión digital, Id. vLex: VLEX-236664, Versión generada por el usuario ICAM, (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), el 12 Febrero 2009.

“La administración separada de la patria potestad y tutela y la necesidad de autorización judicial de los actos de los representantes legales a raíz del art. 5 De la ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *Revista de Derecho Privado* - Núm. 5-6/2005, (Mayo - Junio 2005), Utilizamos la versión digital Id. vLex: VLEX-ED503, en versión generada para el usuario del ICAM (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), el (4 de marzo de 2008.

“La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Privado* nº 1-2/2006, Enero- Febrero 2006, Pág. 6 Versión digital vLex.com, generada para el usuario del ICAM (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), el 11 de febrero de 2009.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco

Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en *Revista General del Derecho* (Junio de 1996).

El interés del menor, Ed. Dykinson, Madrid (2000).

ROCA GUILLAMÓN, Juan

Comentario al Código Civil, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, Tomo I, (1991).

ROCA TRIAS, Encarnación

“Comentarios a los artículos 216 y 217”, obra colectiva, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: AMORÓS GUARDIOLA, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Tecnos, Madrid (1986).

RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino

La Tutela, Editorial Bosch, Barcelona, en 1954.

RODRÍGUEZ PIÑEIRO, M. y Fernández López, M. F

Igualdad y discriminación, Tecnos, Madrid, 1986.

ROGEL VIDE, Carlos

“La Tutela del deficiente mental”, en la obra colectiva, *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*, Director: DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, Madrid, (1975).

La guarda de hecho. Tecnos, Madrid (1986).

ROYO MARTÍNEZ, Miguel

Derecho de familia, Imprenta Suárez, Sevilla, (1949).

ROVIRA SUEIRO, M^a Esther

Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad, Editorial Universitaria Ramón Areces, (2005).

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel.

La representación legal de menores e incapaces. Contenido y límites de la actividad representativa, Thomson Aranzadi (2004).

SÁNCHEZ AGESTA, Luis,

Sistema Político de la Constitución Española de 1978, Editora Nacional, Madrid, (1984).

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca

La Intervención Judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2006),

La administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 695, año (2006). Págs. 1057-1097.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe

Estudios de Derecho Civil Tomo I, Vol. II, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, (1899).

SÁNCHEZ TORRES, Eloy

“Una nueva modalidad tutelar”, *Revista Critica de Derecho inmobiliario* de 1928.

SANCHO GARGALLO, Ignacio

Incapacitación y Tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil), Tirant lo Blanch, Valencia, (2000).

SANTO TOMÁS DE AQUINO

Summa Theológica

SANTOS URBANEJA, Fernando

“Fenómenos recientes producidos en el mundo de la discapacidad y su trascendencia jurídica”, en la obra colectiva, *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Director: SANTOS URBANEJA, Fernando, Cuadernos de Derecho Judicial XX, Ed. Consejo General del Poder Judicial, (2005).

SCAEVOLA MUCIUS,

Código Civil, Madrid, (1893).

SEDA HERMOSIN, Manuel Antonio,

“Protección por terceros: Constitución del Patrimonio separado, Contrato de Alimentos”, págs. 127-151, *Discapacitado, Patrimonio separado y legítima*. Director Fernando Santos Urbaneja, Cuadernos de Derecho Judicial XX, Consejo General del Poder Judicial, (2005).

SEGURA ZURBANO, José María,

“La auto-incapacitación, la autotutela, y los poderes preventivos de la incapacidad”, en la obra colectiva, *Discapacitado, patrimonio separado*

y *legítima*, Director: SANTOS URBANEJA, Fernando, Cuadernos de Derecho Judicial XX, Consejo General del Poder Judicial (2005).

SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio

“La definición de la discapacidad intelectual de la AAMR, y la determinación jurídica de la (in)capacidad. Hacia un nuevo paradigma”, en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Aequitas, 2ª Edición revisada y aumentada (2005).

SERRANO ALONSO, Eduardo

Derecho de la persona, La Ley, Madrid (1992).

SERRANO GARCÍA, Francisco Javier

Transferencia de la gestión de los bienes gananciales, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1653, año (1992).

SERRANO GARCÍA, Ignacio,

“Vacilaciones y dudas acerca del concepto de tutela introducido en el Código Civil por la Ley 21/1987”, *Estudios homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, Vol. 2, Barcelona (1993).

Los legados de educación y de alimentos en el Código Civil, Tecnos Madrid, (1994).

“Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *Revista Jurídica del Notariado* nº 52, (Octubre-Diciembre de 2004).

Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003, Iustel Madrid, (2008).

“El mandato de protección futura. Una solución francesa para la protección patrimonial de los majeurs protegés”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* nº 4, (octubre-diciembre 2008).

Revista Voces nº 373 noviembre-diciembre 2008, de FEAPS, Confederación Española de organizaciones a favor de las Personas con discapacidad Intelectual.

VARGAS CABRERA, Bartolomé,

La protección de menores en el Ordenamiento Jurídico, Ed. Comares, Granada (1994).

VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso

La reforma de la tutela, Colex, Madrid (1986).

OBRAS COLECTIVAS

La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español, Director: DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, Madrid, (1975).

Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales, Dirigidos por Manuel Albadalejo Tomo XVIII, Vol. 12, Revista de Derecho Privado, Edersa (1984).

Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albadalejo, Tomo IV, 2ª ED, Edersa Madrid (1985).

Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, Coordinadores, AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, Madrid, Tecnos 1986.

Estudios sobre la tutela, dirigidos por Gabriel García Cantero, Revista General de Legislación y Jurisprudencia octubre de 1986.

Comentario al Código Civil, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, Tomo I, (1991).

Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por ALBADALEJO, Manuel, y DÍAZ ALABART, Silvia, Edersa, Madrid (1993).

Libro Homenaje al profesor Lacruz Berdejo, Ed. Bosch, Barcelona, 1993.

Comentarios a las Reformas del Código Civil, Coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Editorial Tecnos, Madrid (1993).

Enciclopedia Jurídica Básica, dirigida por MONTOYA MELGAR, Alfredo, Civitas, Madrid (1995).

Los discapacitados y su protección jurídica, Directores: GONZÁLEZ POVEDA Pedro, y PICÓN MARTÍN, José Picón, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (1999).

La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales, Director: MARTÍNEZ de DÍE, Rafael, ED. Civitas Madrid, (2000).

Comentarios al Código Civil, coordinador BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, Aranzadi, 2001

Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez Picazo, Madrid Civitas (2003).

La protección jurídica de los discapacitados, I Congreso Regional, coordinación, SERRANO GARCÍA, Ignacio, Tirant lo Blanch, Valencia (2003).

Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas, Ignacio Campoy Cervera, Dykinson Madrid (2004).

Comentarios del Código Civil, Directores: ALBADALEJO, Manuel, y DÍAZ ALABART, Silvia, Versión digital vLex. Com Id. vLex: VLEX-230643, Madrid (2004).

Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad, Jornadas de la Fundación Aequitas, Madrid (8 y 9 de marzo de 2004), Ed. Fundación Aequitas, noviembre 2004.

La Protección jurídica de las Personas con discapacidad, Ibermutuamur (2004). Directora DÍAZ ALABART, Silvia

Coautoras: Capítulo I y II, DÍAZ ALABART, Silvia, HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA, M^a Dolores, ALVAREZ MORENO, M^a Teresa, REPRESA POLO, Patricia; Capítulo III, DÍAZ ALABART, Silvia, ALVAREZ MORENO, M^a Teresa; Capítulo V, REPRESA POLO, Patricia.

Discapacidad Intelectual y Derecho, IV Jornadas Fundación Aequitas, 2^a Edición Revisada y Aumentada, (Febrero 2005).

Discapacitado, Patrimonio separado y legítima, Director: SANTOS URBANEJA, Fernando, Cuadernos de Derecho Judicial XX, Consejo General del Poder Judicial, (2005).

Alzheimer: un reto de presente y futuro, Asociación Familiares enfermos alzhéimer La Coruña (AFACO), Coordinadoras MARTÍNEZ PULLEIRO, M^a Carmen, y CAMPOS PÉRES, Ximena, (2006).

Comentarios a las Reformas Del Código Civil, coordinador, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, Aranzadi 2006

La protección jurídica del discapacitado, II Congreso Regional, Coordinación Ignacio Serrano García, Junta de Castilla y León, Tirant lo Blanch, Valencia (2007).

Los Derechos de las personas con discapacidad, Vol. I, Aspectos Jurídicos, Director: LAORDEN, Javier, coordinador, TERREROS, José Luis, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, (2007).

Tratado sobre Discapacidad, Directores: LORENZO GARCÍA, Rafael De, y PÉREZ BUENO, Luis Cayo, Ed. Aranzadi, (2007).

Comentarios al Código Civil, 3^a Edición, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coordinador, ED. Aranzadi (2009).

Código Civil, comentarios y Jurisprudencia, Tomo II, coordinador: SALAS CARCELLER, Antonio, ED Jurídica Sepin, (2009).

La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus efectos en el Derecho interno. CONCLUSIONES DE LAS JORNADAS DE FISCALES especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas, Dirección: GANZENMÜLLER ROIG, Carlos, PAZ RUBIO, José M^a, LÓPEZ-EBIR, Gonzalo, LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, Nuria, FABREGA RUIZ, Cristóbal, MENDIOLA GÓMEZ, Carmen, BARQUILLA, Carmen. Comunicaciones recibidas: SANTOS URBANEJA, Fernando, Madrid 19 y 20 de octubre de 2010.