

TRABAJO FIN DE MÁSTER EN ABOGACÍA

“La Limitación y Modificación de la Capacidad en el Ordenamiento Jurídico Español”

Realizado por: **IVÁN GARCÍA BASTIÁN**

Tutores: **D. JOSÉ LUIS MARTÍNEZ COSTALES**, Abogado en ejercicio, colegiado nº 1128 del Ilustre Colegios de Abogados de Gijón y, **Dña. MARÍA CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI**, Catedrática del área de conocimiento de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo.

Convocatoria: **Enero 2016**

“La Limitación y Modificación de la Capacidad en el Ordenamiento Jurídico Español”

RESUMEN

El propósito de este trabajo es analizar, tanto desde un punto teórico como práctico, lo que implica la limitación de la capacidad en una persona dentro del tráfico jurídico, así como las circunstancias a las que esta se ve sujeta a consecuencia de la resolución judicial en la que se hayan visto sus capacidades limitadas y/o modificadas.

En definitiva, la limitación de la capacidad supone la modificación, en mayor o menor grado de esta. Así la capacidad de obrar se verá alterada, y por ello la persona para poder actuar en aquellos negocios contemplados por el Derecho requerirá de una serie de medidas de apoyo y de supervisión, que deben ser recogidas en la resolución judicial que establezca la citada limitación, atribuyéndose a la figura del responsable legal de la persona, la labor de ejercitar tales medidas y/o cargos, y a la vez velar por el cumplimiento efectivo de tales complementos de apoyo.

Este trabajo comienza con la descripción y definición del concepto de la limitación y/o modificación de la capacidad, así como de las distintas medidas de apoyo, que establecidas como formas de representación legal, tratan de servir como complemento de la capacidad a quien la tenga limitada, todo ello en el marco de los aspectos personales y patrimoniales de estas personas; con especial atención a lo dispuesto en la normativa vigente en la materia, destacando lo establecido por la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por el estado Español en el año 2008. Finaliza el presente con unas conclusiones personales acerca de lo desarrollado.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze, both from a theoretical and practical point, which involves limiting the ability of a person within the legal traffic as well as the circumstances to which this subject is a result of the court decision which they have seen their limited and/ or modified capabilities.

In short, the capacity limitation concerns the amendment, to a greater or lesser degree of this. So the capacity to act will be altered, and therefore the person to act on those businesses covered by the law will require a series of measures to support and supervision, to be included in the judgment under the above limitation, attributed to the figure of the person legally responsible for the work of exercising such measures and / or charges, while ensuring the effective implementation of such complementary support.

This paper begins with a description and definition of the limitation and / or modification of the capacity and the various measures of support, as established forms of legal representation, they try to serve as a complement to those who have capacity Limited, all within the framework of the personal and financial aspects of these people; with special attention to the provisions of current legislation on the matter, stressing the provisions of the New York Convention of 2006 on the Rights of Persons with Disabilities, ratified by the Spanish state in 2008. It ends with the present conclusions personal about what developed.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD	3
1.1. EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD	3
1.2. BINOMIO CAPACIDAD/ DISCAPACIDAD	8
1.3. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	10
2. FORMAS DE REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA PERSONA CON LA CAPACIDAD MODIFICADA	16
2.1. LA TUTELA	17
2.2. LA AUTOTUTELA	22
2.3. LA CURATELA	23
2.4. EL DEFENSOR JUDICIAL.....	25
2.5. LA GUARDA DE HECHO	27
2.6. LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA O PRORROGADA.....	28
3. ASPECTOS PATRIMONIALES Y PERSONALES DE LA PERSONA CON LA CAPACIDAD MODIFICADA	29
3.1. EL PATRIMONIO PROTEGIDO	31
3.2. DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS	32
3.3. EL CONTRATO DE ALIMENTOS	33
3.4. LA SUSTITUCIÓN DE LA VOLUNTAD DEL INCAPACITADO	35
4. CONCLUSIONES	36
BIBLIOGRAFÍA	39

INTRODUCCIÓN

He decidido centrar la realización de este Trabajo en torno a los principales aspectos a nivel jurídico y patrimonial que conforman la esfera de la modificación de la capacidad, así como las formas y requisitos de la declaración de limitación de capacidad que se establezcan por sentencia judicial, determinantes de las limitaciones en la capacidad de obrar, adecuándolas siempre al caso particular y concreto.

El concepto de modificación de la capacidad debe ser entendido desde la perspectiva de un complemento de la capacidad respecto de aquel sujeto que por determinados motivos no es capaz de ejercitar personalmente y con plenitud sus derechos y actuaciones en todos los entornos de su vida.

Es por ello que la sentencia limitativa de la capacidad deberá especificar, de manera concreta, aquellos ámbitos para los cuales el incapaz no puede valerse por sí mismo, siendo necesario el establecimiento de unas medidas de apoyo que vengan a complementar su capacidad limitada, y a tal fin estableciendo algún tipo de figura (tutor, curador, guardador de hecho... u otras medidas complementarias), que complementen su capacidad, siendo esta graduable dependiendo de la modificación a realizar.

La sentencia que determine la modificación de la capacidad debe prestar especial cuidado en contemplar las circunstancias personales existentes en la propia persona con capacidad limitada, pudiendo decir que la misma será, casi como “hecha a la carta”, pues no es necesario privar a una persona de la total capacidad de obrar, sino que, desde un punto de vista positivo, deberá entenderse que la capacidad de obrar es plena. Y en función de las propias limitaciones de cada persona, esta deberá ser graduada dependiendo de aquellas que se observen en la persona. En consecuencia es necesario determinar en la resolución judicial los actos que la persona con la capacidad limitada no puede realizar por sí misma al carecer de suficiente capacidad para ello, aplicándose un sistema amplio donde se dote a la persona sujeta a tal limitación, de una libertad inherente a toda persona para gestionar su existencia.

Bien es cierto que deben de ponerse los mecanismos adecuados para supervisar las actuaciones de la persona con la capacidad limitada, es decir, que debe dejarse decidir al sujeto respecto del que se declare la modificación de su capacidad en todo aquello para lo que sea capaz, consciente, y esté suficientemente dotado, complementando aquellos actos de su vida para los que no pueda valerse con suficiente diligencia sin el apoyo de terceros.

Las personas que hayan visto limitada judicialmente su capacidad de obrar, requieren el establecimiento de una serie de medidas de apoyo, (también conocidas como “de protección” en la

visión previa a la Convención de Nueva York), dada la situación de necesidad de complementar su capacidad, y por entender que pueden llegar a encontrarse en situaciones de merma en la capacidad de obrar necesaria para realizar distintos actos, debiendo establecerse de una serie de mecanismos, complementarios de la capacidad, como puede ser la institución tutelar.

La modificación de la capacidad de una persona plantea el dilema de hasta que punto debe limitarse la capacidad de obrar a una persona (no puede hablarse de otorgar capacidad pues esta es consustancial a las habilidades de la persona). Debe partirse desde la concepción de que toda persona tiene capacidad, favoreciéndose su complemento mediante las pertinentes medidas de apoyo.

Las medidas de apoyo de las personas con la capacidad limitada se refieren tanto a su persona, a su capacidad de obrar, como a su patrimonio. En relación a la primera encontramos instituciones como la tutela, la curatela o la patria potestad rehabilitada en la figura de los padres, entre otras. Dependiendo de las circunstancias de la persona con capacidad limitada será necesario adaptar cada una de las distintas formas de protección contempladas en la ley a las propias necesidades de aquella. En relación a las medidas patrimoniales dado que la persona con capacidad limitada puede estar privada para realizar determinados actos, como la administración de su patrimonio, o como la debida adecuación en el manejo del dinero, resulta preciso proteger no sólo a la persona cuya capacidad se limita, sino también su patrimonio, mediante fórmulas que permitan su conservación e incremento.

A lo largo de este trabajo se ponen de relieve aquellos aspectos a nivel jurídico que definen el proceso de modificación de la capacidad, tanto en su esfera personal como patrimonial, empleándose como metodología el estudio de los distintos preceptos legales que subrayan la manera de actuar en el momento en que se tiene una declaración de limitación de la capacidad o resolución modificativa de la capacidad, y el análisis de las diversas situaciones a considerar cuando una persona ve limitada su capacidad de actuación, todo ello a través de los materiales descritos en la bibliografía.

La materia objeto de estudio ha ido desarrollándose a nivel nacional tanto por el Código Civil como mediante la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo esto completado con la normativa internacional que pone en valor los derechos humanos y la no discriminación de las personas con la capacidad modificada. En el presente son analizados los aspectos más relevantes de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, destacando la nueva concepción doctrinal que ha surgido en torno a ella y como respuesta a las vulneraciones que sufrían estas personas.

1. LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

Con modificación de la capacidad, antiguamente denominada declaración de incapacidad, hay que referirse a la resolución judicial que limita la capacidad de una persona, atribuyéndole una serie de medidas de apoyo que le permitan realizar actuaciones en el tráfico jurídico de la manera más autónoma posible.

El título IX del libro I del Código Civil se encarga precisamente de esto y estipula que no es posible modificar la capacidad de nadie salvo por sentencia judicial, encontrándose sujeto a una serie de causas legales como son aquellas *enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma* (Art. 200 CC).

1.1. EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

Estamos ante un proceso especial regulado en los artículos 748 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interviniendo siempre el Ministerio Fiscal como parte y defensor de los intereses del todavía presunto incapaz, sustanciándose el proceso por los trámites del juicio verbal.

Este procedimiento pueden promoverlo los ascendientes, cónyuge, descendientes o los hermanos del presunto incapaz, además de que cualquier persona puede poner en conocimiento del Juez y del Ministerio Fiscal la posible necesidad de limitar la capacidad de una persona para que este actúe de oficio, pudiendo incluso la propia persona cuya capacidad se pretende limitar promover el procedimiento de modificación de la capacidad (Art. 757.1 LEC).

La demanda ha de interponerse ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que resida el demandado al que se pretende limitar la capacidad (Art. 756 LEC). Y en ella han de ponerse de manifiesto aquellas consideraciones por las que la parte entiende que es pertinente la limitación de la capacidad, debiéndose acreditar dichos motivos, buscando siempre la obtención del mayor beneficio para el demandado.

Para la interposición de la misma es preciso aportar a la causa la documentación necesaria para demostrar las circunstancias que se describen, como podrían ser: DNI (demandante y demandado), certificado de nacimiento del demandado, libro de familia que acredite la relación de demandante y demandado o bien, por ejemplo, inscripción matrimonial (cónyuge), certificados de centros médicos o de internamiento que acrediten los padecimientos del demandado, y todos aquellos documentos que dejen patente la situación actual (recibos de bancos en el caso de que el demandado este haciendo gastos excesivos y alocados adquiriendo productos sin utilidad que mermen su

patrimonio, certificaciones justificativas de comportamientos fuera de lo común, etc.).

Además es necesario contar con informe médico o pericial que determine la situación de la persona cuya capacidad se pretende modificar, y en caso de no contar con ello, es preceptivo pedir al Juez que conozca del caso, la práctica de tal prueba, aunque de no hacerlo seguramente sea pedida de oficio.

Tras la interposición de la demanda, esta debe de ser admitida a trámite, dándose traslado por un plazo de 20 días hábiles al demandado y al Ministerio Fiscal para que tomen las medidas oportunas para rebatir lo expuesto en la misma, si así lo estiman oportuno, y alegar lo que sea correspondiente frente a la demanda planteada.

En la mayoría de las ocasiones la demanda es interpuesta por algún familiar del presunto incapaz, en busca de brindarle unas mejores condiciones de vida evitando que cometa actos perjudiciales, por ejemplo porque está sacando grandes cantidades de dinero de su cuenta bancaria y no le da valor por no comprender su repercusión, siendo necesario que alguien supervise sus tareas de gestión patrimonial. Por ello generalmente la demanda no es contestada, pero puede darse el caso que el demandado conteste a la demanda y alegue lo que considere oportuno, con la salvaguarda de la presencia del Ministerio Fiscal quien se ocupará de la protección y defensa de los intereses de este, al tratarse de parte siempre en estos procesos, sin necesidad de que sea promotor de ellos (Art. 749 LEC). La posición procesal del Ministerio Fiscal variara en función de si ha promovido la demanda de limitación de la capacidad o por el contrario asiste al proceso como garante del beneficio e interés del demandado.

Además del examen personal por parte del juzgador de la persona cuya capacidad se pretende limitar, cobra especial relevancia el trámite de audiencia de parientes para que en el mismo se despache la proposición de prueba donde comparezcan aquellas personas cercanas al demandado, y determinen según su entender, la pertinencia y motivos de la posible limitación de la capacidad, constituyendo esto la denominada prueba testifical. Y en el caso de que estimen que no las posee que propongan a la persona que ellos consideren más preparada para que sea designada como representante del presunto incapaz. También resulta necesaria la prueba pericial forense, mediante comparecencia o informe del profesional al efecto.

Ante la posibilidad de que se pudiera vulnerar el entorno privado de la vida de la persona sobre cuya capacidad se discute el artículo 754 de la LEC permite que en estos procesos el tribunal, por medio de providencia, determine la celebración de los actos de forma reservada y a puerta cerrada, resultando interesante para las partes el poder solicitar al tribunal tal actuación si así lo estiman oportuno, pues se podría estar transgrediendo la intimidad y consideración del aludido.

Es posible que la persona a la que se pretende modificar la capacidad haya designado, mediante escritura ante fedatario público, a quien desea como representante legal en el caso de que quede incapacitado, debiendo ser esto tomado en cuenta por el juzgador en caso de que sea menester imponer alguna medida de este tipo. Para ello el Juez no debe limitarse a ser un mero árbitro del proceso sino que a la vista de la prueba practicada y del examen personalizado del supuesto incapaz, deberá asimilar a la vista de ello si el sujeto en cuestión posee las suficientes aptitudes a nivel social, personal y económico, o bien requiere de una modificación de su capacidad.

Analizando todo lo anterior, el Juez dictará sentencia por la que determine la limitación de la capacidad de la persona o bien su improcedencia. En el caso de que la sentencia modifique la capacidad, la misma deberá contener aquellas facultades que el incapaz no sea capaz de desarrollar sin apoyos, puesto que el fallo busca el complemento de la capacidad y no la total privación de la capacidad de obrar, si bien esto no siempre es posible, fijándose el régimen de vida y guarda al que queda sometido el incapaz.¹ Y en los casos en que así sea pertinente se pronuncie acerca de la conveniencia de que este sea internado en un centro adecuado a sus padecimientos.

En aquellas ocasiones en las que la persona a la que se ha limitado la capacidad recobre sus facultades, es posible la interposición de demanda para recuperar la capacidad de obrar y modificarse así la sentencia, adecuándola a los límites de la capacidad actual. Y de forma contraria también es factible que surjan nuevos hechos y circunstancias que requieran la ampliación de los extremos del fallo, pues el alcance de este se verá determinado por las circunstancias de la persona, siendo estas variables y cambiando a lo largo de la vida, constatando esto una prueba más de la adecuación del Derecho a las circunstancias reales y actuales de la persona y de la sociedad. Es importante resaltar que en este tipo de procedimientos es el Juez quien tiene la potestad para determinar el grado de capacidad que posee la persona, apoyado por los dictámenes periciales médicos, derivando de ello la dificultad que plantea la posible situación de rebeldía procesal por parte del presunto incapaz, lo que impediría la continuación del proceso, puesto que el examen de la persona es crucial, aunque nuestra legislación no se pronuncie al respecto.²

En la demanda de modificación de la capacidad debe determinarse en el Suplico de la demanda a la persona que se propone como guardador del presunto incapaz, ello en virtud de lo dispuesto en

¹ Las sentencias que modifican la capacidad de obrar de una persona producen efectos desde que estas adquieren firmeza, no siendo necesaria la inscripción en el Registro, jugando esta un papel meramente informativo. Por lo que es realmente interesante que las personas encargadas de velar por el patrimonio del incapaz practiquen la inscripción, dado que con ello consiguen que si esta pretende operar en el tráfico jurídico la persona con quien pretenda contratar pueda estar informada de la situación, pues la inscripción tan solo es una acreditación no un título que permita constatar la incapacidad. (Vid. SALAS MURILLO, SOFÍA DE, *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, Aranzadi S.A, 1ª Edición, Cizur Menor (Navarra) 2011. ISBN: 978-84-9903-013-5. Págs. 77-79).

² IGLESIAS CANLE, INÉS; CANDAL JARRÍN, IGNACIO SANTIAGO. *“Los procesos sobre capacidad de las personas.”* Especial referencia a las personas dependientes, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia 2009. ISBN: 9788498766882. Págs. 73-75.

el artículo 760 de la LEC, donde se refleja que la sentencia modificativa debe contener todos los extremos derivados de tal situación, pero en la práctica en el caso de no pedirse en la demanda el nombramiento de un tutor los tribunales de oficio no suelen hacerlo, por lo que es necesario acudir a un posterior expediente de jurisdicción voluntaria para su nombramiento, con los inconvenientes de dilaciones en el tiempo y falta de economía procesal que tal situación provoca, y que a juicio de la doctrina denota una falta de eficacia en el sistema.³

No se puede pasar por alto la posibilidad de que la sentencia sea impugnada dentro del plazo de apelación y en todo caso antes de que adquiera firmeza, para ello deben de practicarse en segunda instancia las pruebas pertinentes para verificar la capacidad o no del demandado, al amparo del artículo 759.3 de la LEC, sin olvidarse de la opción de que la sentencia sea impugnada, no por la declaración limitativa de la capacidad, sino por el tutor designado, lo que provoca un retraso en la firmeza de las restricciones en la capacidad del demandado con los problemas que ello puede conllevar. En consecuencia debería introducirse algún mecanismo legal para que la apelación tan solo radique en el nombramiento del cargo tutelar, ratificándose la firmeza de la modificación de la capacidad, lográndose así que la discusión legal sea la apropiada a la problemática existente.⁴

Resulta fundamental la labor que debe realizar el Juez a la hora del análisis personalizado del demandado y la plasmación del mismo que se efectúa en la redacción de la sentencia, pues tal resolución determinará las actuaciones que la persona podrá realizar a lo largo de su vida y aquellas otras para las cuales requerirá de medidas de apoyo, pudiendo esto ser revisable. Es decir que como consecuencia de nuevas circunstancias sobrevenidas (Art. 761 LEC), puede ser preciso que el Juez dicte sentencia adecuándola a la nueva realidad, cambiándose las medidas de apoyo, suprimiéndose la tutela por una curatela o viceversa, otorgándose más libertad de actos al incapacitado, o por el contrario imponiéndose medidas más restrictivas.⁵

En este tipo de procedimientos con personas dependientes de por medio, en principio no es posible la renuncia, la transacción judicial, ni el allanamiento, puesto que como entiende la doctrina, al tratarse el asunto de la modificación de la capacidad nos encontramos frente a un proceso inquisitivo, por ser un derecho no disponible para las partes, siendo necesario que en casos de desistimiento del proceso se cuente con la aprobación del Ministerio Fiscal.

³ VV.AA, “*Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*”, SALAS MURILLO, SOFÍA DE (coordinadora), Dykinson, 1ª Edición, Madrid 2013. ISBN: 978-84-9031-737-2. Vid. Capítulo: “Tutela y Curatela: Problemas de Funcionamiento”: Regina Garcimartín Montero. Págs. 101-102.

⁴ GONZÁLEZ GRANDA, PIEDAD. “*Régimen Jurídico de la protección de la discapacidad por enfermedad mental*”, Reus S.A., 1ª Edición, Madrid 2009. ISBN: 978-84-290-1556-0. Págs. 119-121.

⁵ La competencia para este procedimiento corresponde tanto al Juzgado de Primera Instancia donde resida la persona en cuestión como el del lugar donde se siguió la incapacitación, ello por el principio de conexión que permite tomar conocimiento a quien conoció y se informó del asunto (Vid. CORTÉS DOMINGUEZ, VALENTÍN; MORENO CATENA, VICTOR. “*Derecho Procesal Civil. Parte Especial*”, Tirant lo Blanch 6ª Edición, Valencia 2012. ISBN: 978-84-9033-338-9, Págs. 52-53).

En resumen se puede afirmar que el procedimiento de limitación de la capacidad se sigue por los cauces del juicio verbal, dándose traslado de la demanda formulada a todas las partes y tras la pertinente contestación en su caso, el Juzgado fijará fecha y hora para la vista donde se emplazará a las partes y se practicará prueba, con la posibilidad de que el Juez puede ordenar de oficio la práctica de las pruebas que considere oportunas.⁶

La jurisprudencia ha ido especificando la interpretación del artículo 200 del Código Civil y de cómo cada deficiencia psíquica o física debe ser analizada individualmente para que el tribunal valore si procede o no la limitación de la capacidad, y en virtud del artículo 760 LEC determinar así el grado de incapacidad y las medidas complementarias que se deben aplicar al caso concreto.⁷

Existe la posibilidad de que sea necesario fijar medidas cautelares para la protección del incapaz y de su patrimonio, medidas que pueden ser solicitadas en demanda a propuesta del Ministerio Fiscal o impuestas de oficio por el tribunal en virtud del artículo 762 LEC. Estas medidas pueden ser fijadas incluso antes del comienzo del proceso, si el Juez ha tenido conocimiento de la posible causa limitativa de la capacidad, o bien durante cualquier fase del mismo, al tratarse de un procedimiento especial, ya que la protección del presunto incapaz es fundamental por lo que opera lo previsto en el artículo 721.2 LEC, pudiéndose adoptar de oficio las medidas cautelares previstas en ese título de la Ley.

Asimismo, el artículo 38.6 de la Ley del Registro Civil, dispone que a petición del Ministerio Fiscal o bien de cualquier persona interesada resulta posible la anotación en el Registro de las medidas cautelares adoptadas para la vigilancia y control del presunto incapaz y de su patrimonio, así como de la existencia de un guardador de hecho. Este punto fue introducido con la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, debiéndose advertir que esta anotación tiene una función meramente informativa, la cual busca determinar y fijar las circunstancias de tales medidas, no constituyendo esta nota título alguno.⁸

Especial interpretación debe de realizarse de lo contenido en el artículo 763 de la LEC, dedicado al control judicial pertinente en el supuesto de necesario internamiento involuntario por trastorno psíquico, que como medida privativa de la voluntad del interesado debe ser necesaria, transitoria y extraordinaria.⁹

⁶ *Los procesos sobre capacidad de las personas*. Págs. 59-60.

⁷ *Ibidem*. Págs. 71-72.

⁸ *Ibidem*. Págs. 80-83.

⁹ La singular relevancia de este artículo 763.1 de la LEC radica en que el Tribunal Constitucional declaró su primer y segundo párrafo, referido a este internamiento no voluntario, como inconstitucional en la Sentencia 132/2010, de 2 diciembre (Sala Pleno, Nº de Recurso: 4542/2001), pues en su fundamento jurídico tercero el Tribunal dispone que: *“en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica”*.

En este trámite de internamiento es obligatoria la petición de autorización judicial, pudiendo tener esta situación un carácter urgente y estando basada en la búsqueda de un mejor tratamiento de tipo mental para el internado, bien porque no tenga capacidad para decidir; bien de forma temporal o permanente, ostentando la legitimación para promoverlo cualquier persona que lo esté para promover la demanda de modificación de la capacidad.

En el ámbito territorial y objetivo la competencia viene atribuida al Juzgado del lugar donde resida la persona a la que se pretende internar, pero con la salvedad en el supuesto de que se haya producido el internamiento en un centro psiquiátrico con carácter urgente esta actuación deberá ser ratificada por el Juzgado del lugar donde se efectuó el mismo.

Para tal ratificación el responsable del centro en cuestión deberá remitir al Juzgado en un plazo inferior a 24 horas comunicación del ingreso, siendo en todo caso este último quien debe acordar el internamiento, por ser el competente para conocer de las actuaciones derivadas del mismo, incluso cuando se traslade al afectado a otra unidad territorial judicial.¹⁰

Para finalizar debe considerarse la posibilidad de que después de haberse dictado sentencia limitativa de la capacidad esta deba de cambiar: bien por ser necesario una nueva resolución judicial que se pronuncie acerca de la reintegración de la capacidad, o bien sobre la modificación de la extensión de la sentencia.

1.2. BINOMIO CAPACIDAD/ DISCAPACIDAD

Cuando hablamos de capacidad jurídica debe de tenerse en cuenta que este concepto aparece íntimamente ligado a la noción de personalidad, aquella que se adquiere con el nacimiento (Arts. 29 y 30 CC), y que presenta como características su incondicionalidad, inmutabilidad y universalidad, dado que es inherente al ser humano. Por otro lado debe de valorarse la capacidad de obrar de una persona, la cual es atribuida al mayor de edad (no incapacitado por sentencia), y otorgándole capacidad “*para todos los actos de la vida civil*” (Art. 322 CC), admitiéndose varios grados de la misma en virtud de lo que la sentencia modificativa de esta disponga al respecto.

Es por ello que la diferencia sustancial entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar estriba en que jurídicamente todos somos capaces por el hecho de existir y sin que medie requisito alguno para ser titular de derechos y obligaciones, pero no todos son capaces de obrar realizando actos jurídicos conforme a nuestra capacidad jurídica. Como es el caso de las personas que

¹⁰ *Los procesos sobre capacidad de las personas*. Págs.85-88.

presentan algún tipo de discapacidad cognitiva, quienes verán mermada su capacidad de obrar siempre y cuando esto quede patente a través de la pertinente sentencia.¹¹

El Diccionario de la lengua española define la capacidad de obrar como la *“Aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación”*. De esta definición hay que incidir en el criterio personal que implica esta actuación y cuya carencia genera la modificación de la capacidad. Mientras que la discapacidad queda delimitada como la *“Condición de discapacitado.”*; es decir, aquello: *“Dicho de una persona: Que padece una disminución física, sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida”*.¹²

Por otro lado, se podría definir la incapacidad como la falta de la capacidad de obrar, o sea, la inexistencia de aquella cualidad de la persona para ser titular y consciente del desarrollo de derechos y deberes en el tráfico jurídico.

Hay que distinguir entre incapacidad e incapacitación.¹³ La primera la tiene también una persona menor de edad (quien requiere de una autorización o consentimiento por parte de las personas quienes tengan conferida su patria potestad para operar en el mundo jurídico, por ejemplo para contraer matrimonio, solicitar un préstamo bancario, etc.). Sin embargo la modificación de la capacidad viene determinada por la resolución que toma un Juez cuando en su sentencia determina que una persona no es apta para ejercitar derechos personales y los deberes jurídicos que estos suponen.

El magistrado del Tribunal Supremo Xavier O'Callaghan define la incapacitación como *“la privación de la capacidad de obrar (nunca de la jurídica, que permanece incólume en todo caso) a una persona física (no a una jurídica) en principio capaz por sentencia (decimos “en principio” porque también cabe en algunos casos la incapacitación de un incapaz, es decir de un menor) por sentencia (sentencia dictada por un juicio declarativo) por causas fijadas por la ley (artículo 200 Código Civil)”*.¹⁴

¹¹ VV.AA. *“Los derechos de las personas con discapacidad”* (Director del proyecto LAORDEN FERRERO, JAVIER; Coordinador, TERREROS, JOSÉ LUIS), Consejo General del Poder Judicial, 1ª Edición, Madrid 2007, ISBN: 978-84-96518-90-2.O.C. Volumen I. (Aspectos jurídicos). ISBN: 978-84-96518-91-9. (Vid. *Capítulo 4: Discapacidad y Procedimiento de incapacitación*. Elena Comes Muñoz y Blanca Mª Escalonilla Morales. Págs.170-171).

¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.ª Edición.). Edición del Tricentenario, [en línea]. Madrid: Espasa, 2014. Consultado en <http://www.rae.es/rae.htm>.

¹³ Según la doctrina actual, el término de incapacitación debe de ser interpretado como capacidad modificada, pues esta se limita en términos concretos y no se parte de un concepto de nula capacidad, sino que se sostiene el término desde una perspectiva de complemento o apoyo de aquellos actos que no pueda realizar la persona por ella misma, al carecer de la suficiente diligencia para obrar en esas actuaciones.

¹⁴ *Los derechos de las personas con discapacidad*, Volumen I. Aspectos jurídicos, (Vid. *Capítulo 7: Representación Legal del Incapaz: Tutela, Curatela y Guarda de hecho*: Xavier O'Callaghan. Págs. 290-293).

El sistema de protección al discapacitado se articula a través de la Constitución Española en sus artículos 10 (Dignidad), 14 (Igualdad) y 49 (de manera más concreta mediante un principio rector de la política social del Estado), dotándose de una especial atención a los derechos recogidos en nuestra legislación en busca de una garantía de protección de ellos hacia la persona dependiente (Art. 4.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia).¹⁵

De lo anterior queda patente que la discapacidad no es más que un déficit de las condiciones mentales o físicas, lo que no supone necesariamente una falta de capacidad para cumplir con ciertas obligaciones o para poder regir con discernimiento los actos de la vida.

Hasta que la sentencia no estipule la limitación de la capacidad se supone que la persona es perfectamente capaz de operar en el tráfico jurídico¹⁶, de ahí la importancia de restringir la capacidad a una persona, pues en caso contrario podría estar realizando actos sin comprender su trascendencia provocándose daños a nivel personal y patrimonial de difícil reparación, debido a que tratar de anular un acto realizado previo a la sentencia limitativa de la capacidad, es algo difícil de demostrar, puesto a pesar de que resulte obvio y palmario la necesidad de modificar esta, sin la pertinente sentencia firme existe la presunción de capacidad y por tanto de libertad de actuación.¹⁷

1.3. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Esta convención fue aprobada por unanimidad por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en busca de dotar de un sistema de protección a las personas con discapacidad.

En este entorno las normativas de las Naciones Unidas buscan fomentar la no discriminación como cauce para seguir una línea de igualdad de oportunidades, tratando de adoptar aquellas medidas de tipo especial que permitan asegurar el ejercicio de derechos de las personas

¹⁵ VV.AA, “*Familia y discapacidad*”, (Coordinación SILVIA DIAZ ALABART), Colección Scientia Iuridica, Reus S.A, 1ª Edición, Madrid 2010. ISBN: 978-84-290-1595-9. (Vid. Capítulo: La protección de los discapacitados en el derecho español. Mª Teresa Álvarez Moreno. Págs. 23-24).

¹⁶ En la normativa hipotecaria está prevista la inscripción de la sentencia modificatoria de la capacidad, bien mediante el folio que contiene las fincas cuya titularidad le pertenece, o bien a través del Libro de Incapacitados, proporcionándose así información acerca de las posibles limitaciones transaccionales que posee. (Vid. *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*. Pág. 95).

¹⁷ Deben de declararse como anulables aquellos actos en los que la persona con la capacidad limitada por sentencia actúa por sí mismo, cuando debería de haberlo hecho mediante la figura del tutor o del curador. (Vid. AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, CRISTINA DE. “*Incapacitación y mandato*”, La Ley-WoltersKluwer, 1ª Edición, Madrid 2008. ISBN: 978-84-9725-869-2. Págs. 103-105).

discapacitadas, adoptando políticas de discriminación positiva para poder dar a estas personas las oportunidades que de otra forma les serían de difícil acceso.¹⁸

La actual regulación vigente en el ámbito internacional pasó por diversas etapas en la búsqueda de una normativa específica para las personas que padecen algún tipo de discapacidad, siendo la organización de las Naciones Unidas la impulsora de las redacciones legislativas más importantes en esta materia.

En 1993 surgen las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”, las cuales a pesar de no vincular a los Estados supusieron un primer cuerpo legislativo protector y defensor de una serie de políticas en materia de promoción e igualdad de oportunidades para los discapacitados.

En 2001 la Asamblea de las Naciones Unidas decidió la creación de un comité encargado del estudio y análisis de las propuestas destinadas a la protección de la esfera social de los discapacitados, con especial atención a su no discriminación y a la protección de los derechos humanos, concluyendo este trabajo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, norma cumbre y específica en este ámbito, así como la creación de un Protocolo Adicional para que el Comité nacido al amparo de la Convención sea receptor de aquellas denuncias, consultas o solicitudes que las personas les comuniquen por violación de la normativa fijada al efecto por los Estados que hayan ratificado esta,¹⁹ en el caso de España lo fue en el año 2007 entrando en vigor en 2008.

Lo realmente importante de la Convención de Nueva York radica en que se ha pasado de un modelo de sustitución de las decisiones del incapaz, por uno que se centra en la búsqueda de medidas de apoyo que permitan que dentro de lo posible las decisiones sean tomadas por este respetándose su autonomía, adoptándose los mecanismos de tutela y curatela cuando el incapacitado los admita a su coyuntura y necesidades, ello de manera personalizada y adecuada a su capacidad.

En opinión de la doctrina se podría decir que la Convención se muestra contraria a nuestro sistema de tutela, dado que este no permite al incapacitado actuar por sí mismo y propone la inclusión de sistemas que posibiliten la anulación de los actos originados por el incapaz cuando le sean perjudiciales, dotando y complementando el ordenamiento con medios para lograr el alcance de seguridad jurídica de la decisión, y su firmeza como en derecho corresponda.²⁰

¹⁸ VV.AA, “*Tratado sobre discapacidad*”, (Directores LORENZO GARCÍA, RAFAEL DE; PÉREZ BUENO, LUIS CAYO, Aranzadi S.A 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2007. ISBN: 978-84-8355-138-7. (Vid. Tema 9: Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema de Naciones Unidas: Christian Courtis. Pág. 285).

¹⁹ *Ibidem*. Pág. 303-304.

²⁰ *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. (Vid. Capítulo: El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las

Para poder adecuar nuestro ordenamiento jurídico a lo dispuesto en este cuerpo legislativo ha sido necesario aprobar la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aún así y pese a haber ido modificándose varias leyes de nuestro ordenamiento jurídico, todavía existe un cierto conflicto entre la aparente falta de distinción que realiza la Convención de los conceptos de capacidad de jurídica y de obrar (en el artículo 12.3 diferencia entre ejercicio y reconocimiento de la capacidad jurídica), y la tradición del Derecho de nuestro país donde se distingue perfectamente estas figuras (Capacidad Jurídica como cualidad para ejercer derechos/obligaciones y Capacidad de Obrar como aptitud para el ejercicio de ello/as).

La Convención se muestra contraria a la posibilidad de incapacitar totalmente a una persona, pues parte siempre de la existencia de capacidad sea poca o mucha, por lo que la figura del tutor existente en nuestra legislación también sería ciertamente contraria a este texto normativo por ser demasiado restrictiva y sustitutiva de la capacidad, la cual debe ser complementada y no sustituida, puesto que debe partirse desde la idea de que todos tenemos capacidad. Aunque entiendo, que las medidas aplicables deben ser proporcionales a la situación, debiendo adoptarse en ciertos casos mecanismos de apoyo ciertamente invasivos en la capacidad de decisión, pero nunca con carácter general, ya que como apunta la profesora M^a del Carmen Cazorla existen casos de personas que no son capaces de ejercitar su capacidad jurídica (pacientes en estado vegetativo), y el no tener un representante que decida por ellos supondría un grave problema para el ejercicio de sus derechos.

De la Convención se desprende una intención tendente a entender que las personas con la capacidad limitada a las que les ha sido impuesta una medida de apoyo están perfectamente cualificadas para operar en cualquier ámbito. Esta posición puede chocar con el planteamiento a modo de ejemplo de una persona con una medida de apoyo judicial que realice un negocio jurídico sin la representación de su tutor o curador, aún debiendo ser esta necesaria conforme a lo dispuesto en sentencia, debiendo pasar a ser este acto en consecuencia anulable al carecer del requisito de la figura del representante legal, lo que supondría un posible perjuicio patrimonial a quien contrata sin ser consciente de lo pactado.

En consecuencia y como “crítica” a lo dispuesto en este cuerpo legislativo es cierto que debe partirse desde un concepto de capacidad y de complemento de la misma, pero sin olvidarnos de la importancia del cumplimiento de las medidas de apoyo que se ponen como añadido de la capacidad de obrar de la que dispone la persona, que deben de respetarse y tenerse muy presentes, pues en muchos casos la merma cognitiva padecida impide, que todavía completándose la capacidad, el sujeto a tal limitación sea consciente y plenamente capaz, por lo que si se permite operar a su libre

albedrío se pueden causar más daños que libre autonomía al tratarse de personas con una limitación, que si se ha puesto es porque es necesaria,²¹ aunque no por ello deja de ser una aspiración y objetivo de la persona y del sistema el dotar a todos de la plena capacidad de obrar.

A mi juicio otro de los puntos más destacados de esta Convención de Nueva York estriba en lo contenido en el artículo 12.2 donde se equipara a las personas con discapacidad en cuanto a su capacidad jurídica con la del resto de personas, siendo esto una manifestación más de esa no discriminación e igualdad, favoreciendo la integración del discapacitado en la sociedad, y partiendo desde un punto de vista de existencia de capacidad: *“Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*.

Otro aspecto francamente relevante de la Convención aparece reflejado en su artículo 27 donde se exponen las medidas destinadas a reconocer *“el derecho de las personas con discapacidad a trabajar”*, en el marco del fomento de la igualdad de oportunidades y la no discriminación a la hora de acceder a un empleo.²²

En el momento actual nos encontramos en una época de cambio desde una visión sobreprotectora y paternal del discapacitado a una de reconocimiento de sus derechos y libertades, favoreciéndose su total integración en la sociedad, ello articulado a través del Derecho mediante el reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad consagrado en el Tratado de Lisboa vigente desde 2009, con el que se refuerza a nivel europeo tales garantías de derechos a través de su vinculación a la Carta de Derechos Fundamentales.²³

Cabría preguntarse hasta donde puede una persona discapacitada expresar su opinión así como de la valía de esta, quedando resuelto esto en el artículo 21 de la Convención donde se garantiza el derecho a la libertad de expresión del discapacitado, permitiéndosele generar opinión gracias al derecho de participación y al acceso a la información; ello como medio efectivo para el

²¹ CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, MARÍA DEL CARMEN. *“La Nueva Posición del Tutor en la Legislación y en la Realidad Actual”*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Edición, Cizur Menor (Navarra), 2014. ISBN: 978-84-9059-088-1. Págs. 212-220.

²² En este sentido la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se encarga de luchar por la búsqueda de un trato igualitario, lo que favorece que una persona con la capacidad modificada por sentencia pueda tener acceso a un empleo mediante una discriminación positiva y directa por parte de los Estados, otorgando a las personas que se encuentran en esta situación de un trato más beneficioso de cara a acceder a un empleo teniendo en cuenta su situación. VV.AA *“La Perspectiva de Derechos Humanos de la Discapacidad”*, Incidencia en la Comunidad Valenciana, Coordinadores: BLÁZQUEZ PEINADO, MARÍA DOLORES; BIEL PORTERO, ISRAEL; Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia 2012. ISBN: 978-84-9004-580-0. (Vid. Capítulo: El derecho de las personas con discapacidad intelectual al acceso al empleo público en España: Una propuesta a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Jorge Cardona Llorens Págs. 128-130).

²³ *La Perspectiva de Derechos Humanos de la Discapacidad*. (Vid. Capítulo: La perspectiva de los derechos humanos en la acción de la Unión Europea en materia de discapacidad y su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Mª Dolores Blázquez Peinado. Págs. 87-88).

cumplimiento de los derechos recogidos en la Convención.²⁴ Suponiendo esto que una persona con una discapacidad mental e incapacitada parcialmente pueda por ejemplo votar y participar en la vida social dado que su capacidad, aunque limitada, está presente y debe de protegerse su desarrollo y fomentar su implicación social.

El tratamiento de discapacidad que se da en la Convención la aproxima a una percepción de la realidad como de fomento de la supresión de barreras que impidan la igualdad de condiciones, fijándose en su artículo 3 los principios generales (independencia de las personas, no discriminación, igualdad de oportunidades, accesibilidad, etc.), que equiparan el concepto de discapacidad con el funcionamiento en el ámbito social, político y de participación en la comunidad por medio de la autonomía de la que cada persona disponga.²⁵

Me ha parecido interesante comentar a este respecto la Sentencia de la Sala de lo Civil Sección 1 del 24 de Junio del 2013 (Recurso: 1220/2012 / ROJ: STS 3441/2013), por la que en atención al superior interés del incapaz se decide la no necesidad de un tutor y si la fijación de un curador, así como la defensa del derecho de sufragio que posee una persona como la del presente caso, que estaba parcialmente incapacitada en el ámbito personal y patrimonial, requiriendo de un curador para que garantice su protección, pero contando con iniciativa económica propia, aunque con los debidos controles, ello en base a lo estipulado en la Convención de Nueva York.

“Lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12”.

Otro aspecto importante de la sentencia es que protege el derecho a voto de las personas con la capacidad limitada entendiendo que: *“En ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna. El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones”(…)* *“La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o*

²⁴ PALACIOS, AGUSTINA. *“El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”*, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad-CERMI, Ediciones Cinca, 1ª Edición, Madrid 2008. ISBN: 978-84-96889-33-0. Págs. 298-299.

²⁵ VV.AA, *“Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables”*, PRESNO LINERA, MIGUEL ANGEL (Coordinador). Institución de la Procuradora General del Principado de Asturias, 1ª Edición, Oviedo 2013. ISBN: 978-84-616-5328-7. Vid. Capítulo: Constitución, derechos fundamentales y entendimiento constitucional de la discapacidad: Francisco J. Bastida Freijedo. Págs. 179-180.

necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por si misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercerlo correctamente”.

Por tanto fundamentar los motivos de acudir a una figura como la curatela menos “intrusiva” en la autonomía del incapaz, por servir esta como medida de apoyo es una solución que permite dotar a este de iniciativa y libertad.

Considerándose muy importante el debido respeto a un derecho fundamental como es el ejercicio del sufragio, toda vez que una persona cuya capacidad se haya visto limitada puede tener claro y entender a quien elegir como representante en unas elecciones, a pesar de que tenga dificultades de discernimiento para ciertos aspectos, conseguido esto a través de la creación del tan ansiado modelo social de la discapacidad.

Las medidas de apoyo a imponer deben ser lo más permisivas con el propio gobierno del incapaz, debiendo ser comprendidas y aceptadas por él para su correcta utilidad y desarrollo.

La Convención de Nueva York y demás textos en su misma línea, han servido para recordar a la sociedad que una persona discapacitada o con la capacidad de obrar limitada tiene los mismos derechos que otra persona y que tiene cualidades suficientes para integrarse en la sociedad, articulándose un sistema de protección que permite la equiparación de condiciones en un mundo globalizado como el nuestro donde debe apostarse por políticas favorecedoras de la integración y no por la “visión vulnerabilista”, aunque eso sí hay que fomentar la equiparación y la igualdad pero con atención a las limitaciones existentes, no tratando de sustituir la capacidad, sino de complementar la que se tiene mediante las medidas de apoyo personalizadas que sean precisas.

A modo de resumen se puede concluir que la necesidad de esta Convención que aborda de forma concreta los derechos de las personas en situación de discapacidad nace con el objetivo de lograr un efectivo cumplimiento de estos derechos, que a pesar de ser inherentes a todo ser humano sea o no discapacitado, por tal condición en muchos casos se aplicaban las normas existentes de manera poco ventajosa para estas personas, tal y como reflejaban múltiples informes de la ONU, lo que provocaba la necesidad de la creación de una norma específica para este colectivo por existir una cierta vulnerabilidad legislativa, que en grupos como mujeres y niños había sido paliada con normas específicas y en este ámbito no existía hasta ese momento apenas una regulación concreta.²⁶

²⁶ VV.AA, *“Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas”*, (Coordinadores: PALACIOS, AGUSTINA.; CABRA DE LUNA, MIGUEL ÁNGEL; BARIFFI, FRANCISCO), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 1ª Edición, Madrid 2007. ISBN: 978-84-8004-814-9. Pág. 62.

2. FORMAS DE REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA PERSONA CON LA CAPACIDAD MODIFICADA

Las personas cuya capacidad se encuentre limitada o modificada requieren de una persona que las represente para otorgarles o completarles sus posibilidades de actuación en la esfera jurídica. Tal necesidad como medida de apoyo vendrá determinada según el grado de discernimiento, capacidad de obrar, de gobierno y control que la persona posea sobre su plano personal y patrimonial, apostando por mecanismos de protección más limitativos o permisivos en virtud de la capacidad natural para actuar que ostente el sujeto a semejantes medidas.

Estos procesos de jurisdicción voluntaria, puesto que no existe en ellos contrariedad contradicción, enemistad ni oposición entre las partes, y por tanto no hay en puridad un litigio, han experimentado un nuevo impulso en cuanto a sus aspectos procesales debido a la reciente entrada en vigor de la Ley 15./2015, de 2 de Julio de la Jurisdicción Voluntaria.

Significativo resulta de la Ley la tramitación y resolución de los expedientes que versen sobre la tutela, curatela y guarda de hecho (Arts. 43-52 LJV), en los que no será necesaria la intervención de Procurador ni tampoco de Letrado, excepto en los casos de remoción del tutor o curador donde es imprescindible la presencia de Abogado (Art. 43.3 LJV). Tal vez se establezca esta necesidad para esclarecer jurídicamente mejor el cambio de situación del cargo, a diferencia de las restantes fases del procedimiento donde “a priori” las circunstancias admiten menos debate, más allá de la búsqueda del interés del sujeto a estas medidas.²⁷

En la actualidad parece que las nuevas corrientes doctrinales apuestan por la supresión de las formas de representación legales clásicas, por cuanto limitan la libertad del incapaz de manera muy estricta, no obstante conviene analizarlas por conformar el sustento de nuestra legislación en la materia, y el patrón que puede seguirse en el camino hacia las nuevas vías de apoyo de la capacidad, sirviendo en la actualidad como medidas destinadas a complementar la capacidad de quien la necesita para aquellos actos concretos que de otra forma no podría realizar, por sí mismo, pero si mediante la colaboración de un tercero.

Estas formas de representación nacen como respuesta a la necesidad que profesa una persona cuya capacidad se haya visto limitada para participar en la sociedad, completándose así su capacidad de actuación, y proporcionándole de alguien que vele por su desarrollo a cualquier nivel.

²⁷ Esto a mi juicio puede suponer una falta de representación ante los tribunales (Procurador) de la persona sometida a estos mecanismos de control, así como de una carencia de información a nivel legal en el proceso (Abogado), por lo que se desestiman la presencia de estos profesionales probablemente en pos de una mayor celeridad del proceso, a costa de renunciar a tales servicios. No obstante nada impide la contratación de ambos profesionales en caso de estimar oportuno su intervención y desempeño ante los tribunales.

2.1. LA TUTELA

La institución jurídica tutelar aparece determinada por la pertinencia de dotar a la persona sobre la que recaiga una sentencia limitativa de la capacidad en tal sentido que establezca la necesidad de designar a alguien que la cuide y proteja sus intereses. De tal forma que el artículo 222.2 del Código Civil establece la sujeción a tutela de las personas a las que se les haya restringido la capacidad siempre que la sentencia lo haya determinado, pues es esta resolución el título constitutivo de tal situación, y la circunstancia que hace que se activen estos mecanismos de protección.

El Juez debe determinar las medidas de control personal y patrimonial que estime oportunas para el caso concreto, supervisándose periódicamente por parte de la autoridad judicial el estado del incapaz y el funcionamiento de las medidas propuestas, siendo el tutor el responsable de rendir cuentas de este extremo y preocuparse por el cumplimiento de los medios de apoyo (administración patrimonial de bienes, guarda y custodia, y la diligente realización de actuaciones en beneficio del tutelado).

La figura de tutor representa al incapaz, estando el nombramiento de este cargo supeditado a la aprobación judicial y pudiendo llevarlo a cabo tanto una persona física como jurídica, advirtiéndose que esta función tutelar constituye un deber (Art. 216 CC).

Para ser designado como tutor es necesario disfrutar de la plena capacidad de obrar (sin que presente por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo, como estipula el artículo 251 CC.), llegando a ser nombrados en algunos casos más de un tutor según se prevé en el artículo 236 del Código Civil, en aquellas situaciones en lo que sea necesario separar los cargos de tutor y de administrador del patrimonio del incapaz o cuando la tutela pertenezca a ambos padres, a modo de patria potestad prorrogada.

El Juez para determinar a quién nombrar como tutor debe guiarse por lo fijado en el artículo 234 del Código Civil, prefiriéndose por el siguiente orden: al designado por el propio tutelado, (autotutela, donde el tutelado designa un tutor pro-futuro en previsión de su restricción de la capacidad, por ejemplo en caso de padecer una enfermedad degenerativa); al cónyuge conviviente con el sometido a tutela; a los padres; a quien los padres del tutelado hayan designado en su testamento y; por último al descendiente, ascendiente o hermano designado por el juzgador.

Asimismo es posible que, debido a que el cargo de tutor entraña una serie de deberes y obligaciones, la persona que sea designada por el Juez no quiera o no se vea preparada para

desarrollar tal función, por lo que debe formular una serie de alegaciones a este respecto ante el magistrado que haya determinado la tutela en el plazo de 15 días contados desde que se tuvo conocimiento de la designación como tutor (Art. 252 CC). Pudiendo recusarse también este cargo porque existan las ya mencionadas causas gravosas que supone el cargo del artículo 251 CC, y permitiéndose que en el supuesto de existir una excusa, bien sea en el inicio del nombramiento o sobrevenida, el Juez deba decidir si la admite o no, procediéndose en su caso al nombramiento de nuevo tutor (Art. 258 CC), o por contra sea necesario nombrar un defensor judicial mientras se mantenga el problema alegado, pudiendo el Juez obligar al ejercicio del cargo en tanto valora las circunstancias existentes (Art. 256 CC).²⁸

El cargo de tutor viene atribuido mediante la designación judicial debiendo el Juzgado remitir una diligencia informando de la necesidad de comparecencia ante el Juez en la fecha y hora designada para tal aceptación.

Una vez que el cargo de tutor es aceptado, este debe de realizar una serie de obligaciones para garantizar una total protección personal y patrimonial de la persona con la capacidad limitada:

1.-Inventario de bienes: Tiene que realizarse en el plazo de 60 días desde que se acepta el cargo (Art. 262 CC). El tutor debe de describir detalladamente los bienes comprendidos en el patrimonio del incapaz, debiendo ser este aprobado por el Ministerio fiscal por tratarse del órgano encargado de la defensa de la legalidad y garante del interés social.

2.-Fianza: Aparece regulada como una disposición de tipo facultativo, siendo el Juez quien deba decidir si es preceptiva en el caso concreto, y el alcance de la misma (Art. 260 CC). Con ella se busca preservar el efectivo cumplimiento de los deberes del tutor asegurándose a través de algún tipo de garantía de contenido económico que permita su liquidez en caso de actuación negligente.

3.-Depósito: Con este fondo patrimonial se pretende que aquellas cantidades de dinero, joyas o documentos que el juzgador estime puedan verse en riesgo de desaparición, sean contenidos y custodiados no quedando a la libre administración del tutor, soportando los gastos que supone tal garantía el patrimonio del tutelado (Art. 265 CC).²⁹

Exhibir la condición de tutor implica una serie de obligaciones para con el tutelado durante el ejercicio del cargo, sin obviar las anteriores al desempeño del mismo (realización de inventario, depósito, fianza) y las realizadas a la conclusión del mismo (presentación de la rendición de cuentas y responsabilidad de su resultado), como son:

²⁸ *Los derechos de las personas con discapacidad*, Volumen I. Aspectos jurídicos, (Vid. Capítulo 7: Representación Legal del Incapaz: Tutela, Curatela y Guarda de hecho: Xavier O'Callaghan. Págs. 299-307).

²⁹ *Ibidem*. Págs. 320-324.

1.- Representación del pupilo (267 CC); Esto implica la sustitución jurídica del pupilo en todas las actuaciones para las que no esté capacitado, pudiendo ser esta legal o voluntaria.

2.- Deber de facilitar alimentos (269.1º CC); Procurando el sustento del tutelado, tal y como dispone el Art.142 CC, hasta que la tutela se extinga.

3.- Garantizar la formación educativa del tutelado (269.2º y 3º CC); A pesar de que la norma parece circunscribir tal obligación respecto al menor, la doctrina viene entendiendo que hay que incluir al incapaz dentro de estos preceptos pues su educación, desarrollo e inserción social se antojan básicos para la extensión de su personalidad y salvaguarda de sus derechos.

4.- Administración diligente de los bienes del pupilo (270 CC); Pretensión basada en la búsqueda de la protección y conservación patrimonial del tutelado, siendo tal administración de tipo personal, por lo que el tutor no podrá conceder su gestión al completo a otra persona, aunque sí pequeñas actuaciones contando con la pertinente autorización judicial.

5.- Presentación de forma anual de rendición de cuentas personal y patrimonial (269.4º CC); Deber de informar con carácter anual sobre la situación del incapaz a nivel patrimonial y personal para determinar si la gestión realizada es correcta o bien el pupilo requiere de atención adicional.

6.- Promover, en su caso, la posible situación de modificación de la capacidad del tutelado ante los tribunales (269.3º CC); Búsqueda del tutor del desarrollo del pupilo que puede derivar, si las circunstancias así lo permiten, en una revisión de la capacidad.³⁰

El cargo de tutor no es perpetuo pues cabe la cesación en el desempeño de estas funciones, situación que debe ser analizada por el Juez, existiendo como obligación para la extinción del cargo de tutor la restitución de los bienes que constituyen el patrimonio del tutelado sin necesidad de que se deba rendir cuentas para su devolución.

Tal y como entiende la doctrina la obligación de restitución de estos bienes debe hacerse con la menor demora posible realizando su entrega a quien este legitimado para ello (nuevo tutor; el pupilo por haber recuperado capacidad; un representante legal de este; sus herederos; etc.).³¹

Por lo anterior es preciso considerar la responsabilidad que el tutor tiene como consecuencia de su cargo, que va desde la obligación de continuar de forma efectiva en el mismo en el caso de plantearse excusa, hasta la posible responsabilidad civil en la que pudiera incurrir por esta circunstancia, entendiendo la doctrina que el tutor no debe abonar solo los gastos originados del proceso judicial, sino que deben incluirse aquellos que derivan de la renuncia al cargo, y de los

³⁰ *La Nueva Posición del Tutor en la Legislación y en la Realidad Actual*. Págs. 111-112, 122, 125, 129-130, 132, 148.

³¹ PALOMINO DIEZ, ISABEL. “*El tutor: Obligaciones y Responsabilidad*”, Tirant lo Blanch 1ª Edición, Valencia 2006. ISBN: 84-8456-739-7. Págs.477-478.

causados como consecuencia de la actuación culpable y negligente del tutor.³²

En el marco de la exigencia de responsabilidades por la mala praxis de la tutela no se debe olvidar que son personas físicas las que se encargan de ostentar este cargo respondiendo de manera directa de su actuación negligente. Si bien en el supuesto de que la tutela sea ejercida por una persona jurídica esta será desempeñada por una persona concreta adscrita a la misma, estando en consecuencia bajo la dirección de la persona jurídica, por lo que a pesar de que la titularidad del cargo corresponde a la entidad tutelar el desempeño lo realizan los trabajadores de esta, y si bien debe exigirse responsabilidad de forma directa contra la persona jurídica es posible entablar una acción conjunta frente a ambas, mas nunca de forma exclusiva frente a la persona física, pues es tan solo la que actúa bajo el amparo del titular.³³

Cierta singularidad presenta el sistema de apoderamiento que se denomina como “pretutela”, término recogido por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), ente dedicado a la protección de estas personas, consistiendo este concepto en el vínculo o unión que se busca generar entre la entidad tutelar que se encargará en el futuro de la tutela y los familiares del futuro tutelado, de manera previa, y con el fin de agilizar el sistema tutelar.³⁴

Quizás este sistema carezca de una regulación legal concreta, aunque puede articularse como medida cautelar al nombramiento de tutor la posibilidad de que desde la entidad tutelar se tenga un previo contacto con el futuro tutelado, para tener un mayor conocimiento de su situación y ponerse a satisfacer sus necesidades y orientar a sus familiares acerca de la tesitura en que se encuentra.³⁵

Esta institución de la tutela tiene un carácter retributivo que deriva de las funciones que debe llevar a cabo el tutor para con el pupilo, así el artículo 220 del Código Civil establece el derecho a una indemnización a cargo de los bienes del tutelado, en caso de que se produzcan perjuicios o daños al tutor sin que medie su culpa, puesto que este cargo es un deber (Art.216 CC). Sin embargo no por ello deben vulnerarse el derecho a resarcirse por los inconvenientes sufridos durante el desempeño de la función tutelar.³⁶

Interesante planteamiento aparece desarrollado en el artículo 239 bis del Código Civil donde

³² *Ibidem*. Págs.344-345.

³³ *Ibidem*. Págs.200-204.

³⁴ VVAA. “*La defensa jurídica de las personas vulnerables: Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007*” (Director del Seminario MANUEL-ÁNGEL MARTÍNEZ GARCÍA; Inauguración, JOSÉ MARQUEÑO DE LLANO), Thomson-Civitas, 1ª Edición, Cizur Menor (Navarra) 2008. ISBN: 978-84-470-2964-8. (Vid Capitulo: La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas: Manuel-Ángel Martínez García. Pág. 275).

³⁵ Al igual que las personas físicas las personas jurídicas también pueden ostentar el cargo de tutor, y en los últimos años esta tendencia ha ido aumentando, especialmente en el caso de personas con la capacidad modificada que pierden a sus familiares y nadie se hace cargo de ellas, por lo que numerosas fundaciones y asociaciones se encargan de ejercer la tutela en virtud de lo dispuesto en el artículo 242 CC.

³⁶ *La Nueva Posición del Tutor en la Legislación y en la Realidad Actual*. Págs. 167-172.

se prevé la función que deben de realizar las entidades públicas dedicadas a la tutela de los incapaces, cuando no sea nombrado a ninguna persona como tutor, debiendo aceptar por disposición legal este cargo ante el desamparo sufrido por el incapaz por carecer este de la asistencia de una persona que pueda ser su tutor.³⁷

El cargo de tutor debe de inscribirse en el Registro Civil (Art.218 CC), otorgándose así una gran protección a la hora del desarrollo de su actuación en aquellas operaciones en las que ejerza funciones en nombre del tutelado, dando seguridad frente a terceros, no siendo estas resoluciones inscritas oponibles frente a ellos hasta su inscripción.

La inscripción deberá realizarse por medio de comunicación remitida de oficio por el Juez competente al Registro junto con el testimonio de la resolución en la que se haya producido el nombramiento (Arts. 219 CC y 46 Bis, párr. 2º de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil).³⁸

Constituye, como se ha visto, una de las obligaciones de mayor importancia del tutor para con el pupilo la confección de la rendición de cuentas anual (Art. 269.4º CC) que debe de presentarse ante el Juzgado cuya representación se tenga acreditada en los autos de la tutela, especificando el número de causa de esta y el N.I.G., para su identificación en el Juzgado.

Deben detallarse una serie de circunstancias en la misma, tales como la situación personal del pupilo, su residencia, las actividades que realiza, su situación médica y anímica, etc.; así como la situación patrimonial con el cálculo de la situación de ingresos y gastos del incapacitado, cuyo resultado determinará el balance del año.

Asimismo deberá concretarse cada ingreso que reciba el tutelado y también cada gasto, adjuntándose a la rendición copia de las hojas-extracto de los movimientos de la cuenta del pupilo durante ese periodo, así como las facturas acreditativas de los demás gastos, pago de seguros, luz, agua, teléfono, compra de ropa, etc. La posibilidad de que el resultado final salga negativo, no implica que se haya producido una mala gestión por parte del tutor, ya que es posible que se haya destinado el dinero en inversiones o a gastos necesarios y sobrevenidos del pupilo. De todos modos estas cuentas serán verificadas por el Ministerio Fiscal, y en su caso aprobadas, o bien se requerirá

³⁷ *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas.* (Vid. Capítulo: Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de las Naciones Unidas: M^a Victoria Mayor del Hoyo. Págs. 197 y 201). En el ámbito de la forma de ejercer esta tutela administrativa, operante en aquellos casos en lo que el incapaz carezca de la debida asistencia a modo de complemento de la capacidad, la entidad pública sita en el territorio del domicilio del incapaz pasará a cubrir esta función. Debiendo advertirse que ante la escueta redacción de esta figura en el Código Civil debe de interpretarse para su desempeño de forma analógica las normas de nuestro ordenamiento en materia de menores. Lo anterior con especial atención a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, puesto que al tratarse de colectivos de especial resguardo cabe la equiparación normativa.

³⁸ *La Nueva Posición del Tutor en la Legislación y en la Realidad Actual.* Págs. 77-78.

al tutor para que justifique aquellas actuaciones que no se entiendan debidamente evidenciadas. Esto como consecuencia de que el cargo de tutor de una persona con la capacidad judicialmente modificada no es un cargo gratuito, pues supone una responsabilidad y una gran cantidad de esfuerzo, sacrificio y tiempo dedicado, debiendo ser resarcido con las cantidades legalmente estipuladas, siempre que el patrimonio del tutelado así lo permita (Art. 274 CC).

En el caso de la extinción de la tutela en el ámbito de la modificación de la capacidad, esta se produce por la muerte del pupilo y por la revocación de la modificación de la capacidad realizada por sentencia al cesar la causa que motivaba la aplicación de tales complementos de esta (Arts. 276-277 CC).

Resulta por último, necesario hacer mención expresa a la doble interpretación existente en la actualidad respecto a la posibilidad de supresión de la figura del tutor, a la vista de lo establecido en la Convención de Nueva York, puesto que doctrinalmente se discute si es necesario la desaparición de esta figura, por cuanto ya no es de aplicación (pues actualmente se defiende el complemento de la capacidad y no su sustitución, imponiéndose el sistema de la curatela), debiéndose hacer una reestructuración total de la normativa; o si por el contrario debe adaptarse lo dispuesto en ella a nuestro sistema tutelar pero sin que esto suponga un cambio total de la concepción del mismo.

2.2. LA AUTOTUTELA

Como ya se ha comentado el artículo 223 del Código Civil hace referencia a la autotutela, como la posibilidad de que sea el propio incapacitado quien previendo tal situación haya designado un tutor, o bien quien encontrándose ya con la capacidad restringida sus padres hayan previsto un tutor para él/ella en su testamento, según la regulación expuesta con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

En virtud de ello existe la opción de que el Juez designe como tutor a una persona para ocuparse del control de sus bienes y patrimonio y a otro para su esfera personal, pudiendo nombrarse a una o varias personas actuando solidaria o mancomunadamente, siempre que la separación entre tales ámbitos sea plausible (Art. 237 CC).³⁹

Tal figura se extingue por los mismos cauces que la institución de la tutela, aunque hay supuestos en los que no encaja existiendo, aparte de los legalmente previstos, otros casos en los que se debe contemplar la extinción de la misma como son: la declaración de fallecimiento de la

³⁹ SERRANO GARCÍA, IGNACIO. “*Protección patrimonial de las personas con discapacidad: Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*”, Iustel, 1ª Edición, Madrid 2008. ISBN: 978-84-96717-92-3. Pág. 201.

persona sujeta a tutela y la declaración de ausencia y posterior designación de un representante legal del ausente (a pesar de que para una parte de la doctrina la declaración de ausencia no da por extinguida la tutela y entiende que las funciones del representante se deben de circunscribir a las obligaciones de los artículos 185 y siguientes del Código Civil).⁴⁰

La configuración de la voluntad de una persona respecto a su entorno personal y patrimonial, en previsión de que su capacidad pueda verse modificada en un futuro, no se circunscribe o limita a la autotutela, pues resulta posible la creación de órganos de gestión de estas esferas de la persona, fijándose con ello normas de administración, composición y de concesión de autorizaciones para llevar a cabo actuaciones en nombre de ella.

La figura planteada podría ser, por ejemplo la de un apoderado general. No obstante, al no tratarse de un tutor al uso, el Juez podría entender la improcedencia de este cargo durante la sentencia de limitación de la capacidad, y en caso de existir un apoderado para desempeños de tipo especial para el caso concreto, entonces si podría subsistir esta forma jurídica con la designación de tutor, dado que no invadiría sus competencias generales.

Este tipo de mandatos o poderes preventivos no están abordados en nuestro ordenamiento dentro del ámbito de la tutela, por lo que toca referirse a las disposiciones generales de los artículos 1709 y siguientes del Código Civil. Quizás sea esto así por la problemática que plantearía frente a terceros la existencia de un apoderado y un tutor coincidiendo en el tiempo donde las responsabilidades de actuación de cada uno se podrían ver solapadas.⁴¹

En definitiva, esta figura requiere para su constitución que la designación sea efectuada en documento público notarial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 41/2003, que modifico el Código Civil y la LEC en materia de autotutela, dotando de fe pública al nombramiento realizado. Pese a ello es posible que el designado se niegue a ostentar el cargo.

2.3. LA CURATELA

Entendemos por curatela aquel procedimiento que busca tratar de perfeccionar la capacidad de una persona, completando esta con las medidas de apoyo que sean precisas, es decir, complementando la capacidad de alguien que la tiene pero parcialmente. Esta institución surge debido a que una persona puede no estar capacitada para realizar determinadas actividades, pero si

⁴⁰ SERRANO GARCÍA, IGNACIO. “Autotutela”, Tirant lo Blanch, 1ªEdición, Valencia 2012. ISBN: 978-84-9004-558-9.Págs. 156-157.

⁴¹ *Ibidem*. Págs. 49-50.

para actuar diligente y conscientemente en otras.

Tiene su regulación legal en los artículos 286 y siguientes del Código Civil, de entre los que merece la pena destacar los artículos 289 CC y 290 CC donde se dispone que en el caso de los incapacitados el curador deberá intervenir en los actos dispuestos en la sentencia modificativa de la capacidad, pero como en la práctica muchas de estas resoluciones modificativas de la capacidad (anteriores a la Convención de Nueva York), no recogen tales extremos deberán de aplicarse analógicamente las normas a nivel de intervenciones del curador y autorizaciones judiciales lo dispuesto para el caso de la tutela.

El curador debe encargarse de complementar la capacidad del pupilo, aunque sin un control de representación, ni control del patrimonio tan exhaustivo como el que pueda realizar un tutor. Por tanto el curador debe prestar a la persona cuya capacidad se haya limitado en sentencia la asistencia necesaria para que esta pueda llevar a cabo aquellos actos los cuales sin la intervención de este el pupilo no podría realizar y que deben estar debidamente recogidos en la resolución judicial.⁴²

Un ejemplo podría ser el de una persona a la que se le haya declarado limitada su capacidad para determinados actuaciones, no pudiendo realizar actos como controlar su patrimonio o decidir si debe aceptar o no una herencia, pero que si está capacitada para ejercitar el sufragio pasivo o para realizar una disposición testamentaria (pues es conocedora de sus intereses y de las personas que la tratan bien y por las que siente afecto, sin embargo quizás no pueda ser plenamente consciente de la importancia de la administración del dinero, ni del valor real o relevancia del negocio practicado).

Por consiguiente el Juez debe aquilatar en la sentencia que determine la restricción de la capacidad aquellos actos que el incapaz puede y no desarrollar, otorgándole con ello una autonomía de la voluntad que de otro modo estaría reducida a la mínima expresión.

Desde la mayoría de organismos e instituciones a nivel europeo e internacional, sobre todo desde la Convención de Nueva York de 2006, se ha procurado el impulso de esta figura puesto que dota de una mayor autonomía y libre desarrollo de la personalidad que otros sistemas tutelares más férreos y restrictivos. A pesar de ello debe valorarse cada caso en concreto y adecuarlo a la situación específica, mas bien es cierto que con la curatela se asegura la libertad en mayor o menor medida de las decisiones del sometido a ella.

En definitiva, la distinción entre tutela y curatela podría sustanciarse en la mayor restricción de la tutela y la mayor autonomía de la curatela, estando reservada esta en el ámbito de la incapacidad para aquellas personas con una limitación de la capacidad de menor graduación.

⁴² *Los derechos de las personas con discapacidad*, Volumen I. Aspectos jurídicos, (Vid Capítulo 7: Representación Legal del Incapaz: Tutela, Curatela y Guarda de hecho: Xavier O'Callaghan. Págs.358-362).

Así pues, el artículo 293 del Código Civil en previsión de que esa mayor libertad que otorga la curatela pueda suponer una desprotección, prevé que sean anulables los actos jurídicos que el pupilo pueda efectuar cuando siendo necesaria intervención del curador esta no se preste, por lo que tanto el curatelado como el curador, como interesados, pueden anular el negocio jurídico dentro de lo previsto en los artículos 1301 y siguientes del Código, siendo el acto anulable y no nulo pues hasta que no se anula el acto es válido, ha existido y se le presupone vigencia.

En cuanto a la incompatibilidad para ejercer el cargo de curador el Código Civil en su artículo 291 estipula que no podrán serlo los quebrados y los concursados no rehabilitados.

2.4. EL DEFENSOR JUDICIAL

Esta forma de representación legal nace con motivo de un conflicto de intereses entre el incapaz y su tutor/curador/padres con la patria potestad rehabilitada; o bien cuando estos no pudieren desempeñar el cargo por cualquier circunstancia, encontrándose el pupilo sin un representante que vele por su provecho de la manera más diligentemente posible, surgiendo esta figura que pretende de una manera transitoria suplir esta carencia y otorgarle al incapacitado para tal actuación de alguien que temporal y provisionalmente le defienda y represente (Art. 299 CC).

El artículo 300 del Código Civil establece la potestad del Juez para nombrar a la persona que entienda más adecuada para desarrollar este cargo, ya sea de oficio, en virtud de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, o bien por petición de cualquier compareciente o del Ministerio Fiscal.

Este cargo debe entenderse como un elemento de apoyo y en todo caso subsidiario a la tutela /curatela/ patria potestad prorrogada, pues tras la desaparición de los motivos de imposición del mismo estos cargos vuelven a ser reanudados, siendo un paréntesis a ellos para la debida protección del incapaz.

Esta forma de protección resulta muy efectiva en los casos donde tanto el tutor como el pupilo figuran como beneficiarios de una herencia en la cual la sustitución del caudal hereditario suscita diversos conflictos (por ejemplo porque son hermanos y fallece su padre, existiendo controversia en el reparto específico de bienes). A razón de ello en estos casos el Juez podría nombrar un defensor que represente a la persona con la capacidad limitada en el procedimiento de apertura, adjudicación y división de herencia, ya que es frecuente que entre tutor (hermano) y pupilo se susciten intereses contrapuestos en el reparto de ciertos bienes de la herencia, aunque no es menos es cierto que como estipula el artículo 272 del Código Civil se entiende que no es necesaria la autorización judicial en los procedimientos de partición hereditaria ni en la división de cosa común cuando sean realizadas

por un tutor, a pesar de que una vez realizadas será necesaria su aprobación judicial.

Esto nos lleva en la práctica al debate de si nombrar o no a un defensor judicial en los procedimientos hereditarios cuando el tutor sea hermano y ambos beneficiarios de los bienes. En principio parece que no, por lo dispuesto en el 272 CC, pero si el Juez así lo estima podría designarse en caso de existir conflicto. Y en el caso de la autorización judicial este precepto se contradice con lo dispuesto en el artículo 1060 CC: *“Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial”*.

Respecto a lo anterior parece que la doctrina y la práctica de los tribunales se inclinan por la aplicación del Art. 272 CC, sin obviar que el Art. 1060 CC en su segundo párrafo determina que en caso de existir un defensor judicial que haya sido nombrado para representar al incapaz en una partición, este debe obtener autorización judicial.

Por lo tanto ante esta contradicción normativa creo que sería necesaria la modificación de este artículo 1060 CC, y aprecio como más correcto, ágil y sin por ello carecer de protección para el incapaz lo establecido en el artículo 272 CC.

Uno de los puntos más significativos de la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la jurisdicción Voluntaria aparece en el Capítulo II del Título II, donde se recoge el nombramiento del defensor judicial, definiéndose más propiamente esta figura, que merece una nueva consideración al enfoque de esta Ley.

En el artículo 27 de esta ley se recoge la necesidad de solicitar defensor judicial cuando surja un conflicto de intereses entre la persona con capacidad modificada judicialmente y su tutor, cuando por cualquier causa este no pudiese desempeñar tales funciones o cuando a la persona sobre la que se pretende constituir la tutela o curatela, requiera medidas para la gestión de su patrimonio, hasta que se dicte resolución judicial.

Queda así reforzada y delimitada en la Ley la figura del defensor judicial, a quien se le imputan de forma clara las obligaciones de informar al órgano judicial sobre la desaparición del motivo que provocó el nombramiento, así como de la formación de inventario, su posible excusa y remoción del cargo y la rendición de cuentas durante el periodo de gestión, siendo el Secretario judicial competente quien como funcionario titular de la fe pública registral se encargará de tramitar estas actuaciones y de decidir y resolver sobre la suficiencia de las mismas (Arts. 31-32 LJV), pudiendo requerir al defensor para que presente las acreditaciones necesarias que garanticen el buen desempeño del cargo.

2.5. LA GUARDA DE HECHO

Esta figura surge cuando una persona que no ostenta el cargo de tutor del incapaz se encarga de administrar y tramitar los aspectos personales y patrimoniales de este, pese a que en realidad el guardador carece de la tutela sobre la persona con la capacidad limitada, operando de manera simulada como si la tuviera, aun siquiera sin que pueda legalmente ser su representante.

Aparece regulada en el Artículo 303 del Código Civil, donde se otorga al Juez la facultad de requerir al guardador de hecho para que rinda cuentas de la situación personal y patrimonial del guardado.

La guarda de hecho queda vinculada analógicamente a la tutela, pues el guardador debe llevar a cabo su tarea con la debida diligencia y siempre en beneficio y superior interés del guardado, tal y como exige el Código Civil, pudiendo el Juez requerirle para que informe sobre la situación del incapaz, hasta el punto de que en el caso de haber causado algún daño económico a este el guardador debe de responder ante tal actuación. En caso contrario puede tener derecho a una indemnización si como consecuencia de su tarea ha sufrido daños patrimoniales.⁴³

De lo expuesto en este artículo se ha hecho eco el artículo 52 de la nueva Ley de jurisdicción voluntaria en lo relativo al requerimiento y medidas de control que implica la guarda de hecho. Introduciéndose que el Juez puede de oficio proceder a promover un expediente tutelar y adoptar las medidas de control que estime oportunas, dando audiencia al pupilo, guardador y al Ministerio Fiscal para que se expresen acerca de la necesidad de estas medidas, garantizándose así que no sean impuestas medidas de vigilancia personal y patrimonial del pupilo nocivas para este.

A pesar de estos planteamientos en la práctica la guardia de hecho se desarrolla sin el debido control judicial, y no se trata esta figura de prestar cuidados a una persona con la capacidad modificada de manera esporádica, sino que debe entenderse por guardador a quien realiza una gestión personal y patrimonial de forma continuada y prolongada en el tiempo.⁴⁴

Cabe distinguir entre la guarda de hecho de personas con la capacidad ya modificada por sentencia y la de aquellas personas cuya capacidad no ha sido aún limitada. En el primero de los casos no se plantea excesivo problema más que la posibilidad de que el Juez remueva del cargo al tutor (Art. 248 CC), y ponga en el cargo al guardador, ya que a pesar de que pudiera parecer que se está obviando la prelación en el cargo del artículo 234 CC, si el juzgador estima más conveniente

⁴³ *Ibidem*. Págs. 356-358.

⁴⁴ *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. (Vid. Capítulo: La guarda de hecho de las personas con discapacidad: M^a Ángeles Parra Lucán. Pág. 211-212).

para el incapaz tal actuación y lo explica motivadamente puede articularse esto perfectamente.

Asimismo es posible que se determine a un guardador para asuntos patrimoniales del pupilo, y otro para asuntos personales (circunstancias del día a día), siempre y cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda regirse en el plano personal, siendo esto uno de los sistemas nacidos como consecuencia de la ampliación de la capacidad de decisión y autonomía de estas personas, sin olvidar que el Juez podrá determinar las medidas de apoyo preceptivas.

El segundo de los casos surge cuando una persona asiste sin ser nombrada tutelarmente para tal desempeño a alguien cuya capacidad de obrar debiera ser modificada, situación por tanto alejada del sistema proteccionista de nuestro ordenamiento.

Esta situación debe ser temporal y transitoria por lo que nuestra legislación entiende que esta es una situación que debe desaparecer, tomando conocimiento el Juzgado competente del asunto y debiendo de promover la tutela el guardador (Art. 229 CC).⁴⁵

2.6. LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA O PRORROGADA

Esta forma de representación nace como consecuencia de la declaración de la modificación de la capacidad de una persona mayor de edad, donde se nombra como tutor a sus padres suponiéndose que el incapaz sigue al amparo de sus progenitores, como si de un menor de edad se tratase, siendo sus padres los que se ocupan de la defensa de sus intereses, prorrogándose la patria potestad bajo la cual todos nacemos.

A este respecto el artículo 201 del Código civil permite que se prorrogue la patria potestad de los progenitores, aún a pesar de que esta nunca haya desaparecido por ser el hijo menor de edad, siempre y cuando sea previsible la persistencia de tal limitación de la capacidad cuando alcance los dieciocho años que otorgan la mayoría de edad.

Tal mecanismo de protección prorrogado aparece reflejado en el artículo 39.3 de nuestra Constitución: *“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*.

En resumen, en la práctica este planteamiento se da frente a hijos cuya capacidad ha sido modificada, y que alcanzando la mayoría de edad no carecen de la capacidad suficiente para actuar por sí mismos, naciendo de nuevo esta responsabilidad parental para velar por sus necesidades y administrar sus bienes (Art. 154 CC).

⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 219-221.

Plantearía cierto problema el supuesto de que el sujeto en cuestión estuviese casado, optándose generalmente porque el cónyuge fuese el tutor del incapacitado, y debiendo advertirse que en los casos de existencia de un “*interés opuesto*” entre padres e hijo habría que acudir a la figura del defensor judicial por vía del artículo 163 CC.

La patria potestad prorrogada será ejercitada con sometimiento a lo dispuesto en la sentencia modificativa de la capacidad, extinguiéndose por la muerte de los padres o el hijo, por haberse casado la persona con la limitación de su capacidad de obrar, por la declaración de fallecimiento de padres o incapaz y por la adopción del hijo (Art. 171 CC). Tal prórroga es concedida por los tribunales en la búsqueda del máximo interés y beneficio del hijo (Art. 170 CC), ya que lo habitual es que los padres como máxima expresión de garantía y protección para su vástago suplementen la capacidad de este y velen por su estado mejor que nadie.

3. ASPECTOS PATRIMONIALES Y PERSONALES DE LA PERSONA CON LA CAPACIDAD MODIFICADA

Una de las consecuencias más importantes de la resolución que modifica la capacidad viene determinada por la forma de gestionar el patrimonio de una persona cuya capacidad para realizar actos patrimoniales ha sido restringida en sentencia y no puede gobernarlo por sí misma, es ahí donde entra la figura del tutor/curador/ o padre con patria potestad rehabilitada quien debe de encargarse de velar por el control financiero del pupilo a su cargo.

Este control viene completado con la rendición de cuentas anual que el representante del incapaz debe presentar anualmente ante el Juzgado y donde se deben justificar todos los ingresos y gastos que hayan modificado su patrimonio.

En la mayor parte de las ocasiones estas personas padecen algún tipo de discapacidad (mental o física), por lo que nuestro ordenamiento jurídico ha dispuesto una serie de normativas específicas para la protección de su patrimonio, en atención a su estado y a la aseguración de unas condiciones de vida dignas a lo largo de su vida.

Asunto interesante es el de la necesaria autorización judicial para la aceptación o repudiación de la herencia por parte del incapacitado, o de la enajenación de bienes de su propiedad, realizándose mediante escrito al Juzgado donde se debe poner de manifiesto de forma clara el motivo y razones que llevan a la realización de la transacción en cuestión, teniendo esta obligación el tutor/curador (Art. 271 CC), el padre/madre con la patria potestad rehabilitada o incluso el propio sujeto sometido a tutela cuando disponga de capacidad para ello, y así se refleje en la sentencia

(Art. 2.012 LEC de 1881, derogado por el número 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria, al quedar solapado por la normativa vigente).

En ciertas ocasiones, especialmente en las resoluciones anteriores a la Convención de Nueva York, la sentencia que delimita la capacidad no recoge si la persona con la capacidad modificada judicialmente puede o no realizar transacciones de bienes. En opinión de la mayor parte de la doctrina, el incapaz se vería amparado por lo dispuesto en el artículo 24.1 CE, para ostentando la legitimación activa iniciar el procedimiento, puesto que debe respetarse el principio de tutela judicial efectiva y la capacidad de la persona a decidir, salvo prueba manifiesta en contrario.⁴⁶

Para determinar el reconocimiento de la situación de dependencia el órgano competente queda determinado por la Comunidad Autónoma, ello basado en lo dispuesto en el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en cuyo artículo 28 de la mencionada ley se recoge el proceso a seguir para que se reconozca la situación de dependencia y así generarse el derecho a obtener prestaciones.⁴⁷

Las limitaciones a la capacidad de obrar plasmadas en la resolución judicial conducen a la necesidad de buscar, por parte de quien ostente la representación del incapaz, la adopción de aquellas medidas que garanticen a su pupilo una estabilidad económica.

Refleja la Ley de la Jurisdicción Voluntaria una especial preocupación por la protección del patrimonio de las personas con discapacidad (Art. 56 y ss), siendo competente para estos asuntos el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o de la residencia de la persona con discapacidad e iniciándose el expediente mediante escrito dirigido al Ministerio Fiscal (Art. 58 LJV).

Además toma un nuevo cariz el tratamiento que se da a los procedimientos destinados a las personas cuya capacidad ha sido judicialmente modificada en lo relativo a la debida protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (Arts.59-60 LJV), quedando legitimado para promover el expediente el representante legal, sin necesidad de Procurador ni Abogado.

Y en lo concerniente a la necesaria autorización judicial para poder realizar actos de disposición sobre bienes y derechos (Arts. 61-66 LJV), se ha dotado al sistema de un mayor control del patrimonio de estas personas así como de tratar de evitar que se realicen actos de gravamen

⁴⁶ *Los procesos sobre capacidad de las personas*. Págs. 105-110.

⁴⁷ VV.AA. “*La protección jurídica de las situaciones de dependencia: estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*”, (Director del proyecto MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS), Comares, 1ª Edición, Albolote (Granada) 2007. ISBN: 978-84-9836-314-2.Pág. 223.

dispositivos de derechos y especialmente patrimoniales que perjudiquen a las personas con la capacidad modificada,⁴⁸ destacando la necesidad de intervención de Abogado y Procurador cuando el valor del acto a realizar sea superior a 6.000 euros (Art.62.3 LJV), fijándose como salvaguarda para que el destino de la cantidad obtenida sea utilizada para la finalidad solicitada en la autorización judicial la posibilidad que se atribuye al Juez para adoptar las medidas necesarias a tal fin (Art. 66 LJV).

3.1. EL PATRIMONIO PROTEGIDO

Con este término nos referimos al conjunto de medidas adoptadas para la creación de una masa patrimonial que queda vinculada a un régimen determinado y específico en cuanto a su administración y supervisión y que carece de una personalidad jurídica propia, pudiendo ser tan solo beneficiarios de este patrimonio aquellas personas con discapacidad en las que concurran unos concretos grados de minusvalía, tal y como se establece en el apartado II de la exposición de motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

De la ley 41/2003 destaca la búsqueda de la creación de este patrimonio para dotar a las personas con discapacidad de los medios económicos que les permita cubrir sus necesidades en atención a sus circunstancias vitales. Para poder conformar el patrimonio protegido de una persona no es necesario que esta haya visto limitada su capacidad por sentencia judicial, ya que basta con un certificado de minusvalía que manifieste el grado de discapacidad con el que cuenta.

Este patrimonio, a tenor de lo especificado en el artículo 3 de la ley, puede constituirlo “*la propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente*”. Por lo tanto, para ello es necesario que la persona beneficiaria sea capaz de entender y comprender el objeto de este negocio jurídico, ya que en caso contrario los notarios no permitirán la constitución de este patrimonio, pudiendo estar determinado el alcance de la capacidad para realizar esta actuación en la resolución judicial de limitación de la capacidad. Lo anterior debido a que si se ha incapacitado totalmente a la persona esta deberá ser representada por sus padres, tutores o curadores, estando facultado también el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica para instituirlo, siempre que esta no pueda hacerlo por sí solo.

⁴⁸ En lo referente a los contratos realizados por incapaces “de facto”, cuya capacidad no haya sido modificada, debe optarse por la nulidad de pleno derecho de sus actuaciones, puesto que estas personas no reúnen las características para prestar su consentimiento, tal y como exige el artículo 1261 CC. (Vid. *Incapacitación y mandato*. Pág. 113).

Todas las aportaciones que se realicen serán a título gratuito, pudiendo ser realizadas mediante actos ínter vivos o mortis causa, debiendo formalizarse la inscripción en escritura pública, y siendo conveniente determinar las siguientes actuaciones:

A) El constituyente debe donar bienes hasta el límite fiscal estipulado de la reducción.

B) Deben de especificarse los pagos dinerarios de manera anual que se van a efectuar hasta el límite indicado.

C) La realización de un testamento que permita incrementar el patrimonio protegido en aquella cantidad de dinero que el aportante considere.⁴⁹

La administración del patrimonio deberá de realizarse de la forma más rigurosa y diligente posible, quedando este extinto “*por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad*” (Art.6). Permaneciendo la supervisión de las actuaciones en manos del Ministerio Fiscal (Art.7) y otorgándosele publicidad registral a través de su constancia en el Registro Civil o en el Registro de la propiedad (Art. 8).⁵⁰

3.2. DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

En principio parece que una persona con la capacidad modificada por sentencia no puede realizar testamento, ya que no sería capaz de expresar su voluntad porque “*no se hallare en su cabal juicio*”, como dice el artículo 663 del Código Civil. A pesar de esto el artículo 666 CC dispone que para determinar la capacidad de quien otorga testamento se debe de atender “*únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento*”, por lo tanto el testamento prestado antes de la firmeza de la resolución judicial limitativa de la capacidad, y el efectivamente realizado en un momento donde se goce de la capacidad de entender y expresar la voluntad es perfectamente válido.

Resulta acertado que en la propia resolución en la que se limita la capacidad se permita a la persona cuya capacidad se limita parcialmente que otorgue testamento, por entender que reúne las

⁴⁹ *Los derechos de las personas con discapacidad*, Volumen II. Aspectos económicos y patrimoniales. ISBN: 978-84-96518-92-6. (Vid. Capítulo 21: El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: Blanca Estrena Palomero. Págs. 993, 999, 1001-1003,1008).

⁵⁰ Debe destacarse que la persona discapacitada a favor de la cual se constituya el patrimonio protegido además de ser titular del mismo debe de ser beneficiario exclusivo (Art. 2.1), por lo que no es posible constituir un patrimonio de este tipo a favor de varias personas, aunque ambas sean discapacitadas y familiares, por ejemplo en el caso de hermanos, ello probablemente para mantener la singularidad y garantizar los derechos de cada individuo. (Vid. *La protección jurídica del discapacitado II Congreso Regional*”, Coordinador: SERRANO GARCÍA, IGNACIO, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia 2007. Pág. 107-108).

capacidades naturales y específicas de la voluntad para poder testar, debido a que no se trata de estar en plenitud de condiciones mentales, sino de poseer tal capacidad en el momento en que se otorga, comprendiendo y queriendo efectivamente realizarlo.⁵¹ Cuando se habla de tener capacidad hay que referirse a tener la competencia para realizar un acto jurídico y asumir sus consecuencias, ya que una persona puede estar incapacitada para realizar por si misma ciertos actos y comprender perfectamente otros, debiéndose atender al concepto doctrinal de “capacidad natural” del incapaz, el cual la profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Coruña, Viviana García Llerena define como aquella que: “*es empleada para designar la valoración general sobre las posibilidades de autodeterminación de un sujeto*”.⁵²

En consecuencia, es posible que una persona con la capacidad modificada efectúe testamento, cuando tenga el raciocinio suficiente para disponer de sus bienes. Valoración efectuada en su caso por el forense mediante informe que deberá tener en cuenta el Juez a la hora de no limitar tal voluntad testadora en la sentencia de modificación de la capacidad. Y en última instancia capacidad que debe ser apreciada por el notario frente al que se manifieste la disposición testamentaria, puesto que en el caso de no disponer de ella el testamento será nulo de pleno derecho. Si bien al amparo de la regulación internacional en este ámbito, en la actualidad rara vez se limita en la sentencia la capacidad de testar.

Se ha introducido en la esfera de la discapacidad en el apartado cincuenta y seis de la disposición final primera de la Ley 15/2015, una modificación del artículo 681.2º CC, el cual excluía como testigos de los testamentos a las personas ciegas, y a las totalmente sordas y mudas, permitiéndose en la actualidad tal situación al quedar vacío de contenido el precepto para con ello acondicionar el Código Civil a las tratados internacionales en esta materia, pese a que está por ver si esto no puede chocar con el protocolo de entendimiento que debe seguirse en los procesos testamentarios sobre todo a nivel notarial

3.3. EL CONTRATO DE ALIMENTOS

En cuanto al contrato de alimentos hay que valorar los artículos 1791 a 1797 del Código Civil, entendiendo por estos aquellos que versan sobre la obligación del alimentante para con el alimentista de proporcionarle vivienda, manutención y alimento.

Lo anterior adquiere una mayor dimensión en lo que a las personas con discapacidad mental

⁵¹ GARCÍA LLERENA, VIVIANA. “*El mayor interés en la esfera personal del incapaz*”, Fundación PaideiaGaliza, 1ª Edición, La Coruña 2002, ISBN: 84-88871-20-1. Págs. 190-192.

⁵² *Ibidem*. Pág. 149.

se refiere, por tener muy complicado la obtención de recursos económicos con los que mantenerse, constituyendo una cuestión fundamental para sus familiares el asegurarles unas buenas condiciones de vida a través de algún tipo de renta vitalicia que afiance su futuro y evite una situación de desamparo o de precariedad económica.

La importancia de este contrato radica en la posibilidad que otorga a los padres de una persona discapacitada psíquica para que otorguen a su hijo los bienes muebles e inmuebles mediante una estipulación conferida a un tercero a beneficio de su hijo. Imaginemos el supuesto usual de padres mayores de setenta años y con un hijo discapacitado treinta años más joven, los cuales en previsión de su posible fallecimiento anterior a su hijo, buscan protegerle mediante la atribución de sus bienes a otra persona (amigo de la familia más joven que los progenitores), para que se encargue de la asistencia durante la vida de su hijo incapaz, a cambio de transmitirle una serie de capitales, ya sean bienes o derechos (Art.1791 CC). Estas concreciones en favor de un tercero devienen de lo dispuesto en el artículo 1257 CC, en virtud del cual *“éste puede exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada”*.

En caso de fallecimiento del obligado a prestar estos alimentos, es posible que estos sean abonados mediante el pago de una pensión o prestación (Art.1792 CC), a cargo de los fondos que poseyera el alimentante fallecido.⁵³ También existe como una de las obligaciones del cargo del tutor el garantizar al pupilo los debidos alimentos (sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación; Arts. 142 y 269 CC), pero no como una obligación directa derivada del cargo, sino como una búsqueda para que la prestación de los mismos sea efectiva.

Como medio para garantizar los alimentos, además de la retribución del cargo de tutor, el artículo 275 CC estipula una especie de “trueque” entre los frutos de los bienes del tutelado y los debidos de alimentos para el pupilo, fórmula que tan solo podrán reflejar los padres del incapaz y través de testamento, aunque quedando esto sometido a reserva judicial motivada.⁵⁴

Las figuras del contrato de alimentos y del patrimonio protegido se entrelazan al constituirse en ambos casos ingresos de capital para atender a las necesidades vitales del beneficiario, con la diferencia de que en el patrimonio protegido cuando la aportación no la realiza el beneficiario se trata de un negocio jurídico gratuito y si se hace en un contrato de alimentos se trata de un contrato oneroso, puesto que hay que cubrir el gasto originado al alimentante.⁵⁵

⁵³ RIVES SEVA, JOSÉ MARÍA. *“Procesos sobre la capacidad de las personas: Estudio de su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*, La Ley Grupo Wolters Kluwers S.A., 1ª Edición, Madrid 2009. ISBN: 978-84-8126-014-4. Págs. 209-210.

⁵⁴ *El tutor: Obligaciones y Responsabilidad*. Págs. 366-367.

⁵⁵ *Protección patrimonial de las personas con discapacidad: tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Pág. 227.

3.4. LA SUSTITUCIÓN DE LA VOLUNTAD DEL INCAPACITADO

La sustitución de la voluntad del incapaz debe de ser llevada a cabo por la persona que haya sido designada como representante legal, entendiendo esta como una facultad de complemento de la autonomía del incapaz, a tenor de lo dispuesto en el artículo 267 del Código Civil. A pesar de ello y tal y como se ha descrito en el presente, la doctrina actual es proclive a complementar la capacidad y no a sustituirla, por lo que tal regulación legal no se adecua de manera precisa.

En ocasiones la decisión que debe tomar el representante es de tal calado que es preceptiva la autorización judicial, aplicándose de manera analógica lo establecido en el artículo 162 CC para los padres que tienen la patria potestad de sus hijos menores no emancipados, exceptuándose aquellos que el hijo sea capaz de realizar por el mismo, de acuerdo con lo fijado en nuestra legislación.⁵⁶ Estos derechos que se quieren proteger tan estrictamente están determinados por todos aquellos personalismos e inherentes a la persona, como son: el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, a la libertad, a la intimidad, a la propia imagen, a no ser discriminado, etc.

La posibilidad de vulneración de uno de estos derechos no solo puede ser resuelta por la representación legal establecida, sino que es menester que el Ministerio Fiscal tenga conocimiento del asunto en busca de la protección del superior interés del incapaz. Es finalmente el Juez quien debe entrar a valorar los criterios que deben aplicarse para tomar una decisión concreta de esta índole, como podría ser la exposición de la persona con la capacidad limitada a un tratamiento médico que le albergase algún riesgo para sus derechos, salud o integridad (Ejemplo: Esterilización, u operación a vida o muerte cuya decisión y consecuencias sean difíciles de comprender para esta persona). Los criterios a valorar pueden clasificarse en:

A) Criterios Objetivos: 1) Determinar si la decisión tomada permite al incapaz el ejercicio de sus derechos.; 2) Valoración del beneficio actual o a futuro de la decisión.; 3) Posibilidades de perjuicio a nivel personal o patrimonial para el incapaz.; 4) Carácter reversible o no de la determinación tomada.; 5) Si cabe recuperación futura de la capacidad de obrar para poder tomar el incapaz esa decisión y.; 6) La influencia de la decisión para las condiciones de vida del incapaz.

B) Criterios Subjetivos: 1) Consideración de los deseos del incapaz, tanto antes de que su capacidad de obrar se viese limitada como en estos momentos.; 2) Conocimiento de la opinión del tutor/curador al respecto.; 3) Audiencia al incapaz para que manifieste su criterio.⁵⁷

Por tanto si partimos del contenido personal y patrimonial de la sentencia restrictiva de la capacidad queda patente que el Juez deberá fijar un régimen acorde a la realidad de cada sujeto,

⁵⁶ *El mayor interés en la esfera personal del incapaz.* Págs. 271-272.

⁵⁷ *Ibidem.* Págs. 332-334.

siendo este más o menos laxo en función de las necesidades de cada individuo.⁵⁸ Considerando hasta donde puede llegar la sustitución de la voluntad de la persona con la capacidad modificada (hay que matizar que esta no puede entrar en conflicto con aquellos actos que exigen de un contenido absolutamente único y personalísimo). Ejemplo: La posibilidad de que una persona con la capacidad limitada contraiga matrimonio es totalmente realizable, pues en nuestra legislación no se muestran más impedimentos que los dispuestos en el artículo 56 del Código Civil, como son que la persona que quiera contraer matrimonio acredite que cumple con los requisitos de capacidad exigidos por el Código y la exigencia de un dictamen médico en el supuesto de que alguno de los contrayentes padezca algún tipo de deficiencia psíquica que le impida prestar su consentimiento. Ello en base a que el matrimonio es un acto que depende de la autonomía de la voluntad y no puede ser sustituido tal consentimiento por la voluntad del tutor, del Juez o de terceros.⁵⁹

4. CONCLUSIONES

1.- El ordenamiento jurídico español se refería a la persona incapacitada reconocida como tal mediante sentencia judicial, pudiendo ser la incapacidad parcial o total, según se tratase de una falta radical y absoluta de la capacidad de obrar en el tráfico jurídico. Actualmente utiliza una terminología más adecuada refiriéndose a personas con la capacidad modificada o limitada, partiendo de un concepto de complementación de la capacidad natural de cada persona.

2.- No deben de confundirse los términos de incapacidad y discapacidad, pues el primero determina la falta de capacidad de obrar para actuar sea en el grado que sea, mientras la segunda se refiere a algún tipo de deficiencia bien sea física o mental. Todavía queda mucho por hacer y mejorar en el ámbito de la modificación de la capacidad de una persona, la sentencia debe de reflejar a la perfección la situación en la que se encuentra el individuo de forma individualizada y personal, acomodándola a sus necesidades y estado, pudiendo en su caso, actualizarse y ser revisada pues las capacidades de la persona pueden aumentar o disminuir con el paso de los años y hay que definir lo que la esta puede, y no, hacer y discernir, consiguiéndose de esta forma proponer las

⁵⁸ En nuestro ordenamiento prima la idea de establecer una presunción general de capacidad en favor del discapacitado, toda vez que el “trámite” de la certificación del grado de discapacidad no debe de ser óbice para que se vea alterada esta presunción. (Vid. *Incapacitación y mandato*. Págs. 88-89).

⁵⁹ Es en este punto donde hay que precisar si la persona cuenta con las suficientes aptitudes mentales para consentir, estando esto controlado por el funcionario del Registro a través de una entrevista previa al enlace. En principio se debe autorizar a su celebración, puesto que lo determinante es la realidad de la situación de la persona y no la limitación de la capacidad.

De ello se puede inferir que no solo puede casarse una persona que por sus padecimiento mentales tenga momentos de lucidez, sino que una persona con problemas psíquicos constantes también puede contraer matrimonio, siempre y cuando sus aquejamiento le faculten para gozar del entendimiento y la capacidad para llevar a cabo de forma valida y voluntaria el acto jurídico. (Vid. *El mayor interés en la esfera personal del incapaz*. Págs. 182-184).

medidas de apoyo adecuadas para mantener la libertad de decisión en su mayor expresión posible.

3.- A mi juicio en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, no se han realizado los suficientes cambios en el ámbito de la tutela, curatela, guarda de hecho y de la protección de las personas con discapacidad, puesto que la mayoría de las disposiciones ya estaban vigentes, si bien a nivel terminológico se ha adaptado a la realidad, no creo que solvente los principales problemas a nivel teórico y procedimental en este ámbito. No obstante la interpretación de los tribunales y la doctrina pueden aquilatar y perfeccionar el sistema, adaptándolo a la normativa internacional y a las necesidades concretas de la persona.

Al amparo de esta nueva reforma cobran importancia en los procesos de modificación de la capacidad los Secretarios Judiciales (hoy Letrados de la Administración de Justicia), como capataces de la tramitación y resolución, quizás por la saturación de los tribunales en nuestro país. Juiciosamente esta ley se refiere a la persona definida por las leyes anteriores: “incapacitada por sentencia” como “persona con capacidad modificada judicialmente”, dado que aunque sea un mero uso del lenguaje se está partiendo de una noción de capacidad, al amparo de lo establecido en la Convención de Nueva York, adaptando nuestro ordenamiento jurídico a la realidad y a las nuevas concepciones doctrinales a nivel internacional

4.- Las pretensiones de la Convención de Nueva York de las Naciones Unidas de 2006 son muy loables y protectoras de las personas con discapacidad y por ende a aquellas con la capacidad modificada, ya que han supuesto una nueva visión de estas personas reivindicando y protegiendo la autonomía a toda persona por ser esto lo que lo caracteriza como individuo. El articulado de la Convención aboga por la protección de sistemas de representación menos intrusivos, por lo que a tenor de este código normativo la figura de la tutela debería desaparecer del ordenamiento jurídico, favoreciéndose la fijación de la curatela, puesto que la tutela pretende sustituir la capacidad, y la normativa internacional en materia de derechos humanos habla de complementarla, primando la capacidad natural de la persona, atribuyéndose a estas personas una condición en la sociedad como sujetos titulares de derechos que no se tenía en las concepciones doctrinales pasadas, más restrictivas en lo referente a la autonomía personal.

5.- Resulta interesante desde el punto de vista de los familiares del incapaz, el hecho de asegurar el futuro del sujeto con la capacidad limitada cuando ellos falten, mediante la constitución de un patrimonio protegido o de un contrato de alimentos con un tercero, pues por desgracia el acceso al mundo laboral de estas personas es muy limitado, a pesar de que en materia de empleo se han impulsado políticas de discriminación positiva. En virtud de ello el Derecho ha ido articulando un entramado reconocedor de los derechos fundamentales de estas personas y a la vez protector con sus decisiones e intereses. A este respecto, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre,

por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, ha supuesto un nuevo impulso legislativo en esta línea.

6.- Especial mención merecen las entidades públicas y aquellas asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro encargadas de la protección de las personas con la capacidad limitada, quienes realizan con ellas trabajos sociales y fomentan su integración en la sociedad, a través de pisos tutelares donde atienden a los incapaces en situación de desamparo, complementando su capacidad en aquello que no puedan realizar por sí mismos. Realizando esta función en gran parte gracias a las subvenciones con cargo a fondos públicos, orquestándose esto mediante la declaración de utilidad pública de la asociación (Art. 32.1.e de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación), siempre que esta acredite debidamente su fin social y que su actividad de otra manera debería ser cubierta por el Estado.

7.- Es muy importante seguir de manera taxativa los pasos establecidos en la Ley en los procedimientos con personas con la capacidad limitada de por medio, al tratarse de procesos donde se pueden transgredir derechos fundamentales, velando por la defensa de los derechos de estas personas vulnerables e ir adoptando fórmulas para que la tramitación del proceso sea lo menos complejo posible, disminuyendo trámites y acumulando procedimientos en la medida de lo posible, en búsqueda de una respuesta más ágil y eficaz de la situación y por una cuestión de economía procesal que contribuya a no demorar la situación de fijación de los límites de la capacidad, pero no en términos absolutos, pues lo verdaderamente importante es que el procedimiento sirva para que la persona cuya capacidad se limita quede en las mejores condiciones para sus intereses.

Debe configurarse un sistema tendente a buscar medidas de complemento que permitan a la persona actuar por sí sola en aquello que le sea posible, tomando su propio criterio y voluntad como guía para determinar las actuaciones a desarrollar, resaltándose en el proceso el trámite de examen de la persona como máximo garante del respeto hacia su capacidad inherente como ser humano.

8.- Jurídicamente es complicado discernir y adaptar hasta donde es posible limitar la capacidad o para que actuaciones, a través de los patrones estipulados en los distintos textos legales vigentes, pues en este terreno cada persona es única en el sentido de que tiene un grado distinto de entendimiento, por lo que “etiquetar” a una persona dentro de un mecanismo o institución de complemento de la capacidad puede resultar problemático. Debido a ello los profesionales del Derecho deben ir adaptando nuevos sistemas alternativos partiendo de los tradicionales, por ejemplo nuevas formas de tutela (colectiva), y curatela, no siendo necesario tanto una revisión normativa como el asentamiento de una costumbre judicial de libertad de forma, basada en el ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales de nuestro sistema constitucional y la realidad social, que reconozcan la capacidad natural y personalísima de cada individuo.

9.- Mención crítica merece desde el punto de vista de la economía procesal y la celeridad del proceso las dificultades que plantea nuestra actual legislación para los supuestos de aceptación de la herencia y petición de venta de un bien en beneficio de un incapaz. Anteriormente se venía haciendo en el mismo acto y en la actualidad es necesario procesalmente discernirlo en dos actuaciones, provocando una dilatación del proceso. Cuestión que se suscita en casos en los que sea pertinente la venta de un bien de la persona con la capacidad modificada para asegurar su estabilidad financiera, como pudiera ser por ejemplo tras la muerte del padre/madre con la patria potestad prorrogada; quedando el heredero con la capacidad limitada sin recursos para poder mantenerse y debiendo esperar la imposición de nuevas medidas de apoyo para disfrutar de manera efectiva de los bienes hereditarios. No obstante esta separación de procesos pueda estar justificada en el sentido de tratar de no acumular procedimientos que puedan provocar que pasen inadvertidos detalles fundamentales en la esfera de la protección de las personas con la capacidad limitada en sentencia.

10.- Modificar la capacidad de una persona supone un procedimiento especial en el que deben adoptarse una serie de garantías para que la nueva situación a la que queda sometida se adapte a sus necesidades. La ley ha ido configurando a lo largo de estos años distintas instituciones destinadas a proteger al incapaz, tanto desde un punto de vista personal como patrimonial, pero aún es necesario realizar cambios en la normativa para conseguir una mayor integración de las personas con la capacidad limitada en nuestra sociedad y consolidar su situación jurídica en el Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, CRISTINA DE. *“Incapacitación y mandato”*, La Ley-Wolters Kluwer, 1ª Edición, Madrid 2008.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, MARÍA DEL CARMEN. *“La Nueva Posición del Tutor en la Legislación y en la Realidad Actual”*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Edición, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- CORTÉS DOMINGUEZ, VALENTÍN; MORENO CATENA, VICTOR. *“Derecho Procesal Civil. Parte Especial”*, Tirant lo Blanch 6ª Edición, Valencia 2012.
- GARCÍA LLERENA, VIVIANA. *“El mayor interés en la esfera personal del incapaz”*, Fundación Paideia Galiza, 1ª Edición, La Coruña 2002.
- GONZÁLEZ GRANDA, PIEDAD. *“Régimen Jurídico de la protección de la discapacidad por enfermedad mental”*, Reus S.A., 1ª Edición, Madrid 2009.
- IGLESIAS CANLE, INÉS; CANDAL JARRÍN, IGNACIO SANTIAGO. *“Los procesos sobre capacidad de las personas a las personas dependientes”*. *Especial referencia a las personas dependientes*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia 2009.

- PALACIOS, AGUSTINA. “*El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad-CERMI, Ediciones Cinca, 1ª Edición, Madrid 2008.
- PALOMINO DIEZ, ISABEL. “*El tutor: Obligaciones y Responsabilidad*”, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia 2006.
- RIVES SEVA, JOSÉ MARÍA. “*Procesos sobre la capacidad de las personas: Estudio de su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, La Ley Grupo WoltersKluwers S.A., 1ª Edición, Madrid 2009.
- SALAS MURILLO, SOFÍA DE, *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, Aranzadi S.A, 1ª Edición, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- SERRANO GARCÍA, IGNACIO: “*Protección patrimonial de las personas con discapacidad: Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*”, Iustel, 1ª Edición, Madrid 2008.
- “*Autotutela*”, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia 2012.
- VV.AA, “*Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas*”, (Coordinadores: AGUSTINA PALACIOS; MIGUEL ÁNGEL CABRA DE LUNA; FRANCISCO BARRIFFI), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 1ª Edición, Madrid 2007.
- VV.AA, “*Familia y discapacidad*, (Coordinación: SILVIA DIAZ ALABART), Colección Scientia Iuridica, Reus S.A, 1ª Edición, Madrid 2010.
- VV.AA, “*La defensa jurídica de las personas vulnerables: Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007*” (Director del Seminario: MANUEL-ÁNGEL MARTÍNEZ GARCÍA; Inauguración: JOSÉ MARQUEÑO DE LLANO), Thomson-Civitas, 1ª Edición, Cizur Menor (Navarra) 2008.
- VV.AA, “*La Perspectiva de Derechos Humanos de la Discapacidad*”, *Incidencia en la Comunidad Valenciana*, (Coordinadores: MARÍA DOLORES BLÁZQUEZ PEINADO; ISRAEL BIEL PORTERO), Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, Valencia 2012.
- VV.AA, “*La protección jurídica del discapacitado II Congreso Regional*”, (Coordinación y Prólogo IGNACIO SERRANO GARCÍA), Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia 2007.
- VV.AA, “*La protección jurídica de las situaciones de dependencia: estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*”, (Director del proyecto, JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ), Comares, 1ª Edición, Albolote (Granada), 2007.
- VV.AA, “*Los derechos de las personas con discapacidad*” (Director del proyecto JAVIER LAORDEN FERRERO; Coordinador JOSÉ LUIS TERREROS), Consejo General del Poder Judicial, 1ª Edición, Madrid 2007. Volumen I. (Aspectos jurídicos); Volumen II. (Aspectos económicos y patrimoniales).
- VV.AA, “*Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*”, (Coordinadora: SOFÍA DE SALAS MURILLO), Dykinson, 1ª Edición, Madrid 2013.
- VV.AA, “*Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*”, (Coordinador: MIGUEL ANGEL PRESNO LINERA), Institución de la Procuradora General del Principado de Asturias, 1ª Edición Oviedo 2013.
- VV.AA, “*Tratado sobre discapacidad*”, (Coordinadores: RAFAEL DE LORENZO GARCÍA; LUIS CAYO PÉREZ BUENO), Aranzadi S.A, 1ª Edición, Cizur Menor (Navarra), 2007.