



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La Incidencia de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en la Protección de la persona con discapacidad

Autor:

Celia Ortega Fernández

Tutelado por:

D^a Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, 22 de junio de 2017

ÍNDICE:

1. Introducción: la necesidad de una Ley de Jurisdicción Voluntaria.....	5
2. Ámbito general: principales novedades.....	6
3. Ámbito específico: la persona con capacidad modificada judicialmente en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.....	11
3.1. El Juez y los Letrados de la Administración de Justicia en los expedientes sobre personas con capacidad modificada judicialmente.....	14
3.2. El Ministerio Fiscal en los expedientes sobre personas con capacidad modificada judicialmente.....	15
3.3. Los solicitantes o interesados en los expedientes sobre personas con capacidad modificada judicialmente.....	18
4. Estudio detallado: Expedientes de jurisdicción voluntaria en los que participa la persona con capacidad modificada judicialmente.....	20
4.1. Expediente de autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial.....	20
4.2. Expediente de la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento del defensor judicial.....	24
4.3. Expediente de la tutela, la curatela y la guarda de hecho.....	30
4.3.1. <i>La tutela y la curatela</i>	32
4.3.2. <i>La guarda de hecho</i>	40
4.4. Expediente de la protección del patrimonio de las personas con discapacidad.....	42
4.5. Expediente del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de la persona con capacidad modificada judicialmente.....	48
4.6. Expediente de la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de la persona con capacidad modificada judicialmente.....	55
4.7. Expediente de la intervención judicial en relación con la patria potestad.....	57

4.7.1. <i>En particular, de las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes de la persona con capacidad modificada judicialmente.....</i>	60
4.8. Expediente de la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales.....	62
4.9. Expediente de jurisdicción voluntaria relativo al derecho sucesorio: la aceptación y repudiación de la herencia por una persona con capacidad modificada judicialmente.....	66
4.9.1. <i>En particular, la partición de la herencia por el representante legal de una persona con capacidad modificada judicialmente.....</i>	68
5. Conclusiones.....	70
ANEXO I.....	77
BIBLIOGRAFÍA.....	78

RESUMEN

La Ley de Jurisdicción Voluntaria ha supuesto un importante avance en la protección de la persona discapacitada a través de un procedimiento en el que las partes tienen el pleno protagonismo. En un contexto en el que cada vez son más los colectivos que reivindican los derechos de las personas discapacitadas, la Ley de Jurisdicción Voluntaria aparece con un contenido en el que se propugna la defensa de la autonomía personal de las personas en esta situación ligado a la adopción de los mecanismos necesarios para proteger sus intereses.

ABSTRACT

The voluntary jurisdiction law has become an important progress in the protection of the disabled person through a proceeding in which parties have the importance. In a context in which groups who claim the rights of the disabled persons have increase, the voluntary jurisdiction law appears with a content where the defence of the personal autonomy of the persons in this situation is advocated linked to the adoption of the necessary mechanisms to protect their interests.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad, incapacidad, proceso, jurisdicción, voluntaria.

KEY WORDS

Disability, inability, process, jurisdiction, voluntary.

1. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La necesidad de una ley de jurisdicción voluntaria ha sido siempre manifiesta en nuestro país, de ahí que pueda resultar incoherente el hecho de que hasta el año 2015 no se haya promulgado una ley de este calibre.

Hasta ese año, los aspectos relativos a la jurisdicción voluntaria estaban recogidos en el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuyos preceptos 1811 a 2174 copiaban de manera prácticamente literal lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, norma que, a su vez, se limitó a sistematizar los diversos expedientes de jurisdicción voluntaria incluidos en el Código de las Siete Partidas de Alfonso X. La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero había optado por mantener la regulación de la jurisdicción voluntaria en una ley separada y distinta dejando sin derogar los mencionados preceptos de la Ley de 1881, aun cuando en su disposición final decimoctava expresaba que en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor el Gobierno remitiría a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria.

Si tuviera que definirse con una palabra la regulación de la jurisdicción voluntaria española hasta el año 2015 sería sin lugar a dudas la palabra “imprecisión”. Los preceptos en materia de jurisdicción voluntaria contenían numerosas lagunas, imprecisiones técnico-jurídicas y remitían a una normativa que, en muchos casos, estaba ya derogada. La incertidumbre e inseguridad jurídica de esta regulación era tan patente que fueron muchos los autores y las iniciativas políticas que reivindicaban la necesidad de una normativa concreta, aspecto que pone manifiesto lo incoherente de que hayan tenido que pasar más de veinte años hasta la aprobación definitiva de la ley. El propio preámbulo de la Ley actual pone de manifiesto esta circunstancia al admitir que la jurisdicción voluntaria constituye “un sector de nuestro Derecho que no ha merecido tan detenida atención por el legislador o los autores como otros ámbitos de la actividad judicial, pero en el que están en juego intereses de gran relevancia dentro de la esfera personal y patrimonial de las personas”.

Por Orden del Ministerio de Justicia, el 20 de noviembre de 2002 se constituyó una ponencia de siete miembros con el fin de redactar un borrador de anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria en el seno de la Sección Segunda (Derecho Mercantil) de la Comisión General de Codificación, cuyo texto fue publicado por el Ministerio de Justicia en su Boletín Informativo en octubre de 2005. En él se presentaba una primera propuesta normativa

integrada por 306 artículos y 10 disposiciones complementarias, que se definía en su Memoria Explicativa y en la Exposición de Motivos como “texto preliminar de una nueva regulación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”.

Este trabajo sirvió como punto de partida para que durante el Gobierno del presidente Rodríguez Zapatero se intentara aprobar el proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. No obstante, la tramitación parlamentaria de esta ley fue un desastre ante una oposición mayoritaria de los Grupos Políticos en el Senado, por ello en octubre de 2007 el Gobierno anunció en el Pleno del Senado la retirada del Proyecto de Ley.

En el año 2011 se retomaron de nuevo las tareas legislativas y el Ministerio de Justicia expresó públicamente su intención de presentar al Parlamento el proyecto de una nueva ley de jurisdicción voluntaria, para la cual por Orden del Ministerio de Justicia de 20 de abril de 2012 se constituyó una Sección Especial en el seno de la Comisión General de Codificación.

El 31 de octubre de 2013, el Consejo de Ministros aprobó el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. Tras su tramitación parlamentaria, finalmente, se remitió al Boletín Oficial del Estado para su publicación el 2 de julio de 2015. La entrada en vigor de la Ley supuso la derogación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

La ley de jurisdicción voluntaria podría definirse como la expresión del principio de autonomía privada, donde se respeta el poder de autodeterminación del sujeto con efectos jurídicos vinculantes, unida a la intervención pública para que los derechos y relaciones jurídico-privadas que se desprenden de los distintos expedientes de jurisdicción voluntaria obtengan la publicidad y la autoridad general que necesitan. Sobre la base de la configuración de expedientes breves, simplificados y de inmediata tramitación, la jurisdicción voluntaria se caracteriza por la conexión entre los asuntos de la vida cotidiana de los ciudadanos y la norma procedimental o derecho material.

2. ÁMBITO GENERAL: PRINCIPALES NOVEDADES

La Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015 procede a la reforma de la institución de la jurisdicción voluntaria rompiendo con los caracteres tradicionales que habían acompañado a esta materia:

- a) La tradicional concepción de la Jurisdicción Voluntaria como encaminada básicamente al ejercicio pacífico de derechos, y;
- b) La idea de ausencia de conflictividad como elemento diferenciador de la jurisdicción contenciosa respecto de la jurisdicción voluntaria.

El art. 1.2 de la LJV en su inciso final indica que se tramitarán en un expediente de jurisdicción voluntaria aquellas materias en las que no exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso. Al respecto podría decirse que la principal característica de los procesos que se tramitan por jurisdicción voluntaria es la carencia de contienda entre los interesados. De hecho, es probable que uno de los aspectos más destacados de la regulación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria es que se establece un procedimiento en el que se respetan todas las garantías del procedimiento contencioso, salvo la cosa juzgada material, adaptándolo a los supuestos en los que tal controversia no existe.

En el derecho romano la jurisdicción voluntaria se había caracterizado como el ejercicio pacífico de derechos. Esta misma idea se plasmó en la LEC de 1881, a finales el s. XIX¹. No obstante, muchos autores han considerado que esta idea no se adapta a la realidad jurídica actual, conforme a la cual la ausencia de conflicto no se configura ya como la nota esencial y diferenciadora de la Jurisdicción Voluntaria respecto de la Jurisdicción Contenciosa. En este sentido se puede mencionar al autor González Poveda, que entiende que, en la moderna doctrina procesal, ni la existencia del conflicto de intereses, ni la controversia o contradicción se considera nota esencial del proceso, ni su ausencia la nota diferencial de la Jurisdicción Voluntaria². Por otro lado, para el autor Fernández de Buján³, la oposición en la remoción del tutor o curador, por ejemplo, no debería producir el efecto de hacer contencioso el procedimiento dado que en todos los demás supuestos que afectan a personas con capacidad modificada judicialmente, o en los que está en juego la restricción de derechos

¹ Art. 1817 LEC de 1881: *“si se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente”*.

² GONZÁLEZ POVEDA, Pedro.: «Relaciones entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción u oposición de los procedimientos de jurisdicción voluntaria». *“Cuadernos de Derecho Judicial”*. Consejo Judicial del Poder Judicial, 1997, pp.18 y ss.

³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio.: *“Previsión de la oposición en el art. 17.3 de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria”*. Revista Aranzadi Doctrinal, Tribuna, núm.5, mayo 2016, págs.: 13 - 22.

fundamentales, se adopta la decisión de no transformar el proceso en contencioso por la mera oposición.

Con todo, esta característica general se ha superado⁴, lo cual implica que, pese a que la falta de controversia está muy presente a lo largo de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, ello no impide que se pueda formular oposición por alguna de las partes dentro de los cinco días siguientes a su citación, siguiendo la tramitación por el procedimiento de jurisdicción voluntaria salvo que la propia ley expresamente prevea su conversión a un proceso contencioso (art. 17.3 LJV).

Dice el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: *“la jurisdicción voluntaria se vincula con la existencia de supuestos en que se justifica el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho privado, que impiden obtener válidamente un determinado efecto jurídico cuando la trascendencia de la materia afectada, la naturaleza del interés en juego o su incidencia en el estatuto de los interesados o afectados, así lo justifiquen.”* Se quiere poner en evidencia con ello que aun no siendo necesaria la sustanciación de un proceso contencioso, la justificación de su tramitación ante órganos jurisdiccionales se encuentra en la tutela de derechos o intereses en materia civil o mercantil.

El art. 1.1 LJV establece que esta ley se encarga de regular los expedientes de jurisdicción voluntaria que se llevan a cabo ante jueces y letrados de la administración de justicia en materias civiles y mercantiles (art. 1.1 LJV). En este sentido es importante aludir al objetivo de agilizar los procesos mediante la desjudicialización, y destacar la predominante labor de los letrados de la administración de justicia en materia de jurisdicción voluntaria.

La ley ha procedido a otorgar la tramitación directa de ciertas materias a otros operadores jurídicos como los Notarios o los Registradores por su escasa vinculación con los derechos fundamentales y porque no afectaban a menores o personas necesitadas de una especial protección. Así mismo, las funciones del Letrado de la Administración de Justicia han cobrado fuerza con la promulgación de esta ley hasta tal punto que en muchas ocasiones la

⁴ BANACLOCHE PALAO, Julio.: *“Los Nuevos expedientes y Procedimientos de Jurisdicción Voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio”*. Ed.: La Ley, Las Rozas, 2015, pág.: 26. El autor ante la evolución del concepto propone una definición de Jurisdicción Voluntaria donde la ausencia de contradicción no es el elemento característico: *“Aquella función que desempeñan los Jueces y otros funcionarios judiciales de decidir, conforme a normas y procedimientos establecidos que requieren de su autoridad para producción de unos efectos jurídicos determinados”*.

tramitación y resolución de los expedientes se lleva a cabo directamente por el secretario sin tener que pasar por el juez. De esta manera se ha descargado a los Jueces de mucha tarea limitando su competencia al conocimiento de aquellos expedientes que requieran de una tutela judicial por entrar en juego derechos fundamentales o ser necesaria una protección de los intereses de las partes, por ejemplo, en los expedientes en que interviene una persona con capacidad modificada judicialmente⁵.

Algunos autores se han opuesto a esta labor desjudicializadora de la LJV⁶. En este sentido, Zarraluqui-Sánchez Eznaarriaga puso de manifiesto que, por ejemplo, la celebración del matrimonio al tratarse de un acto protagonizado por los contrayentes, no supone un problema que al acto solamente asista un fedatario público que dé fe del libre consentimiento. En estos supuestos otorgar la competencia a los secretarios judiciales o a los notarios, cuya labor consiste en advenir hechos, actos y manifestaciones, no vulneraría nuestro sistema; sin embargo, es diferente en la instrucción de expedientes, ya que en ellos no sólo se han de constatar hechos, identidades o situaciones, sino que han de juzgarse y valorarse intenciones, propósitos y voluntades. Por esta razón, el autor reivindica la necesaria distinción entre la “función de juzgar”, atribuible exclusivamente al juez (art. 117.3 CE), y la función de “dar fe” cuya competencia recae en los notarios y secretarios judiciales, de ahí que sea difícil poder defender la competencia de estos últimos en la tramitación y conocimiento de expedientes de jurisdicción voluntaria⁷.

En cualquier caso, como explica el preámbulo de la propia Ley, la desjudicialización se justifica a través de los argumentos de oportunidad política y de utilidad práctica⁸.

⁵ Art. 117.4 CE: “Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

⁶ La misma Ley de Jurisdicción Voluntaria señala en su Preámbulo que “no es nuevo el debate sobre si sería pertinente mantener en este campo la exclusividad de los tribunales de justicia -y, dentro de ellos del personal jurisdicente-, o si sería preferible encomendar su conocimiento a otros órganos y funcionarios públicos”.

⁷ LLEDÓ YAGÜE, Francisco y MONJE BALMASEDA, Oscar. «Jurisdicción Voluntaria: Crónica de una ley anunciada y por fin publicada». *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*. Núm. 7, julio 2015 – diciembre 2015, págs.: 11 - 14.

⁸ Recomendación nº R(86)12, de 16 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *sobre las medidas para reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales*. En ella se considera

Una última consideración a tener en cuenta es el posible efecto de cosa juzgada de las resoluciones que se dictan en los expedientes de jurisdicción voluntaria.

Como regla general, si se defiende que en la jurisdicción voluntaria no se ejerce propiamente jurisdicción, entonces las resoluciones que se derivan de la misma (autos y decretos) no pueden tener valor de cosa juzgada material. En este sentido, el art. 19.4 LJV, respecto de los procesos contenciosos que se abran en relación al objeto de un expediente de jurisdicción voluntaria, dispone que *la resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria*. No obstante, nuestra jurisprudencia ha reiterado en numerosas ocasiones que “unas mismas resoluciones no pueden existir y dejar de existir para los distintos órdenes jurisdiccionales”, con lo cual al contenido de las resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos de jurisdicción voluntaria debe otorgársele un cierto efecto de cosa juzgada material positiva o prejudicial que deberá proyectarse sobre las decisiones que tengan que dictarse con idéntico precedente en la jurisdicción voluntaria, aunque sólo sea por razones de seguridad jurídica⁹.

Por otro lado, lo dispuesto en el art. 19.3 LJV¹⁰ ha llevado a gran parte de la doctrina a considerar sin ninguna duda que las resoluciones en la jurisdicción voluntaria sí producen efectos de cosa juzgada material respecto a otros expedientes de jurisdicción voluntaria que tengan idéntico o conexo objeto¹¹.

necesario limitar el número de tareas no propiamente judiciales que asumen tales órganos asignándolas a otras personas o instituciones.

⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio.: «La cosa juzgada en la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, mayo-junio, pág.: 1344.

¹⁰ Art. 19.3 LJV: “Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquél. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquél. Esto será de aplicación también respecto a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los Secretarios judiciales.”

¹¹ LIÉBANA ORTÍZ, Juan Ramon y PÉREZ ESCALONADA, Susana.: “Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio”. Ed.: Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág.: 187.

3. ÁMBITO ESPECÍFICO: LA PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE EN LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La figura del incapaz ha cobrado gran importancia dentro de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en dos sentidos: por un lado, se trata de una materia de la que se han derivado una infinidad de expedientes dada la necesidad de agilizar la tramitación de autorizaciones y aprobaciones judiciales en esta materia; y, por otro lado, ha resultado muy difícil poder desjudicializar esta materia debido a la necesaria protección de los derechos fundamentales y los intereses de las personas incapacitadas, de ahí que la gran mayoría de estos expedientes se tramiten ante el Juez, sin perjuicio de las competencias que el Letrado de la Administración de Justicia pueda haber adquirido al respecto.

En materia de incapacidad se tramita a través de un expediente de jurisdicción voluntaria:

- La autorización o aprobación judicial para el reconocimiento de la filiación no matrimonial de la persona con capacidad modificada judicialmente (Título II, Capítulo I, art. 23 a 26 LJV);
- La habilitación para comparecer en juicio y el nombramiento de defensor judicial de personas con capacidad modificada judicialmente (Título II, Capítulo II, art. 27 a 32 LJV);
- La tutela, la curatela y la guarda de hecho (Título II, Capítulo IV, art. 43 a 52 LJV);
- La protección del patrimonio de las personas con discapacidad en relación con las actuaciones judiciales previstas en el Capítulo I de la Ley 41/2003 (Título II, Capítulo VI, art. 56 a 58 LJV);
- El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de la persona con capacidad modificada judicialmente respecto de la autorización judicial para el consentimiento a las intromisiones legítimas en estos derechos (Título II, Capítulo VII, art. 59 y 60 LJV);
- Las autorizaciones o aprobaciones judiciales para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de las personas con capacidad modificada judicialmente (Título II, Capítulo VIII, art. 61 a 66 LJV);
- Intervención judicial en relación con la patria potestad: en particular, respecto de expedientes dirigidos a la adopción de medidas de protección relativas al ejercicio

inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes de la persona con capacidad modificada judicialmente (Título III, Capítulo II, sección 3ª, art. 87 a 89 LJV);

- Intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales cuando uno de los cónyuges estuviera incapacitado (Título III, Capítulo III, art. 90 LJV);

- Autorización o aprobación judicial para la aceptación o repudiación de la herencia por parte de los representantes de las personas con capacidad modificada judicialmente (Título IV, Capítulo III, art. 93 a 95 LJV).

Entre las novedades en materia de personas incapacitadas introducidos por esta Ley, cabe destacar la sustitución de los términos “incapaz” o “incapacitación” por la expresión “personas con la capacidad modificada judicialmente” pues, como la propia LJV argumenta en el apartado III de su preámbulo, supone una mejor adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007.

En el debate parlamentario del Proyecto de LJV, Rosa Díez, por UPYD, criticó la expresión mencionada por su longitud y por no ajustarse a la realidad *“teniendo en cuenta que es con carácter general la naturaleza y no el juez quien restringe dicha capacidad”*; no obstante, aun reconociendo la necesidad de cambiar la terminología actual, pues se puede incluso llegar a considerar contraria a la propia dignidad de la persona, la diputada no propuso ninguna alternativa.

Al respecto sostiene la autora Esther Gómez Calle¹² que, obviamente no es el juez quien restringe la capacidad de la persona para discernir o valerse por sí (que, como cualidad natural, es previa e independiente de cualquier decisión del juez), pero el reconocimiento legal de esta situación, con sus efectos sí requiere un pronunciamiento judicial tal y como indica el art. 199 C.c., sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que también pueden derivarse de una situación puramente fáctica de discapacidad.

¹² GÓMEZ CALLE, Esther (Catedrática de derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid): *“Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria”*, Ed.: Civitas, 2016.

Apunta también el autor Martínez de Aguirre en su obra¹³, que aunque sea preferible hablar de “modificación de la capacidad de obrar” (como propone la Ley 1/2009, de 25 de marzo de reforma de la Ley 41/2003 sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad), antes que de “incapacitación”, es de subrayar que este término no significa en nuestro ordenamiento actual otra cosa que “modificación de la capacidad de obrar para adaptarla a la capacidad natural en beneficio del incapacitado”.

Es preciso también indicar que, dentro de esta nueva terminología, la Ley de Jurisdicción Voluntaria no sólo integra a la persona incapacitada judicialmente, sino también al declarado pródigo, que estará sujeto a curatela. Para justificarlo se podría mencionar la STS de 17.12.1996¹⁴. En este sentido, aunque la prodigalidad no sea causa de incapacitación, sí que justifica el nombramiento de un curador que asista al pródigo en los actos que el juez considere que no puede realizar por sí solo. De ahí que al verse afectada esta persona en su capacidad de obrar y gobernarse a sí mismo por alguna de las causas mencionadas en el art. 200 C.c. se entienda incluido en el marco de estas personas cuya capacidad, en definitiva, ha sido modificada judicialmente estableciéndola ciertos límites o asistiéndola de un curador.

Por último, indicar que esta sustitución del término no ha operado verdaderamente en todo el ordenamiento pues muchas de nuestras normas siguen manteniendo, ante la falta de reforma, la denominación tradicional. Por ejemplo, la LEC o el propio Código Civil.

De cualquier modo, lo que queda claro es que la Ley de Jurisdicción Voluntaria se configura como una norma que busca adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención sobre las Personas con Discapacidad conectándolo con la realidad social. Así lo defendió el autor Antonio Fernández de Buján¹⁵ como principal coordinador de la elaboración del proyecto de ley.

¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos.: «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad». *“Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas”*, Ed. Dykinson, 2013.

¹⁴ RJ 1996, 8973. De acuerdo con el tribunal el proceso que persigue la declaración de prodigalidad es un proceso en el que se pretende limitar la capacidad de obrar de una persona (...).

¹⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio (Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid): *“La entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria mejorará la situación jurídica*

3.1. El Juez y los Letrados de la Administración de Justicia en los expedientes sobre personas con capacidad modificada judicialmente

De acuerdo con el art. 2.3 LJV la dirección y el impulso de los expedientes en materia de jurisdicción voluntaria será competencia de los secretarios judiciales, correspondiendo bien al mismo secretario judicial o bien al juez, dependiendo del expediente de que se trate, la decisión de fondo y el resto de resoluciones sobre el asunto. La misma idea se desprende del art. 456.3.b LOPJ.

El fundamento de que se atribuya el conocimiento sólo de algunos expedientes a los secretarios judiciales es que éstos no ejercen función jurisdiccional alguna. Con lo cual y, en relación con lo establecido en el apartado V de la exposición de motivos de la LJV, les corresponderá a los Letrados de la Administración de Justicia la dispensa de tutela administrativa de determinados derechos privados previstos en la Ley, siempre y cuando no entren en juego derechos subjetivos necesarios de protección. Precisamente por esta última razón, en la gran mayoría de expedientes en los que intervienen personas con capacidad modificada judicialmente la competencia corresponde al juez, sin perjuicio de algunas funciones que ejecutará el secretario judicial.

Así, la competencia de los secretarios judiciales para tomar la decisión de fondo en estos expedientes se reduce al siguiente:

- Habilitación para comparecer en juicio y nombramiento del defensor judicial

En materia de jurisdicción voluntaria el conocimiento prácticamente general por el juez de los expedientes relativos a personas con capacidad modificada judicialmente se debe a la necesidad de una especial tutela de sus derechos y al hecho de que estos expedientes pueden suponer un reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos.

Los jueces competentes para los expedientes de jurisdicción voluntaria civil son los jueces de 1ª instancia (art. 85.2 LOPJ), en materia de personas, familia, sucesiones, obligaciones, derechos reales y actos de conciliación. Respecto a las personas incapacitadas, los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitarán ante el juez son:

de las personas con discapacidad, al agilizar e incrementar las garantías de los procedimientos judiciales y extrajudiciales que afectan a este colectivo”.

- La autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial
- Tutela, curatela y guarda de hecho
- Protección del patrimonio de las personas con discapacidad
- Derecho al honor, intimidad y propia imagen de la persona con capacidad modificada judicialmente
- La autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de personas con capacidad modificada judicialmente
- Intervención judicial en relación con la patria potestad: medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes de la persona con capacidad modificada judicialmente
- Intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales
- Aceptación y repudiación de la herencia por una persona con capacidad modificada judicialmente

La competencia territorial del juez de primera instancia dependerá de cada procedimiento. No obstante, con objeto de favorecer a la persona incapacitada y facilitar su presencia en el proceso la Ley suele otorgar dicha competencia al juez de primera instancia del domicilio de esta persona o, en su caso, de su representante legal.

Por último, el art. 2.3 LJV recoge una disposición residual en virtud de la cual, en aquellos supuestos que no venga atribuida expresamente la competencia a un órgano judicial, será el juez el que decida sobre los expedientes que afecten a derechos de personas con capacidad modificada judicialmente. Se aboga, en este sentido, por una mayor tutela de los derechos de las personas incapacitadas ante la falta de atribución expresa de la competencia por Ley.

3.2. **El Ministerio Fiscal en los expedientes sobre personas con capacidad modificada judicialmente**

La figura del Ministerio Fiscal adquiere gran relevancia dentro de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. El art. 4 de la Ley impone expresamente al Ministerio Fiscal el deber de intervenir en los expedientes de jurisdicción voluntaria en que esté comprometido el interés de personas

con capacidad modificada judicialmente con el objeto de defender y proteger los derechos de estas personas¹⁶ (art. 3.6 y 3.7 del EOMF¹⁷).

Precisamente por esta razón la presencia e intervención del Ministerio Fiscal va a ser determinante en todos los expedientes de jurisdicción voluntaria que en este trabajo se van a mencionar. Hasta tal punto es así, que el Ministerio Fiscal va a tener legitimación para iniciar algunos procedimientos de oficio como, por ejemplo, en el expediente para el nombramiento del defensor judicial, o en el de tutela, curatela o guarda de hecho. En el expediente de protección del patrimonio de las personas con discapacidad, el Ministerio Fiscal es el único legitimado para promoverlo (art. 57.2 LJV). En otras ocasiones el Ministerio Fiscal podrá solicitar la apertura del expediente a instancia del interesado.

El Ministerio Fiscal está legitimado para pedir que se practiquen diligencias o pruebas en las que fundar la protección y defensa de los intereses de las personas incapacitadas, como en el caso del expediente tutela y curatela (art. 45.2 LJV). Así mismo, podrá proponer la adopción de medidas cuando las estime necesarias para la defensa de los intereses de estas personas como, por ejemplo, ante el ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o administración de los bienes de la persona incapacitada (art. 87.3 LJV). En el expediente sobre la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y administración de los bienes gananciales el Ministerio Fiscal podrá instar cautelas o limitaciones al juez (art. 90.2 LJV).

También actúa como representante legal de las personas incapaces en aquellos supuestos en los que se requiera su intervención en el proceso y no tengan designado legalmente un

¹⁶ El Consejo Fiscal a través del *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria* de 17 de diciembre de 2013, estimó que la redacción de este precepto mejora sensiblemente la contenida en el art. 1815 LEC de 1881, a tenor de la cual la intervención del Fiscal se delimita en función de que la solicitud afecte bien a los intereses públicos – lo que no resulta fácil de precisar -, bien a la persona o cosa cuya protección o defensa compete a la Autoridad”.

¹⁷ Ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, art. 3.6: El Ministerio Fiscal tiene entre sus funciones “*tomar parte, en la defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley*”. Y en el art. 3.7, reformado por la Ley 14/2003 de 26 de mayo: “*intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando pueda afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación*”.

representante (tutor o curador). Los casos en que esto se produce son escasos, pues no podemos olvidar que estamos refiriéndonos a expedientes relativos a personas sobre las que previamente ha recaído una sentencia de incapacitación. No obstante, hay algunos supuestos aislados en los que podría producirse esta situación, por ejemplo, el expediente se inicia de forma paralela a un proceso de incapacitación todavía no finalizado, o en el caso de que el tutor o curador haya sido suspendido de su cargo en el marco de un expediente de remoción, en tanto se nombra un defensor judicial.

Sobre todo, destaca su actuación como representante legal en aquellos supuestos en los que siendo exigible la presencia del incapacitado éste no se personara ni actuara de otra forma. Para evitar el archivo del expediente, el Ministerio Fiscal se encargará de intervenir como representante legal del incapacitado y actuará en su defensa.

También podrá interponer recurso de apelación contra la resolución dictada en el proceso, cuando éste sea posible.

El Ministerio Fiscal debe actuar en defensa de la legalidad, tal y como indica el art. 1 EOMF, como ocurre en el expediente de jurisdicción voluntaria para obtener la aprobación o autorización judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial (art. 25 LJV).

Dependiendo de la posición, de las anteriores mencionadas, que el Ministerio Fiscal tenga en el proceso, las funciones que le corresponderán son distintas. Así, por ejemplo, si actuara como representante legal de la persona con capacidad modificada judicialmente sus funciones serán las mismas que le corresponderían a ésta; cuando actúe como solicitante del expediente podrá pedir la práctica de pruebas o diligencias, como cualquier otro solicitante; o, cuando actúe en defensa de la legalidad contará con todos los derechos y deberes inherentes a la condición de interesado.

En definitiva, con la intervención del Ministerio Fiscal se trata no sólo de evitar errores judiciales, sino también fraudes al interés público o a los de las personas a que se refieren los expedientes de jurisdicción voluntaria¹⁸.

¹⁸ GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido.: *“La jurisdicción voluntaria”* Ed. Aranzadi, 2008, pág. 118. En el mismo sentido, PÉREZ GORDO, Alfonso.: «La función del Ministerio Público (Fiscal) en el proceso civil» *Revista de Derecho procesal*, núm. 4, 1997, pp. 933-980.

La importancia otorgada al Ministerio Fiscal ha supuesto tras la entrada en vigor de la LJV la reforma de algunos preceptos de la LEC (arts. 748 a 763). Dicha reforma, por ejemplo, en el art. 749 LEC implica, desde una perspectiva puramente terminológica, que se pase a hablar de “*procesos sobre la capacidad de las personas*” en vez de “*procesos sobre incapacidad*” al regular la necesaria intervención en ellos del Ministerio Fiscal a quien se confía la salvaguarda del interés superior de la persona afectada.

3.3. Los solicitantes o interesados en los expedientes sobre personas con capacidad modificada judicialmente

Debido a la inexistencia de controversia, al menos ideal, en los expedientes de jurisdicción voluntaria no se habla de “partes procesales” pues al no existir oposición todos los sujetos ocupan la misma posición en el proceso. De ahí que se hable de solicitantes o interesados para referirse a aquellos sujetos que acuden a estos expedientes para tutelar determinadas cuestiones, en el caso de este trabajo, que tienen que ver con personas incapacitadas.

Como no hay partes procesales propiamente dichas, el tratamiento de la “capacidad para ser parte” y la “capacidad procesal” es diferente en estos expedientes, hasta el punto de que la LJV reconoce capacidad para ser parte en un expediente de jurisdicción voluntaria a todas las personas físicas y jurídicas, además de otros sujetos que carecen de personalidad para el Derecho material. A estos efectos el art. 3.1 LJV establece que podrán promover expedientes de jurisdicción voluntaria e intervenir en ellos quienes sean titulares de derechos e intereses legítimos, así como aquéllos cuya legitimación les venga conferida por la materia que es objeto del expediente. A mayores encontramos un argumento todavía más fuerte en el caso de las personas incapacitadas, puesto que, como estamos ante expedientes donde se tratan de proteger intereses jurídicos de estos particulares, sería completamente ilógico que no se permitiera la intervención de estas personas a la vista de la finalidad perseguida por la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria, aun cuando estas personas carecieran de capacidad procesal plena si nos fijamos en el tenor literal del art. 7 LEC.

Por lo que se refiere a la postulación, y frente a lo que establecía la LEC de 1881, indicando que en los procesos de jurisdicción voluntaria no era necesario en ningún caso la intervención de abogado y procurador pudiendo los interesados comparecer por sí mismos; hoy el art. 3.2 LJV dispone que tanto los solicitantes como los interesados deberán actuar

defendidos por Letrado y representados por Procurador en aquellos expedientes en que así lo prevea la ley; siendo en todo caso necesaria su actuación para la presentación de los recursos de revisión y apelación que se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formulase oposición.

Centrándonos en los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas incapacitadas no es necesario con carácter general la presencia de abogado y procurador en los siguientes expedientes:

- Autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial, (Art. 24.3 LJV).
- Habilitación para comparecer en juicio y en el nombramiento de defensor judicial, (Art. 28.3 LJV).
- En la tutela, curatela y guarda de hecho, (Art. 43.3 LJV).
- En la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, (Art. 57.3 LJV).
- En el derecho al honor, intimidad y propia imagen de la persona con capacidad modificada judicialmente, (Art. 59.3 LJV).
- Autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros, siempre y cuando no superen los 6.000 euros, y que se refieran a bienes y derechos de personas con capacidad modificada judicialmente, (Art. 62.3 LJV).
- Intervención en relación con la patria potestad, en concreto, ante el ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del incapacitado, (Art. 85.3 LJV).
- Intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales, salvo que la intervención judicial fuera para la realización de un acto de carácter patrimonial con un valor superior a 6.000 euros, (Art. 90.3 LJV).
- En la aceptación o repudiación de la herencia, siempre y cuando la cuantía del haber hereditario sea inferior a 6.000 euros, (Art. 94.4 LJV).

Por el contrario, sí se requerirá la presencia de abogado y procurador:

- En la remoción del tutor o curador, (Art. 45.3 LJV).

- Autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que superen la cuantía de 6.000 euros, que se refieran a bienes o derechos de personas incapacitadas, (Art. 62.3 LJV).
- Intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales cuando el valor del acto de carácter patrimonial cuya realización se pretende sea superior a 6.000 euros, (Art. 90.3 LJV).
- En la aceptación o repudiación de la herencia cuando la cuantía del haber hereditario sea superior a 6.000 euros, (Art. 94.4 LJV).

Todo ello sin perjuicio de que los solicitantes son siempre libres de acudir en los casos no exigidos por ley acompañados de abogado y procurador.

4. ESTUDIO DETALLADO: EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN LOS QUE PARTICIPA LA PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE

4.1 EXPEDIENTE DE AUTORIZACIÓN O APROBACIÓN JUDICIAL DEL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

La filiación no matrimonial puede quedar determinada judicial o extrajudicialmente (art. 120 C.c.). En el primero de los casos, dicha filiación se determinará mediante sentencia judicial firme en el marco de un proceso en el que se han ejercitado acciones de filiación (acción de reclamación, acción de impugnación, o incluso la acción mixta a la que se refiere el art. 134 C.c.). En el segundo caso, siendo la determinación extrajudicial, el art. 120 C.c. hace referencia a una serie de medios por los que se podrá determinar esta filiación. Principalmente se podría dividir en dos grupos dependiendo de si la filiación es materna o paterna:

- Si la filiación fuera materna, la madre podrá inscribir la filiación del niño nacido sin necesidad de reconocimiento en el momento de la inscripción del nacimiento pues su filiación quedará determinada por el hecho del parto (art. 120.5 C.c.).

- Si la filiación fuese paterna, la determinación de la filiación tiene que realizarse mediante reconocimiento que, a su vez, puede tramitarse de dos formas distintas:
 - a) Por declaración de voluntad del progenitor en el momento de la inscripción del nacimiento a través del formulario oficial del nacimiento (art. 120.1 C.c.).
 - b) Por reconocimiento solemne ante el encargado del registro civil mediante documento público o testamento (art. 120.2 C.c.).

La intervención de personas con capacidad modificada judicialmente, ya sea como reconocedores o como reconocidos, que puede dar lugar a la apertura de un expediente de jurisdicción voluntaria se concentra en el supuesto del art. 120.2 C.c.

La regulación de este expediente se recoge en los artículos 23 a 26 de la LJV, distinguiendo los supuestos en los que será obligatoria la autorización judicial de los supuestos en que bastará con una aprobación judicial, que en algunos casos se podrá obviar, como ahora explicaré.

En primer lugar, la idea de la que hay que partir es que el reconocimiento es un acto personalísimo, lo cual significa que la persona con capacidad modificada judicialmente tendrá capacidad para reconocer por sí misma. No obstante, este reconocimiento necesitará de aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, que se tramitará a través de este expediente de jurisdicción voluntaria (art. 121 C.c. en relación con el art. 23.1 y 23.3 LJV).

En segundo lugar, puede ocurrir que la persona con capacidad modificada judicialmente no sea el reconocedor sino el reconocido en cuyo caso tenemos que distinguir si esta persona incapacitada es mayor o menor de edad.

La regla general para el reconocimiento de hijos mayores de edad, es que el reconocimiento sólo producirá efectos cuando medie consentimiento expreso o tácito del hijo mayor de edad y capaz (art. 123 C.c.). ¿Qué ocurre respecto del hijo mayor de edad, pero incapacitado? En este caso el consentimiento expreso deberá ofrecerse por parte del representante legal del incapaz (art. 124 C.c.), situación que será la más habitual en la práctica si tenemos en cuenta que habiendo de por medio una sentencia de incapacitación en la misma se habrá determinado la institución tutelar (tutela, curatela, e incluso patria potestad prorrogada del otro progenitor cuya filiación ya esté determinada legalmente) a la que quedará sujeto el incapaz. No obstante, también se permite, alternativamente a este consentimiento, la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente

reconocido para otorgar eficacia a este reconocimiento (art. 124 C.c. en relación con el art. 23.1 y 23.3.b) LJV).

Si el hijo incapacitado fuera menor de edad los trámites requeridos serán los mismos que he indicado para el supuesto del hijo incapaz mayor de edad, es decir, será necesario el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial a través de este expediente de jurisdicción voluntaria (art. 124 C.c. en relación con el art. 23.3.b) LJV). En este supuesto al tratarse de un menor de edad, el representante legal que preste el consentimiento también podrá ser el progenitor que ya tuviera determinada la filiación legalmente y ejerciera la patria potestad. El art. 299.bis C.c. otorga competencia para prestar este consentimiento al Ministerio Fiscal en ausencia de representante legal.

Siendo necesario el consentimiento expreso del representante legal o la aprobación judicial del reconocimiento, el reconocedor podrá optar entre una u otra a su libre elección, pues la aprobación judicial no es subsidiaria del consentimiento del representante legal¹⁹.

Cabe destacar que en materia de reconocimiento de la filiación no matrimonial se equipara la regulación prevista para el menor y para el incapacitado, incluso cuando este incapacitado es mayor de edad. Podría entrar a criticarse el tratamiento del incapacitado como un menor por el código civil y por la LJV, sin embargo, desde mi punto de vista considero que la regulación en este caso es acertada al ser la más precisa para permitir que el juez pueda valorar los intereses en juego a la hora de aprobar o autorizar la determinación de la filiación.

En el caso de que el reconocimiento del incapacitado se hubiera realizado en testamento o (siendo éste menor) en el plazo para practicar la inscripción del nacimiento, no será necesario ni el consentimiento ni la aprobación judicial para que tenga eficacia (art. 124.2 C.c. y art. 47 LRC en relación con el art. 23.3.b) LJV). No obstante, si el reconocimiento se hubiera producido en el momento de practicar la inscripción del nacimiento, el art. 124 C.c. legitima a la madre del reconocido para que en el plazo del año siguiente al nacimiento pida que se suspenda la inscripción de paternidad practicada. En este supuesto, la LJV abre una última vía a la que puede acudir el padre para conseguir la filiación de su hijo menor e incapacitado, que es la de la aprobación judicial mediante expediente de jurisdicción voluntaria (art. 23.3.c) LJV).

En tercer lugar, se exigirá obligatoriamente autorización judicial a través de este expediente de jurisdicción voluntaria cuando quien pretenda reconocer como hijo a una

¹⁹ RRDGRN de 10 de noviembre de 1993 y de 4 de octubre de 1995 – RJA 10016 y 8813.

persona con capacidad modificada judicialmente (menor o no) sea hermano o consanguíneo en línea recta del progenitor cuya filiación esté determinada legalmente (art. 125 C.c. en relación con el art. 23.1 y 23.2 LJV). Sin perjuicio de que se otorgue la autorización por parte del juez, si el incapacitado posteriormente obtuviera plena capacidad podrá invalidar esta filiación que no ha consentido mediante declaración auténtica, que podrá presentarse en documento público o ante el encargado del Registro Civil.

El art. 24 LJV nos indica la competencia, legitimación y postulación para este expediente. Por lo que respecta a la competencia, se trata de un expediente del que tendrá que conocer el juez de primera instancia, y cuya competencia territorial vendrá determinada por el domicilio del reconocido.

El legitimado para promover este expediente es el progenitor autor del reconocimiento, por sí mismo o asistido de su representante legal, tutor o curador, en el caso de que se tratara de una persona incapacitada (art. 24.2 LJV).

No es preceptiva la intervención de abogado ni procurador, sin perjuicio de que las partes siempre podrán optar por actuar bajo la asistencia de estos profesionales.

En la solicitud por la que se inicia este expediente se deberán recoger los datos personales tanto del reconecedor como del reconocido, y de su representante legal cuando proceda, así como del otro progenitor legalmente reconocido. También habrá que hacer mención del reconocimiento que se pretende efectuar, y las razones por las que se estima que resulta conveniente para la persona con capacidad modificada judicialmente que se otorgue la autorización o aprobación judicial.

Dentro de la solicitud se deberán presentar los medios de prueba sobre los que la misma se apoya, y sobre cuya admisión decidirá el juez (art. 5 LJV), pudiendo ordenar prueba de oficio en los casos en que exista un interés público o afecte a personas con capacidad modificada judicialmente.

El letrado de la administración de justicia admitirá a trámite la solicitud y citará a comparecer a las partes que estén interesadas. Al respecto cabe destacar que en caso de intervenir una persona con capacidad modificada, en la comparecencia estará representada por su representante legal (art. 25 LJV).

El juez será el que resuelva autorizando/aprobando o no el reconocimiento solicitado, pudiendo ser recurrida en apelación su resolución (art. 26 LJV). Desde la perspectiva de la resolución conviene destacar que el juez justificará su decisión siempre otorgando primacía

al interés de la persona incapacitada. En este sentido el art. 26.1 LJV nos indica que habrá de atender siempre al discernimiento del progenitor, la veracidad o autenticidad de sus actos, la verosimilitud de la relación de procreación (sin que sea necesaria una prueba plena de la misma) y, sobre todo, el interés del reconocido cuando sea una persona con capacidad modificada judicialmente. Este interés será el único elemento determinante en el que se tendrá que fijar el juez para autorizar la determinación de la filiación en el supuesto del art. 125 C.c. (Art. 26.2 LJV).

4.2 EXPEDIENTE DE LA HABILITACIÓN PARA COMPARECER EN JUICIO Y DEL NOMBRAMIENTO DEL DEFENSOR JUDICIAL

Este expediente de jurisdicción voluntaria se encuentra regulado en los artículos 27 a 32 de la LJV.

El primer de estos preceptos, el art. 27 LJV, nos introduce en el contexto al hacer referencia a los supuestos en que será preciso nombrar o habilitar a una persona como defensor judicial del incapacitado. La regulación prevista en este precepto se apoya sobre los artículos 1994 a 2001 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (como antecedente legislativo), así como en los artículos 7 y 8 LEC del año 2000 (capacidad procesal), los artículos 299 a 302 del C.c. reguladores de la figura del defensor judicial, y determinados preceptos a lo largo del texto legal del Código Civil en los que también aparece esta figura, en relación con la materia que a este trabajo ocupa podría ser interesante destacar los artículos 215 y 249 C.c. en el ámbito de la tutela, o el art. 1060 C.c. respecto de la partición de la herencia.

Cuando hablamos del expediente de jurisdicción voluntaria referente al defensor judicial debemos tener muy presente la capacidad procesal en el derecho procesal civil. Las personas con capacidad modificada judicialmente no pueden comparecer por sí mismos en un proceso, de acuerdo a la LEC. Esta circunstancia no debería presentar problemas en la práctica por cuanto la capacidad de esta persona estará completada por una institución tutelar (individual o conjunta) o, en su caso, por un progenitor, que serán los que se ocupen de complementar la capacidad de estos sujetos. Ahora bien, ¿qué ocurre en aquellos casos en que el representante legal no puede actuar por el incapacitado? Es aquí donde entra en juego

el defensor judicial, ya no sólo en el marco de un proceso judicial, sino para cualquier otra actuación de la vida cotidiana en la que se estime oportuno.

El art. 27 LJV distingue en sus dos primeros apartados entre el nombramiento y la habilitación para comparecer en juicio del defensor judicial, de lo que la Doctora María Jesús Ariza Colmenarejo²⁰ entiende que se trata de dos figuras estrechamente unidas entre sí pues, la habilitación no deja de ser un supuesto más de nombramiento de un defensor judicial luego, entiende la autora, la Ley de Jurisdicción Voluntaria aglutina y sistematiza los supuestos materiales a los que se refieren los artículos 299 y 299 bis C.c.

Puesta de manifiesto esta introducción resulta oportuno indicar cuáles son estas situaciones en las que se podrá abrir un expediente de jurisdicción voluntaria para nombrar o habilitar a un defensor judicial:

El art. 27.1 LJV dispone que en todo caso se deberá nombrar un defensor judicial de una persona con capacidad modificada judicialmente:

- Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con capacidad modificada judicialmente y sus representantes legales.
- Cuando el tutor o curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa que lo haya provocado o se designe otra persona para que desempeñara el cargo.
- Cuando se tenga conocimiento de que una persona respecto a la que debe constituirse la tutela o curatela, precise de la adopción de medidas para la administración de sus bienes, hasta que recaiga la resolución judicial que ponga fin al procedimiento.

La aplicación de este precepto y con ello la apertura de un expediente de jurisdicción voluntaria está supeditado a la falta de existencia de una tutela conjunta o dos progenitores, pues en caso contrario será el otro tutor o progenitor el que ejerza directamente las funciones correspondientes a su cargo, siempre que éste segundo no incurra también en alguna de las situaciones indicadas.

Por otro lado, el art. 27.2 LJV establece que se debe instar la habilitación del defensor judicial cuando la persona con capacidad modificada judicialmente, habiendo sido

²⁰ Ariza Colmenarejo, M^a Jesús.: *“Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria”*. Ed. Civitas, 2016, pág. 267.

demandado o suponiéndole gran perjuicio no promover la demanda, se encuentre en alguno de los siguientes casos:

- Que el progenitor, el tutor o el curador se hallen ausentes ignorándose su paradero, sin que haya motivo racional bastante para creer próximo su regreso.
- Que ambos progenitores, el tutor o el curador se nieguen a representar o asistir en juicio a la persona con capacidad modificada judicialmente.
- Que los progenitores, el tutor o el curador se hallen en una situación de imposibilidad de hecho para la representación o la asistencia en juicio.

Finalmente, el apartado tercero del art. 27 LJV establece que también se nombrará defensor judicial a la persona con capacidad modificada judicialmente, sin necesidad de habilitación previa:

- Para litigar contra sus progenitores, su tutor o curador.
- Para instar expedientes de jurisdicción voluntaria si estuviera legitimado para ello.
- Para que le represente cuando el Ministerio Fiscal inste el procedimiento para modificar judicialmente su capacidad.

No será necesaria la solicitud de nombramiento del defensor judicial si, habiendo tutor o progenitor, éste no tuviera un interés opuesto al de la persona con capacidad modificada judicialmente.

El art. 28 LJV hace referencia a la competencia, legitimación, postulación. Lo más característico de este expediente de jurisdicción voluntaria es que, pese a tramitar una materia que afecta a una persona incapacitada, su competencia se otorga al Letrado de la Administración de Justicia (art. 28.1 LJV), lo cual va a ser determinante en cuanto a las funciones que va a tener que desarrollar (sobre todo si las contraponemos con los expedientes de jurisdicción voluntaria sobre tutela, curatela y guarda de hecho) a los que me iré refiriendo en los párrafos siguientes.

La legitimación para instar este expediente se ha ampliado por la LJV, suponiendo una modificación del art. 300 C.c. (art. 28.2 LJV). En primer lugar, el expediente se puede iniciar de oficio, supuesto que, de acuerdo con la autora Ariza Colmenarejo, tendrá lugar cuando estando en marcha un proceso aparezcan situaciones de pérdida sobrevenida de la representación legal, ya que es difícil poder imaginar otra situación en la práctica en la que la Administración de Justicia pudiera tener conocimiento de un supuesto de este tipo. En

segundo lugar, el expediente se podrá iniciar por el Ministerio Fiscal cuando tenga conocimiento de una situación de este tipo que afecte el interés de la persona con capacidad modificada judicialmente (art. 28.2 en relación con el art. 4 LJV). En tercer lugar, podrá iniciarse por la propia persona incapacitada o por otra que actúe en su interés.

Presentada la solicitud por alguna de las personas legitimadas, la acción en cuyo ejercicio se haya planteado la necesidad de nombrar o habilitar a un defensor judicial verá suspendidos sus plazos de prescripción o de caducidad en tanto en cuanto no finalice este expediente (art. 29.1 LJV). En el caso de que el expediente se solicite como consecuencia de que una persona con capacidad modificada judicialmente deba comparecer en juicio y no pueda hacerlo su representante legal por alguno de los supuestos indicados, o haya quedado sin representación procesal durante el proceso, el Ministerio Fiscal asumirá la representación en tanto se tramita este expediente (art. 29.2 LJV en relación con el art. 299 bis C.c.).

La Doctora Ariza Colmenarejo²¹ entiende que la asunción de la representación por parte del Ministerio Fiscal se justifica en la especial desprotección en que queda la persona incapacitada en las dos situaciones referidas en el párrafo segundo del precepto. No obstante, cuestiona si realmente se produce tal desprotección cuando el proceso ya estuviera iniciado y hubiera asistencia de abogado y procurador. En este caso coincido con la autora en que no tiene sentido que el Ministerio Fiscal asuma la representación si en el proceso del que la persona incapacitada es parte demandada su representante legal estaba asistido de abogado y procurador, pues al quedar impedido el representante legal para continuar el procedimiento serán el abogado y el procurador los que seguirán actuando en representación y defensa de los intereses de su cliente, sin perjuicio de que se nombre posteriormente al defensor judicial. Por esta razón, esta asunción por parte del Ministerio Fiscal no debe entenderse de forma universal, sino exclusivamente para los supuestos en los que el proceso aun no hubiera empezado, y no se ha contratado los servicios de abogado o procurador.

Admitida la solicitud a trámite, el Letrado de la Administración de Justicia convocará una comparecencia a la que acudirán todos los implicados. La persona con capacidad modificada judicialmente o por modificar podrá acudir también siempre que se entienda que tiene madurez suficiente para declarar (art. 30.1 LJV)

El Letrado de la Administración de Justicia resolverá mediante decreto lo que estime conveniente y elegirá a la persona que asume el cargo de defensor judicial utilizando un

²¹ Ariza Colmenarejo, M^a Jesús.: *op. Cit.*, pág. 271.

criterio de idoneidad en base a los intereses de la persona incapacitada (art. 30.2 LJV en relación con el art. 235 C.c., que alude al criterio de idoneidad en materia de elección del tutor). El legislador ha exceptuado para este caso el criterio de elección de las personas mencionadas en el art. 234 C.c. pues no lo considera adecuado al poder concurrir un conflicto de intereses entre las personas señaladas en el precepto.

Será necesario realizar la inscripción registral de la situación excepcional de nombramiento de defensor judicial en el caso de que exista un proceso pendiente de declaración de incapacidad y sea precisa la administración de los bienes. Además, mientras dure el proceso, el régimen de administración de bienes por el defensor judicial debe contar con publicidad registral suficiente. Por todo ello, el decreto de designación se debe inscribir en el registro civil (art. 30.3 LJV). Fuera de este supuesto no será necesaria la inscripción de la designación del defensor judicial.

Hay dos causas que pueden producir la cesación del defensor judicial. Por un lado, la desaparición del motivo que ocasionó su nombramiento y, por otro lado, que los progenitores, el tutor o el curador de la persona incapacitada se presten a comparecer en juicio, o bien haya finalizado el procedimiento que motivó la habilitación. En cualquiera de estos dos casos, el defensor judicial deberá comunicarlo al Letrado de la Administración de Justicia quien tendrá que valorar si realmente la causa ha desaparecido, en el primer supuesto, o comunicar al órgano judicial la intención de comparecencia de los representantes en el segundo (Art. 31 LJV). De acuerdo a lo dispuesto legalmente, la comunicación de la voluntad de comparecencia en juicio de aquellos que debieran haber asumido la representación legal se realiza por el defensor judicial, lo cual ha llevado a varios autores a plantearse si no sería más acorde a los derechos del tutelado que también se produjera la cesación del defensor judicial cuando los propios representantes informaran de su intención o se personaran en el juicio. La cuestión se deja en el aire en el texto legal y, en mi opinión, creo que lo más oportuno sería que no sólo el defensor judicial alegara la existencia de causas que pudieran implicar su cesación, sino que el resto de implicados también deberían poder hacerlo, igual que van a poder participar en el resto de actos del expediente.

Termina la regulación de este expediente de jurisdicción voluntaria en el art. 32, que se refiere a la rendición de cuentas, la excusa y la remoción del defensor judicial. El precepto se limita a indicar que las mismas disposiciones que la ley de jurisdicción voluntaria establece para la formación de inventario, excusa y remoción de los tutores, serán de aplicación para

el defensor judicial. Es decir, nos remite íntegramente a los artículos 49, 50 y 51 LJV en sede del expediente de tutela y a los que posteriormente me referiré.

Pese a esta regulación cabe decir que existen importantes matizaciones a tener en cuenta en cada uno de estos aspectos:

- En primer lugar, respecto de la rendición de cuentas, la duración del cargo de defensor judicial es inferior y más provisional que el de tutor. Por esta razón, aunque mantiene la obligación de tener que rendir cuentas de los actos que hubiera realizado durante el mismo, las responsabilidades son menores que las que le corresponderían al tutor. La rendición de cuentas del defensor judicial se aprobará por el letrado de la administración de justicia, a diferencia de lo que ocurre en el caso del tutor.

- En segundo lugar, en lo que se refiere a la formación de inventario el problema se produciría en el caso de surgir controversia sobre la inclusión o exclusión de determinados bienes. Con carácter general (tanto para el tutor como para el defensor judicial) es el letrado de la administración de justicia el órgano encargado de éste. Sin embargo, en el caso de que en la formación de inventario del tutor se suscitara controversia, el proceso seguirá los trámites del juicio verbal y se resolverá por el juez. En la formación de inventario por el defensor judicial nos encontramos ante un expediente que se tramita en exclusiva por el letrado de la administración de justicia, de ahí que se cuestione si en caso de controversia también tendría que adoptar la decisión el propio letrado. El art. 32 LJV genera más duda en esta materia pues literalmente nos indica que *“se tramitarán y decidirán por el Letrado de la Administración de Justicia”*. Pese a todo, en la práctica el encargado de resolver la controversia será en estos casos el juez, justificado en el cambio de naturaleza de la decisión.

- En tercer lugar, las causas de inhabilidad del defensor judicial serán las mismas que se prevén para el tutor en los artículos 243 y 244 C.c. Sin embargo, la competencia para resolver sobre la remoción corresponderá al letrado de la administración de justicia, sin perjuicio de que en caso de suscitarse controversia ésta se resuelva por el juez, igual que en el supuesto anterior. Dado que la remisión a la inhabilitación del tutor es total, ello también implicaría la necesaria presencia de abogado en este trámite, a pesar de que no se necesite en el resto del expediente.

- Por último, en materia de excusa del ejercicio del cargo, la única diferencia que se debe mencionar frente a la excusa del tutor, es que la excusa del defensor judicial se debe presentar ante el letrado de la administración de justicia, pues al corresponderle a éste la designación también le corresponde determinar la excusa.

4.3 EXPEDIENTE DE LA TUTELA, CURATELA Y LA GUARDA DE HECHO

Las instituciones tutelares y, más en concreto, la tutela, curatela y la guarda de hecho, se encuentran reguladas en el Capítulo IV del Título II de la LJV, capítulo que, a su vez, se divide en tres secciones: la Sección 1ª “disposición común”, la Sección 2ª “de la tutela y la curatela”, y Sección 3ª “de la guarda de hecho”.

La regulación de la LJV ha supuesto la modificación de algunos preceptos del Código Civil en esta materia (véase los artículos 219, 249, 256, 259, 299 bis, y 263 a 265), así como la derogación de las normas recogidas en el Título III del Libro III de la LEC de 1881 (artículos 1833 a 1879). La reforma se ha centrado, en el sentido ya indicado anteriormente, en adaptar estos preceptos a las nuevas tareas encomendada a los Letrados de la Administración de Justicia y a sustituir el empleo de los términos “incapaz o incapacitación” por el de “personas con capacidad modificada judicialmente”.

A pesar de las funciones que el Letrado de la Administración de Justicia tiene en estos expedientes, la decisión de fondo la tiene siempre el juez (art. 43.1 LJV) con fundamento en el art. 216.1 C.c. conforme al cual las funciones tutelares están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial²². En la LJV esto se justifica en el art. 2.3 LJV y apartado IV del Preámbulo

²² Frente a la función del juez de resolver sobre el fondo del asunto presentaron enmiendas durante la tramitación de la Ley algunos partidos, en concreto, La Izquierda Plural en el Congreso (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 112.2, de 22.4.2015), IU y el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) en el Senado (BOCG. Senado, apartado I, núm. 532-3555, de 1.6.2015) por las que reivindicaban poner en manos de los secretarios judiciales la decisión de fondo en todos los expedientes que la LJV llama “de jurisdicción voluntaria” y que estas propuestas denominaban “expedientes o procedimientos sin conflicto”. Ninguna de estas enmiendas llegaron a prosperar.

ya que se trata de expedientes en los que están en juego los intereses de menores o personas con capacidad modificada judicialmente. El juez que conozca del expediente de tutela, curatela o guarda de hecho también conocerá de todas las incidencias, trámites o adopción de medidas posteriores (art. 43.2 LJV).

En este expediente no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador (sin perjuicio de que las partes podrán ir acompañadas de ellos si así lo desean), salvo para la remoción del tutor o curador donde sí será preceptiva la presencia de abogado (art. 43.3 LJV)²³.

Una última idea a destacar dentro de esta introducción es que, cuando la LJV en estos expedientes habla de persona con capacidad modificada judicialmente, no sólo se está refiriendo a quien ha resultado incapacitado judicialmente por encontrarse en la situación descrita por el art. 200 C.c., sino también al declarado pródigo pues, aunque la prodigalidad no es causa de incapacitación, sí justifica el nombramiento de un curador que asista al pródigo en los actos que el juez estime que no puede llevar a cabo por sí solo²⁴.

4.3.1. La tutela y la curatela

²³ El contenido de este art. 43.3 LJV dio lugar a propuestas opuestas entre sí durante la tramitación de la Ley. Por un lado, en el Congreso la Izquierda Plural (enmienda núm. 48) y en el Senado IU (enmienda 49) y GPEPC (enmienda núm. 470) defendían que en estos expedientes no debía ser preceptiva nunca la presencia de abogado y procurador pues estábamos ante “expedientes sin conflicto”. Por otro lado, en el Congreso el Grupo Parlamentario Mixto y CiU (enmiendas núm. 166 y 207 respectivamente) y en el Senado ERC/Esquerra y CiU (enmiendas núm. 3 y 216 respectivamente) defendían que la intervención de estos profesionales debía ser preceptiva siempre pues la tramitación de actuaciones sobre tutela, curatela y guarda de hecho podía suscitar controversias y si se quería evitar la confrontación de un litigio contradictorio había que garantizar al interesado una defensa con las garantías exigibles desde el inicio y no sólo en caso de remoción del tutor o curador. La fórmula legal final, ha optado por una posición intermedia entre las dos.

²⁴ STS 7269/1996 de 17 de diciembre de 1996, el TS afirma que el proceso que persigue la declaración de prodigalidad “*es un proceso en el que se pretende limitar la capacidad de obrar de una persona (...)*”.

Este expediente de jurisdicción voluntaria se regula en los artículos 44 a 51 LJV, y tiene como ámbito de aplicación la constitución de la tutela y de la curatela en aquellos casos en que no se hubieran constituido en el mismo proceso judicial de incapacitación (art. 44 LJV). En este sentido, el expediente de jurisdicción voluntaria se abrirá de manera subsidiaria tras el previo proceso judicial sin que el juez al dictar sentencia haya procedido a nombrar al tutor o curador de la persona con capacidad modificada judicialmente o del pródigo²⁵.

La modificación de la capacidad es un estado civil de la persona que limita su capacidad de obrar en virtud de una sentencia judicial (art. 199 C.c.) dictada en el marco de un procedimiento judicial en el que deberá intervenir el Ministerio Fiscal y sobre la base de alguna de las causas de incapacitación previstas en la Ley. El art. 200 C.c. establece como causas las enfermedades o deficiencias persistentes en el carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Incapacidad no es lo mismo que discapacidad, lo cual es una idea fundamental que debemos tener presente en todos los aspectos de la vida. La discapacidad no es un estado civil aun cuando de la declaración de discapacidad de una persona se puedan derivar ciertos efectos jurídicos y se requiera una especial protección de dicha persona²⁶.

De acuerdo con el art. 45 LJV, este expediente de jurisdicción voluntaria se iniciará mediante una solicitud en la que deberán acreditarse las circunstancias que justifiquen el establecimiento de una institución tutelar (por ejemplo, la propia sentencia de

²⁵ La LJV mantiene el sistema establecido en la LEC y, por tanto, la falta de obligatoriedad de acumular a la pretensión de incapacitación la de nombramiento de tutor o curador, desoyendo las críticas que algunos autores habían manifestado al respecto: GARCIMARTÍN MONTERO, Regina.: «La designación judicial del guardador legal», *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Ed.: Dykinson, Madrid, 2013, pág.102.

²⁶ En materia contractual, por ejemplo, la discapacidad manifiesta de una persona (imagine una persona con síndrome down) puede acarrear ciertos inconvenientes como el hecho de que no consiga celebrar contratos sin que medie una representación voluntaria. La razón se encuentra en nuestro propio ordenamiento jurídico pues de acuerdo con el art. 1265 C.c. el consentimiento para su validez deberá ser libre, voluntario y consciente. A estos efectos, el consentimiento de una persona con una discapacidad manifiesta podría llegar a declararse como nulo (y con ello todo el contrato celebrado) sobre la base de esos requisitos. De ahí la importancia de prestar una atención especial a los efectos jurídicos de los actos en el tráfico de las personas discapacitadas.

incapacitación), siendo el juez el que tendrá que valorar si es oportuno nombrar a un tutor o a un curador. Para formar su convicción, el juez podrá decretar de oficio las pruebas que estime convenientes, además de poder oír a la persona incapacitada si ésta fuera mayor de doce años y tuviera suficiente madurez. El Ministerio Fiscal debe estar presente siempre en estos expedientes ejerciendo funciones muy variadas: puede presentar de oficio la solicitud de apertura del expediente, podrá adoptar o proponer medidas, diligencias, informes periciales y pruebas, comparecerá en el proceso, etc., todo ello en cumplimiento de su deber de protección del interés público y, más en concreto, de protección de las personas incapacitadas.

Para el nombramiento el juez atenderá a las reglas generales previstas en el código civil (art. 234 y siguientes para la tutela, y artículos 291 y 292 para la curatela). En los últimos años se está fomentando, ya no sólo desde el punto de vista doctrinal, sino jurisprudencial, habiéndose manifestado el TS al respecto²⁷, el estudio pormenorizado de cada uno de los supuestos de incapacidad siendo preferente la opción de la curatela frente a la tutela. La curatela se presenta como una solución más adecuada para el respeto de los derechos de la persona discapacitada. Si el objetivo de la CDPD es profundizar en el respeto y mantenimiento de los derechos fundamentales de las personas discapacitadas y favorecer, siempre en la medida de lo posible y atendiendo a las circunstancias del caso concreto, que se permita a la persona seguir disponiendo de una cierta capacidad para administrar, disponer y, en definitiva, decidir sobre su vida, resulta más adecuado el régimen de la curatela al tratarse de una asistencia al incapacitado completando su capacidad de obrar en aquellos actos que

²⁷ STS 244/2015 de 13 de mayo de 2015, FJ 5: “(...) *La incapacitación debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en el que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en la que se encuentra esta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de su vida o para todas (...)*”.

STS 373/2016 de 3 de junio de 2016, FJ 3: “(...) *para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de los formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución. La discapacidad presenta numerosos matices y ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la graduación de la discapacidad (...)*”.

no pudiera realizar por sí solo. Ello en comparación con la tutela, que supone anular totalmente la capacidad de obrar del individuo colocándole en una situación, pudiera decirse, de completa dependencia de su tutor.

De la lectura de la LJV parece desprenderse un carácter favorable hacia la institución de la curatela. Ello se plasma, como iré exponiendo a continuación, en la extensión de medidas correspondientes a la tutela a esta otra institución, así como lo que parece ser un incremento de las funciones del curador para convertirlo al fin en una figura que pueda adaptarse a las distintas necesidades de la persona incapacitada.

En base a esta idea, el art. 45.5.I LJV establece que el juez puede exigir al tutor o al curador la constitución de una fianza como mecanismo de garantía del cumplimiento de sus obligaciones. La posibilidad de exigir la fianza también al curador supone una modificación del art. 260.I C.c. que contiene esta regla, pero sólo para el tutor.

Muchos autores²⁸ consideran que esta aplicación de la fianza al curador es muy acertada justificándolo en que la LEC de 1881 ya venía recogiendo esta posibilidad en sus arts. 1833, 1834 y 1841. Por su parte, la Fiscalía General del Estado apuntaba también esta circunstancia tras destacar que la curatela interpretada en base a la CDPD es el instrumento más idóneo para apoyar y asistir a las personas con discapacidad²⁹.

Haciendo una pequeña referencia a la regulación que en esta materia presenta el derecho foral, podemos acudir al art. 150.2 del Código de Derecho Foral Aragonés, el cual permite que la sentencia de incapacitación conceda al curador la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado, por lo que, en definitiva,

²⁸ GÓMEZ CALLE, Esther (Catedrática de derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid): *“Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria”*. Ed.: Civitas, 2016, pág.: 316.

²⁹ Instrucción núm. 3/2010 *sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre la determinación de la capacidad de las personas*. En ella se expresa la necesidad de establecer unos criterios uniformes que permitan aplicar a nuestra legislación las previsiones de la CDPD. Para conseguirlo, entiende que la curatela es un mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo que permitan a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica, ofreciendo un “marco graduable y abierto de posibilidades, en función de las necesidades y circunstancias precisas para la toma de decisiones”.

una curatela con administración puede ser una solución idónea en casos en los que la situación del incapaz no justifique la sujeción a un régimen de tutela³⁰.

Siguiendo esta reflexión, la aplicación analógica de la fianza (tradicionalmente aplicada en exclusiva al tutor) sobre el curador prevista en la LJV, como garantía del cumplimiento de sus obligaciones de administración y disposición de los bienes del incapacitado, supone otorgarle al curador, entre otras funciones, también la asistencia en cuanto a la administración ordinaria y disposición de los bienes o patrimonio del incapacitado, lo que apoyaría la defensa de este mecanismo frente a la tutela.

Volviendo a la regulación del expediente, citado el designado para que comparezca, y si habiendo comparecido no ha decidido excusarse de realizar el cargo por la concurrencia de alguna de las causas previstas en el Código Civil (art. 50 LJV en relación con los artículos 251 a 258 y 291.1 C.c.), se producirá la aceptación y toma de posesión del cargo tal y como indica el art. 46.3 LJV. En este punto se ha producido una reforma de la LJV respecto de lo dispuesto en el art. 259 C.c. en el que se sustituye al juez por el letrado de la administración de justicia, que es el encargado ahora de dar al designado la posesión del cargo.

El art. 46.3 LJV alude a la obligación de cumplir con los deberes inherentes al cargo, para lo cual tendremos que atender a lo dispuesto en los arts. 267 a 270 en materia de tutela y los arts. 288 a 290 en cuanto a las funciones del curador.

A continuación, el designado procederá a formar el inventario de bienes a que se refiere el art. 46.4 y 47 LJV, que será obligatorio cuando el designado lo sea para el cargo de tutor o administrador de bienes (art. 262 C.c.). En el caso del curador, poniéndolo en relación con lo anteriormente indicado, se le aplicará dicha norma en el caso de que se le hubieran encomendado tareas de administración ordinaria.

El LAJ será el encargado de requerir al designado la presentación del inventario y, en su caso, el encargado de conceder la posible prórroga del plazo de 60 días legalmente concedido al designado para la presentación del mismo. El LAJ también se encargará de recibir el inventario y demás documentos relativos al mismo, citar a las partes interesadas y afectadas, y aprobar (siempre que no hubiera oposición o controversia a la inclusión o exclusión de bienes) el inventario (art. 47 LJV). De esta manera se ha reformado el art. 264 C.c., que otorgaba dichas competencias al juez. Además, el art. 264 C.c. únicamente disponía la

³⁰ CHIMENO CANO. Marta.: *“Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas”*. Ed.: Dykinson, Madrid, 2013, pág. 118, nota 2.

intervención del Ministerio Fiscal y la citación de las personas que el LAJ estimara convenientes, mientras que el art. 47.1 LJV impone citar también al afectado que tuviera suficiente madurez y, si fuera menor, que tuviera más de 12 años. Así, se recalca la importancia de respetar el interés del afectado.

En relación con la obligación de presentar inventario y con la posibilidad de que ésta pueda prorrogarse (aun cuando la LJV nada dice expresamente, se viene entendiendo la existencia de este hecho en virtud del reconocimiento a dicha prórroga en el art. 263 C.c., precepto que reformó la LJV sustituyendo a la autoridad judicial por el LAJ, lo que permite entender una aceptación de la presencia de prórroga), la LJV prevé como fórmula de protección al incapaz para evitar que quede en una situación de desasistencia hasta que haya vencido el plazo de presentación del inventario, que el mismo designado se encargue del cuidado del incapaz y de la administración de sus bienes si fuera preciso, respetando las garantías que para ello establezca el juez. De esta manera, el art. 46.4 LJV elimina las dudas y los numerosos debates doctrinales que existieron previamente a su promulgación respecto de este tema³¹.

Respecto de la inscripción en el registro civil de la resolución judicial de designación del tutor, administrador de bienes o curador, decir de la cual que no tiene carácter constitutivo, sino que se realiza con el objeto de poder oponerla a terceros, sin perjuicio de que aún no inscrita se pueda seguir oponiendo la resolución a aquellos terceros que hubieran tenido conocimiento de ella por otra vía³². Además, la LJV supone también una reforma del art. 219 C.c. en cuanto ya no se habla de “comunicación de la resolución” al registrador, sino de “remisión del testimonio” lo cual elimina la referencia a la autoridad judicial como encargada de comunicarlo. De nuevo, prima una mayor asignación de facultades al LAJ, que será el encargado de remitirlo.

Otro de los cambios introducidos por la LJV en esta materia tiene que ver con la retribución del cargo (art. 48 LJV). Tradicionalmente, el art. 274 C.c. venía reconociendo el derecho del tutor a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permitiese y

³¹ CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C.: *“La nueva posición del tutor en la legislación y en la realidad actual”*. Ed.: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs.: 98 y 99.

³² DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *“Sistema de Derecho Civil I”*, 12ª Ed, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 241.

correspondiendo al juez la fijación del importe y el modo de percibirlo (salvo que se hubiera acordado previamente en su nombramiento). Hoy, la LJV otorga también esta retribución al curador sobre la base de los argumentos que se han venido expresando previamente³³. Desde mi punto de vista me gustaría resaltar el hecho de que el Código Civil no se ha reformado adaptándolo a esta nueva circunstancia.

La regulación del Código Civil ha sido muy ampliada por el art. 48.1 LJV en lo que se refiere al procedimiento por el que se tramita el expediente de solicitud de retribución. En defensa de la protección del incapacitado, como sujeto cuyo patrimonio deberá costear dicha retribución, podría destacarse que tanto el Ministerio Fiscal (art. 4 LJV) como el juez (art. 5 LJV) pueden, al igual que las partes, proponer la práctica de pruebas, informes periciales o diligencias. En cualquier caso, si por alguna razón pudieran verse afectados los intereses de la persona con capacidad modificada judicialmente, aquí entraría en juego (como ya ocurre en otros expedientes) el art. 19.2 LJV, que permite al juez decidir sobre la base de cualquier hecho del que haya tenido conocimiento por las alegaciones, pruebas y comparecencias, aunque no hubieran sido invocados.

Otro de los aspectos que hay que mencionar en esta materia es la remoción del tutor o curador, que se regula en el art. 49 LJV. La remoción a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria ha sido desde el punto de vista de muchos autores³⁴ la mayor novedad de la LJV en esta materia, puesto que antes de su promulgación la LEC 1881 en su precepto, hoy derogado, 1879 establecía con carácter general que *“tutores y curadores no podían ser removidos por un acto de jurisdicción voluntaria”*, luego era necesario celebrar un juicio ordinario.

Las causas de esta remoción serán las mencionadas en el Código Civil en el art. 247 en cuanto a la tutela con remisión a los arts. 243 a 246 respecto de causas de inhabilidad, y arts. 268 a 270 respecto de los deberes del cargo. En el caso de la curatela hay que atender al art. 291.1 C.c., que a su vez remite a las reglas de la tutela.

³³ Algunos grupos parlamentarios (el GPS en el Congreso y en el Senado enmiendas núm. 287 y 585, y el GPEPC en el Senado enmienda núm. 254) propusieron durante la tramitación de la LJV que ésta se ajustara en este aspecto a lo establecido en el Código Civil, suprimiendo en este art. 48 la referencia al curador, salvo que se corrigiera el Código. Dicha propuesta no prosperó.

³⁴ GÓMEZ CALLE, Esther.: *op. Cit.*, pág.: 327.

Respecto del procedimiento, de manera similar a expedientes anteriores, será necesaria la comparecencia previa del afectado siendo de aplicación las reglas generales del art. 18.2.4ª.II y III LJV, que ya se han explicado. En el seno de un procedimiento de este tipo el juez podrá decidir la suspensión del tutor o curador en sus funciones, en cuyo caso le corresponderá al LAJ el nombramiento del defensor judicial en tanto no termine el expediente y se nombre un nuevo tutor o curador, en su caso. En este sentido, se pone de nuevo de referencia esa intención generalizada de la LJV de reducir las “excesivas” competencias del juez trasladando muchas de ellas al LAJ. En cualquier caso, por aplicación del art. 30.2 LJV el nombramiento del defensor judicial por el LAJ es la regla general en materia de jurisdicción voluntaria y no sólo para este supuesto concreto.

También requiere una atención especial la obligación de rendir cuentas (anualmente y en el momento de cesar su cargo) por parte del tutor o curador regulada en el art. 51 LJV. En línea con lo que ocurría con preceptos anteriores, el código civil siguiendo la concepción tradicional sólo impone esta obligación al tutor (arts. 232, 233 y 269.4º), mientras que la LJV incluye también en esta obligación al curador, aunque matizando el alcance general de esta obligación mediante expresiones como “*si procediera*” o “*en su caso*”, con las que se pretende hacer referencia a que habrá que atender caso por caso las funciones que se han atribuido al curador en su nombramiento. De nuevo entraría en juego la idea que he querido destacar anteriormente y que se ha ido extendiendo desde la CDPD de que la curatela resulta un régimen mucho más adecuado para el respeto de los derechos de la persona incapaz que la tutela, lo que nos lleva a que sean cada vez más los supuestos en los que el juez opta por nombrar a un curador e imponer a éste funciones de administración ordinaria y disposición del patrimonio del incapacitado. De ser así, igual que ocurría con la obligación de hacer inventario, entre otras, también será necesario que se imponga a ese curador la obligación de rendir cuentas anualmente y al finalizar su cargo, como requisito vinculado a las funciones que desempeña en su cargo.

La asignación al curador por el juez de funciones de administración ordinaria viene expresamente contemplada en algunos Derechos civiles autonómicos, como en el art. 223-6 del Libro II del CCCat, que lo admite respecto del curador de los incapacitados, o el caso del art. 223-10 CCCat, que considera aplicables al curador las reglas sobre rendición de cuentas previstas para la tutela. El CDFA va más lejos y permite al juez conceder al curador representación para ciertos actos de disposición, no sólo de administración, de bienes del incapacitado (art. 150.2), obligando al curador a presentar un informe general justificado ante la autoridad judicial cuando cese en sus funciones (art. 152).

Por su parte, tras la ratificación por España de la CDPD, la fiscalía general del estado ha considerado viable la atribución al curador del incapacitado de funciones de administración ordinaria también allí donde rige el Código Civil.³⁵

Dentro de la doctrina, antes de esta instrucción y de la promulgación de la LJV, había autores que admitían que la curatela podía comportar en ocasiones la administración del patrimonio del incapacitado, en contra de la opinión de otros sectores doctrinales³⁶. También la jurisprudencia se ha hecho eco de esta práctica cada vez más habitual en los casos reales³⁷. Otros autores han defendido que se podría encontrar justificación en la interpretación del art. 216.I C.c. en el que se dispone que el ejercicio de las funciones tutelares (incluyendo dentro la curatela) está bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, pues dicha salvaguarda requiere tener conocimiento del desarrollo del cargo por estas instituciones.

Con todo, dado que la curatela en algunos casos tendrá un contenido exclusivamente patrimonial (por ejemplo, en el caso del pródigo), y en otros casos incluirá también funciones en aspectos personales (normalmente cuando hablemos de incapacitados), su informe y rendición de cuentas deberá aludir a aquellas funciones que hubiera desempeñado durante su cargo. En la actualidad, por tanto y pese a la ausencia de dicha mención en el Código Civil, este informe y rendición de cuentas también será exigible al curador.

Finalmente, el art. 51.5 LJV reconoce a las partes (tutor, curador, tutelado, curatelado) ejercitar acciones que les pudieran corresponder por razón de la tutela o curatela, por sí mismos o mediante persona legitimada para defender sus intereses. El art. 51.5 LJV ha incrementado los supuestos respecto de los que se pueden ejercitar estas acciones pues el art. 285 C.c. (que tampoco se ha reformado) atiende sólo a la tutela. Así, hoy, los supuestos son cuatro: tutela, aprobación de la cuenta final, curatela, y la aprobación de las cuentas anuales (estos dos últimos se añaden por la LJV).

³⁵ Instrucción núm. 3/2010 de la Fiscalía General del Estado.

³⁶ MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María.: *“La rendición de cuentas con especial examen de la tutela”*. Ed.: Dykinson, Madrid, 2003, págs.: 293 y 294.

³⁷ SAP Islas Baleares de 7 de octubre de 2014 (JUR 2014, 278231): el tribunal obliga directamente a rendir cuentas anuales por su administración a un curador al que autoriza para realizar actos de administración ordinaria y también de disposición sobre el patrimonio del incapacitado.

Además, dado que los expedientes resueltos en jurisdicción voluntaria no tienen valor de cosa juzgada (art. 19.4 LJV, al menos con carácter general), nada impide al tutelado/curatelado poder acudir después a la vía contenciosa para reclamar posibles agravios. Por el contrario, si la aprobación de las cuentas se ha tramitado por un proceso contencioso, y en este no se discutió todo, después no puede plantearse otro con objeto idéntico porque entraría en juego la excepción de cosa juzgada³⁸.

4.3.2. La guarda de hecho

El guardador de hecho se puede definir como aquella persona que, sin tener potestad legal, ejerce, respecto de un menor o una persona que pueda precisar de una institución de protección y apoyo por tratarse de un presunto incapaz, las funciones propias de una institución tutelar o se encarga de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de intereses. La guarda de hecho es una situación provisional, tolerada por el ordenamiento en tanto se faculta al juez para controlar su desenvolvimiento, pero que en todo caso debe conducir a la constitución de una institución de protección estable³⁹.

La guarda de hecho se encuentra regulada en los artículos 303, 304 y 306 C.c. los cuales prevén que cuando el juez tenga conocimiento de una situación de este tipo pueda requerirle al guardador para que informe de la situación de la persona y bienes del guardado, de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer medidas de control y vigilancia, así como proceder a otorgar judicialmente facultades tutelares al guardador⁴⁰. Todos estos

³⁸ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: “*Sistema de Derecho Civil I*”, 12ª Edición, Ed.: Tecnos, Madrid, 2012, pág.: 255.

³⁹ Circular 8/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Protección de Menores*, apartado IV: parte de la idea de que la guarda de hecho es una situación provisional, tolerada por el ordenamiento, pero preordenada a su extinción, que debe desembocar en otra institución más estable.

Del mismo modo se manifiesta el Circular 9/2015, de 22 de diciembre, *sobre intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, pág. 57 y 58.

⁴⁰ El art. 303 C.c. ha sufrido una importante reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en el Código Civil*. La reforma destaca por la introducción de tres novedades: la posibilidad de que el juez de forma cautelar otorgue

trámites judiciales se llevan a cabo a través de un expediente de jurisdicción voluntaria que está regulado en el art. 52 LJV.

La LJV no ha introducido apenas cambios en esta materia, pues los arts. 303, 304 y 306 C.c. en los que se regula esta figura se mantienen prácticamente intactos. Solamente cabría reseñar dos consideraciones importantes, que la LJV añade al art. 303 C.c.:

En primer lugar, el apartado primero del art. 52 precisa quiénes pueden instar al juez para que lleve a cabo el requerimiento al guardador de hecho (el Ministerio Fiscal, el sometido a guarda o cualquiera que tenga un interés legítimo), sin perjuicio de que el juez pueda proceder siempre de oficio. Inicialmente el proyecto de LJV omitía esta información, pero se incluyó a petición de varios grupos durante la tramitación de la ley. En concreto, la Izquierda Plural y el GPS en el congreso, e IU, GPEPC y GPS en el senado.

En segundo lugar, el apartado segundo hace referencia a la necesaria comparecencia previa del guardador, el guardado y el Ministerio Fiscal (art. 4 LJV) cuando el juez vaya a establecer medidas de control y de vigilancia.

Todo ello se entiende sin perjuicio de que las actuaciones judiciales se dirijan a promover un expediente de constitución de tutela o curatela del guardado. Al respecto, el art. 52.2 LJV prevé la constitución de un régimen de tutela o de curatela, mientras que el art. 228 C.c. al que remite el art. 303 C.c. sólo reconoce la tutela. Esta diferencia es importante porque es un indicio más del fomento de la adopción de la figura de la curatela frente a la tutela como mecanismo de protección de la persona incapaz.

En cualquier caso, la figura de la guarda de hecho debe tener un carácter excepcional. Esta idea se desprende de muchos autores entre los que se puede mencionar a Martínez de Aguirre para quien la posibilidad de que pueda actuar en nombre del discapacitado quien le

judicialmente funciones tutelares a los guardadores de hecho; una mejor definición del papel de la Entidad Pública como encargada de declarar la situación de desamparo de los menores o las personas con capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho cuando concurren los presupuestos legales objetivos de falta de asistencia; y la legitimación del guardador de hecho para promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento del tutor.

cuida y atiende, sin estar legitimado por una decisión judicial, no es conforme con las previsiones de la CDPD⁴¹.

Atendiendo a la redacción de este art. 52 LJV quiero destacar el hecho de que el precepto en su apartado primero se refiere a “...*la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo...*”. Sin embargo, el código civil en el art. 303.1 no incluye al incapacitado, sino solo a “*la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo*”. Por ello, llama la atención que el precepto mencione a la persona con capacidad modificada judicialmente pues la modificación de la capacidad requiere de un proceso judicial y se entiende que en este proceso se habrá procedido a su vez a nombrar tutor o curador del incapaz o, en su caso, se habrán especificado las limitaciones del incapacitado a efectos de la apertura de un expediente de jurisdicción voluntaria paralelo o posterior donde se proceda a nombrar tutor o curador. Entre los supuestos en que podría estar pensando el legislador al redactar el precepto, se puede mencionar el caso de que el incapacitado judicialmente se encontrara bajo la protección y cuidado de un guardador de hecho que fuera el que promoviera el expediente para el nombramiento de tutor o curador, y ello, aunque la LJV no menciona expresamente quiénes están legitimados para promover este expediente; o el caso de que el incapacitado tuviera nombrado un tutor/curador, pero por alguna circunstancia se encontrara en algún momento bajo la guarda de hecho de otra persona.

4.4 EXPEDIENTE DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Para poder comprender este expediente de jurisdicción voluntaria es necesario acudir a la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (en adelante, LPPPD) y, en particular, a la figura del patrimonio protegido.

⁴¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos.: «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención de los derechos de las personas con discapacidad», “*Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*”. Ed.: Dykinson, Madrid, 2013, pág.: 39.

La principal crítica que ha recibido este expediente por la doctrina tiene que ver precisamente con la expresión utilizada en su enunciado, puesto que, en realidad, la LJV no protege el patrimonio de las personas con discapacidad, sino una parte de ese patrimonio mucho más específica, que es el denominado “patrimonio protegido de la persona discapacitada”.

El patrimonio protegido puede definirse como un instrumento jurídico de gran interés para las personas que sufren una grave discapacidad física, sensorial o intelectual, cuya finalidad es la de permitir la designación de unos bienes/aportaciones para que, con ellos, y con los beneficios que se deriven de su administración, se haga frente a las necesidades vitales ordinarias y extraordinarias de la persona con discapacidad⁴². El patrimonio protegido se configura, por tanto, como un patrimonio de destino o una masa patrimonial afectada expresamente a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares⁴³, que serán exclusivamente personas con discapacidad. Los bienes y derechos que forman este patrimonio se aíslan del patrimonio ordinario del beneficiario y quedan sometidos a un régimen de administración específico.

El patrimonio se forma a través de unas aportaciones iniciales y posteriores, que pueden ser de muy diverso tipo: dinero o depósitos en cuentas corrientes; seguros; rentas vitalicias; fincas urbanas o rústicas; usufructos sobre inmuebles; derechos de hipoteca; acciones; etc. Estas aportaciones deberán ser en todo caso a título gratuito, según nos indica el art. 1 LPPPD.

Para que pueda constituir o constituyan un patrimonio protegido a su favor es necesario que la persona con discapacidad cuente con un certificado de minusvalía en los porcentajes del art. 2 de la Ley 41/2003. Estos porcentajes son dos:

- a) Que la persona esté afectada por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento, o;
- b) Que la persona esté afectada por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

⁴² www.cermi.es “¿Qué es y cómo funciona el patrimonio protegido de las personas con discapacidad?”.

⁴³ Terminología reflejada en la Exposición de Motivos de la ley 41/2003 que lo define así: “en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares”.

El hecho de que el precepto sólo requiera la posesión de un certificado acreditativo de una discapacidad igual o superior a estos porcentajes (que podrá ser emitida por los Equipos de Valoración y Orientación) significa que no es necesario que la persona haya resultado incapacitada como consecuencia de una sentencia judicial firme, sin perjuicio de que su nivel de minusvalía pueda acreditarse también por esta vía. Lo que quiero destacar con esta idea, es que las personas a cuyo favor se puede constituir un patrimonio protegido pueden estar incapacitadas judicialmente o no, lo cual es muy relevante a efectos de este expediente de jurisdicción voluntaria pues sólo se van a plantear problemas que exigen la apertura de este expediente cuando estemos ante un patrimonio protegido de una persona con capacidad modificada judicialmente. En el resto de los casos no será necesario ya que al no verse modificada judicialmente su capacidad las actuaciones, a las que a continuación me referiré y respecto de las cuales se abrirá el expediente, se realizarán por la propia persona discapacitada.

Como venía adelantando en el párrafo anterior este patrimonio protegido requiere la realización de toda una serie de actos desde su constitución hasta su extinción:

Cuando se presuma que la persona discapacitada tiene capacidad suficiente, entiéndase cuando no haya sido declarada incapaz judicialmente, podrá constituir este patrimonio con sus propios bienes. En este caso, esta persona podrá encargarse de la administración de su patrimonio protegido o designar a otra persona para que ejerza el cargo. Así mismo, podrá en nombre propio recibir aportaciones de terceros o negarse a ello, y adoptar cualesquiera otras previsiones que estime oportunas respecto de su persona y sus bienes (por ejemplo, designación del tutor) en base a su posible incapacitación futura. La constitución del patrimonio se hará en documento público ante notario.

Por el contrario, si esta persona tuviera su capacidad modificada judicialmente, los actos indicados deberán realizarse por sus padres, tutores, curadores o guardadores.

Los padres podrán constituir el patrimonio con sus propios bienes, en cuyo caso habrá que tener en cuenta que la aportación de los padres tendrá el carácter de una donación. A estos efectos, no se puede perder de vista que el art. 636 C.c. establece que nadie puede dar o recibir por donación más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La aportación que exceda de esta medida pasará a tener carácter inoficioso y podrá ser revocable o reducible conforme al régimen de sucesiones previsto en nuestro Código Civil. Por otro lado, los padres podrán constituir este patrimonio con los bienes de su hijo cuando éste tenga la capacidad modificada y esté bajo patria potestad prorrogada o rehabilitada. Junto a la opción

de constituir un patrimonio protegido con estos bienes, los padres pueden también utilizar en este caso la opción prevista por el art. 227 C.c. estableciendo ellos mismos las reglas de administración de estos bienes y designando a la persona que deba ejercerlas.

El tutor, al igual que los padres, podrá constituir el patrimonio con sus propios bienes (lo cual es poco probable en la práctica aun cuando se admite la posibilidad) o constituirlo con bienes del tutelado.

El curador solo podrá constituir el patrimonio con bienes propios. Sobre esta cuestión se han manifestado varios autores, entre ellos el catedrático de derecho civil Ignacio Serrano García y la Doctora Candela Galán González⁴⁴, quienes entienden que pese al trato idéntico que el legislador da a esta institución tutelar con el resto, la función que el curador tiene legalmente encomendada no es la de sustitución de la voluntad de la persona incapacitada, sino la de asistencia y complemento. Por esta razón, no se le puede equiparar por completo al tutor y sólo podrá constituir el patrimonio protegido del curatelado con sus propios bienes y derechos. De igual modo se ha manifestado el autor Gallego Domínguez⁴⁵.

Por último, el art. 3.2 LPPPD prevé que un tercero completamente ajeno al beneficiario pueda constituir el patrimonio con sus propios bienes, pudiendo señalar reglas de administración y disposición sobre los mismos.

Llegados a este punto y con una idea general sobre el patrimonio protegido del discapacitado, el art. 56.1 LJV enumera hasta cuatro actos que requerirán la apertura de este expediente de jurisdicción voluntaria:

- a) La constitución del patrimonio protegido o la aprobación de las aportaciones del mismo cuando los progenitores, tutor o curador de la persona con discapacidad (e incapacitada judicialmente) se negaren injustificadamente a prestar el consentimiento o asentimiento a ello. Al respecto, la doctrina se ha planteado si sería posible hablar de una “negativa justificada”. Serrano García entiende que es difícil imaginar en la práctica un supuesto en el que quedara justificado que el representante

⁴⁴ SERRANO GARCÍA, Ignacio., y GALÁN GONZÁLEZ, Candela.: *“Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria”* Ed.: Civitas, 2016, págs.: 347 – 352.

⁴⁵ GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio.: «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», *“Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad”*. Ed.: la Ley, Madrid, 2006.

de la persona beneficiaria del patrimonio protegido se niegue a consentir un incremento patrimonial de su representado. En base a esta idea, únicamente se podría justificar esta negativa en aquellos casos más extremos donde las aportaciones que se realicen al patrimonio tuvieran alguna carga o gravamen superior al valor del bien en sí mismo⁴⁶.

b) El nombramiento de su administrador cuando no se pudiera realizar conforme al título de constitución. El art. 5 de la Ley 41/2003 establece que el administrador de este patrimonio estará sometido a las mismas autorizaciones para actuar que el tutor, es decir, nos remite a los arts. 271 y 272 C.c.

c) El establecimiento de exenciones a la exigencia de obtener por el administrador la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros, que se refieran a bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido. Al respecto destaca la importancia del apartado 3 del mencionado art. 5 LPPPD en el que textualmente se recoge: *“No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los constituyentes o el administrador, podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza”*. El autor Serrano García considera que este precepto sería útil aplicándolo a casos de sentencias de modificación de la capacidad cuando se determinaran los apoyos tutelares ya que acortaría mucho los trámites. Personalmente, difiero, en parte, de la opinión manifestada por el autor. Estoy de acuerdo en que someter toda decisión sobre el patrimonio protegido a una autorización o aprobación judicial puede resultar, al final, más perjudicial que ventajosa, y no pienso que los apoyos tutelares vayan a olvidar las funciones correspondientes a su cargo y actuar en contra de las mismas, pero sí considero absolutamente necesario el establecimiento de límites al poder que se otorga a los tutores y, en su caso, a los curadores. No se puede olvidar que estas personas están actuando en representación y asistencia de aquéllos que por razón de su discapacidad no pueden hacerlo por sí mismos. No pueden actuar en base a sus intereses ni a sus propias consideraciones, sino al interés del incapaz, y es precisamente por la defensa de ese interés por lo que necesitamos que existan límites legales que permitan al juez

⁴⁶ SERRANO GARCÍA, Ignacio.: *op. Cit.*, pág. 353.

valorar si determinados actos vulneran o no el interés protegido, más aún si nos estamos refiriendo al patrimonio de ese incapaz. Por todas estas razones, la interpretación del art. 5.3 Ley 41/2003 no puede, desde mi punto de vista “tomarse a la ligera”, y sólo deberían ser circunstancias muy excepcionales las que puedan lograr la exención de autorización judicial. A mayores, considero que el precepto presenta una importante indeterminación jurídica, puesto que ¿qué circunstancias personales del beneficiario, qué tipo de composición del patrimonio, o qué necesidades concretas derivadas de la minusvalía del sujeto justifican esta exención? Nada se dice, exigiendo estudiar cada caso concreto sin una delimitación legal lo cual genera incertidumbre y puede llevar a una situación de inseguridad jurídica en la práctica.

d) La sustitución del administrador, el cambio de reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza que sea necesaria tras la constitución de este patrimonio.

Pese a esta enumeración, los autores Serrano García y Galán González entienden que no debe considerarse *numerus clausus*, sino que detalla *ad exemplum* los supuestos que se pueden dar en la práctica y respecto de los cuales puede surgir alguna controversia que requiera de dicho expediente. En cualquier caso, no se puede olvidar que estamos hablando de actos que realizarían los representantes legales de la persona discapacitada a cuyo favor se ha constituido el patrimonio protegido (o se quiere constituir) al haber sido ésta legalmente incapacitada.

El objetivo que fundamenta la regulación de esta materia es el de asegurar que todas las decisiones que se adoptan por quienes suplen o complementan la falta de capacidad natural de la persona que sufre una discapacidad en el ejercicio de sus intereses legítimos, se haga con pleno respeto a los derechos que le asisten, a la voluntad y a las preferencias de la persona representada. De este modo, el control judicial se presenta como el mecanismo óptimo para velar por el interés superior de la persona incapaz y de sus intereses jurídico materiales sobre las decisiones adoptadas por quienes la representan que puedan ser cuestionadas en cuanto a su legitimidad u oportunidad. La resolución que, finalmente, dicte el juez se deberá ajustar a los intereses del discapacitado adoptando las medidas oportunas para ello (administración, fiscalización, etc.) de acuerdo con el art. 58 LJV.

Para acabar con este expediente, me gustaría hacer alusión a dos problemas que la doctrina ha venido indicando y que puede que en un futuro supongan una reforma de esta ley. En primer lugar, el art. 57 LJV legitima para promover este expediente al Ministerio Fiscal en exclusiva. Así, Galán González⁴⁷ critica lo limitado de dicha legitimación puesto que las funciones del Ministerio Fiscal quedarían ya salvaguardadas al disponer el precepto que *el Ministerio Fiscal debe ser oído en todas las actuaciones judiciales en esta materia* (art. 57.2 LJV). Por esta razón, debería ampliarse el elenco de personas legitimadas para promover este expediente sin necesidad de tener que solicitarlo a través del Ministerio Fiscal. Ello sería más acorde con la regulación de otros procedimientos similares en materia de personas recogidos en la LJV, pues resulta en cierto modo contradictorio el objetivo propuesto por la LJV de abrir la legitimación de solicitud de estos expedientes a un gran número de personas interesadas, frente a este expediente concreto cuya legitimación corresponde en exclusiva al Ministerio Fiscal.

En segundo lugar, el art. 57.3 LJV establece que no será precisa la presencia de abogado ni procurador. En este caso, Serrano García⁴⁸ entiende que, dado que la solicitud de apertura del expediente va en contra de una decisión adoptada en relación con el patrimonio protegido, a la persona que tomó esta decisión debe dársele la oportunidad de defender su postura y ello sólo es posible si recibe la asistencia jurídica de un abogado y un procurador.

4.5 EXPEDIENTE SOBRE EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN DE LA PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE

Este expediente se encuentra regulado en los artículos 59 y 60 LJV. El primero de estos preceptos, en su apartado primero, nos delimita el ámbito de aplicación del expediente al indicar que a través de él se solicitará autorización judicial para el consentimiento a las intromisiones legítimas en el marco de protección delimitado por el art. 3 de la LO 1/1982 cuando el Ministerio Fiscal se haya opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal del incapacitado. Hay, por tanto, una remisión directa a la LO 1/1982 de protección al

⁴⁷ GALÁN GONZÁLEZ, Candela.: *op. Cit.*, pág. 356.

⁴⁸ SERRANO GARCÍA, Ignacio.: *op. Cit.*, págs. 357 y 358.

honor, intimidad y propia imagen, a la que debemos prestar atención para entender este expediente.

La LO 1/1982 en su art. 3.1 permite a la persona con capacidad judicialmente modificada la facultad de prestar el consentimiento por sí misma siempre que lo permitan sus condiciones de madurez, de acuerdo con la legislación civil. De manera acorde con este precepto, el art. 162 C.c. en materia de menores, pero que puede ser de aplicación analógica a los incapacitados con patria potestad prorrogada, excluye de las materias objeto de representación legal por los titulares de la patria potestad los actos relativos a los derechos de la personalidad del hijo, cuando en virtud de su madurez pueda ejercitarlos por sí mismo.

En el caso de que no goce de tales facultades de madurez, el art. 3.2 LO 1/1982 dispone que el consentimiento deberá prestarse por sus representantes legales. Este consentimiento no se deja al libre arbitrio de los representantes legales, sino que éstos estarán obligados a ponerlo en conocimiento previo del Ministerio Fiscal, y si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere tendrá que resolver el juez⁴⁹.

De acuerdo con lo expuesto las ideas principales de este expediente son dos:

- a) Es un expediente que se plantea exclusivamente respecto de personas que han sido incapacitadas judicialmente.
- b) Se deben dar tres presupuestos:
 - 1) Que la persona con capacidad modificada judicialmente no pueda consentir por sí misma por no tener madurez suficiente,
 - 2) Que el consentimiento se vaya a prestar por su(s) representante legal,
 - 3) Que el Ministerio Fiscal se hubiera opuesto fundadamente al consentimiento proyectado por el representante legal. Dado que se exige que la oposición del Ministerio Fiscal sea expresa y fundada en derecho (art. 60 LJV), su silencio se

⁴⁹ STS 2100/2003 de 26 de marzo de 2003, Fundamento jurídico 3º *“Tanto lo que se dice, como la imagen que aparece, se hace en presencia de la madre, representante legal del menor; es cierto que debería haber otorgado el consentimiento por escrito y haberlo puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal, tal como obliga el art. 3.2 de la LO 1/1982, cuyo incumplimiento le afecta a ella, no a los demandados. Además, el art. 3.1 dispone que el consentimiento lo preste el menor si sus condiciones de madurez lo permiten, lo que coincide con el art. 162.1 del Código Civil. No está claro si reunía las condiciones de madurez; la sentencia de primera instancia dice que “sufría un ligero retraso mental” pero no especifica y lo cierto es que ni estaba incapacitado ni el retraso era notorio... mientras no se acredite una incapacidad... no permite negar unas claras condiciones de madurez, para consentir una entrevista por televisión”.*

entenderá en sentido positivo y, por tanto, si transcurrido el plazo el Ministerio Fiscal no se ha manifestado al respecto se presume su no oposición al consentimiento planteado.

A estas reglas generales habría que añadirles una consideración esencial, que está establecida en el art. 4.3 LOPM 1/1996, pero que puede aplicarse analógicamente a la situación de los incapacitados, y es que tanto si reúnen las condiciones de madurez suficientes para prestar consentimiento como si no, es decir, tanto si el consentimiento se ha prestado personalmente como si lo han hecho a través de sus representantes legales, se considerará que hay una intromisión ilegítima en el derecho fundamental cuando el acto para el que se ha prestado consentimiento pueda menoscabar su honor, reputación o sea contrario a sus intereses. Ello implica que los expedientes de jurisdicción voluntaria en esta materia sólo se pueden plantear respecto de intromisiones legítimas pues en otro caso el consentimiento no podrá ser válido y será objeto de un procedimiento judicial.

Puede plantearse la cuestión de que se dude sobre la suficiente madurez de la persona incapaz para otorgar dicho consentimiento. En estos casos tampoco se abre este expediente de jurisdicción voluntaria pues la cuestión es objeto de otro procedimiento, el de incapacitación. Sin perjuicio de que de él pueda derivarse la apertura de otro expediente como es el expediente en materia de tutela o curatela.

Resulta incoherente, al menos desde mi punto de vista, que se hable de la “*suficiente madurez del incapaz*” para poder otorgar por sí mismo el consentimiento, no sólo por el evidente tratamiento del incapaz como si de un menor se tratase (cuando en muchos casos estamos ante una persona adulta), lo cual puede llegar a atentar hasta contra su dignidad, sino también por el hecho de que el expediente se abre respecto de personas incapacitadas judicialmente. Es decir, existe una sentencia de incapacitación donde el juez se debe haber pronunciado sobre los actos que el incapacitado puede realizar por sí solo y los que requiere de un representante legal. Siguiendo esta reflexión, entiendo que los únicos casos en los que se pueda plantear duda son aquellos en que nos encontremos ante un incapaz sujeto a curatela donde las posibilidades de actuar por sí mismo son más amplias o en el supuesto de que el juez nada haya dicho en la sentencia, lo cual, considero, no debería ocurrir habitualmente en la práctica puesto que no se puede olvidar que estamos hablando de los derechos fundamentales de una persona.

La solicitud de autorización judicial para otorgar válidamente el consentimiento se presentará por el representante legal de la persona con capacidad modificada judicialmente

(art. 59.3 LJV) sin necesidad de asistencia de abogado y procurador. Esta legitimación puede plantear hasta tres problemas en la práctica, que requieren de solución:

a) Falta de acuerdo entre los representantes legales de la persona incapacitada. La solución nos lleva al art. 156.2 C.c., que indica que el juez oídas las partes y, en este caso, a la persona incapacitada atribuirá a uno de los representantes legales la facultad de decidir;

b) La legitimidad de la persona incapacitada ante la negativa por parte de sus representantes legales de prestar consentimiento. En este caso se produciría un conflicto de intereses entre la persona incapacitada, que quiere consentir, pero no puede hacerlo por sí misma, y sus representantes legales, que no quieren prestar el consentimiento. La solución estaría en los artículos 163, 299 y siguientes del C.c. procediéndose al nombramiento de un defensor judicial que vele por los intereses del incapacitado;

c) La oposición o negativa de la persona incapacitada a que se preste su consentimiento. Sobre este problema la doctrina ha discutido bastante pues la LO 1/1982 no precisa requisito alguno para negar el consentimiento, al mismo tiempo que el art. 60.2 LJV permite al juez llamar a la persona incapacitada para que pueda ser oída si lo cree necesario. Con todo, la gran mayoría de la doctrina se ha decantado por interpretar que debe prevalecer la voluntad del representado, independientemente de la suficiente madurez o no, siempre que tenga una capacidad mínima de querer y entender, pues los representantes legales prestan el consentimiento en el lugar del incapacitado no lo suplen. Cosa distinta es que el incapacitado careciera de esa mínima capacidad de entender o querer y ello pudiera verificarse, en cuyo caso será el Ministerio Fiscal el que se opondrá al consentimiento de los representantes legales si no lo considera conforme a los intereses del incapacitado⁵⁰.

El juez resolverá atendiendo al interés superior de la persona con capacidad modificada judicialmente. Es importante tener en cuenta que la autorización judicial no obliga a los representantes legales a prestar el consentimiento, es sólo una autorización o habilitación

⁵⁰ BLASCO GASÓ, Francisco (Catedrático de derecho civil de la Universidad de Valencia): *“Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria”*. Ed.: Civitas, 2016, págs. 367 y 368.

para otorgarlo válidamente. Así mismo, el juez no es el que otorga el consentimiento, sino que autoriza a los representantes a poder hacerlo frente a la oposición del Ministerio Fiscal.

El art. 60.5 LJV reconoce la revocación del consentimiento otorgado a los representantes legales, adaptando la LJV a la LO 1/1982, que en su art. 2.3 establece el carácter revocable del consentimiento en cualquier momento habiendo de indemnizar los daños y perjuicios causados, incluyendo las expectativas justificadas. Algunos autores se han manifestado por lo inadecuado de la redacción del art. 60.5 LJV alegando varias razones:

En primer lugar, del tenor literal del precepto parece desprenderse que es el juez el que revoca el consentimiento, cuando en realidad estamos ante una nueva autorización judicial. De manera similar a como ocurre con la autorización para el consentimiento, debe entenderse que el juez no consiente ni revoca, sino que autoriza. Luego son los representantes los que deberán obtener una autorización de revocación en virtud de la cual revoquen el consentimiento otorgado en base a otra autorización previa.

En segundo lugar, el precepto parece indicar que en el caso de revocación solamente se deberá poner en conocimiento del juez tal circunstancia y acto seguido éste deberá dictar una resolución dejándolo sin efectos, sin poder oponerse a ello. No obstante, si la presencia del juez lo que pretende es precisamente la protección de la persona incapacitada, lo adecuado es interpretar que el juez debería poder oponerse a la solicitud de autorización de revocación cuando a la vista de los intereses de la persona incapaz ésta no sea conforme a los mismos.

Siguiendo con esta idea, tampoco se hace alusión a la presencia del Ministerio Fiscal en caso de revocación, lo que de nuevo pone de manifiesto que una adecuada protección de los intereses de la persona incapacitada requeriría que se notificara y se diera traslado a éste para que pudiera valorar si conviene oponerse o no a la revocación pretendida.

En tercer lugar, el precepto parece expresar que, habiéndose necesitado autorización judicial para consentir, también se necesitará autorización judicial para revocar, al referirse únicamente a la revocación por los representantes legales. Ahora bien, ¿qué ocurre si en ese periodo de tiempo la persona incapacitada ha recuperado judicialmente la capacidad para consentir por sí misma? En este caso lo correcto hubiera sido que se le permitiera a la propia persona manifestar su intención de revocar el consentimiento que antes se otorgó en su nombre por sus representantes. Sin embargo, el precepto no dice nada lo cual nos lleva a interpretar que si se hubiera exigido autorización judicial para prestar consentimiento también se exigirá para la revocación, aun cuando el incapaz hubiera recuperado

judicialmente la capacidad para consentir por sí misma. Lo mismo ocurriría a la inversa, cuando el sujeto tuviera madurez suficiente para poder consentir, pero resultara incapacitado en un momento posterior cuando quiere revocar, lo cual es del todo ilógico.

Por último, de lo dispuesto en el precepto se desprende que la revocación sólo podrá producirse a instancia de parte y no de oficio por el juez. No obstante, en una extensión de la aplicación analógica, del art. 158.4 C.c. al supuesto de las personas con capacidad modificada judicialmente (pues el precepto se refiere a los menores), también sería posible la revocación acordada de oficio por el juez cuando fuera necesario para apartar al incapaz de un peligro o evitarle perjuicios.

Me gustaría destacar debido a su importancia práctica, que la Ley de Jurisdicción Voluntaria cuando regula los expedientes por los que se otorga consentimiento para la intromisión en los mencionados derechos fundamentales sólo se está refiriendo a aquellas personas sobre las que ha recaído una resolución modificativa de su capacidad. Ello me lleva a plantear, ¿qué sucede con aquellas personas que presentan algún grado de discapacidad, pero que no están incapacitadas por sentencia judicial?

Tal y como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, en la STS 147/2010 de 19 de enero de 2010⁵¹, cuando no medie sentencia de incapacitación y aun tratándose de una persona que presenta cierto grado de discapacidad habrá que aplicar en sentido objetivo el art. 2.2 LO 1/1982, el cual, de modo idéntico a aquellas personas que no sufren ningún tipo de discapacidad, establece que la manifestación de voluntad o de consentimiento por parte del sujeto frente a la intromisión en sus derechos fundamentales permite presumir que no hay intromisión ilegítima al ser ésta consentida por el titular del derecho.

Pese a lo dispuesto en el precepto, no se puede olvidar que estamos hablando de personas que sufren algún tipo de discapacidad que, aun no mediando sentencia judicial de

⁵¹ Fundamento jurídico 3º: *“nos encontramos en el caso de autos, con una minusvalía que no es incapacitación o minoría de edad, quedando constancia de que el autor fue voluntariamente entrevistado y filmado, no resultando en consecuencia su honor e imagen al existir consentimiento... recoge expresamente la sentencia de primera instancia que sufría una minusvalía y se deduce que no hubo consentimiento, pero tal deducción no puede aceptarse, partiendo de que se presume una capacidad normal, mientras no se acredite una incapacitación, y los datos fácticos del procedimiento no permiten negar las condiciones precisas, para apreciar que existió consentimiento para emitir por televisión la entrevista objeto del debate”.*

incapacitación, puede alterar su percepción de la realidad. Por esta razón, no se puede interpretar objetivamente el art. 2.2 de la LO 1/1982 en estos supuestos, sino que es necesario adoptar un punto de vista subjetivo. Así lo ha entendido el TC en una STC 208/2013 de 16 de diciembre de 2013⁵², en la que, de manera acorde con la CDPD entiende que más allá de que estemos ante una persona incapacitada o no tenemos que atender a que el supuesto trata sobre la posible intromisión legítima en un derecho fundamental, como es el derecho al honor en el supuesto de la sentencia. Las personas discapacitadas son personas muy vulnerables y por ello precisan de una mayor y especial protección. Por esta razón el TC entiende que el consentimiento expreso manifestado por estas personas debe quedar suficientemente probado y debe ser interpretado de una manera muy rigurosa, no basta con

⁵² Fundamento jurídico 6º: *“cuando se trata, como en el presente caso sucede, de personas con discapacidad, es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, derivada de lo dispuesto en el ya mencionado art. 49 CE, en aras a proteger el interés de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que los poderes públicos ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el título I otorga a todos los ciudadanos. En esta dirección, la Ley Orgánica 1/1982, establece diversas prescripciones a tener en cuenta en el caso que nos ocupa. En primer término, el art. 1.3 declara que tales derechos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, siendo así que la renuncia a la protección prevista en la Ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de consentimiento previstos en el art. 2. Por su parte, el art. 2 en su apartado 2, dispone que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, si bien precisa en el art. 3.1 que el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. El debate se enmarca pues en la configuración del derecho realizada por el legislador, si bien hay que advertir que éste, lejos de proporcionar algún tipo de definición de los derechos que regula, se limita a establecer su protección civil. No obstante, ello no impide a este Tribunal examinar aquellas posibles lesiones de la legalidad, que justamente han concretado el precepto constitucional y que, por el hecho de ser una legalidad delimitadora del mismo, su infracción determina también la del propio derecho.*

Así pues, la Ley Orgánica 1/1982 se refiere al consentimiento de las personas incapaces y dicha expresión ha sido entendida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de enero de 2010 –hoy impugnada en amparo– como una referencia a las personas declaradas judicialmente incapaces y, en aplicación de criterios objetivos, ante la inexistencia de una declaración judicial de incapacidad, afirma que ha de presumirse su capacidad. Sin embargo, hay que superar esa percepción objetiva de la incapacidad y partir de la premisa obvia de que cuando una persona manifiesta una discapacidad, dicha persona puede poseer capacidad de entendimiento, lo que no significa ignorar la existencia de diversos tipos y grados de discapacidad (física, psíquica o sensorial) que, sin comportar expresamente limitaciones en la capacidad de actuar en el mundo jurídico, sí les sitúan en una especial situación que el órgano judicial debe adecuadamente valorar”.

admitir que se está consintiendo, sino que se requiere de una garantía de que el sujeto es consciente de lo que está consintiendo y de que conoce y comprende las implicaciones de su consentimiento.

Con todo concluir que, aunque en la Ley de Jurisdicción Voluntaria sólo se regulan los expedientes de otorgamiento de consentimiento por los representantes legales de personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente, ello no supone que se deba dispensar de cualquier otra protección a las personas discapacitadas, pero no incapacitadas, y por ello no se puede valorar su consentimiento de la misma forma que se valoraría el de una persona que no presenta ningún tipo de discapacidad⁵³.

4.6 EXPEDIENTE DE LA AUTORIZACIÓN O APROBACIÓN JUDICIAL PARA LA REALIZACIÓN DE ACTOS DE DISPOSICIÓN, GRAVAMEN U OTROS QUE SE REFIERAN A LOS BIENES Y DERECHOS DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE

Este expediente de jurisdicción voluntaria se regula en los artículos 61 a 66 de la LJV, caracterizándose por ser el expediente al que deberán acudir los representantes legales de la persona con capacidad modificada judicialmente o, en su caso, el administrador de un patrimonio protegido para obtener autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición o gravamen sobre los bienes y derechos de la persona incapacitada cuando así se lo exija el Código Civil o la Ley 41/2003 de protección del patrimonio de personas con discapacidad (art. 61 LJV).

Este expediente vendría a sustituir el procedimiento regulado en el Título XI de la parte primera del Libro III de la LEC de 1881 (arts. 2.011 a 2.030), bajo la rúbrica “*de la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos*”. Su objetivo fundamental es el control judicial de las facultades de disposición de los representantes legales, pues precisamente es la falta de capacidad de los sujetos representados para disponer de sus bienes y derechos lo que justifica que sea el juez el que valore la conveniencia o utilidad para el incapacitado de estos actos en favor del mayor beneficio para su patrimonio.

⁵³ MATEO SANZ, Jacobo.: “*Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*”. Ed.: Aranzadi, 2016.

La base legal sobre la que se apoya este expediente se encuentra en los artículos 271, 272 y 1811 C.c. Así, el art. 271 C.c. es un precepto esencial en la regulación de las instituciones tutelares al enumerarnos toda una serie de actos en los que el tutor/curador requerirá autorización judicial previa para poder realizarlos. Por la relación que mantienen con este expediente de carácter patrimonial se podría mencionar el apartado 2º de este art. 271 (*“para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios”*), el apartado 3º (*“para renunciar a derechos”*), el apartado 7º (*“para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años”*), o el apartado 9º (*“para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado”*).

Por su parte, el art. 272 C.c. nos indica que será precisa la aprobación judicial de la partición de la herencia o división de la cosa común realizadas por el tutor.

Tanto la autorización como la aprobación judicial a la que se refieren estos preceptos, junto con otros que de igual modo lo exijan a lo largo del Código Civil o de la Ley 41/2003, se tramitarán por este expediente de jurisdicción voluntaria.

Los preceptos siguientes adquieren un carácter mucho más procesal al hacer referencia a la competencia, legitimación, postulación, solicitud y tramitación del procedimiento. No procede detenerse en este procedimiento ya que no presenta apenas novedades en relación con el que la Ley de Jurisdicción Voluntaria atribuye a los expedientes anteriores. Dicho de forma resumida, la legitimación corresponderá al representante legal de la persona incapacitada, sin perjuicio de que también pueda solicitarlo el propio incapaz si no se le hubiese prohibido (art. 62 LJV). De nuevo, no será necesaria la asistencia de abogado ni procurador, salvo que el valor del acto por el cual se inicia el expediente exceda de los 6.000 euros.

Por lo que se refiere a la tramitación (art. 64 LJV), probablemente los aspectos más destacados sean la reiteración que se viene haciendo en toda la LJV sobre la presencia del afectado en el proceso, así como la agilización del procedimiento frente a la regulación anterior prevista en el art. 2013 de la LEC de 1881. Este precepto establecía la posibilidad de que se probara la necesidad o utilidad del acto mediante una prueba testifical, sin perjuicio de poder acudir también a la prueba pericial. El número de testigos debía ser de al menos tres y ello, unido a otros presupuestos que se exigían, llevó a varios autores, entre ellos Iglesias

Canle⁵⁴, a destacar el carácter engorroso de la anterior regulación frente a la nueva mucho más adecuada y garantista al exigir una prueba documental o pericial.

Esta prueba pericial, junto con las alegaciones realizadas durante el acto de comparecencia, permitirán al juez evaluar el interés y conveniencia del acto para el patrimonio de la persona con capacidad modificada judicialmente y a estos efectos dictará una resolución (art. 65 LJV).

Finalmente, y al amparo de la protección de la persona incapacitada en cuyo nombre se actúa, el art. 66 LJV reconoce al juez la posibilidad de adoptar medidas que aseguren que la cantidad obtenida por el acto de enajenación o gravamen se va a destinar a la finalidad alegada por el representante legal cuando se concedió la autorización. Destacar al respecto que, al mismo tiempo que se prueba el interés que para la persona incapacitada tiene este acto de disposición, se tendrá que indicar por parte del representante legal la finalidad a la que se dirigirán las cantidades obtenidas por el acto de enajenación o gravamen. Ello es importante pues es otro elemento a valorar para otorgar autorización y validez al acto.

4.7 EXPEDIENTE DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN RELACIÓN CON LA PATRIA POTESTAD

Este expediente se regula en los artículos 85 a 89 LJV subdividiéndose en tres apartados: el primero, en el que se recogen disposiciones comunes a todos ellos (art. 85 LJV); el segundo, relativo a la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad (art. 86 LJV); y el tercero, consistente en el expediente por el que se adoptan medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (arts. 87 a 89 LJV).

La primera idea a destacar es que, cuando la LJV se refiere a este tipo de expedientes en materia de patria potestad, no sólo incluye los supuestos de menores sujetos a patria potestad (independientemente de si estos sufrieran algún tipo de discapacidad o no), sino que también

⁵⁴ IGLESIAS CANLE, Inés Celia (catedrática acreditada de derecho procesal de la Universidad de Vigo): “*Comentarios a la Ley 15/2015 de la jurisdicción voluntaria*” Ed.: Civitas, 2016, pág. 381.

entrarían en este grupo los supuestos de patria potestad prorrogada o rehabilitada en el caso de adultos con capacidad modificada judicialmente (art. 171 C.c.).

La prórroga y la rehabilitación de la patria potestad se introdujo en el Código Civil por la Ley 11/1981. La patria potestad se prorrogará automáticamente en el caso de que el hijo hubiera sido incapacitado siendo menor de edad cuando la causa que generó dicha incapacidad se mantenga una vez que alcance la mayoría de edad (art. 171.I C.c.). El art. 201 del Código Civil permite que los menores de edad puedan ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad. A través de esta fórmula se consigue que la protección dispensada al menor por razón de edad se siga dispensando de manera continuada al mayor por razón de incapacitación⁵⁵. Así mismo, se podrá rehabilitar la patria potestad en el supuesto del hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos y que fuere incapacitado. En este segundo caso, la patria potestad prorrogada se ejercitará por quien le hubiera correspondido si el hijo fuere menor de edad (art. 171.I C.c.). Aunque el Código solo alude a este supuesto, en la práctica son múltiples las causas que pueden dar lugar a la rehabilitación de la patria potestad⁵⁶.

La patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, a lo establecido por el Código para la patria potestad. Luego debe tenerse en cuenta que el contenido de la patria potestad en estos supuestos de prórroga difiere de su contenido original, en tanto vendrá en su amplia totalidad determinado por la sentencia de incapacitación.

⁵⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina.: *“Comentarios al Código Civil”*. Ed.: Lex Nova, 2010, págs.: 338 y 339.

⁵⁶ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos.: *“Comentarios al Código Civil”*. Ed.: Lex Nova, 2010, págs.: 291 y 292. El autor añade como otros ejemplos el caso de que el hijo mayor de edad haya sido abandonado por el cónyuge con posterioridad a su incapacitación; o el caso en que el hijo mayor de edad y soltero no convivía con los progenitores con antelación a su incapacitación. Entiende el autor que la decisión final corresponderá a la autoridad judicial competente encargada de declarar y acotar la incapacitación del hijo, buscando el beneficio último del hijo incapacitado.

En cualquier caso, resulta muy criticable, y así lo manifiestan juristas como García Hernández, Ferreirós Marcos o Alonso Ballesteros⁵⁷, que se trate al adulto incapacitado como a un menor de edad. Las normas vigentes en esta materia continúan estando vinculadas al sistema de tutela de los menores de edad, lo cual pone de manifiesto la necesidad a día de hoy de una adaptación legislativa a las exigencias de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, en cuyo contenido difiere y mucho la tutela de la persona incapacitada y la tutela del menor de edad.

Personalmente me resulta llamativo que la LJV en el año 2015 y configurándose sobre la base de los preceptos de la Convención⁵⁸ y las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁵⁹ todavía utilice el mecanismo de la patria potestad prorrogada sobre adultos incapacitados y equipare las normas que regulan la patria potestad de los menores con la que recaería sobre los incapacitados adultos. Resulta del todo incoherente que se reivindique una regulación con mayor respeto a la dignidad de las personas incapacitadas y dentro de ella aparezca un trato hacia este colectivo similar al de los menores de edad. El mantenimiento de esta figura supone, desde mi punto de vista, un paso hacia atrás en los avances hacia la mayor autonomía del incapacitado, dentro de sus posibilidades, y genera un simil entre los menores y las personas incapacitadas del todo alejado de la realidad. No entro a discutir que haya personas cuyo nivel de discapacidad sea tal (imaginemos una persona con una fuerte deficiencia mental, o una persona que sufre Alzheimer avanzado) que requiera un nivel de atención y protección mayor al que podría requerir un menor, pero extenderlo a cualquier supuesto de incapacidad es incomprensible, ello añadido a que considero la figura de la tutela totalmente adecuada para hacer frente a estos supuestos más “graves” de

⁵⁷ GARCÍA HERNÁNDEZ, Gema; FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy; ALONSO BALLESTEROS Gloria.: *“Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria”* Ed.: Civitas, 2016, pág.: 460.

⁵⁸ Art. 12 relativo al igual reconocimiento como persona ante la ley y la Observación General CRPD/11/4 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas sobre este art. 12.

⁵⁹ Recomendación REC (2006) de 5 abril *sobre el plan de acción del consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015* y Recomendación (99) 4 del Comité de Ministros a los Estados Miembros *sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados*.

incapacidad. Con todo, en mi opinión destaco la necesaria eliminación de la patria potestad prorrogada al considerarla absolutamente innecesaria y vulneradora de derechos fundamentales de la persona mayor de edad e incapaz, y opino que la tutela y la curatela son suficientemente válidas para abarcar cada supuesto de discapacidad ya que deben configurarse como un “*traje a medida*” de las circunstancias de cada persona incapacitada.

Centrándome en la regulación prevista en la LJV. La disposición común reitera una circunstancia que ya viene plasmándose a lo largo de toda la LJV y a la que he hecho referencia en varias ocasiones a lo largo de este trabajo. Es la relativa a la importancia de la presencia en el proceso del Ministerio Fiscal (art. 4 LJV), correspondiente a su objetivo de protección de los intereses de la persona incapacitada, así como la presencia del tutor, el guardador y la propia persona con capacidad modificada judicialmente de acuerdo al art. 18.2 regla 4ª LJV y los arts. 12 y 13 de la CDPD.

La comparecencia de la persona incapacitada se caracteriza por la posibilidad que tiene proponer prueba, lo cual amplía la legitimación para la solicitud de este expediente, además, de que se reconoce a la persona con capacidad modificada judicialmente solicitar la práctica de diligencias tanto por sí mismo como a través de sus representantes legales o del propio Ministerio Fiscal (art. 18.2.4º, párrafo primero, último inciso).

4.7.1 En particular, de las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes de la persona con capacidad modificada judicialmente

Previamente a esta sección 3ª, la sección 2ª se refiere a la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad. En ella no me voy a detener pues no la considero relevante a los efectos de indicar la protección que la LJV dispensa a las personas discapacitadas. Una única idea que quiero destacar, y que se infiere de lo explicado anteriormente es que el contenido de la regulación de ese expediente se aplica analógicamente a los supuestos de patria potestad prorrogada o rehabilitada adaptándolo a las particularidades de esa patria potestad pues no olvidemos que es subsidiaria a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación.

Me centro entonces en la regulación de la LJV respecto del expediente por el que se adoptan medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes de la persona con capacidad modificada judicialmente, regulado en los artículos 87 a 89. El expediente se abrirá en aquellos supuestos en que el

ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de las personas incapacitadas exija la adopción de medidas como las previstas en el art. 158 C.c., el nombramiento de un administrador judicial o medidas necesarias para asegurar o proteger los bienes de la persona incapaz.

Son escasos los elementos a destacar en este expediente puesto que sus aspectos procesales son semejantes a los de otros procedimientos ya mencionados. No obstante, se puede destacar que este expediente es uno de los que contempla la legitimación directa de la persona con capacidad modificada judicialmente sin necesidad de habilitación o autorización. Ello unido al contenido del art. 86 LJV nos permite destacar la presencia preponderante de la persona incapacitada en este proceso⁶⁰.

Desde un punto de vista más práctico, en esta materia los conflictos han surgido en torno a la falta de prestación del consentimiento expreso por los representantes legales ante supuestos controvertidos como, por ejemplo, la interrupción voluntaria del embarazo de una persona incapacitada. La solución ha venido dada por la LO 11/2015, de 21 de septiembre, *para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo*⁶¹, así como de las sentencias del TEDH que han puesto de manifiesto que la obstaculización injustificada para que la mujer cuya capacidad esté modificada

⁶⁰ La Fiscalía General del Estado a través del Circular 3/2010 *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria* establece que al igual que en la resolución debe hacerse constar el resultado de la audiencia al menor y su valoración, también habrá que hacerlo cuando estemos ante personas con capacidad modificada judicialmente conforme a la CDPD.

⁶¹ El artículo primero de esta ley modifica la LO 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo suprimiendo el apartado cuarto del artículo 13, relativo a los requisitos necesarios para proceder a la interrupción del embarazo. Así mismo, su artículo segundo modifica el apartado quinto del artículo 9 de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el cual hoy establece que para la interrupción voluntaria del embarazo de mujeres con capacidad modificada judicialmente será necesario además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En caso de que surgieran conflictos en la prestación de este consentimiento se resolverán de acuerdo con el Código Civil, es decir, mediante el nombramiento de un defensor judicial.

judicialmente pueda interrumpir voluntariamente su embarazo supone una vulneración de sus derechos fundamentales⁶².

4.8 EXPEDIENTE DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS CASOS DE DESACUERDO CONYUGAL Y EN LA ADMINISTRACIÓN DE BIENES GANANCIALES

Este expediente se encuentra regulado en el art. 90 LJV precepto que, atendiendo a su redacción, puede dividirse en dos ámbitos diferenciados: por un lado, los supuestos de desacuerdo conyugal; y, por otro lado, los supuestos vinculados con la administración de bienes gananciales. Dentro de cada uno de estos ámbitos aparecen una serie de conductas que pueden dar lugar a la apertura de un expediente de jurisdicción voluntaria.

En primer lugar, los casos de desacuerdo conyugal se pueden producir en los siguientes supuestos:

- a) En el momento de fijar el domicilio conyugal o disponer sobre la vivienda habitual y los objetos de uso ordinario (art. 90.1.a LJV). El Código Civil en su art. 1320, en sede de régimen matrimonial primario, prevé una regla de carácter imperativo cuya aplicación es independiente al régimen económico matrimonial de los cónyuges y que implica que para realizar actos de disposición relativos a derechos sobre la vivienda habitual y/o bienes muebles de uso ordinario de la familia por parte de cualquiera de los cónyuges se requerirá el consentimiento del otro bajo sanción de anulabilidad del acto realizado (art. 1322 C.c.). Ahora bien, si este cónyuge se negara injustificadamente a prestar su consentimiento o (en lo que a nosotros aquí nos interesa) sufriera de una imposibilidad para poder consentir (por ejemplo, porque está incapacitado o padece una discapacidad) el cónyuge actor podrá acudir al juez para que a través de este expediente le otorgue autorización para actuar supliendo el consentimiento de su consorte.

⁶² STEDH caso Tysiac contra Polonia: el Tribunal Europeo considera que se ha producido una vulneración del art. 8 CEDH (respeto a la vida privada) al haberse denegado la interrupción voluntaria del embarazo de una mujer que sufría una discapacidad física en la vista, cuyo embarazo había agravado hasta el punto de que acabaría quedando ciega.

b) En el momento de fijar la contribución a las cargas del matrimonio, cuando uno de los cónyuges incumpliere tal deber (art. 90.1.b LJV). El art. 1318 C.c., otra regla del régimen matrimonial primario, establece que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, pero no indica la medida en que cada cónyuge debe contribuir, lo cual nos exige atender al régimen económico matrimonial aplicable. En el régimen de separación de bienes, de acuerdo con el art. 1438 C.c., deberemos atender a los pactos celebrados entre los cónyuges y, en su ausencia, al criterio de la proporcionalidad. Por su parte, en el régimen de gananciales, los bienes comunes se destinarán al levantamiento de las cargas y, en defecto de tales bienes, se acudirá a la regla del art. 1438 C.c. De nuevo en estos casos, cuando se produjera desacuerdo conyugal o uno de los cónyuges estuviera imposibilitado para actuar por sí mismo por incapacidad, se acudirá a este expediente para obtener intervención judicial.

c) Para realizar un acto de administración respecto de bienes comunes por ser necesario el consentimiento de ambos cónyuges, o para la realización de un acto de disposición a título oneroso sobre los mismos (art. 90.1.c LJV). El art. 1322 C.c., otra regla del régimen matrimonial primario, declara la anulabilidad de los actos de administración o de disposición a título oneroso realizados por uno de los cónyuges cuando la ley (o los cónyuges mediante acuerdo recogido en capitulaciones matrimoniales) requiera el consentimiento del otro. Si el acto de disposición fuera a título gratuito y faltara el consentimiento del otro cónyuge, el art. 1322.II C.c. proclama la nulidad absoluta del mismo. Se trata, por tanto, de otro supuesto donde será necesario la expresión del consentimiento del cónyuge no actor para conseguir la validez de estos actos. Si este cónyuge se negare injustificadamente a prestar su consentimiento o estuviere impedido para ello, el cónyuge actor puede evitar la impugnación de su acto de administración o disposición acudiendo a este expediente y consiguiendo una autorización judicial supletoria del consentimiento de su consorte. Ahora bien, en este caso nos encontramos con una excepción pues, del tenor literal de la LJV, el juez solo podrá suplir el consentimiento en los actos de administración o disposición a título oneroso, nunca en los actos de disposición a título gratuito a los que se refiere el art. 1322.II C.c.

En segundo lugar, existen dos casos en los que este expediente resolverá supuestos de administración de bienes gananciales:

a) Para conferir la administración de los bienes comunes a uno de los cónyuges cuando el otro se hallare impedido para prestar su consentimiento (art. 90.1.d LJV). El art. 1375 C.c. prevé que en el régimen económico matrimonial de gananciales cuando los cónyuges no hubieran pactado la gestión de la masa común en capitulaciones ésta se gestionará de forma conjunta por ambos. Esta cogestión implica que si uno de los cónyuges quisiera actuar de forma individual necesitará contar con el consentimiento expreso o tácito de su consorte. Ante esta situación puede ocurrir que el cónyuge cuyo consentimiento se requiere se negare injustificadamente a prestarlo o estuviere impedido para hacerlo, en cuyo caso los artículos 1376 y 1377 (para los actos de administración a título oneroso) permiten que el juez pueda suplir este consentimiento. Para ello, el cónyuge actor abrirá este expediente de jurisdicción voluntaria.

Así mismo, puede ocurrir que la situación de incapacidad (ya sea de hecho o de derecho) de uno de los cónyuges fuera continuada en el tiempo. En este caso, al amparo de los artículos 1387 y 1288 C.c. se permite al cónyuge obtener la gestión individual de forma temporal. La diferencia entre uno y otro precepto se encuentra en la previa autorización judicial para conseguirlo pues, el art. 1387 C.c. transfiere esta gestión individual de forma automática cuando el cónyuge no incapaz se convierte en el representante legal de su consorte, mientras que el art. 1388 C.c. exige siempre de autorización judicial previa, que se tramitará a través de este expediente.

b) Para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, si el cónyuge tuviera la administración y, en su caso, la disposición de los bienes comunes (art. 90.1.e LJV). Este supuesto está ligado al anterior y encuentra su fundamento legal en el art. 1389 C.c. precepto que indica que en el caso de que uno de los cónyuges adquiera la gestión individual de los bienes comunes (por incapacidad de su consorte, por ejemplo) tendrá plenas facultades de actuación, salvo que el juez, cuando lo considere de interés para la familia, establezca cautelas o limitaciones. No obstante, y en todo caso, si este cónyuge en el ejercicio de su gestión individual quisiera realizar actos de disposición sobre alguno de los bienes indicados, requerirá

siempre de previa autorización judicial, que deberá obtener a través de este expediente.

Por lo que se refiere a los aspectos procesales y las novedades introducidas por este expediente en materia de discapacidad, Benavente Moreda (entre otros autores) redonda en la idea de que las especialidades introducidas por este expediente en esta materia no son sino las que ya aparecen contenidas en las disposiciones comunes (art. 1 a 22 LJV), a las que se hizo referencia al hablar de la parte general de la ley⁶³. Por esta razón, deben destacarse únicamente tres aspectos:

Por un lado, la modificación que la LJV ha realizado de los artículos 1377 y 1389 C.c., suprimiendo la exigencia de información sumaria previa por parte del juez a la hora de adoptar cautelas o limitaciones en los supuestos de atribución de la administración y disposición de los bienes comunes a uno sólo de los cónyuges.

Por otro lado, la necesaria presencia del Ministerio Fiscal, que no deja de ser expresión de sus competencias en materia de jurisdicción voluntaria (art. 90.5 en relación con el art. 4 LJV), cuando estén comprometidos los intereses de personas con capacidad modificada judicialmente.

Por último, el hecho de que sólo sea preceptiva la intervención de abogado y procurador cuando el valor del acto patrimonial sea superior a 6.000 euros (art. 90.3.2º LJV), lo cual según ha manifestado la doctrina, resulta sorprendente al hacer depender la intervención de estos profesionales no de la complejidad del asunto, sino de su entidad cuantitativa⁶⁴.

⁶³ BENAVENTE MOREDA, Pilar (profesora titular de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid): *“Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria”*, Ed.: Civitas, 2016.

LIÉBANA ORTÍZ, Juan Ramon, y PÉREZ ESCALONADA, Susana: *“Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio”*, Ed.: Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, 2015.

⁶⁴ BANACLOCHE PALAO, Julio.: *“Los nuevos expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria”*, Ed.: La Ley, 2015.

4.9 EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA RELATIVOS AL DERECHO SUCESORIO: LA ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA POR PERSONAS CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE

El art. 93 LJV presenta como ámbito de aplicación de este expediente aquellos supuestos en los que conforme a la ley la validez de la aceptación o repudiación de una herencia necesite de autorización o aprobación judicial. En el caso de las personas con capacidad modificada judicialmente, sobre las que este trabajo versa, los expedientes de jurisdicción voluntaria en esta materia requerirán de autorización judicial (art. 93.2 LJV), puesto que el expediente de aprobación judicial está destinado a la eficacia de la repudiación de la herencia realizada por los legítimos representantes de asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir (art. 93.3 LJV).

Al referirnos a este expediente debemos tomar como punto de partida el art. 12 de la CDPD en su apartado quinto en el que se reconoce el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás (...) a heredar bienes.

Por lo tanto, no habría discusión alguna al entender que sin perjuicio de que una persona pudiera tener algún tipo de discapacidad, esta persona tiene los mismos derechos que otra a ser heredero. No obstante, los problemas se comienzan a plantear cuando nos encontramos con una persona que ha resultado incapacitada judicialmente pues, ¿tiene la misma libertad para decidir aceptar o repudiar una herencia que una persona que no tuviera su capacidad modificada? La respuesta es claramente no, puesto que el C.c. en el art. 992 indica que tendrán capacidad para aceptar o repudiar una herencia quienes tengan libre disposición de sus bienes, es decir, quienes tengan capacidad de obrar, y por ello habría que atender a cuáles son las particularidades en este caso.

Al respecto el art. 760 LEC establece que en primer lugar se deberá atender a la sentencia de incapacitación, pues puede ocurrir que aun sometiendo al sujeto incapacitado a un sistema de tutela o de curatela se le haya reconocido por el juez capacidad para poder manifestar libremente su decisión de aceptar o repudiar una herencia a la que se le ha llamado como heredero. En estos casos no habrá problema en que el incapacitado pueda manifestar por sí mismo su decisión sobre aceptar (pura y simplemente o a beneficio de inventario) o repudiar la herencia.

En caso contrario, es decir, cuando la sentencia no reconozca expresamente esta capacidad, el tutor o el curador, sólo podrán por sí mismos aceptar la herencia a beneficio de inventario, pero para aceptarla pura y simplemente o repudiarla requerirán de una autorización o aprobación judicial (art. 271.4º C.c.).

Un tercer supuesto que puede producirse es que el incapacitado esté sometido a tutela y en la sentencia nada se diga sobre la capacidad para poder aceptar o repudiar herencias. En este caso se presume que al no mencionar expresamente el juez su incapacidad para realizar estos actos, podrá aceptar o repudiar por sí mismo. Por el contrario, si esta misma situación se produce estando el incapacitado sometido a curatela, y no conteniendo la sentencia ninguna manifestación sobre la capacidad del sometido de aceptar o repudiar por sí mismo, al amparo del art. 996 C.c. se entiende que el sometido a curatela podrá, asistido de su curador, aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario. No obstante, si lo que quisiera fuera repudiar dicha herencia, el art. 996 C.c. nada prevé al respecto lo cual ha llevado a muchos autores a plantearse la existencia de un vacío legal que se viene solventando con la aplicación del art. 290 C.c. en sede de curatela, el cual remite al art. 271.4º C.c., luego sería necesaria la intervención del curador, además de una autorización o aprobación judicial para repudiarla⁶⁵.

En estos casos, cuando sea necesaria esta autorización, se tramitará por un expediente de jurisdicción voluntaria.

El magistrado del Tribunal Supremo, Xavier O'Callaghan Muñoz⁶⁶, justifica esta regulación en la desconfianza al tutor o defensor judicial, respecto de la cual estoy de acuerdo, opinión que he venido expresando en expedientes anteriores pues, reiterando de nuevo la idea, no hay que olvidar que quien acepta o repudia es un representante legal y deberán ponderarse los intereses que pudiera tener el incapacitado en aceptar o repudiar la herencia independientemente de las consideraciones personales que el tutor, curador o defensor judicial pudiera tener. Por ello, es necesario que la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal en

⁶⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Aceptación y repudiación de la herencia» *Manual de Derecho Civil. Sucesiones*. Ed. Bercal S.A, 2015, págs. 54 y 55.

⁶⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier.: *Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria*. Ed.: Civitas, 2016.

el ejercicio de su función de velar por los intereses y la protección de las personas incapacitadas deban autorizar o aprobar estas actuaciones.

En cuanto a los aspectos procesales a destacar, en materia de legitimación el art. 94.2 LJV se la reconoce a quienes ostenten la representación legal de los llamados a la herencia o legatarios, y a los propios llamados. En caso de que estuvieran incapacitados, podrán hacer uso de esta legitimación siendo representados por el Ministerio Fiscal. También se concede legitimación al defensor judicial, si no se le hubiera dado autorización para aceptar o repudiar en nombre del llamado en su nombramiento, pues sino ya estará autorizado sin necesidad de abrir un nuevo expediente y recibir una nueva autorización.

De la misma forma en que venía sucediendo en expedientes anteriores, es preceptiva la presencia del Ministerio Fiscal cuando las personas que sean herederos y legatarios y necesiten autorización judicial sean incapacitados (94.3 LJV en relación con el art. 4 LJV).

El juez deberá resolver este expediente valorando la conveniencia de la aceptación o repudiación de la herencia para los intereses de la persona incapacitada. Para ello tendrá en cuenta las pruebas y alegaciones realizadas por el Ministerio Fiscal y, en su caso, el promotor del expediente, así como el resto de hechos de los que hubiera tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de comparecencia (art. 95 LJV en relación con el art. 19.2 LJV).

Finalmente, al igual que ocurría en el expediente anterior, la presencia de abogado y procurador no será preceptiva, salvo que la cuantía del haber hereditario sea superior a 6.000 euros (art. 94.4 LJV). De nuevo esta circunstancia expresa que la intervención de estos profesionales queda al arbitrio de la cuantía del acto y no de la complejidad del expediente. No obstante, el magistrado Xavier O'Callaghan ha puesto de manifiesto que siempre es prudente y útil en la práctica recibir la asistencia jurídica de ambos profesionales en estas materias⁶⁷.

4.9.1 *En particular, la partición de la herencia por el representante legal de una persona con capacidad modificada judicialmente*

Cuando el testador no hubiere hecho la partición de la herencia, puede darse la situación de que hubiere encomendado a otra persona tal facultad, o bien habrá que valorar la

⁶⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier.: *op. Cit.*, págs.: 493 – 500.

capacidad de los herederos para proceder ellos mismos a la división de la herencia en la forma que tengan por conveniente (art. 1058 C.c.). El problema se plantea cuando alguno de estos herederos, que deben estar presentes en el momento de la partición, es menor o está judicialmente incapacitado.

Para estos casos, el art. 1060.I C.c. establecía la regla de que estos herederos incapacitados serían representados en la partición por sus representantes legales sin que fuera necesaria la intervención ni la aprobación judicial. El contenido de este apartado primero entraba en contradicción con el art. 272 C.c., en virtud del cual la partición de la herencia y la división de la cosa común realizada por el tutor, aunque no precisa de autorización judicial previa, sí requiere de aprobación judicial posterior. Este conflicto se resolvió a favor del criterio más restrictivo (el del art. 272 C.c.) pues se trataba de ley posterior, en concreto la LO 1/1996, que prevalece frente a la ley anterior⁶⁸.

En el caso de que fuera el defensor judicial el que represente al incapacitado en la partición, el art. 1060.II C.c. establecía que deberá obtener la aprobación del juez, siempre que éste no haya dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

Esta es la regulación que existía antes de la entrada en vigor de la LJV. Sin embargo, la llegada de esta ley supone una serie de cambios sobre el art. 1060 C.c. Entre ellos, el más importante es el que se refiere al tutor, pues la nueva redacción del precepto añade expresamente que *el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada*. Aprobación judicial que se tramitará a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.

Por lo que respecta a otros cambios de interés en este precepto, la LJV en su intento de acoplar nuestra legislación a la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad, sustituye el término incapacitado por el de persona con capacidad modificada judicialmente. Además, mantiene su objetivo de otorgar mayores competencias a los Letrados de la Administración de Justicia añadiendo en el apartado del art. 1060 relativo al defensor judicial: *si el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento*; lo que está correctamente adaptado al expediente de jurisdicción voluntaria sobre nombramiento del defensor judicial que, como ya se explicó, es un expediente que corresponde en exclusiva al Letrado de la Administración de Justicia.

⁶⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés.: *“Comentarios al Código Civil”*, Ed.: Lex Nova, Valladolid, 2010. Págs.: 1156 y 1157.

Pese a todo, resulta notable que la LJV no prevea ningún expediente específico para el otorgamiento de la aprobación judicial en este supuesto dentro del título IV (*“De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al derecho sucesorio”*), lo que exige tramitarlo de acuerdo a las normas generales y especiales de los capítulos II y IV del Título II LJV, dedicados al defensor judicial y a la tutela y curatela. El notario Escartín Ipiens justifica esta ausencia en que la reforma del art. 1060 C.c. por la LJV es sólo una “estación de tránsito” que va a requerir de muchas precisiones posteriores tanto a nivel legal como jurisprudencial⁶⁹.

Por mi parte quiero añadir también que el art. 1060 C.c. solo se refiere al tutor. Entonces, ¿qué ocurre si la persona incapacitada está sometida a curatela? No hay ninguna referencia al respecto. Ello me lleva a interpretar que al curador le será de aplicación la misma exigencia que al tutor, es decir, necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. En cualquier caso, es otro indicio de la necesidad de estudio y reforma de esta materia, no solo desde la perspectiva de la LJV, sino del propio Código Civil.

5. CONCLUSIONES

Concluyendo esta amplia exposición sobre la protección de la discapacidad en la LJV son varios los temas en los que me quiero detener llegado este momento:

PRIMERA: La primera cuestión que encuentro de interés es que la LJV sólo se centra en regular los expedientes que versan sobre personas con capacidad judicialmente modificada. Es decir, estamos ante expedientes que se abrirán en un momento posterior a un proceso judicial de modificación de la capacidad o de forma paralela a éste. Ello me lleva a plantearme qué ocurre con las personas discapacitadas no incapacitadas, ¿recibirían entonces el mismo trato legal que una persona sin discapacidad?

He de decir que se trata de un tema de enorme sensibilidad social donde cada vez son más colectivos de personas discapacitadas los que reivindican el absurdo del trato sobreprotector que nuestras normas, en muchas ocasiones, les imponen. Con argumentos

⁶⁹ ESCARTÍN IPIENS, José Antonio.: *“Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria”*, Ed.: Civitas, 2016, págs.: 490 – 492.

tales como “*nosotros también tenemos derecho a equivocarnos*” se presenta ante el legislador y los tribunales la disyuntiva del trato a las personas discapacitadas no incapacitadas.

Personalmente considero que para afrontar este tema la idea de la que tenemos que partir y que en todo momento debemos tener en mente es que discapacidad no es incapacidad. Sufrir una discapacidad no es, a priori, una circunstancia determinante para negar a una persona su capacidad de obrar.

A continuación, debemos centrarnos en aquellos supuestos más conflictivos que son sin duda el objeto de tal controversia, me estoy refiriendo a casos que se encuentran en esa fina línea entre aquella persona cuya discapacidad le permite tener una cierta capacidad de autogobierno de su persona y aquella que no (persona que se encontraría en la situación manifestada por el art. 200 C.c.). A ello añadir un problema que en innumerables ocasiones ha apuntado la doctrina, que es la difícil decisión de unos padres de incapacitar a un hijo o a la inversa. Lo que nos lleva a encontrarnos con personas que, incluso a simple vista, presentan un claro déficit de autogobierno, pero que no están incapacitados por esta razón. ¿Qué hacemos con estos casos?

Aun a riesgo de mostrarme repetitiva debo recalcar de nuevo los enormes problemas que estas personas (sobre todo mayores de edad) tendrán para demostrar la validez y eficacia de los contratos que realicen en el tráfico jurídico en nombre y por cuenta propia⁷⁰, así como en

⁷⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos.: «La protección jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad psíquica», *“La protección de las personas vulnerables”*, Academia Notarial Europea, Ed.: Marcial Pons, 2016, pág.: 20 - 22. De acuerdo con el autor, nuestro ordenamiento jurídico ha optado por establecer una capacidad general de obrar de tal modo que se presume que toda persona que cumpla una serie de circunstancias objetivas (mayoría de edad y ausencia de modificación judicial de la capacidad) tiene capacidad suficiente para realizar cualquier acto o contrato en el que no se exija una capacidad especial. Ahora bien, los actos o contratos realizados por quien carece de capacidad natural para llevarlos a cabo no son legalmente válidos, siempre que se demuestre esa falta de capacidad cuando fueron realizados. En el caso de encontrarnos con una persona cuya falta de capacidad natural responde a una condición permanente de la misma (por ejemplo, una discapacidad psíquica) es preciso que conste legalmente en qué medida esa discapacidad afecta a su capacidad natural para querer y conocer y, por tanto, a la de tomar decisiones que sean válidas y eficaces. Esta evaluación formal no solo es un factor de protección de la persona con discapacidad, sino también de seguridad de los terceros que se relacionan con ella.

la prestación del consentimiento, ya no sólo en actos jurídicos, sino en una multitud de actos de la vida cotidiana relativos tanto a su persona como a sus bienes de los que se pueden derivar consecuencias que exijan estudiar si ese consentimiento es válido por ser consciente o no lo es, pese a encontrarnos ante una persona que no está incapacitada⁷¹. Esta es una materia de suma importancia ya no solo desde la perspectiva de la persona incapacitada, sino también de quienes se relacionan con ella. Por ello, la actitud prudente de nuestros tribunales, centrada en un mayor amparo y protección a este colectivo sin perjuicio de su incapacitación o no, la considero del todo correcta. La STC 208/2013 de 16 de diciembre de 2013 es un claro ejemplo de dicha necesidad de prestar una mayor atención a las características físicas, psíquicas y sensoriales de la persona discapacitada en relación a los actos por ella realizados y al consentimiento prestado.

Por lo que se refiere a las normas de nuestro ordenamiento en esta materia, éstas no dejan de ser plasmación del art. 49 CE que impone el deber a los poderes públicos de realizar 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 la Constitución otorga a todos los ciudadanos”*. Normas sobreprotectoras o no, considero que lo que sí está presente es una evolución y un abandono progresivo de técnicas como la equiparación del discapaz con el menor y de cualquier norma de carácter discriminatorio por razón de la capacidad. Avanzamos hacia una sociedad de tratos equivalentes donde, no obstante, no se puede olvidar que siempre será necesaria esa protección especial precisamente para lograr esta igualdad y para defender el debido respeto de los derechos fundamentales a todas las personas⁷².

⁷¹ Remisión a los ejemplos prácticos indicados en materia de derecho al honor, intimidad y propia imagen de la persona con capacidad modificada judicialmente.

⁷² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos.: *op. Cit.*, pág. 19. El autor pone de relieve que en la regulación de esta materia se debe lograr un doble equilibrio: por un lado, entre el fomento de la autonomía y la protección de la persona vulnerable frente a los riesgos de esa autonomía; por otro lado, entre la autonomía y la seguridad donde entrarían en juego las medidas dirigidas a proteger a terceros que se relacionen con la persona vulnerable de los perjuicios derivados de la autonomía personal, y que se pueden traducir en la falta de validez o eficacia de los actos realizados por la persona vulnerable.

SEGUNDA: Dentro de este avance hacia una mayor autonomía del incapaz, la LJV introduce la figura de la curatela como una institución tutelar mucho más acertada en cuanto a la asistencia y representación del incapacitado. A lo largo de los preceptos recogidos en el Título II, Capítulo IV, la ley otorga al curador unas competencias similares a las del tutor al tiempo que le exige el cumplimiento de una serie de deberes (por ejemplo, la rendición de cuentas). Ello supone un abandono de la idea tradicional del curador como un mero asistente de los actos personales realizados por el incapacitado, para permitir la posibilidad de otorgar al curador facultades de administración ordinaria de los bienes del curatelado. Todo ello en el marco de una institución tutelar caracterizada por no sustituir al incapacitado en el tráfico jurídico, sino asistirle y complementar su capacidad limitada en ciertas actuaciones.

Esta promoción de la curatela es, sin duda, uno de los ejemplos más claros de adaptación progresiva de nuestro ordenamiento jurídico (en especial, a través de la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria) a la CDPD⁷³, la cual propugna el abandono del sistema tradicional de “sustitución en la toma de decisiones”, a favor de un modelo de derechos humanos caracterizado por tratarse de un modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”. La famosa expresión del “traje a medida” tan utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁴ es indicativo de la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para establecer a cada incapaz las medidas de asistencia y protección que

⁷³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos.: *op. Cit.*, pág. 21. De entre las previsiones de la CDPD a las que se encuentra condicionado nuestro ordenamiento en esta materia cabría destacar: la proclamación, como principios generales, del respeto a la autonomía individual de las personas con discapacidad, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas (art. 3.a); el derecho a participar plena y efectivamente en la vida social (art.3.c); el reconocimiento de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (art. 12.2); el establecimiento a cargo de los Estados firmantes de la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 12.3); la imposición a los Estados firmantes de la obligación de asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos; tales salvaguardias han de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona afectada, deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, y han de ser revisables (art. 12.4).

⁷⁴ Véase STS 244/2015 de 13 de mayo de 2015; STS 373/2016 de 3 de junio de 2016.

correspondan a sus características personales. En este sentido, la curatela se presenta como un mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo que permitan a las personas con discapacidad ejercer su capacidad legal, ofreciendo un marco graduable y abierto de posibilidades y circunstancias precisas para la toma de decisiones⁷⁵. El contenido de la institución tutelar configurada debe ser, en definitiva, expresión de la situación personal del incapacitado en atención a las habilidades conservadas y a los distintos ámbitos de la vida.

TERCERA: La Ley 15/2015 se dirige a favorecer una mayor presencia y participación de la persona incapaz en el proceso que afecta a su persona o a sus bienes. El art. 13 de la CDPD relativo al acceso a la justicia exige que los Estados partes velen porque las personas con discapacidad “tengan acceso a representación jurídica en igualdad de condiciones a las demás” garantizando, en cualquier caso, que “las personas que ven obstaculizado su derecho a la capacidad jurídica tengan la oportunidad de impugnar esos obstáculos y defender sus derechos ante los tribunales”.

En este sentido, la LJV impulsa la comparecencia del incapaz ya sea como solicitante⁷⁶ o, en cualquier caso, como persona cuyos derechos o intereses pudieran verse afectados por la resolución del expediente (art. 18.2.2º LJV). Esta audiencia al incapaz tiene mucha importancia a los efectos de poder tener en cuenta los deseos y opiniones de este sujeto en la posterior resolución, pues el juez deberá resolver no solo sobre la base de las pruebas presentadas sino también en atención a las alegaciones que los interesados hubieran hecho (art. 19.2 LJV). El Tribunal Supremo⁷⁷, al respecto, viene exigiendo que cualquier medida que

⁷⁵ Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, *sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas*.

⁷⁶ Como se ha ido viendo, muchos expedientes se caracterizan por un amplio margen de legitimación para su apertura siendo cada vez más los que permiten que sea la persona incapaz por sí misma o a través de sus representantes legales la que promueva el inicio de los trámites.

⁷⁷ Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. Recurso 1259/2006. Es una de las primeras sentencias dictadas por este tribunal en las que se pone de manifiesto el valor del CDPD, en concreto, en cuanto a la obligación de los tribunales de ponderar los derechos e intereses en juego atendiendo a la persona incapaz como centro del proceso y objeto de la protección.

se adopte en esta materia tiene que estar dirigida a la protección del discapacitado, no de sus familiares, y a conseguir la plena integración del mismo en la sociedad pues solo así se respetan los artículos 5.1, 5.2 y, sobre todo, el 12 de la CDPD.

La LJV también se ha guiado por la Recomendación Rec(2006)5, de 5 de abril, del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa*, el cual en su art. 9.1 señala que al establecer o implantar una medida de protección, los deseos actuales y anteriores de la persona incapaz y sus opiniones deberán ser averiguados, en la medida de lo posible, y deberán ser considerados otorgándoles el debido respeto. Del mismo modo se ha expresado el Tribunal Supremo en una sentencia del año 2014⁷⁸.

CUARTA: Con todo, un gran defecto que sigue presentando la regulación de la discapacidad y más en concreto la protección de las personas adultas con capacidad modificada judicialmente es la ausencia de disposiciones legales adecuadas. Por esta razón, las normas vigentes siguen estando vinculadas al sistema de tutela de los menores de edad, aspecto que he destacado en varias ocasiones a lo largo de mi exposición sobre la LJV pues la misma ley recae también en este error. Así, por ejemplo, en relación con la audiencia del incapaz mencionada anteriormente, el fundamento de esta garantía se podría encontrar en el art. 9.3 LOPJM, que regula el derecho a ser oído del menor, al no existir un precepto paralelo en materia de protección de adultos con capacidad modificada judicialmente. Todo ello a pesar de que la CDPD establece evidentes diferencias entre ambos colectivos.

⁷⁸ STS 337/2014, de 30 de junio, en la que el Tribunal señala que *“la correcta interpretación de la regulación específica de la modificación de la capacidad exige partir de que la persona afectada sigue siendo titular pleno de sus derechos fundamentales de modo que la incapacitación supone, en su correcto entendimiento, sólo una forma de protección. Por ello, junto con las necesarias exigencias de flexibilidad, es preciso valorar, siempre que sea posible, la esfera de autonomía e independencia individual que presente la persona afectada en orden a la articulación y desarrollo de la forma de apoyo que se declare pertinente para la adopción y toma de decisiones. Lo anterior constituye una clara manifestación y presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse menoscabada en la aplicación del interés superior de que se trate”*.

Concluir mi exposición diciendo que la Ley 15/2015 se presenta, por tanto, como una norma jurídica mucho más adaptada a los estándares internacionales de trato a las personas discapacitadas y de respeto a sus derechos fundamentales, donde el incapacitado (ahora, persona con capacidad modificada judicialmente) goza de una protección acorde con sus circunstancias personales, al mismo tiempo que se defiende el otorgamiento de mayores garantías procesales al tratarse, en definitiva, de expedientes cuyo objeto son los intereses y derechos de este sujeto. No obstante, no se trata de una ley ajena a nuevas reformas pues son varios los autores que se han manifestado al respecto y cuya opinión he querido poner de referencia a lo largo del trabajo. Si bien es un claro avance hacia un nuevo modo de resolución de conflictos jurídicos de forma más efectiva y rápida, son muchas las reformas legales que deben hacerse todavía en nuestro ordenamiento jurídico para adaptarlo completamente a esta nueva normativa.

ANEXO I: JURISPRUDENCIA

- RRDGRN de 10 de noviembre de 1993 y de 4 de octubre de 1995 – RJA 10016 y 8813.
- STS 7269/1996 de 17 de diciembre de 1996.
- STS 244/2015 de 13 de mayo de 2015.
- STS 373/2016 de 3 de junio de 2016.
- SAP Islas Baleares de 7 de octubre de 2014 (JUR 2014, 278231).
- STS 2100/2003 de 26 de marzo de 2003.
- STS 147/2010 de 19 de enero de 2010.
- STC 208/2013 de 16 de diciembre de 2013. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2014/01/17/pdfs/BOE-A-2014-494.pdf>
- STEDH caso Tysiac v. Polonia. Disponible en: [hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-79812"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- STS de 29 de abril de 2009 (recurso 1259/2006).
- STS 337/2014 de 30 de junio de 2014.

BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio (dir.); SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (coord.): *“Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria”*. Ed.: Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón; PÉREZ ESCALONA, Susana: *“Comentarios a la Ley de jurisdicción voluntaria: Ley 15/2015, de 2 de julio”*. Ed.: Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- BANACLOCHE PALAO, Julio: *“Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria: análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio”*. Ed.: La Ley. Las Rozas (Madrid), 2015.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *“Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia”*. Ed.: Bercal, S.A., 2015.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (coord.); FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a Begoña (coord.): *“La reforma del derecho de la persona y de la familia. Jurisdicción voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia”*. Ed.: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2016.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.): *“Comentarios al Código Civil”*. Ed.: Lex Nova, Valladolid, 2010.
- CARRIÓN, Pedro (coord.): *“La protección de las personas vulnerables”*, Academia Notarial Europea; Jornadas CAE de la UINL. Ed.: Marcial Pons, Madrid, 2016.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: *“Reflexiones sobre el anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria”*, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 13, 2005.

- LLEDÓ YAGÜE, Francisco; MONJE BALMASEDA, Oscar: «Jurisdicción Voluntaria: Crónica de una ley anunciada y por fin publicada», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*. Núm. 7, Época I, Julio 2015-Diciembre 2015.
- Circular 9/2015, de 22 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la Nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria*.