Programa de Doctorado en Derecho
Escuela de Doctorado de la Universitat Jaume I

EL NOTARIO ANTE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS

**Memoria presentada por Joaquín Serrano Yuste para optar al
grado de doctor por la Universitat Jaume I**

DOCTORANDO:

JOAQUÍN SERRANO YUSTE

DIRECTOR:

AGUSTÍN VIGURI PEREA

Castellón de la Plana, noviembre 2020

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
AG	Asamblea General
AA.VV.	Autores varios
ALRD	Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad
ANCERT	Agencia Notarial de Certificación
AP	Audiencia Provincial
Apdo.	Apartado
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
AVD	Actividades de la vida diaria
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCom	Código de Comercio
CDPD	Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
CES	Consejo Económico y Social
Cfr.	Compárese
CGN	Consejo General del Notariado
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIDDM	Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías
CIEN	Centro de Información Estadística del Notariado

CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud
Cit.	Citado
CNUDN	Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño
CNUE	Consejo de los Notariados de la Unión Europea
COCEMFE	Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica
Coord.	Coordinador
Coords.	Coordinadores
Com.	Comentario
Comité CDPD	Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CP	Código Penal
CVDT	Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados
D	Decreto
d. C.	Después de Cristo
DDHH	Derechos humanos
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
Dir.	Director
Dirs.	Directores
Disp. adic.	Disposición adicional
Disp. derog.	Disposición derogatoria
Disp. fin.	Disposición final
Disp. trans.	Disposición transitoria
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
Ed.	Edición/editorial
Ej.	Ejemplo
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
ET	Estatuto de los Trabajadores
EVO	Equipos de Valoración y Orientación
Fasc.	Fascículo

FJ	Fundamento Jurídico
GNBP	Guía notarial de buenas prácticas
IAJD	Impuesto de Actos Jurídicos Documentados
IMSERSO	Instituto de Mayores y Servicios Sociales
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IP	Impuesto sobre el Patrimonio
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
ISD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
IT	Incapacidad temporal
ITPO	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
JEC	Junta Electoral Central
IVTM	Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica
LAAD	Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LC	Ley Concursal
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCGC	Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación
LCP	Ley sobre Colegios Profesionales
LCS	Ley de Contrato de Seguro
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LGT	Ley General Tributaria.
LH	Ley Hipotecaria
LHMPSD	Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión
LHN	Ley de Hipoteca Naval
LIONDAU	Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y

	accesibilidad universal de las personas con discapacidad
LIP	Ley del Impuesto sobre el Patrimonio
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LISMI	Ley de integración social de los minusválidos
LITP y AJD	Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
LJV	Ley de la Jurisdicción Voluntaria.
LMFAS	Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social
LMPFF	Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal
LMSPIA	Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
LMV	Ley del Mercado de Valores
LN	Ley del Notariado
LO	Ley Orgánica
LOMSPIA	Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
LOPDH	Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LORPM	Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores
LOTCC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LOPJM	Ley Orgánica de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo
LPACAP	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las

	Administraciones Públicas
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LPPD	Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad
LRC	Ley del Registro Civil
LRJAP	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administración Común.
LSC	Ley de Sociedades de Capital
MF	Ministerio Fiscal
N.º	Número
NNUU	Naciones Unidas
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM	Orden Ministerial
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONCE	Organización Nacional de Ciegos Españoles
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
P.	Página
Pp.	Páginas
Párr.	Párrafo
P. ej.	Por ejemplo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RAE	Real Academia Española
RC	Registro Civil
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDL	Real Decreto-Ley
RD Leg.	Real Decreto Legislativo

Reimp.	Reimpresión
RH	Reglamento Hipotecario
RN	Reglamento de la organización y régimen del Notariado
RP	Registro de Propiedad
RRC	Reglamento de la Ley del Registro Civil
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SS	Seguridad Social
S.	Siglo
Ss.	Siguientes
SJPI	Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TRLGDPD	Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social
TRLGSS	Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
UINL	Unión Internacional del Notariado Latino
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

EL NOTARIO ANTE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS

INTRODUCCIÓN	64
TEMA I.- EL NOTARIO	74
I.- CONCEPTO.....	74
1.- Concepto legal	74
2.- Concepto doctrinal.....	76
3.- Concepto notarial.....	77
II.- HISTORIA.....	79
1.- Antecedentes históricos	79
2.- Bolonia.....	81
3.- El notariado en España	82
4.- El notariado en la actualidad.....	84
III.- EL DOBLE CARÁCTER DEL NOTARIO.....	86
1.- El notario como funcionario	86
1.1.- Conceptuación normativa	86
1.2.- Singularidades	88
1.2.1.- Autonomía e independencia	88
1.2.2.- Retribución	88
1.2.3.- Legitimación.....	89
1.2.4.- Rogación.....	90
2.- El notario como profesional del derecho	90
2.1.- Conceptuación normativa	90
2.2.- Singularidades	91
2.2.1.- Pericia	91
2.2.2.- Competencia.....	92
2.2.3.- Asesoramiento	93
IV.- DOCUMENTO PÚBLICO	93
1.- Definición	93
2.- Regulación legal	96
2.1.- CC	96
2.1.1.- Art. 1216 CC	97
2.1.2.- Art. 1217 CC	97

2.1.3.- Art. 1218 CC	98
2.2.- LN	100
2.3.- RN	100
2.4.- LEC	102
3.- Clases	104
3.1.- Protocolares y no protocolares	104
3.2.- Art. 17 LN y 144 RN	105
3.2.1.- Escrituras	105
3.2.2.- Actas	105
3.2.3.- Pólizas	105
3.2.4.- Copias	106
3.2.5.- Testimonios y legalizaciones	106
3.2.6.- Legitimaciones	106
3.3.- La escritura	107
3.4.- Escrituras-actas	108
3.5.- Escrituras-pólizas	109
V.- LOS NOTARIOS Y LA SOCIEDAD	111
1.- Estadísticas	111
1.1.- Poder preventivo	113
1.2.- Autotutela	114
1.3.- Voluntades anticipadas	115
1.4.- Testamentos	115
2.- Valoración social	116
VI.- MIEMBROS	117
1. Notariado	117
2.- Cómo ser notario	118
VII.- ACTIVIDAD	120
1.- Por qué acudir	120
2.- Qué cuesta	121
3.- Beneficio social	122
VIII.- ACTIVIDAD INTERNACIONAL	124
1.- Consejo de los Notariados de la Unión Europea (CNUE)	124
2.- Unión Internacional del Notariado Latino (UINL)	124
IX.- FUNDACIÓN AEQUITAS	126

1.- La Fundación	126
2.- Fines.....	127
2.1.- Marco normativo.....	127
2.2.- Asesoramiento gratuito	128
TEMA II.- LA PERSONA Y LA PERSONALIDAD.....	129
I.- LA PERSONA	129
1.- Concepto	129
2.- Clases	129
II.- LA PERSONALIDAD	130
1.- Concepto	130
2.- Naturaleza jurídica.....	130
3.- Características	131
4.- Consecuencias jurídicas.....	131
5.- Derechos de la personalidad	132
III.- COMIENZO DE LA PERSONALIDAD INDIVIDUAL.....	133
1.- Teorías	133
2.- Sistema español	134
2.1.- Articulado.....	134
2.2.- Inscripción.....	135
IV.- EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD INDIVIDUAL.....	137
1.- Historia	137
2.- La muerte	138
3.- Inscripción	139
4.- Efectos jurídicos	140
4.1.- Ámbito personal y familiar	141
4.2.- Ámbito patrimonial.....	141
5.- Declaración de fallecimiento	142
5.1.- Concepto	143
5.2.- Art. 34 CC.....	144
5.3.- Requisitos.....	145
5.4.- Competencia, legitimación y postulación	146
5.5.- Procedimiento	147
5.6.- Efectos.....	148
5.7.- Cese de los efectos	150

5.8.- Inscripción.....	152
TEMA III.- LA EDAD	153
I.- CONCEPTOS BÁSICOS	153
1.- Definición	153
2.- La mayoría de edad.....	154
2.1.- Articulado.....	154
2.2.- Evolución histórica	154
2.3.- Efectos.....	155
II.- CAPACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD.....	156
1.- Tesis clásica de la incapacidad	156
2.- Tesis vigente de la capacidad	157
3.- Grados.....	160
3.1.- Sin edad.....	161
3.2.- 12 años	162
3.3.- 14 años	162
3.4.- 16 años	163
3.5.- Derecho de audiencia.....	164
4.- Efectos de los actos por ellos realizados.....	167
4.1.- Si carece de capacidad natural	167
4.2.- Si tiene capacidad natural	168
5.- Responsabilidad.....	169
5.1.- Responsabilidad penal.....	169
5.2.- Responsabilidad civil	170
6.- Suplencia de la falta de capacidad	171
III.- PATRIA POTESTAD	171
1.- Concepto de patria potestad.....	171
1.1.- Concepto y naturaleza.....	171
1.2.- Régimen jurídico.....	173
1.2.1.- Introducción.....	173
1.2.2.- Titularidad	174
1.2.3.- Ejercicio.....	176
1.2.3.1.- Conjunto	176
1.2.3.2.- Unilateral	177
a).- Con consentimiento	178

b).- Conforme al uso, circunstancias o por necesidad	178
c).- Desacuerdos en el ejercicio	179
d).- Defecto, ausencia, incapacidad e imposibilidad	180
e).- Falta de convivencia	180
f).- Separación, nulidad y divorcio	181
g).- Menores	182
1.2.4.- Límites generales al ejercicio de la patria potestad	183
2.- Efectos personales	184
2.1.- Deberes de los padres	184
2.1.1.- Velar por los hijos	184
2.1.2.- Tenerlos en su compañía	185
2.1.3.- Alimentarlos	187
2.1.4.- Educarlos y procurarles una formación integral.....	187
2.1.5.- Deber de corrección.....	189
2.2.- Deberes de los hijos	190
2.2.1.- Obediencia	190
2.2.2.- Respeto	190
2.2.3.- Contribución a las cargas familiares	191
3.- Efectos patrimoniales.....	191
3.1.- La representación de los hijos	191
3.1.1.- Consideraciones generales	191
3.1.2.- Excepciones a la representación legal	194
3.1.2.1.- Derechos de la personalidad	194
3.1.2.2.- Actos permitidos por las leyes	195
3.1.2.3.- Actos socialmente admitidos	196
3.1.2.4.- Conflicto de intereses	197
a).- Consideraciones generales	197
b).- Concepto	198
c).- Características	199
(i).- Realidad	199
(ii).- Concreción	200
(iii).- Actualidad	200
d).- Defensor judicial.....	201
e).- Aprobación judicial.....	203

f).- Resoluciones de la DGRN sobre el conflicto de intereses	204
(i).- Aceptación de la herencia	204
(ii).- Liquidación de sociedad conyugal	205
(iii).- Partición de la herencia	205
(iii) 1.- Partición realizada por los herederos	205
(iii) 2.- Partición efectuada por contador-partidor	207
(iv).- El usufructo del cónyuge viudo	208
(v).- Constitución de sociedad	208
(vi).- División de comunidad	209
3.1.2.5.- Contratos con prestaciones personales	209
3.2.- Administración de los bienes de los hijos	212
3.2.1.- Administración versus disposición	212
3.2.2.- Obligaciones de los padres	214
3.2.3.- Medidas de carácter judicial	215
3.2.4.- Rendición de cuentas	216
3.2.5.- Derechos de los padres	217
3.2.6.- Bienes excluidos de la administración de los padres	218
3.2.6.1.- Por orden expresa del disponente	218
a).- Supuesto	218
b).- Su extensión a la legítima	219
c).- Extensión y límites de la administración	221
3.2.6.2.- Los adquiridos en sucesión por desheredación o indignidad de los padres	222
3.2.6.3.- Los adquiridos por el mayor de dieciséis años con su trabajo e industria	223
3.3.- Disposición de los bienes de los hijos. Art. 166 CC	224
3.3.1.- Autorización judicial	224
3.3.1.1.- Causa justificada	224
3.3.1.2.- Carácter previo	225
3.3.2.- Actos sujetos a autorización judicial	225
3.3.2.1.- Renuncia de derechos	225
3.3.2.2.- Actos de enajenación y gravamen	226
a).- Bienes inmuebles	226
b).- Establecimientos mercantiles o industriales	228

c).- Objetos preciosos	228
d).- Valores mobiliarios.....	229
3.3.2.3.-Casos concretos	230
a).- Compraventa con hipoteca simultánea	230
b).- Enajenaciones a título gratuito. Donaciones.....	231
c).- Arrendamientos de bienes inmuebles	232
d).- Partición hereditaria.....	234
e).- Bien inmueble indivisible	234
f).- Cancelación de hipoteca.....	235
3.3.2.4.- Renuncia a las atribuciones gratuitas.....	235
a).- La renuncia a la herencia y al legado	235
b).- La no aceptación de donaciones	236
3.3.3.- Innecesaridad de la autorización judicial	237
3.3.3.1.- Consentimiento del mayor de dieciséis años	237
3.3.3.2.- Enajenación de valores mobiliarios	238
3.3.3.3.- Cancelación de hipoteca por pago	239
3.3.4.- Actos realizados sin licencia	239
3.3.4.1.- Doctrina	240
3.3.4.2.- Jurisprudencia	240
4.- Pérdida de la patria potestad	242
4.1.- Exclusión.....	242
4.1.1.- Exclusión originaria	243
4.1.2.- Exclusión derivativa o privación.....	243
4.1.3.- Características	243
4.1.3.1.- Excepcionalidad.....	244
4.1.3.2.- Reiteración del incumplimiento.....	244
4.1.3.3.- Provecho para el hijo	244
4.1.3.4.- Prueba suficiente.....	244
4.1.3.5.- Discrecionalidad judicial	245
4.2.- Suspensión	245
4.3.- Extinción	245
4.4.- La recuperación de la patria potestad.....	246
IV.- PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA.....	246
1.- Justificación	246

2.- La patria potestad prorrogada	248
3.- La patria potestad rehabilitada.....	248
4.- Régimen jurídico del ejercicio.....	250
5.- Extinción.....	252
V.- LA EMANCIPACIÓN	253
1.- Concepto	253
1.1.- Introducción	253
1.2.- Definición.....	253
1.3.- Inscripción.....	255
1.4.- Prestadores del consentimiento	256
1.5.- Contraposición de intereses	258
1.6.- Actos realizados sin consentimiento	259
2.- Clases.....	259
2.1.- Por la mayor edad	260
2.2.- Por concesión de los que ejercen de la patria potestad	260
2.3.- Por concesión judicial	262
2.4.- Por matrimonio del menor	263
2.5.- Emancipación tácita	263
2.5.1.- Concepto.....	263
2.5.2.- Diferencias con la emancipación formal	265
2.5.2.1.- Forma	265
2.5.2.2.- Revocabilidad	265
2.5.2.3.- Efectos con respecto a la patria potestad	266
2.5.2.4.- Efectos	266
2.6.- Por concesión de la patria	266
3.- Actos que precisan complemento de capacidad	267
3.1- Tomar dinero a préstamo	267
3.2.- Gravar o enajenar bienes inmuebles	269
3.3.- Gravar o enajenar establecimientos mercantiles o industriales	270
3.4.- Gravar o enajenar objetos de extraordinario valor.....	270
4.- Actos que no precisan complemento de capacidad	271
4.1.- Regla general.....	271
4.2.- Actos personales	271
4.2.1.- Nacionalidad.....	271

4.2.2.- Vecindad.....	272
4.2.3.- Progenitores.....	273
4.2.4.- Hijos	273
4.2.5.- Tutor	273
4.2.6.- Matrimonio	273
4.2.7.- Adoptar	274
4.3.- Actos patrimoniales.....	274
5.- Actos dudosos	275
5.1.- Aceptación y repudiación de herencias.....	276
5.2.- Partición	276
5.3.- Albaceazgo.....	276
5.4.- Mandato	277
5.5.- Arbitraje	277
5.6.- Aportaciones a la sociedad.....	278
5.7.- Patrimonio protegido.....	278
5.8.- Posponer hipotecas.....	279
5.9.- Compraventas con plazo aplazado	279
5.10.- Compraventa de bienes hipotecados	279
5.11.- Arrendamientos.....	280
6.- Capacidad procesal	280
7.- El beneficio de la mayor edad	282
VI.- LOS DERECHOS DE LOS MENORES	283
1.- Corriente legislativa.....	283
1.1.- Nacional	283
1.2.- Internacional.....	284
2.- LOPJM.....	286
2.1.- Exposición de motivos	286
2.2.- Ámbito de aplicación	289
2.3.- Interés superior del menor.....	289
2.4.- Instrumentos Internacionales	291
2.5.- Derechos del menor	291
2.6.- Derecho a ser oído.....	291
VII.- INTERRELACIÓN EDAD CAPACIDAD	292
1.- Legislación referida ambos conceptos.....	293

2.- Legislación referida solo a la edad	293
3.- Diferencias	295
TEMA IV.- LA CAPACIDAD	296
I.- CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR.....	296
1.- Introducción	296
2.- Tesis clásica	297
2.1.- Capacidad jurídica.....	297
2.2.- Capacidad de obrar.....	298
3.- Tesis de De Castro y Bravo	298
3.1.- Capacidad jurídica.....	298
3.2.- Capacidad de obrar.....	299
4.- Doctrina más reciente	300
5.- Presunción de capacidad.....	301
6.- Modalidades de la capacidad de obrar	303
6.1.- Capacidad natural y capacidad jurídica	303
6.2.- Capacidad de obrar suficiente	303
II.- CONSENTIMIENTO: VICIOS Y CONSECUENCIAS.....	304
1.- Los vicios del consentimiento	304
1.1.- El consentimiento.....	304
1.2.- Error	306
1.2.1.- Requisitos	306
1.2.2.- Clases de error	307
1.2.2.1.- En la declaración.....	307
1.2.2.2.- En los motivos	307
1.3.- Violencia e intimidación	308
1.3.1.- Configuración legal	308
1.3.2.- Requisitos	309
1.4.- Dolo.....	310
1.4.1.- Concepto.....	310
1.4.2.- Requisitos	312
1.4.3.- Consecuencias	313
2.- Personas que no pueden prestar consentimiento	313
2.1.- Capacidad para consentir y capacidad para contratar	313
2.2.- La capacidad de obrar del menor de edad	315

2.2.1.- El menor de edad no emancipado.....	315
2.2.2.- El menor emancipado o con el beneficio de la mayor edad	316
2.3.- La capacidad de obrar del incapacitado judicialmente	316
2.4.- La capacidad del incapaz natural	317
2.5.- El pródigo.....	318
2.6.- El concursado.....	318
3.- Consecuencias jurídicas.....	319
3.1.- Regulación	320
3.2.- Nulidad.....	320
3.3.- Anulabilidad.....	321
3.4.- Casos dudosos	322
3.4.1.- Incapaz no incapacitado	322
3.4.2.- Representantes legales.....	323
3.5.- Plazo de acción.....	323
3.5.1.- Art. 1301 CC	323
3.5.2.- Duración	324
3.5.3.- Prescripción o caducidad.....	324
3.5.4.- El <i>dies a quo</i> de cómputo	325
3.6.- Legitimación activa.....	325
3.7.- Especialidades de los incapacitados.....	326
3.8.- Confirmación del acto anulable	327
3.9.- Rescisión del contrato	329
III.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS.....	331
1.- Introducción.....	331
2.- Clasificación	332
3.- El estado civil	334
4.- Incapacidades, limitaciones y prohibiciones	335
4.1.- Incapacidades	335
4.2.- Limitaciones a la capacidad	335
4.3.- Prohibiciones.....	336
4.4.- Supuestos dudosos	337
5.- Incapacidad e incapacitación judicial	337
IV.- CDPD	338
1.- Idea general.....	338

2.- Futura reforma	340
3.- Situación actual.....	342
V.- PRESUNCIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR	343
1.- Presunción.....	343
2.- Excepciones	345
VI.- JUICIOS DE CAPACIDAD	346
1.- Incapacitación social.....	346
2.- Juicio notarial de capacidad.....	348
2.1- Concepto	348
2.2.- Legislación	349
2.2.1.- Escrituras públicas.....	349
2.2.2.- Documentos mercantiles	351
2.2.3.- Actas	351
2.2.4.- Testimonios	352
2.3.- Juicio técnico-jurídico y lógico.....	353
2.4.- Inmediatez	354
2.5.- Procedimiento judicial previo	356
2.6.- Presunción iuris tantum.....	356
2.7- Error	358
2.8.- Juicio negativo	359
2.9.- Ausencia.....	360
3.- Asistencia de terceros	360
3.1.- Norma especial testamentaria	360
3.2.- Reglas generales.....	361
3.3.- Certificado médico	362
3.3.1.- Juicio médico.....	362
3.3.2.- Test	365
3.3.2.1.- Test cognoscitivo de Lobo.....	365
3.3.2.2.- Test escala cognitiva Isaacs	367
3.3.2.3.- Cuestionario de Pfeiffer	368
VII.- ESTUDIO ESPECIAL DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR.....	369
1.- Idea general.....	369
2.- <i>Favor testamenti</i> . Art. 662 CC	371
2.1.- Significado	371

2.2.- Jurisprudencia	372
2.3.- Voluntad libre	375
3.- Incapacidad para testar	376
3.1.- Art. 663 CC	376
3.2.- Catorce años	377
3.2.1.- Edad	377
3.2.2.- Edad para testar <i>versus</i> edad para negocios jurídicos	378
3.3.- Cabal juicio	379
3.3.1.- Concepto	380
3.3.2.- Casuística	382
3.3.2.1.- Enfermedad	382
3.3.2.2.- La vejez	384
3.3.2.3.- La incapacidad física	385
a).- CC	385
b).- RN	386
c).- Aplicación expansiva	388
3.3.2.4.- El suicidio	389
3.3.2.5.- El enfadado	389
3.3.2.6.- El indeciso	390
3.3.2.7.- Vicios del consentimiento	390
a).- La violencia e intimidación	392
b).- El dolo o fraude	393
c).- El error en el consentimiento	394
d).- Consecuencias	395
3.3.2.8.- Influencia indebida o testador vulnerable	396
4.- Juicio notarial de capacidad testamentaria	397
4.1.- Notario	397
4.1.1.- Hacer el juicio de capacidad	398
4.1.2.- Hacerlo constar	399
4.2.- Facultativos	400
4.3.- Intentos de clasificación	402
4.4.- Presunción <i>iuris tantum</i>	403
5.- Momento en que ha de apreciarse la discapacidad	404
5.1.- Art. 666 CC	404

5.2.- Art. 664 CC	405
6.- Prueba de incapacidad	406
6.1.- Carga de la prueba.....	406
6.2.- Prueba clara.....	407
6.3.- Medios de prueba	409
6.4.- Competencia.....	411
7.- Nulidad del testamento	412
8.- Incapacitado. Art. 665 CC	414
8.1.- Incapacitado por sentencia	414
8.2.- Intervalo lúcido	415
8.3.- Contenido de la sentencia sobre la capacidad de testar	416
8.4.- El notario designa dos facultativos	417
8.5.- Que previamente le reconozcan	418
8.6.- No lo autorizará, sin que los facultativos respondan de su capacidad	419
TEMA V.- LA INCAPACITACIÓN	421
I.- PRINCIPIOS GENERALES.....	421
1.- Concepto	421
2.- Terminología.....	424
3.- Causas	426
3.1.- Enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas.....	427
3.2.- Persistentes.....	428
3.3.- Que incidan en el autogobierno	429
3.4.- La graduación de la limitación de capacidad	430
4.- Motivo.....	430
II.- PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR	431
1.- Introducción	431
2.- Juez competente.....	433
3.- Legitimación pasiva.....	433
4.- Legitimación activa	435
4.1.- Art. 757 LEC.....	435
4.2.- Facultad de denuncia.....	435
4.3.- Obligación de denuncia.....	436

4.4.- Facultad de promover.....	436
4.5.- Obligación de promover.....	436
5.- Medidas cautelares.....	437
5.1.- Personales.....	437
5.2.- Patrimoniales.....	438
5.2.1.- Administración o intervención judicial de bienes	438
5.2.2.- Anotación preventiva de la demanda	438
5.2.3.- Otras	438
6.- Procedimiento	439
7.- Prueba	439
7.1.- General	439
7.2.- Audiencia a los parientes más próximos.....	441
7.3.- Examen del presunto incapaz.....	441
7.4.- Dictamen pericial	442
8.- Sentencia.....	442
8.1.- Art. 760 LEC.....	443
8.2.- Extensión y límites de la incapacitación	443
8.2.1.- Extensión	443
8.2.2.- Actos concretos	445
8.2.2.1.- Derecho de sufragio	445
a).- LOREG	445
b).- Poderes electorales.....	447
8.2.2.2.- Esterilización del incapaz	449
8.2.2.3.- Testamento notarial	451
8.2.2.4.- Contraer matrimonio.....	451
8.2.2.5.- Contrato de trabajo	456
8.3.- Régimen de tutela o guarda.....	456
8.4.- Internamiento	456
8.5.- Inscripción.....	457
8.5.1.- RC.....	457
8.5.2.- RP	457
9.- Modificación de la incapacitación	458
9.1.- Art. 761 LEC.....	458
9.2.- Legitimación	459

9.3.- Sentencia	460
10.- Internamiento. Art. 763 LEC	461
III.- EFECTOS DE LA INCAPACITACIÓN	463
1.- Efectos	463
2.- Actos anteriores a la incapacidad	464
3.- Actos posteriores a la incapacidad.....	465
IV.- LA DECLARACIÓN DE PRODIGALIDAD	466
1.- Concepto	466
2.- Efectos	467
V.- LA CAPACIDAD DEL CONCURSADO Y DEL QUEBRADO	468
VI.- DISCAPACIDADES ADMINISTRATIVAS	471
1.- Introducción	471
2.- Reconocimiento administrativo del grado de discapacidad (a efectos sociales)	473
2.1.- Antecedentes	473
2.2.- Normativa aplicable	475
2.3.- Cambio terminológico.....	477
2.4.- Evaluación de la discapacidad	479
2.4.1.- Normas generales	479
2.4.2.- Actividades de la vida diaria	480
2.4.3.- Grado de discapacidad.....	480
2.4.3.1.- Concepto	480
2.4.3.2.- Grados de discapacidad	481
2.4.3.3.- Determinación del porcentaje de discapacidad.....	482
2.5.- Certificado de discapacidad	484
2.5.1.- Procedimiento.....	484
2.5.2.- Ejemplo de resolución	486
2.5.3.- Beneficios del certificado de discapacidad.....	488
3.- Incapacidad laboral	489
3.1.- Normativa aplicable	489
3.2.- Concepto	489
3.3.-Clases de incapacidad	490
3.3.1.- Incapacidad temporal.....	491
3.3.1.1.- Situaciones	491

3.3.1.2.- Prestación económica	492
3.3.2.- Incapacidad permanente	493
3.3.2.1.- Concepto	493
3.3.2.2.- Solicitud.....	493
3.3.2.3.- Grados	494
3.3.2.4.- Revisión	496
3.3.2.5.- Prestaciones económicas	497
4.- Incapacidad laboral <i>versus</i> discapacidad social.....	498
4.1.- Diferencias	498
4.2.- Derechos económicos	500
TEMA VI.- INSTITUCIONES DE GUARDA Y PROTECCIÓN DE LAS	
PERSONAS CON DISCAPACIDAD	501
I.- CONSIDERACIONES GENERALES	501
1.- Instituciones de protección	501
1.1.- Art. 215 CC	501
1.2.- CDPD	503
1.3.- Separación de la protección de la persona y los bienes	504
2.- Principios de las funciones tutelares	505
2.1.- Art. 216 CC	505
2.2.- Funciones tutelares como deber	505
2.3.- Beneficio del tutelado	505
2.4.- Control judicial	506
3.- Prohibiciones	508
3.1.- Art. 221 CC	508
3.2.- Recibir liberalidades	509
3.3.- Representar al tutelado	509
3.4.- Adquirir a título oneroso	511
4.- Excusa de cargos tutelares	511
4.1.- Normativa.....	511
4.2.- Causas de excusa.....	512
4.3.- Consecuencias.....	513
5.- Indemnización.....	515
6.- La inscripción de los cargos tutelares	516
II.- LA TUTELA	519

1.- En general	519
1.1.- Sujeción.....	519
1.1.1.- Menores no emancipados	519
1.1.2.- Incapacitados	520
1.1.3.- Cese de la patria potestad prorrogada.....	520
1.1.4.- Desamparo	520
1.2.- Nombramiento	522
1.3.- Controles	523
1.3.1.- MF	524
1.3.2.- Control judicial.....	525
1.4.- Autonomía de la voluntad	526
1.4.1.- Designación paterna	526
1.4.2.- Vinculación	528
1.4.3.- Privación de la patria potestad.....	528
1.4.4.- Disposición gratuita.....	529
1.5.- Promoción de la tutela.....	531
1.5.1.- MF-Juez.....	531
1.5.2.- Parientes-guardador	531
1.5.3.- Cualquier persona.....	532
2.- Delación.....	533
2.1.- Consideraciones generales	533
2.2.- Preferencia de los llamados a la tutela	534
2.2.1.- El designado por el tutelado	534
2.2.2.- El cónyuge	534
2.2.3.- Pareja de hecho.....	536
2.2.4.- Los padres.....	536
2.2.5.- Los designados por los padres	537
2.2.6.- Otros parientes.....	537
2.2.7.- Integración en la vida familiar.....	538
2.2.8.- El más idóneo	538
2.3.- Beneficio del tutelado	539
2.4.- Nombramiento y remoción de tutor	540
2.5.- Tutor único o múltiple.....	542
2.5.1.- Introducción.....	542

2.5.2.- Autotutela	543
2.5.3.- Tutela personal y patrimonial.....	543
2.5.3.1.- Personal.....	544
2.5.3.2.- Patrimonial.....	545
2.5.3.3.- Ambos.....	545
2.5.4.- Tutela plural	546
2.5.5.- Tutela de padre y madre	547
2.5.6.- Tutela de tíos	547
2.5.7.- Tutores designados por los padres.....	548
2.5.8.- Tutela mancomunada o solidaria.....	548
2.5.9.- Cese	550
2.5.10.- Varios hermanos.....	550
3.- Capacidad para ser tutor	551
3.1.- En general	551
3.2.- Personas jurídicas.....	552
3.2.1.- Posibilidad	552
3.2.2.- Pros y contras	554
3.2.2.1.- Ventajas	554
3.2.2.2.- Inconvenientes	554
3.2.3.- Requisitos	555
3.2.3.1.- Que no tenga ánimo de lucro	555
3.2.3.2.- Que tenga como finalidad la protección de menores e incapaces	556
3.2.4.- Excusas.....	557
3.2.5.- Modelos	558
3.2.5.1.- Público	558
3.2.5.2.- Privado	559
3.2.6.- Especialidades	559
3.3.- Causas de inhabilidad.....	561
3.3.1.- Privación de la patria potestad.....	562
3.3.2.- Suspensión de la patria potestad.....	563
3.3.3.- Los removidos de una tutela anterior	564
3.3.4.- Los privados de libertad	564
3.3.5.- Los condenados	565

3.3.6.- Personas con imposibilidad absoluta.....	565
3.3.7.- Los enemigos.....	566
3.3.8.- Personas de mala conducta.....	566
3.3.9.- Conflicto de intereses	566
3.3.10.- Los que tengan pleito	567
3.3.11.- Adeuden sumas.....	567
3.3.12.- Quebrados o concursados	567
3.3.13.- Los excluidos por los padres	568
3.3.14.- Dispensa paterna de la causa	569
3.4.- Nombramiento de tutor inhábil.....	570
3.5.- Remoción del tutor.....	571
3.5.1.- En general.....	571
3.5.2.- Procedimiento.....	572
3.5.3.- Suspensión provisional.....	573
3.5.4.- Nuevo tutor.....	574
3.6.- Excusa	574
3.6.1.- Concepto.....	574
3.6.2.- Persona física.....	574
3.6.3.- Persona jurídica	575
3.6.4.- Plazo	576
3.6.5.- Excusa sobrevenida	576
3.6.5.1.- Persona física	576
3.6.5.2.- Persona jurídica	577
3.6.5.3.- Momento de alegación.....	577
3.6.6.- Periodo transitorio	577
3.6.7.- Pérdida de lo dejado	578
3.6.8.- Nuevo tutor.....	578
4.- Ejercicio	579
4.1.- Toma de posesión.....	579
4.2.- Forma de ejercicio.....	580
4.3.- Obligaciones del tutor	580
4.3.1.- Fianza	581
4.3.1.1.- Prestación.....	581
4.3.1.2.- Modificación.....	582

4.3.1.3.- Cancelación.....	582
4.3.2.- Inventario.....	583
4.3.3.- Velar por el tutelado	583
4.3.4.- Procurar alimentos.....	584
4.3.5.- Educar al menor.....	585
4.3.6.- Promover la recuperación de la capacidad	585
4.3.7.- Rendición de cuentas.....	586
4.4.- Representación legal	586
4.4.1.- En general.....	586
4.4.2.- Actos concretos	588
4.4.2.1.- Pronunciamientos en la sentencia.....	588
4.4.2.2.- Actos personalísimos	588
a).- Separación y divorcio	589
b).- Contrato de trabajo	589
c).- Derecho al honor, intimidad y propia imagen	589
d).- Integridad física	590
4.5.- Administración.....	591
4.5.1.- Tutor	591
4.5.2.- Administrador.....	592
4.5.3.- Patrimonio protegido	592
4.6.- Autorización judicial.....	593
4.6.1.- Audiencia al tutelado.....	594
4.6.2.- Enajenación o gravamen	595
4.6.3.- Actos dispositivos inscribibles	596
4.6.4.- Renunciar derechos	597
4.6.5.- Transacción y arbitraje	598
4.6.6.- Herencias	598
4.6.7.- Gastos extraordinarios.....	599
4.6.8.- Demandas	599
4.6.9.- Arrendamientos	600
4.6.10.- Dar y tomar dinero a préstamo	601
4.6.11.- Disponer a título gratuito.....	602
4.6.12.- Cesión y adquisición de créditos	602
4.6.13.- Actos sin autorización judicial	602

4.6.14.- Partición y división de herencia	606
4.7.- Derechos.....	607
4.7.1.- Retribución	607
4.7.2.- Intereses.....	608
4.7.3.- Otros	609
5.- Extinción de la tutela	609
5.1.- Normativa.....	609
5.2.- De los menores de edad	610
5.3.- De los mayores de edad incapacitados.....	611
5.4.- Continuación de la tutela.....	611
5.5.- Cuenta general justificada.....	612
5.5.1.- Cuenta general	612
5.5.2.- Saldo	614
5.5.3.- Acciones	614
5.5.3.1.- Del tutor contra el tutelado	615
5.5.3.2.- Del tutelado contra el tutor	615
5.6.- Tutor heredero.....	615
6.- Tutela, guarda y acogimiento	616
6.1.- Tutela <i>ex lege</i>	616
6.1.1.- Articulado	616
6.1.2.- Desamparo.....	620
6.1.3.- Suspensión, privación de la patria potestad y de la tutela	622
6.1.4.- Jurisprudencia.....	623
6.1.5.- Personas con discapacidad	624
6.2.- Guarda por entidad pública	625
6.2.1.- Guarda <i>ex lege</i>	625
6.2.2.- Guarda voluntaria temporal.....	625
6.2.3.- Formas de ejercicio: familiar o residencial	627
6.2.4.- Acogimiento familiar	629
6.2.4.1.- Art. 173 CC.....	629
6.2.4.2.- Clases	631
a).- Acogimiento convencional	631
b).- Acogimiento judicial	632
6.2.5.- Modalidades de acogimiento familiar	632

6.2.5.1.- De urgencia	633
6.2.5.2.- Temporal	634
6.2.5.3.- Permanente	635
6.2.6.- Vigilancia del MF	635
III.- LA CURATELA	636
1.- Concepto	636
2.- Características	638
3.- Curatela de menores	639
4.- Curatela del pródigo	640
5.- Curatela del incapaz	642
6.- Aplicación de la normativa de la tutela	647
7.- Anulación	648
8.- Extinción de la curatela	648
IV.- EL DEFENSOR JUDICIAL	649
1.- Concepto	649
2.- Conflicto de intereses	651
2.1.- Supuestos	651
2.2.- Casos concretos	653
2.3.- El acto realizado sin defensor judicial	655
3.- No desempeño de las funciones por el tutor o curador	656
4.- Los demás casos previstos en el CC	657
5.- Defensor del desaparecido	658
6.- Defensor del presunto incapaz	659
7.- La defensa provisional	659
7.1.- Del Ministerio Fiscal	659
7.2.- Defensor judicial administrador	660
7.3.- Inscripción	661
8.- Procedimiento y legitimación	661
9.- Aplicación de normas tutelares	662
10.- Funciones	663
V.- LA GUARDA DE HECHO	664
1.- Concepto	664
2.- Tipos	666
2.1.- Personal	666

2.2.- Institucional: privada y pública.....	667
3.- Regulación jurídica en el CC.....	668
3.1.- Control judicial	669
3.1.1.- Personas ya incapacitadas	669
3.1.2.- Personas no incapacitadas	669
3.2.- Validez de los actos útiles.....	673
3.3.- Normas de la tutela: indemnizaciones	676
4.- Otras normas	677
4.1.- Patrimonio protegido.....	677
4.2.- Información de organismos públicos	678
4.3.- Peticiones en organismos oficiales	678
5.- Supuestos de guarda de hecho	679
5.1.- Supuestos claros.....	679
5.1.1.- Sustitución de la patria potestad	679
5.1.2.- Personas mayores	679
5.1.3.- Ausencia de tutor	680
5.1.4.- Pareja	680
5.2.- Supuestos dudosos	680
5.2.1.- Poderes preventivos.....	680
5.2.2.- Abuelos.....	681
5.2.3.- Autoridad judicial.....	681
6.- Reconocimiento y representación.....	682
6.1.- Reconocimiento	682
6.1.1.- Acta notarial de notoriedad	682
6.1.1.1.- Comprobaciones	682
6.1.1.2.- Procedimiento	683
6.1.2.- Modelos de entidades	684
6.1.3.- Jurisdicción voluntaria	684
6.1.4.- Medidas cautelares	685
6.1.5.- Certificación del director del centro residencial.....	685
6.1.6.- Decreto del MF.....	686
6.1.7.- Anotación en el RC	686
6.2.- Representación	687
7.- Ámbito de actuación	688

7.1.- Ámbito personal	688
7.2.- Ámbito patrimonial	689
8.- Desamparo	691
9.- Responsabilidad	692
9.1.- Originada por el guardador	693
9.2.- Originada por el guardado	693
10.- La guarda de derecho	695
10.1.- Legislación	695
10.2.- Supuestos	696
10.3.- Jurisprudencia	697
10.4.- Conclusión	698
11.- Extinción	700
12.- Ley de Dependencia	700
VI.- ART. 1377 CC	702
TEMA VII.- LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006, SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	703
I.- EL PROCESO FORMATIVO DE LA CONVENCIÓN	703
1.- Antecedentes	703
1.1.- Naciones Unidas	703
1.2.- Europa	707
1.3.- Necesidad de la CDPD	709
1.4.- Trabajos previos	710
2.- Participación de las personas con discapacidad	712
3.- Aprobación	713
4.- Conceptos	715
4.1.- Firma, ratificación y adhesión	715
4.2.- Reservas y declaraciones	716
5.- Incorporación de un tratado al ordenamiento interno	716
5.1.- Países monistas	717
5.2.- Países dualistas	718
II.- EL NUEVO MODELO DE LA CDPD	718
1.- Esencia de la CDPD	718
2.- Terminología	720

3.- Concepto de discapacidad.....	721
3.1.- Evolución.....	722
3.1.1.- CIDDM	722
3.1.2.- CIDDM-2.....	723
3.2.- Factores personales.....	725
3.3.- Factores del entorno	726
3.4.- Concepto de las Reglas de Brasilia	726
3.5.- Concepto de la CDPD	727
4.- Modelos de tratamiento de la discapacidad	728
4.1.- Modelo de prescindencia.....	728
4.2.- Modelo de beneficencia.....	729
4.3.- Modelo médico	730
4.4.- Modelo social	730
4.5.- Modelo de DDHH	732
III.- ESTRUCTURA DE LA CDPD	733
1.- Contenido.....	733
2.- DDHH de la CDPD	735
3.- Preámbulo	735
4.- Propósito	738
5.- Definiciones	739
IV.- PRINCIPIOS GENERALES.....	740
1.- Principio de autonomía	740
1.1.- Autonomía física	741
1.2.- Autonomía volitiva.....	742
2.- Principio de no discriminación	742
2.1.- Introducción.....	742
2.2.- Discriminación e igualdad.....	743
2.3.- Normativa de la CDPD.....	744
2.4.- Definición de la discriminación en la CDPD	746
2.4.1.- Distinción, exclusión o restricción	746
2.4.2.- Por motivos de discapacidad	746
2.4.3.- Propósito o efecto	747
2.4.4.- Reconocimiento, goce o ejercicio.....	747
2.4.5.- Igualdad de condiciones	747

2.4.6. Denegación de ajustes razonables	748
2.4.6.1.- En relación con la discriminación	748
2.4.6.2.- Definición.....	748
2.4.6.3.- Relación con la accesibilidad	749
2.4.6.4.- Problemas.....	750
2.5.- Formas de discriminación	750
2.5.1.- Discriminación <i>de iure</i> y <i>de facto</i>	750
2.5.2.- Discriminación directa e indirecta	751
2.5.3.- Discriminación múltiple	751
2.5.4.- Discriminación sistémica.....	751
2.5.5.- Acoso	752
2.5.6.- Trato diferenciado justificado.....	752
2.6.- Responsabilidad.....	752
2.6.1.- Estados	752
2.6.2.- Organizaciones internacionales y regionales.....	753
2.6.3.- Empresas privadas	753
2.6.4.- Proveedores de servicios.....	753
2.6.5.- Las personas y las familias	754
3.- Participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.....	754
4.- Respeto por la diferencia	755
5.- Igualdad de oportunidades	755
6.- La accesibilidad	755
7.- Igualdad entre el hombre y la mujer	756
8.- Evolución de los niños.....	756
V.- OBLIGACIONES.....	757
1.- Obligaciones generales	757
2.- Síntesis de las obligaciones generales	759
3.- Obligaciones positivas y negativas.....	759
4.- Respetar, proteger y cumplir.....	760
VI.- CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL ART. 12 CDPD	760
1.- Texto	760
2.- Consenso.....	761
3.- Explicación	763
3.1.- Art. 12.1 CDPD	763

3.2.- Art. 12.2 CDPD	763
3.3.- Art. 12.3 CDPD	764
3.3.1.- Apoyos	764
3.3.2.- Cambios en la situación	766
3.3.3.- Características	767
3.4.- Art. 12.4 CDPD	768
3.5.- Art. 12.5 CDPD	769
4.- Obligaciones respecto al art. 12 CDPD	770
5.- Relación del art. 12 CDPD con otros arts.	771
5.1.- Art. 5 CDPD	771
5.2.- Art. 6 CDPD	772
5.3.- Art. 7 CDPD	772
5.4.- Art. 8 CDPD	773
5.5.- Art. 9 CDPD	773
5.6.- Art. 13 CDPD	774
5.7.- Arts. 14, 17 y 25 CDPD	775
5.8.- Art. 19 CDPD	775
5.9.- Art. 22 CDPD	776
5.10.- Art. 29 CDPD	777
VII.- MEDIDAS DE APLICACIÓN	777
1.- Adoptar medidas	777
2.- Leyes, políticas y presupuestos	778
2.1.- Leyes	778
2.1.1.- Obligación de reformarlas	778
2.1.2.- Elementos para promover el cumplimiento	778
2.1.3.- Recursos efectivos	780
2.1.3.1.- Judiciales	780
2.1.3.2.- Otros	781
2.1.4.- Proceso	781
2.2.- Políticas	782
2.3.- Presupuestos	782
3.- Servicios inclusivos	783
3.1.- Prestación de servicios	783
3.2.- Clases	783

3.2.1.- Servicios generales	784
3.2.2.- Servicios de apoyo	784
3.2.3.- Servicios específicos.....	784
4.- Toma de conciencia y formación.....	784
5.- Investigación y desarrollo.....	785
6.- Información.....	786
7.- Seguimiento	786
7.1.- Concepto.....	786
7.2.- Características	787
VIII.- MECANISMOS DE APLICACIÓN Y SEGUIMIENTO.....	788
1.- Plano nacional.....	788
1.1.- Mecanismos.....	788
1.2.- Funciones.....	789
1.3.- Parlamentos	789
1.4.- Tribunales nacionales	790
2.- Plano internacional	791
2.1- El Comité CDPD	791
2.1.1.- Constitución.....	791
2.1.2.- Cooperación.....	792
2.1.3.- Relación con otros órganos.....	792
2.2.- Conferencia de los Estados Partes.....	792
3.- Informes al Comité	793
3.1.- Informes de los Estados.....	793
3.1.1.- Obligación de informar de los Estados.....	793
3.1.2.- Documentos que hay que preparar	795
3.1.3.- Contenido del documento específico.....	795
3.1.4.- Lista de cuestiones	796
3.1.5.- Observaciones finales	796
3.1.6.- Utilidades.....	797
3.2.- Informes alternativos	797
IX.- PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CDPD	798
1.- Introducción.....	798
2.- Alternativas.....	799
3.- El Comité	800

4.- Actuaciones.....	800
4.1.- Las comunicaciones	800
4.2.- La información fidedigna	801
5.- Beneficios del Protocolo facultativo.....	802
TEMA VIII.- EFECTOS DE LA CDPD EN ESPAÑA I.....	804
I.- SITUACIÓN ESPAÑOLA	804
1.- Principios constitucionales	804
2.- Art. 49 CE	805
3.- Situación jurídica actual de las personas con discapacidad	809
4.- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del CC en materia de tutela.....	811
5.- CDPD.....	812
6.- Correlación de los derechos fundamentales de la CE con la CDPD	814
II.- CONCEPTO DE CAPACIDAD.....	815
1.- División tradicional de la capacidad	815
2.- Unificación de capacidad.....	817
3.- Doctrina	818
3.1.- A favor	818
3.2.- En contra o con posturas intermedias	819
III.- TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	820
1.- Derecho de acceso a la justicia	820
2.- Buenas prácticas sobre el acceso a la justicia	821
IV.- MINISTERIO FISCAL	822
1.- La adaptación del MF a la CDPD	822
2.- Manual de buenas prácticas	824
2.1.- Fase preprocesal	825
2.1.1.- Acceso del ciudadano a la Fiscalía	825
2.1.2.- Diligencias preprocesales	825
2.1.2.1.- Fundamento.....	825
2.1.2.2.- Objeto.....	826
2.1.2.3.- Contenido	826
2.1.2.4.- Tramitación	827
2.1.3.- Informe médico previo	827
2.2.- Fase procesal	828
2.2.1.- Presentación de la demanda.....	828

2.2.2.- Contenido mínimo de la sentencia.....	831
2.3.- Fase de vigilancia y control del apoyo determinado	831
2.3.1.- En relación a la persona.....	831
2.3.2.- En relación al patrimonio.....	832
2.3.3.- Patrimonios protegidos	834
2.4.- Internamiento no voluntario	834
2.5.- Realidad social	835
2.6.- Conclusión del MF	835
V.- APLICACIÓN DIRECTA EN DERECHO ESPAÑOL	836
1.- Incorporación al ordenamiento interno.....	836
2.- Doctrina	840
2.1.- Aplicación directa.....	840
2.2.- Contrarios a ella.....	841
3.- Tribunales	842
3.1.- TC	842
3.1.1.- STC, de 14 de febrero de 2011	842
3.1.2.- STC, de 27 de enero de 2014.....	843
3.1.3.- ATC, de 28 de noviembre de 2016	844
3.1.4.- STC, de 27 de febrero de 2017	845
3.1.5.- STC, de 22 de enero de 2018.....	846
3.2.- TS	846
3.2.1.- STS, de 29 de abril de 2009.....	846
3.2.2.- STS, de 21 de septiembre de 2011.....	850
3.2.3.- STS, de 17 de julio de 2012.....	852
3.2.4.- STS, de 11 de octubre de 2012	854
3.2.5.- STS, de 24 de junio de 2013	855
3.2.6.- STS, de 30 de junio de 2014.....	856
3.2.7.- STS, de 30 de septiembre de 2014.....	857
3.2.8.- STS, de 27 de noviembre de 2014	857
3.2.9.- STS, de 13 de mayo de 2015	858
3.2.10.- STS, de 17 de diciembre de 2015	859
3.2.11.- STS, de 4 de abril de 2017.....	860
3.2.12.- STS, de 16 de mayo de 2017	860
3.2.13.- STS, de 27 de septiembre de 2017.....	862

3.2.14.- STS, de 11 de octubre de 2017	863
3.2.15.- STS, de 7 de febrero de 2018.....	863
3.2.16.- STS, de 3 de marzo de 2018	864
3.2.17.- STS, de 15 de marzo de 2018	865
3.2.18.- STS, de 15 de junio de 2018.....	865
3.2.19.- STS, de 19 de febrero de 2020.....	866
VI.- INCORPORACIÓN DE LA CDPD AL ORDENAMIENTO JURÍDICO	
ESPAÑOL	866
1.- Evolución de la situación.....	866
1.1.- Legislación	866
1.2.- Jurisprudencia.....	870
2.- Posiciones doctrinales sobre la reforma legislativa	873
2.1.- Clásica	873
2.2.- Contemporánea.....	875
3.- Informe del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010	877
3.1.- Antecedentes y justificación.....	878
3.2.- Competencias del Ministerio de Justicia	879
3.3.- Efectos de la CDPD en la capacidad jurídica.....	880
3.3.1. - Adaptación necesaria	880
3.3.2.- CC	882
3.3.2.1.- Heredar	882
3.3.2.2.- Testar.....	883
3.3.2.3. - Matrimonio.....	884
3.3.2.4.- Tener hijos y ejercer la patria potestad	884
3.3.3.- CCom.....	885
3.3.4.- LEC.....	886
3.3.5.- LRC.....	888
3.3.6.- LN	888
3.3.7.- LOTJ	889
3.3.8.- CP	890
3.3.9.- Proceso penal	891
3.3.10.- Otros	891
4.- Adaptación legislativa efectuada	891

4.1.- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.....	892
4.2.- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD	892
4.2.1.- Preámbulo	893
4.2.2.- Disposiciones	896
4.3.- RD 1276/2011, de 16 de septiembre de adaptación normativa a la CDPD.....	897
4.4.- RD 1/2013, de 11 de enero	898
4.5.- RD Leg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.....	898
4.6.- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del CP ...	898
4.7.- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.....	900
4.7.1.- Preámbulo	900
4.7.2.- Modificaciones del CC por la LJV	901
4.7.2.1.- Matrimonio.....	902
4.7.2.2.- Patria potestad	905
4.7.2.3.- Acogimiento.....	905
4.7.2.4.- Adopción.....	905
4.7.2.5.- Tutela	906
4.7.2.6.- Defensor judicial	907
4.7.2.7.- Emancipación.....	907
4.7.2.8.- Testigos de testamentos	908
4.7.2.9.- Incapacidad para suceder	908
4.7.2.10.- Partición	908
4.8.- LO 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la LOTJ	909
4.8.1.- Preámbulo	909
4.8.2.- Modificaciones de la LOTJ	910
4.9.- LO 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la LOREG	911
4.9.1.- Preámbulo	912
4.9.2.- Modificaciones de la LOREG	913
4.9.3.- Problema notarial.....	914

4.9.3.1.- Acuerdo de la JEC.....	914
4.9.3.2.- Posición negativa	915
4.9.3.3.- Posición positiva	916
5.- Declaraciones y propuestas oficiales	916
6.- Informe de 2011 sobre España del Comité CDPD	918
6.1.- Aspectos positivos	919
6.2.- Motivos de preocupación y recomendaciones.....	919
7.- Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España	920
7.1.- Aspectos positivos.....	920
7.2.- Motivos de preocupación y recomendaciones.....	921
9.- Fallos del sistema español	923
9.1.- Tradición inmovilista jurídica y social.....	924
9.2.- Modelo médico	925
9.3.- Minusvaloración del derecho internacional	925
9.4.- Primacía del principio de protección	926
9.5.- Incapacitación	927
9.6.- Sustitución representativa	928
9.7.- Actos personalísimos	929
9.8.- Falta de patrimonio	929
9.9.- Confusión legislativa.....	930
9.10.- Terminología.....	930
9.11.- Dificultades de comunicación entre la doctrina civilista y el mundo de la discapacidad	932
9.11.1.- Diálogo civil	932
9.11.1.1.- Concepto	932
9.11.1.2.- Organizaciones.....	934
9.11.2.- Diálogo en el derecho civil	935
9.12.- Falta de medios	936
TEMA IX.- EFECTOS EN ESPAÑA DE LA CDPD II	937
I. REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL.....	937
1.- Pautas de la reforma.....	937
1.1.- Principios esenciales.....	937
1.2.- Terminología.....	937

1.3.- Modelo social y de DDHH.....	938
1.4.- Concepto de discapacidad y de persona con discapacidad	938
1.5.- Igual capacidad jurídica	938
1.6.- Derogación de la incapacitación	939
1.7.- Procedimiento e instituciones tuitivas.....	939
1.8.- Apoyos	939
1.9.- Menor de edad.....	941
1.10.- Individualización.....	942
1.11.- Temporalidad	942
1.12.- Guarda de hecho.....	942
1.13.- Margen de actuación	943
1.14.- Actuación conjunta	943
1.15.- Actos personalísimos	943
1.16.- Negocios jurídicos.....	944
1.17.- Prevención de abusos	944
1.18.- Acceso a la justicia y a las administraciones públicas	945
1.19.- Planificación y autoprotección.....	946
1.20.- Patrimonio protegido.....	947
1.21.- Responsabilidad civil	948
1.22.- Responsabilidad penal.....	948
1.23.- RC	949
1.24.- Régimen transitorio.....	949
2.- Propuesta de reforma	949
2.1.- Presentación.....	950
2.2.- Situación de partida	951
2.3.- Impacto de la CDPD.....	952
2.4.- Sistema de provisión de apoyos	955
2.5.- Procedimiento de provisión de apoyos.....	956
2.5.1.- Concepto y tipos de apoyos	956
2.5.2.- Inicio del procedimiento	958
2.5.3.- Cauce procesal	958
2.6.- Medios humanos y materiales que la modificación requiere	959
II.- SITUACIÓN ACTUAL.....	960
1.- Proceso de adaptación.....	960

2.- Congreso de los Diputados	962
2.1.- Declaración del Gobierno	962
2.2.- Ministra de Sanidad	962
3.- Plan Anual Normativo 2018	963
4.- Consulta a la CGC	963
5.- Consulta pública	964
5.1.- Problemas que se pretenden solucionar	964
5.2.- Necesidad y oportunidad	965
5.3.- Objetivos de la norma	965
5.4.- Soluciones alternativas	966
5.5.- Aportaciones	966
5.5.1.- Realizadas por personas físicas	966
5.5.2.- Realizadas por instituciones, fundaciones, asociaciones, comités y federaciones	968
5.5.3.- Aportaciones del CERMI	972
5.5.3.1.- Comprobaciones	972
5.5.3.2.- Rasgos básicos	973
5.5.3.3.- Intervención mínima	974
5.5.3.4.- Personas objeto del procedimiento de provisión de apoyos	974
5.5.3.5.- Partes intervinientes del procedimiento	975
5.5.3.6.- Carácter negociado	975
5.5.3.7.- Resolución sobre apoyos	975
5.5.3.8.- Gestor de apoyos	975
5.5.3.9.- Contenido y graduación de los apoyos	976
5.5.3.10.- Salvaguardias	977
5.5.3.11.- Revisión periódica	977
5.5.3.12.- Supervisión	977
5.5.3.13.- Publicidad registral	977
5.5.3.14.- Supresión de instituciones análogas	978
5.5.3.15.- Revisión de situaciones preexistentes	978
5.5.3.16.- Seguimiento gubernativo	978
5.5.3.17.- Otras reformas del derecho civil	979
5.5.4.- Aportaciones del Instituto de DDHH Bartolomé de las Casas	979

6.- Información del Consejo de Ministros	982
III.- ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD	983
1.- Exposición de motivos.....	983
1.1.- Adecuación de nuestro ordenamiento jurídico.....	983
1.2.- Composición	985
1.3.- CC	986
1.4.- Otras normas	989
1.5.- LEC	990
1.6.- LJV.....	992
1.7.- Derecho transitorio.....	993
2.- Análisis de impacto normativo	993
2.1.- Oportunidad de la propuesta	993
2.1.1.- Motivación.....	993
2.1.2.- Objetivos perseguidos.....	996
2.1.3.- Adecuación a los principios de buena regulación.....	997
2.1.4.- Análisis de alternativas	998
2.1.5.- Inclusión en el Plan Anual Normativo 2018.....	998
2.2.- Contenido y análisis jurídico de las novedades.....	999
2.2.1.- Reforma del CC	999
2.2.1.1.- Tutela	999
a).- Objeto y constitución de la tutela	999
b).- Tutor.....	1000
c).- Ejercicio de la tutela	1001
d).- Extinción de la tutela.....	1001
e).- Adaptación de las instituciones de apoyo al menor	1001
2.2.1.2.- Medidas de apoyo	1001
a).- En general.....	1001
b).- Instituciones de apoyo.....	1002
(i).- Guarda de hecho	1002
(ii).- Curatela.....	1003
(iii).- Defensor judicial.....	1004
c).- Poderes y mandatos preventivos	1005
2.2.1.3.- Prodigalidad	1005

2.2.1.4.- Disposiciones comunes	1005
2.2.2.- Reforma de la LH	1005
2.2.3.- Reforma de la LEC	1006
2.2.4.- Reforma de la LRC	1007
2.2.5.- Reforma de la LJV	1008
2.2.6.- Entrada en vigor, vigencia de la norma y rango normativo..	1009
2.3.- Análisis de impactos	1010
2.3.1.- Impacto económico.....	1010
2.3.2.- Impacto presupuestario	1011
2.3.3.- Cargas administrativas.....	1013
2.3.4.- Impacto por razón de género	1014
2.3.5.- Impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal	1014
2.3.6.- Impacto en la familia y en la infancia.....	1017
2.4.- Descripción de la tramitación y consultas	1017
3.- Observaciones del CERMI	1018
IV.- ANÁLISIS CRÍTICO.....	1020
1.- Terminología.....	1021
2.- Derecho notarial.....	1023
3.- Medidas de apoyo	1025
3.1.- Disposiciones generales	1025
3.2.- Medidas preventivas.....	1028
3.2.1.- Poderes preventivos	1030
3.2.2.- Las directivas anticipadas	1034
3.2.3.- La autotutela.....	1034
3.2.4.- Forma	1035
3.2.5.- Inscripción	1036
3.2.6.- Contenido.....	1037
3.2.7.- Extinción.....	1038
3.3.- La guarda de hecho.....	1038
3.4.- La tutela	1040
4.- Autonomía de la voluntad <i>versus</i> mayor interés.....	1042
5.- La prodigalidad	1043
6.- Régimen procesal.....	1044

7.- Régimen transitorio	1045
7.1.- Disp. Trans. 1ª	1046
7.2.- Disp. Trans. 2ª	1046
7.3.- Disp. Trans. 3ª	1047
7.4.- Disp. Trans. 4ª	1047
7.5.- Disp. Trans. 5ª	1048
8.- Impacto presupuestario	1048
V.- INFORMACIÓN PÚBLICA E INFORMES	1048
1.- Audiencia e información pública.....	1048
2.- Informes	1049
2.1.- Consejo Económico y Social.....	1049
2.2.- CGPJ.....	1054
2.2.1.- Informe	1054
2.2.2.- Situación actual.....	1061
2.2.3.- Crítica	1061
VI.- DERECHO COMPARADO	1062
1.- Francia	1063
2.- Alemania.....	1065
3.- Italia	1066
4.- Bélgica	1068
5.- Suiza	1068
6.- Austria.....	1069
7.- Portugal.....	1070
8.- Irlanda	1070
9.- Argentina	1071
10.- Perú	1071
11.- Brasil.....	1071
TEMA X.- EL NOTARIO ANTE LA CDPD	1073
I.- EL NOTARIO Y EL ART. 12 DE LA CDPD.....	1073
1.- Nuevo modelo de capacidad.....	1073
2.- Implicación notarial en la aplicación de la CDPD.....	1073
2.1.- Diversos criterios notariales.....	1073
2.2.- Aplicación jurídico práctica	1075
3.- Intervención ante el notario de una persona con discapacidad	1078

3.1.- Procurar su intervención	1078
3.2.- Controlar la capacidad de su intervención	1079
3.2.1.- Capacidad modificada judicialmente	1080
3.2.2.- Capacidad no modificada judicialmente	1081
3.2.2.1.- Capacidad natural	1081
3.2.2.2.- Interés de la persona con discapacidad	1082
3.2.2.3.- Apoyos	1083
4.- Comparecencia de los apoyos a la persona con discapacidad	1083
4.1.- Resolución judicial previa.....	1083
4.1.1.- Tutela.....	1085
4.1.2.- Curatela	1085
4.1.3.- Defensor judicial	1085
4.1.4.- Patria potestad prorrogada o rehabilitada	1086
4.2.- Guardador de hecho	1086
4.3.- Normativa para la accesibilidad notarial.....	1087
4.4.- Intervenciones novedosas	1088
4.5.- Testigos de asistencia.....	1090
4.6.- Necesidad de reforma.....	1091
II.- JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD TRAS LA CDPD	1092
1.- Consideraciones generales.....	1092
2.- Ley 14/2000	1094
3.- Informe de la Relatora Especial.....	1095
4.- Conclusiones de la Circular del Ilustre CN de las Islas Canarias	1096
III.- CONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL	1097
1.- Sentencia.....	1097
2.- Reconocimiento oficial (Resolución sobre el Grado de Discapacidad)	1097
3.- Otros informes	1098
4.- Ausencia de documentos acreditativos	1099
5.- Entrevista reservada. Particularidades	1099
6.- Indicios falsos	1100
7.- Acceso al RC	1101
IV.- CONCLUSIONES DEL CONSEJO DE EXPERTOS SOBRE LA CDPD Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN ESPAÑA	1104
1.- Norma general	1105

2.- Acceso a la justicia	1106
3.- Accesibilidad	1107
4.- Especialización	1109
5.- Protocolo de actuación en caso de comparecencia de una persona con discapacidad en una oficina o dependencia jurídica del Estado	1111
5.1.- Dependencia jurídica del Estado.....	1111
5.2.- Acreditación de la situación de discapacidad personal.....	1111
5.3.- Capacidad suficiente y propia	1112
5.4.- Apoyos voluntarios o informales	1112
5.5.- Apoyos obligatorios o forzosos.....	1113
5.6.- Régimen jurídico especial de determinados bienes	1114
5.7.- Prevención de influencias indebidas y abusos	1114
5.8.- Actuaciones.....	1114
5.8.1.- Actuación por tercero sin la persona con discapacidad.....	1114
5.8.2.-Actuación por la persona con discapacidad mayor de edad	1115
5.8.2.1.- Persona con discapacidad con apoyos obligatorios	1115
5.8.2.2.- Persona con discapacidad sin apoyos obligatorios	1116
5.8.2.3.- Actuación directa de persona con discapacidad	1116
a).- Consentimiento suficiente.....	1116
b).- Apoyos institucionales.....	1118
5.8.3.- Regímenes especiales	1120
5.8.4.- Prevención de influencias indebidas, conflicto de intereses y abuso	1120
5.8.5.- Acreditación de la situación de discapacidad.....	1121
V.- GUÍA NOTARIAL DE BUENAS PRÁCTICAS	1122
1.- Impacto de la CDPD en la actividad notarial	1122
1.1.- Realidad actual.....	1122
1.2.- Recomendación de la Asamblea	1123
1.3.- Apoyo institucional notarial.....	1124
1.4.- Recomendaciones para la accesibilidad jurídica.....	1126
1.5.- Asesoramiento.....	1127
1.5.1.- Información	1127
1.5.2.- Consejo	1127
1.5.3.- Asistencia	1127

1.5.4.- Asesoramiento estricto	1128
2.- Consentimiento informado	1128
2.1.- Juicio de capacidad y comprensión.....	1128
2.2.- Supuestos	1130
2.2.1.- Personas con resolución judicial de incapacitación	1130
2.2.2.- Personas con discapacidad sin incapacitar	1131
2.2.2.1.- Situación mayoritaria.....	1131
2.2.2.2.- Recomendaciones	1132
3.- Reformas necesarias	1133
3.1.- Dotar de seguridad jurídica.....	1133
3.2.- Características del nuevo sistema	1134
4.- Conclusión	1136
VI.- PAUTAS PARA EL ACCESO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LAS NOTARÍAS	1137
1.- Generales	1137
1.1.- Actitud general	1138
1.2.- Implementar el diseño universal	1139
1.3.- Facilitar la comparecencia	1139
1.4.- Proporcionar apoyos y hacer ajustes razonables.....	1140
1.5.- Tener comunicación personalizada.....	1140
1.6.- Capacitación.....	1141
2.- Concretas	1142
2.1.- Sobre la movilidad	1142
2.1.1.- Barreras	1142
2.1.2.- Criterios de accesibilidad	1142
2.1.3.- Ajustes razonables.....	1143
2.2.- Sobre la visión.....	1143
2.2.1.- Barreras	1144
2.2.2.- Criterios de accesibilidad	1144
2.2.3.- Ajustes razonables.....	1144
2.3.- Sobre la audición.....	1145
2.3.1.- Barreras	1146
2.3.2.- Criterios de accesibilidad	1146
2.3.3.-Ajustes razonables.....	1147

2.4.- Sobre el lenguaje, voz y habla	1148
2.4.1.- Barreras	1148
2.4.2.- Criterios de accesibilidad	1148
2.4.3.- Ajustes razonables	1148
2.5.- Sobre la discapacidad intelectual	1149
2.5.1.- Barreras	1149
2.5.2.- Criterios de accesibilidad	1149
2.5.3.- Ajustes razonables	1150
3.- Lograr la seguridad jurídica.....	1151
VII.- SITUACIÓN DEL NOTARIO QUE AUTORIZA UN DOCUMENTO A UNA PERSONA QUE POSTERIORMENTE ES DECLARADA INCAPAZ.....	1153
1.- Querella.....	1153
2.- Delitos imputados	1155
3.- Juicio de capacidad	1156
4.- Auto de sobreseimiento del juzgado de instrucción	1158
5.- Auto de sobreseimiento de la Audiencia Provincial. Sección penal	1160
TEMA XI.- ACTOS NOTARIALES DE PROTECCIÓN DEL INCAPAZ I: PROTECCIÓN POR ACTOS <i>INTER VIVOS</i>	1164
I.- INTRODUCCIÓN	1164
II.- AUTOTUTELA.....	1166
1.- Concepto	1166
2.- Clases	1170
2.1.-Autotutela positiva	1170
2.2.- Autotutela negativa.....	1170
3.- Otras disposiciones	1171
3.1.- Varios	1171
3.2.- Arts. 271 y 272	1172
3.3.- Inventario y fianza.....	1173
3.4.- Art. 221 CC	1174
4.- Defensor judicial y otros.....	1174
5.- Forma.....	1175
6.- Publicidad	1176
7.- Menores no emancipados	1176
III.- APODERAMIENTO PREVENTIVO	1178

1.- Concepto	1178
2.- Clases	1180
2.1.- Poder ordinario prorrogado	1180
2.2.- Poder para incapacidad	1181
2.3.- Incapacitación judicial	1181
2.4.- Discapacidad natural	1182
2.5.- Incapacitación y discapacidad	1184
3.- Contenido	1185
4.- Control	1186
5.- Terminación del mandato	1187
6.- Apoderamiento preventivo y autotutela	1189
7.- Forma	1190
8.- Efectos	1191
9.- Copias	1193
IV.- VOLUNTADES ANTICIPADAS	1193
1.- Concepto y regulación legal	1193
2.- Contenido	1197
2.1.- Salud	1197
2.2.- Destino del cuerpo	1199
2.3.- Representante	1199
3.- Forma	1200
4.- Publicidad	1201
5.- Efectos	1204
V.- DONACIÓN	1204
1.- Concepto	1204
2.- Naturaleza jurídica	1206
2.1.- Normativa	1206
2.2.- Acto dispositivo	1207
3.3.- Contrato	1208
3.- Elementos personales	1210
3.1.- Capacidad para hacer donaciones	1210
3.1.1.- En general	1210
3.1.2.- Menores no emancipados	1210
3.1.3.- Menores emancipados	1211

3.1.4.- Tutela y curatela	1212
3.1.5.- Incapacitación judicial	1212
3.1.6.- Pródigo.....	1213
3.1.7.- Concursado	1213
3.1.8.- Ausente	1213
3.1.9.- Cotitularidad	1214
3.1.10.- Personas jurídicas	1214
3.2.- Capacidad para aceptar donaciones.....	1214
3.2.1.- En general. Donaciones puras y simples	1215
3.2.2.- Donaciones condicionales u onerosas	1216
3.2.2.1.- Capacidad para contratar.....	1216
3.2.2.2.- Casos	1217
3.2.2.3.- Representación o asistencia	1218
3.2.3.- Nasciturus y concepturus	1218
3.2.4.- Personas inhábiles.....	1219
3.3.- Repudiación de las donaciones.....	1221
3.3.1.- Personas físicas	1221
3.3.2.- Personas jurídicas	1221
4.- Elementos reales	1222
4.1.- Objeto	1222
4.1.1.- Cosa	1222
4.1.2.- Nuda propiedad y usufructo.....	1223
4.1.3.- Bienes futuros	1223
4.2.- Cuantía.....	1224
4.2.1.- Alimentos.....	1224
4.2.2.- Acciones	1225
4.2.3.- Legítima	1226
5.- Elementos formales	1227
5.1.- Aceptación.....	1227
5.2.- Forma.....	1228
5.2.1.- Donación de bienes muebles	1229
5.2.2.- Donación de bienes inmuebles	1230
5.3.- Donaciones onerosas	1230
5.4.- Donaciones remuneratorias	1231

5.5.- Otras donaciones	1232
5.6.- Donaciones disimuladas como compraventa.....	1232
5.6.1.- Doctrina	1232
5.6.2.- Jurisprudencia	1233
5.7.- Nulidad de las donaciones	1237
5.8.- Notificación	1238
5.9.- Perfección	1239
6.- Causa.....	1242
7.- Efectos	1243
7.1.- Transmisión	1243
7.2.- Evicción.....	1244
7.3.- Deber de gratitud	1245
7.4.- Derecho de acrecer	1246
8.- Donación por méritos, remuneratorias y modales	1247
8.1.- Negocios gratuitos, onerosos y mixtos	1248
8.2.- Donaciones por méritos	1248
8.3.- Donaciones remuneratorias	1249
8.4.- Donaciones modales u onerosas	1251
8.4.1.- Concepto	1251
8.4.2.- Régimen jurídico	1254
8.4.3.- Clases	1255
8.4.3.1.- <i>Negotium mixtum cum donatione</i>	1255
8.4.3.2.- Donaciones con causa onerosa.....	1256
8.4.3.3.- Donaciones remuneratorias del art. 622 CC	1257
8.4.4.- Revocación	1258
9.- Donación con cláusula de reversión	1259
9.1.- Concepto.....	1259
9.2.- Diferencias con otras cláusulas	1260
9.2.1.- Condición resolutoria.....	1260
9.2.2.- Donación modal	1261
9.3.- Forma.....	1261
9.4.- Reversión a favor del donante	1262
9.4.1.- Posibilidades	1262
9.4.2.- La posición del donante reversionario	1263

9.4.3.- La posición del donatario reversionista	1264
9.5.- Reversión a favor de un tercero.....	1264
9.5.1.- Concepto y naturaleza jurídica	1264
9.5.2.- Posición del donatario.....	1266
9.5.3.- Aceptación del tercero	1266
9.5.4.- Revocación	1268
9.6.- Efectos de la reversión	1268
9.6.1.- Durante la fase de pendencia	1268
9.6.2.- Cumplido el hecho reversional	1269
9.7.- Hijo con discapacidad	1270
10.- Donación con reserva de la facultad de disponer por el donante	1271
10.1.- Bienes	1272
10.1.1.- Algunos bienes.....	1273
10.1.2.- Todos los bienes	1273
10.1.3.- Alguna cantidad	1274
10.2.- Actos <i>mortis causa</i>	1274
10.3.- Adquisición del dominio por el donatario	1275
11.- Pago de deudas	1276
12.- Fraude de acreedores	1278
13.- Donaciones <i>mortis causa</i>	1279
14.- Otras cláusulas	1282
14.1.- Donación con prohibición de disponer.....	1282
14.2.- Donación con reserva de usufructo	1282
14.3.- Donación con reserva de usufructo y facultad de disponer.....	1283
14.4.- Donación con aplazamiento de entrega.....	1283
14.5.- Seguro de vida a favor de tercero <i>post mortem</i>	1284
14.6.- Planes de pensiones y mutualidades de previsión social.....	1285
15.- Utilidades	1285
VI.- PATRIMONIO PROTEGIDO	1286
1.- Concepto	1286
2.- Caracteres	1288
3.- Ventajas	1288
4.- Diferencias con figuras similares.....	1289
4.1.- Las fundaciones	1289

4.2.- El trust	1290
4.2.1.- Concepto	1290
4.2.2.- Diferencias con el patrimonio protegido	1291
4.2.3.- Dificultades de su aplicación	1292
5.- Finalidad	1293
6.- Constitución	1294
6.1.- Elementos personales	1294
6.1.1.- Beneficiario.....	1294
6.1.2.- Constituyente	1296
6.2.- Elementos formales	1297
6.2.1.- Escritura	1297
6.2.2.- Publicidad	1298
6.3.- Elementos reales.....	1300
6.3.1.- Composición	1300
6.3.2.- Tipos	1301
6.3.2.1.- Patrimonio de gasto.....	1301
6.3.2.2.- Patrimonio de ahorro.....	1301
7.- Administración y supervisión	1302
7.1.- Administración	1302
7.2.- Supervisión.....	1303
8.- Extinción.....	1305
9.- Regulación fiscal	1306
10.- Sujeción a condición suspensiva	1308
11.- Conveniencia	1309
12.- Desarrollo normativo	1310
VII.- EL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN.....	1310
1.- CC.....	1310
1.1.- Consideraciones generales	1310
1.2.- Régimen jurídico	1311
1.3.- Modos de constitución.....	1311
1.4.- Contenido	1312
1.5.- Extinción	1313
2.- LPPD.....	1315
2.1.- Reforma	1315

2.2.- Formas de aplicación.....	1317
2.2.1.- <i>Inter vivos</i>	1317
2.2.2.- <i>Mortis causa</i>	1317
2.3.- Beneficiario	1318
2.4.- Intransmisibilidad	1318
2.5.- Compatibilidad con los arts. 1406 y 1407 CC.....	1319
VIII.- LA RENTA VITALICIA	1321
1.- Concepto	1321
2.-Origen	1322
3.- Naturaleza jurídica.....	1323
4.- Caracteres	1324
4.1.- Aleatorio	1324
4.2.- Consensual.....	1324
4.3.- Bilateral	1325
4.4.- Oneroso y gratuito	1325
4.5.- Garantías.....	1325
4.5.1.- Condición resolutoria.....	1326
4.5.2.- Hipoteca	1327
5.- Elementos personales.....	1328
5.1.- Deudor	1328
5.2.- Acreedor	1329
5.3.- Cedente	1330
5.4.- Vida contemplada.....	1330
5.4.1.- Módulo objetivo.....	1330
5.4.2.- Persona muerta.....	1332
5.4.3.- Existencia.....	1332
6.- Objeto	1333
6.1- Capital	1333
6.2.- Renta o pensión	1333
6.2.1.- Caracteres	1333
6.2.2.- Falta de pago.....	1334
6.2.3.- Año de la muerte.....	1336
6.2.4.- Inembargabilidad	1337
7.- Seguro de renta vitalicia	1337

8.- Fiscalidad	1338
IX.- CONTRATO DE ALIMENTOS O VITALICIO	1339
1.- Introducción	1339
2.- Concepto	1341
3.- Extensión de los alimentos	1343
4.- Extinción	1344
5.- Incumplimiento	1344
6.- Escritura pública	1345
7.- Diferencia con la renta vitalicia	1345
8.- Fiscalidad	1346
X.- LA HIPOTECA INVERSA	1347
1.- Concepto	1347
2.- Normativa	1348
3.- Crítica	1350
XI.- SEGURO DE DEPENDENCIA	1351
1.- Concepto y regulación	1351
2.- Fiscalidad	1353
TEMA XII.- ACTOS NOTARIALES DE PROTECCIÓN DEL INCAPAZ II: PROTECCIÓN POR ACTOS <i>MORTIS CAUSA</i>	1355
I.- CONSIDERACIONES PREVIAS	1355
1.- Introducción	1355
2.- Revisión derecho de sucesiones	1356
2.1.- General	1356
2.2.- Instituciones concretas	1357
2.2.1.- Testamento mancomunado	1357
2.2.2.- Sucesión contractual	1358
2.2.3.- Legítimas	1358
II.- TESTAMENTO	1359
1.- Definición	1359
2.- Caracteres	1361
2.1.- Formal y solemne	1361
2.2.- Personalísimo	1362
2.2.1.- Art. 670 párr. 1º CC	1362
2.2.2.- Excepciones	1363

2.2.2.1.- Art. 831 CC.....	1363
2.2.2.2.- Art. 671 CC.....	1363
2.2.2.3.- Art. 875 CC.....	1363
2.2.2.4.- Art. 1057 CC. Contador partidor	1364
2.2.2.5.- Art. 892 CC. Albacea.....	1365
2.2.2.6.- Art. 775 y 776 CC.....	1367
2.2.2.7.- Administrador	1367
2.3.- No recepticio	1368
2.4.- Unilateral y unipersonal	1368
2.5.- Esencialmente revocable.....	1369
3.- Ley aplicable.....	1369
4.- Protección a los discapacitados	1371
5.- La mejora	1372
6.- Pago de la legítima en metálico	1373
III.- LEGADOS	1374
1.- Con eficacia real	1374
1.1.- De usufructo	1374
1.2.- De habitación.....	1375
2.- Con eficacia obligacional	1375
2.1.- De pensión periódica	1376
2.2.- De alimentos.....	1377
2.3.- De educación	1377
IV.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.....	1378
1.- La sustitución en derecho de sucesiones	1378
2.- Sustitución fideicomisaria	1378
2.1.- Concepto	1378
2.2.- Problemática.....	1379
2.3.- Sustitución vulgar	1380
2.4.- Extinción	1381
3.- Sustitución fideicomisaria de residuo	1382
V.- LA FIDUCIA SUCESORIA	1384
1.- Introducción	1384
2.- Art. 831 CC.....	1386
3.- Análisis del art. 831 CC.....	1387

3.1.- Testamento	1387
3.3.-Facultades.....	1389
3.4.- Bienes del cónyuge fiduciario.....	1392
3.5.- Plazo.....	1393
3.6.- Formas de ejercicio	1394
3.7.- Administración.....	1395
3.8.- Conflictos con la legítima	1395
3.9.- Sociedad de gananciales.....	1399
3.10.- Diferenciación con el contador partidor.....	1401
3.11.- Extinción de facultades	1401
3.12.- Incidencia fiscal	1402
4.- Utilidades	1403
VI.- LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR	1405
1.- Normativa	1405
2.- Objeto	1406
2.1.- Tesis amplia	1407
2.2.- Tesis estricta.....	1408
2.3.- Conclusión	1409
3.- Elementos personales.....	1410
3.1.- Sustituyente.....	1410
3.2.- Sustituido	1410
3.3.- Sustituto	1411
4.- Efectos	1412
5.- Testamento previo	1412
6.- Extinción.....	1413
VII.-DISPOSICIONES BAJO CONDICIÓN, TÉRMINO Y MODO	1414
1.- Condición.....	1414
1.1.- Concepto	1415
1.2.- Condición suspensiva.....	1417
1.2.1.- Concepto.....	1417
1.2.2.- Arts. 759-799 CC	1418
1.2.3.- Efectos	1420
1.2.3.1.- <i>Pendentem conditionem</i>	1421
a).- Transmisión.....	1421

b).- Administración	1421
c).- Partición	1422
d).- Enajenación.....	1423
1.2.3.2.- <i>Existentem conditionem</i>	1423
1.2.3.3.- <i>Deficientem conditionem</i>	1424
1.3.- Condición resolutoria	1425
1.3.1.- Concepto.....	1425
1.3.2.- Efectos	1426
1.3.2.1.- <i>Pendentem conditionem</i>	1426
1.3.2.2.- <i>Existentem conditionem</i>	1428
1.3.2.3.- <i>Deficientem conditionem</i>	1428
1.4.- Potestativas, casuales y mixtas.....	1429
1.4.1.- Potestativas	1429
1.4.1.1.- Positivas	1429
a).- Cumplimiento ficticio	1429
b).- Momento del cumplimiento.....	1430
1.4.1.2.- Negativas	1431
1.4.2.- Casuales y mixtas	1432
1.4.2.1.- Concepto	1432
1.4.2.2.- Clases	1433
1.4.2.3.- Cumplimiento	1433
1.5.- Propias e impropias.....	1434
1.5.1.- Propias	1434
1.5.2.-Impropias.....	1434
1.5.2.1.- Hechos presentes y pretéritos	1434
1.5.2.2.- Hechos necesarios.....	1434
1.5.2.3.- <i>Conditio iuris</i>	1435
1.5.2.4.- Hechos inciertos.....	1435
1.5.2.5.- Hechos imposibles, inmorales o ilícitos	1435
a).- Diferencia obligaciones-sucesiones	1436
b).- Condiciones imposibles	1436
c).-Condiciones ambiguas, perplejas o contradictorias	1437
d).- Condiciones inmorales e ilícitas	1437
(i).- Matrimonio	1438

(ii).- Condiciones captatorias.....	1439
2.- Término.....	1440
2.1.- Concepto	1440
2.2.- Clases	1441
2.3.- Relación con la sustitución fideicomisaria.....	1441
3.- Modo.....	1442
3.1.- Concepto	1442
3.2.- Clases	1444
3.3.- Bienes atribuibles	1445
3.4.- Modo y condición	1446
3.4.1.- Distinción	1446
3.4.2.- Régimen jurídico	1448
3.5.- Requisitos.....	1449
3.5.1.- Lícito y posible	1450
3.5.2.- Determinado o determinable	1451
3.5.3.- Liberalidad.....	1451
3.5.4.- Accesorio.....	1451
3.6.- Efectos.....	1452
3.6.1.- Garantías.....	1452
3.6.2.- Cumplimiento.....	1453
3.6.2.1.- Tiempo	1454
3.6.2.2.- En vida del causante	1454
3.6.3.- Incumplimiento	1455
3.6.3.1.- Conmutación o extinción.....	1456
3.6.3.2.- Imposibilidad	1457
a).- Sin culpa.....	1457
b).- Con culpa	1457
c).- Producida por el interesado.....	1458
3.6.4.- Acciones	1458
3.6.4.1.- Cumplimiento	1459
3.6.4.2.- Resolución	1460
3.6.5.- Causalización.....	1461
3.6.6.- Bienes indisponibles.....	1461
4.- Heredero con deber de cuidar al testador otorgante	1461

4.1.- Condición	1462
4.2.- Obligación o carga (modo)	1462
4.3.- Posibilidades	1462
VIII.- LA COLACIÓN	1464
IX.- INDIGNIDAD SUCESORIA Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD	1465
CONCLUSIONES	1469
BIBLIOGRAFÍA	1513

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa, como su nombre indica, sobre las actuaciones que puede realizar el notario en relación con la capacidad de las personas físicas y más concretamente, de todas aquellas cuestiones que afectan a las personas con discapacidad. Se trata de un estudio profundo y sistemático de la actividad del notario en todo lo relacionado con las personas con discapacidad, centrándonos en el aspecto intelectual y obviando el físico, salvo aquel que impida manifestar libremente la voluntad del interesado. Tanto directamente en su contacto personal con ellas como apoyo jurídico cualificado, a la hora de ayudarles en el ejercicio de su autonomía y sus derechos, como indirectamente en las figuras jurídicas que las personas con discapacidad o sus familiares pueden utilizar para protegerles y ayudarles. Incluyendo todos los actos que las personas con discapacidad antes de verla modificada o después puedan efectuar en su vida ordinaria y que supongan su plena participación e inclusión en la sociedad.

Todo ello enfocado desde un punto de vista práctico y de aplicación directa, que modestamente puede inspirar e incluso servir de guía a los compañeros de profesión notarial en este contexto, teniendo en cuenta que son un eslabón fundamental de la seguridad jurídica y también en la defensa de los derechos humanos (DDHH), que todas las personas tenemos.

Se incluye una reflexión sobre la incidencia de los principios de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (CDPD), ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008; y que es parte del derecho interno español y sobre la necesidad de adaptar este a aquellos principios, de modificar nuestra normativa civil y procesal en la línea establecida por el art. 12 CDPD; lo que tras una larga espera, parece que está cerca de conseguirse y de que sus pautas sean tenidas en cuenta por los operadores jurídicos y en especial, por los notarios en su quehacer diario.

Hemos elegido este tema por múltiples razones:

En primer lugar, por las enormes implicaciones sociales, morales y jurídicas que conlleva. Afecta a un número muy significativo de habitantes del planeta. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), en el mundo hay aproximadamente setecientos millones de personas con discapacidad (un 10% de la población).

En España oficialmente hay unos cuatro millones de personas con discapacidad.

Con facilidad podemos deducir que de hecho hay muchísimas personas más en esta situación. Personas que porque no han querido, podido o no lo han necesitado no se han visto sometidas a ninguna evaluación ni reconocimiento.

Además, debemos considerar la posibilidad de que en un momento u otro pueda afectarnos a todos, en especial al llegar a edades avanzadas, donde es más fácil que se manifiesten estos problemas.

Durante la elaboración de la tesis tras muchas promesas incumplidas, por fin parece que se va a poner en marcha la reforma civil y procesal que el derecho español necesita, a la que está obligado para adecuarse a la CDPD y que juristas, asociaciones e interesados demandan junto con el Comité de los derechos de las personas con discapacidad (Comité CDPD) de Naciones Unidas (NNUU) . Nos hemos encontrado con el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (ALRD), publicado el 26 de septiembre de 2018 por el Ministerio de Justicia y que supondrá, en caso de salir adelante, un cambio sustancial en el tratamiento jurídico de estas personas. Ciertamente su parte civil es meritoria, aunque mejorable en algunos aspectos; no así su parte procesal, que en cierta medida contradice la primera y que no acaba de recoger el modelo social de la discapacidad, por lo que es posible y deseable que se someta a modificaciones profundas antes de su aprobación definitiva.

Otra cuestión para centrarnos en las personas con discapacidad intelectual es la experiencia personal, que tras 35 años de ejercicio como notario nos ha situado en muchas ocasiones ante estas personas a las que de alguna forma y con más intensidad que a otros, tal como exige la normativa notarial para aquella parte más necesitada de protección; se les podía prestar servicios notariales que les ayudarían. Esta larga experiencia se ve reflejada en muchas partes de esta tesis, tanto a nivel de criterios personales, que como no podía ser de otra forma ha ayudado a fraguar; como de datos objetivos obtenidos de los múltiples casos vividos.

Por tanto, hemos tenido un puesto privilegiado, en primera línea, en la actuación y la protección jurídica de las personas con discapacidad.

Hemos asistido a toda la evolución que se ha producido en España a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal; y en particular, a la transición lenta pero constante del modelo médico-rehabilitador al modelo social y de DDHH en el tratamiento de las personas con discapacidad gracias a la CDPD, cambio de paradigma no suficientemente reflejado en la legislación civil y procesal española; y que no parece

que acabe de llegar con la fuerza necesaria en los operadores jurídicos españoles, que deberían estar más implicados en la defensa de estos principios. Y en el conocimiento y estudio de los mismos para alcanzar un nivel que les permita estar preparados para cumplir el desafío que ello supone. Tenemos la esperanza de dar un paso más en este sentido con este trabajo.

Nuestra actividad profesional nos ha llevado a interesarnos de forma especial por el tema, a estudiarlo, a asistir a cursos y jornadas sobre el mismo, a dar diferentes charlas y conferencias, colaborar con las asociaciones de familiares de esta o aquella discapacidad y a sufrir alguna bofetada por intentar seguir unos criterios desde nuestro punto de vista profesional intachables y desde el personal, imprescindibles. Actividades que tienen su máximo exponente en esta tesis.

La persona que comparece ante un notario para firmar una escritura u otorgar cualquier otro acto jurídico puede encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:

1.- Ser plenamente capaz conforme a la legislación vigente, lo que además se presume.

2.- Tener algún tipo de trastorno intelectual o modificación en su capacidad natural que le impida o dificulte en alguna medida dicho otorgamiento.

En este caso:

– Puede estar sometido a un régimen legal judicialmente fijado de protección que sustituya o complemente su capacidad, al que tendrá que someterse y que el notario debe respetar, pero también interpretar y en su caso complementar.

– No tener ningún tipo de pronunciamiento judicial sobre su estado. Con lo que el necesario y concienzudo juicio de capacidad notarial que debe producirse en todos los casos, aquí tendrá que ser más prudente e incluso servirse de peritos para formar su opinión, porque podría producirse un vicio de consentimiento del acto jurídico y perjudicar a terceros y a la seguridad del tráfico. Pero teniendo presente que debe ser proactivo y en la medida de lo posible apoyar a la persona con discapacidad y procurar que pueda ejercitar sus derechos.

Para elaborar esta tesis partimos de una revisión sistemática y minuciosa de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina existente sobre las personas con discapacidad, todas ellas exhaustivas y abundantes. A diferencia de otros ámbitos jurídicos, aquí encontramos muchísimo material de base para trabajar, que ya no es tan abundante cuando nos centramos en la interacción notario-persona con discapacidad, aunque tampoco escasea. Hemos creído conveniente y muy necesario conocer la

mayoría de esta información, lo que ha requerido mucho tiempo; que sumado a nuestra actividad profesional y a las novedades que se han ido produciendo, ha alargado el estudio durante varios años hasta conseguir la sistematización del mismo y la clasificación de la exposición y de nuestros criterios personales y aportaciones a la cuestión.

Hemos revisado la legislación nacional e internacional que le afecta y la evolución que ha sufrido, desde la Constitución (CE) y la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil (CC) en materia de tutela, hasta el ALRD. Vemos en especial la CDPD que es la norma más importante que se ha promulgado nunca respecto a las personas con discapacidad y de indudable influencia en la normativa española y en la actuación notarial.

También existe abundante jurisprudencia de diferentes instancias, de las que daremos prioridad a las dictadas por el Tribunal Supremo (TS); por lo que se citan cientos de sentencias que vienen al caso, recogiendo su esencia e incluso literalmente parte de las mismas.

Por último, hay numerosísima doctrina, muchos autores se han interesado por un tema tan sensible, enseñanzas y opiniones que también se han reflejado en nuestra tesis.

Además, hemos tenido en cuenta las aportaciones de las asociaciones que se ocupan de estas personas, especialmente el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), que son muy activas en su causa.

Todas estas fuentes largamente estudiadas con una revisión bibliográfica preferentemente de los originales, somos de la vieja escuela y nos gusta el papel; y en su caso, telemática; están convenientemente citadas, las legales y judiciales en cursiva, y las doctrinales entrecomilladas. Dada la abundancia de todas ellas y la claridad de algunas, ocupan gran extensión del trabajo.

Hemos considerado interesarte estudiar las instituciones, principios y conceptos básicos relacionados con el notario, la capacidad, las personas con discapacidad y todas las instituciones y actos de protección, para poder establecer un marco legal e institucional genuino y de ahí ir concretando las múltiples posibilidades existentes.

Para mayor claridad, la tesis está dividida en 12 temas, alguno de ellos desdoblado:

El primero explica, partiendo de una breve reseña histórica, quién es y qué hace un notario, cuál es su función, el doble carácter que le atañe como funcionario público que ejerce la fe pública extrajudicial y como profesional del derecho, que asesora a

quienes reclaman su ministerio y les aconseja de los medios jurídicos más adecuados para el logro de sus fines. Así como el instrumento en el que se plasma su actuación, que es el documento público, cuándo es exigido legalmente y sus clases. Vemos quiénes integran el cuerpo notarial, su incidencia social y en el tema de la discapacidad; con mención de la Fundación Aequitas.

El segundo contiene el concepto de persona y de personalidad, sus derechos inherentes y su incidencia jurídica; su comienzo y extinción, y en particular la declaración de fallecimiento.

El tercero se refiere a la edad y su incidencia sobre la capacidad, con los grados de edad exigidos para la realización de según qué actos jurídicos. La patria potestad, su concepto, titularidad y ejercicio, sus efectos personales y patrimoniales y con estos, la representación, la administración y la disposición de bienes de los hijos, con la necesaria o no intervención judicial; y su pérdida. La patria potestad prorrogada o rehabilitada. La emancipación y sus diferentes clases, con los actos que necesitan complemento de capacidad, los que no y los dudosos. Los derechos de los menores con especial incidencia de los previstos en la Ley Orgánica (LO) de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), de modificación parcial del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Por último, tenemos una recapitulación sobre la interrelación edad-capacidad.

El cuarto trata sobre la capacidad, la evolución de su concepto partiendo de la clásica división entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, con las circunstancias que la modifican; hasta alcanzar el concepto actual derivado de la CDPD. También tratamos el consentimiento y las personas que no pueden prestarlo. Sus vicios y las consecuencias jurídicas de incurrir en ellos. La presunción de capacidad. El juicio de capacidad para actos jurídicos, que en principio realiza el notario bajo su responsabilidad, aunque puede ayudarse del peritaje de terceros, normalmente médicos. Por su singularidad se ve de modo específico la capacidad para testar, que tiene normas especiales más laxas que la capacidad exigida para otros actos.

El quinto se centra en la incapacitación y el procedimiento actual de modificación de la capacidad de obrar, su jurisdicción, legitimación activa y pasiva, medidas cautelares, procedimiento, prueba, contenido de la sentencia, régimen tuitivo al que queda sometida la persona con discapacidad; la modificación de la sentencia y el internamiento. Y los efectos que produce dicha incapacitación. Recogemos la nefasta realidad que existe, una tradicional incapacitación absoluta y para todo de los afectados,

en lugar de tras el análisis de cada caso, hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, que desde luego es lo exigible y lo que va imponiéndose poco a poco en la práctica judicial. Vemos brevemente la prodigalidad, el concursado y el quebrado. Y las discapacidades administrativas, con el certificado de discapacidad; y laborales, que tanta influencia tienen en el día a día de las personas con discapacidad y que sería lógico coordinar con el procedimiento judicial de modificación de la capacidad.

El sexto refleja las instituciones de guarda y protección de las personas con discapacidad que existen hoy en día, sus principios, prohibiciones, causas, indemnizaciones e inscripción. La tutela, sus principios generales, quién queda sujeto a ella, el nombramiento, los controles, la incidencia de la autonomía de la voluntad, la promoción, la delación, el orden y las consideraciones para nombrar tutor, sus variedades personal o patrimonial, única o múltiple, la capacidad para ser tutor, la especialidad de las personas jurídicas, las causas de inhabilidad, la remoción, las excusas que puede alegar. La regulación del ejercicio del cargo, la toma de posesión, sus obligaciones, su labor de representación y de administración, la autorización judicial y los actos para los que se precisa, y los derechos del tutor. La extinción de la tutela y la diferencia entre figuras que se solapan, tutela, guarda y acogimiento ex lege. La cada día más importante pero mucho menos regulada curatela, que podría ser la estrella de la modificación normativa. El defensor judicial y los casos en los que procede. La guarda de hecho, de gran eficacia práctica, es la que tiene menos regulación pero la más extendida porque la gente se resiste a acudir a un procedimiento de incapacitación y solo lo hace en supuestos extremos o para otorgar algún acto jurídico cuando no tiene más remedio. Contemplamos sus tipos, los supuestos en los que se da y su mayor problema que es su acreditación, su ámbito y lo que podríamos llamar guarda de derecho, bajo supervisión judicial.

El séptimo estudia el instrumento fundamental en el tema, que es la CDPD, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, su proceso formativo, el nuevo modelo que implica en el tratamiento de la discapacidad, pasa de un modelo médico-rehabilitador a uno social y de DDHH. Su estructura, sus principios generales, reseñando de modo singular el principio de autonomía y el de no discriminación. Las obligaciones que impone. Y entramos en el estudio del art. 12, explicando su contenido y la consideración de una única capacidad para todas las personas y su relación con otros arts. de la Convención.

Para su efectiva aplicación se prevén una serie de medidas a las que nos referimos, al igual que a los mecanismos de aplicación y seguimiento tanto a nivel nacional como internacional y al Comité CDPD y a sus informes, que son muy orientadores. Concluimos con su Protocolo Facultativo.

En el octavo y el noveno vemos los efectos de la CDPD en nuestro país, considerando que España firmó la CDPD el 30 de marzo de 2007, la ratificó sin formular reserva alguna el 23 de noviembre de 2007, depositando el Instrumento de Ratificación el 3 de diciembre de 2007 y entró en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008.

Empezamos por la situación de las personas con discapacidad derivada de la aprobación de la CE, con la incidencia de la Ley 13/1983 y de la Convención. El concepto de capacidad unificada, la tutela judicial efectiva y la importante intervención del Ministerio Fiscal (MF) en este ámbito, tanto en la fase preprocesal como en la procesal y en la vigilancia y control.

Consideramos la posible aplicación directa de la CDPD en derecho español y las posturas doctrinales y jurídicas, tanto del Tribunal Constitucional (TC) como del Tribunal Supremo (TS). También la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico, las opiniones doctrinales sobre la necesidad de una reforma legislativa, que aparece anunciada en el Informe del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, si bien con un carácter poco ambicioso; y revisamos la adaptación legislativa ya efectuada, como la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la CDPD o la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria (LJV); y varias más que se recogen en el tema. Importantes son las Observaciones del Comité CDPD de 2012 y de 2019 sobre los informes presentados por España. Analizamos los fallos del sistema y las dificultades para su evolución.

A continuación, nos centramos en la necesaria reforma de nuestra legislación civil y procesal y las pautas que debe de seguir; y vemos propuestas de reforma, la situación actual con los pronunciamientos en el Congreso y del Gobierno, el Plan Anual Normativo 2018, la consulta a la Comisión General de Codificación (CGC), la consulta pública y las aportaciones recibidas, en especial del CERMI. Hasta concluir con el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, con su Exposición de motivos, muy aclaratoria; análisis de impacto normativo, oportunidad de la propuesta, contenido y análisis jurídico de las novedades, discriminándolo entre el CC y otras normas afectadas y el análisis de impactos, con algunas afirmaciones sorprendentes.

Hacemos su análisis crítico, reseñando contradicciones, carencias y defectos, empezando por la terminología y la falta de modificación del derecho notarial, de las diferentes medidas de apoyo, de la primacía de la autonomía de la voluntad sobre el mayor interés de la persona con discapacidad, del régimen procesal, que no está acertado; y del régimen transitorio.

También tenemos la información pública y los informes del Consejo Económico y Social (CES) y del Consejo General de Poder Judicial (CGPJ).

Acabamos con una breve referencia al derecho comparado en diferentes países de nuestro entorno o nuestra tradición jurídica.

El décimo analiza la influencia de la CDPD en la actuación notarial, en particular su art. 12. La existencia de un nuevo modelo de capacidad, la implicación notarial en la aplicación de la CDPD, la intervención ante el notario de una persona con discapacidad y el control o juicio notarial de capacidad, o mejor de comprensión; que debe efectuar con nuevos criterios. La comparecencia de los apoyos que pudieran ser útiles a las personas con discapacidad, establecidos judicialmente o no. Las posibles formas de conocimiento de la discapacidad intelectual por parte del notario.

Las conclusiones del Consejo de expertos sobre la CDPD y el acceso a la justicia, incluyendo el protocolo de actuación en caso de comparecencia de una persona con discapacidad en una oficina o dependencia jurídica del Estado, con las diferentes posibilidades de actuación, por la persona directamente con o sin apoyos; o por tercero. Y la muy importante prevención de influencias indebidas, conflictos de intereses y abusos. La reciente Guía Notarial de Buenas Prácticas (GNBP) de la Comisión de DDHH de la Unión Internacional del Notariado (UINL), que analiza el impacto de la CDPD en la actividad notarial. El consentimiento informado con el juicio de capacidad y comprensión y los diferentes supuestos y las reformas necesarias. Plasmamos unas pautas que creemos deberían establecerse para el acceso de personas con discapacidad a las notarías, muchas en línea con la GNBP, aunque quizás más exhaustivas, las hay generales y concretas sobre diferentes ámbitos de las personas con discapacidad: la movilidad, la visión, la audición, el lenguaje y la discapacidad intelectual, todo siempre con el requisito de conseguir seguridad jurídica. Al fin tenemos un caso práctico de los riesgos que en la materia afectan a la actividad notarial, cuando intenta ser coherente con los principios de la Convención.

El decimoprimer y el decimosegundo examinan los actos notariales de protección del incapaz, es decir, qué puede hacer el notario tras la visita de las posibles

personas con discapacidad o sus parientes que tratan de proteger su presente o su futuro a través de alguna de las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento jurídico. Los dividimos en dos partes, los inter vivos y los mortis causa.

En la primera sobre la protección por actos inter vivos, vemos: la autotutela o también autocuratela; el apoderamiento preventivo y sus diferentes clases y las voluntades anticipadas. La donación, sus elementos personales, reales y formales; y sus múltiples posibilidades y variantes: la donación por méritos, remuneratorias y modales, la donación con cláusula de reversión en favor del donante o de un tercero, la donación con reserva de la facultad de disponer o de usufructo o con prohibición de disponer. El patrimonio protegido con las muchas novedades que a estos efectos supuso la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (LPPD), sus ventajas y diferencias con figuras similares, su finalidad, su constitución, administración, supervisión, extinción y regulación fiscal. El derecho de uso y habitación, tanto el contemplado en el CC como el de la LPPD. La renta vitalicia, los caracteres de esta especial figura, los intervinientes, su objeto y su fiscalidad, que como en todas estas formas de previsión, resulta determinante y no todo lo favorable que sería deseable. El contrato de alimentos o vitalicio, la hipoteca inversa y el seguro de dependencia.

En la segunda parte nos ocupamos de los actos notariales de protección del incapaz mortis causa: el testamento, sus caracteres, las muchas posibilidades que ofrece para la protección de las personas con discapacidad, la mejora, el pago de la legítima en metálico y los legados. La sustitución fideicomisaria. La fiducia sucesoria del art. 831 CC, que puede ser muy útil y está muy desaprovechada, sus facultades, bienes, plazos, formas de ejercicio, administración, conflicto y extinción. La sustitución ejemplar. Las disposiciones bajo condición, término y modo, que dan mucho juego para beneficiar a las personas con discapacidad puesto que es un sistema para influir en terceros para que les cuiden ya que se condiciona cualquier beneficio de estos a aquella finalidad; discriminando entre condición suspensiva y resolutoria y en ambos casos, viendo qué ocurre, pendiente, existente o deficiente. Vemos la condición, condiciones potestativas, causales o mixtas, propias e impropias. El término o plazo. Y el modo y su distinción de la condición, sus requisitos, efectos y consecuencias y acciones por incumplimiento. La colación y la indignidad sucesoria respecto a las personas con discapacidad.

Para finalizar el minucioso y extenso estudio efectuado en los mencionados temas, expondremos las conclusiones alcanzadas, esperando que el trabajo resulte de interés para el lector.

TEMA I.- EL NOTARIO

I.- CONCEPTO

1.- Concepto legal

La Real Academia Española (RAE) define al notario, ria. (del lat. *Notarius*) como “funcionario público facultado para dar fe de los contratos, testamentos y otros actos extrajudiciales, conforme a las leyes”¹.

El artículo (art.) 1 párrafo (párr.) 1º de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (LN)², dice que “*El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.*”. Este decimonónico art. no pretende definir al notario, solo reflejar alguna de sus características. No recoge su intervención en lo concerniente a los hechos a través de la autorización de actas ni su vertiente profesional, que sí aparecen en el art. 1 del Decreto (D) de 2 de junio de 1944, que aprueba el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (RN)³, que con más exhaustividad dice en su Título preliminar:

Art. 1 RN: “*El Notariado está integrado por todos los notarios de España, con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las leyes y reglamentos determinan.*”

Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

El Notariado disfrutará de plena autonomía e independencia en su función, y en su organización jerárquica depende directamente del Ministerio de Justicia y de la

¹ RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición (ed.), 2014.

Consultado en: < <https://dle.rae.es/notario> >

² BOE-A-1862-4073

³ BOE-A-1944-6578

*Dirección General de los Registros y del Notariado*⁴. Sin perjuicio de esta dependencia, el régimen del Notariado se estimará descentralizado a base de Colegios Notariales, regidos por Juntas Directivas con jurisdicción sobre los notarios de su respectivo territorio.

En ningún caso el notario, ni en el ejercicio de su función pública, ni como profesional del derecho, podrá estar sujeto a dependencia jerárquica o económica de otro notario.

El ámbito territorial de los Colegios Notariales deberá corresponderse con el de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo previsto en el anexo V de este Reglamento.

Las provincias integradas en cada Colegio Notarial se dividirán en Distritos, cuya extensión y límites determinará la Demarcación Notarial.”.

Este art. recoge un concepto de notario que plasma su doble vertiente: funcionario público y profesional del derecho, y el contenido de ambos.

Art. 2 RN: *“Al Notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de Derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial.”.*

Art. 3 RN: *“El Notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados.*

Los particulares tienen el derecho de libre elección de notario sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico. La condición de funcionario público del notario impide que las Administraciones Públicas o los organismos o entidades que de ellos dependan puedan elegir notario, rigiendo para ellos lo dispuesto en el artículo 127 de este Reglamento.

La prestación del ministerio notarial tiene carácter obligatorio siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida.

La jurisdicción notarial, fuera de los casos de habilitación, se extiende exclusivamente al Distrito Notarial en que está demarcada la Notaría.”.

Art. 4 párr. 1º RN: *“La demarcación notarial determinará el número y la residencia de los Notarios.”.*

⁴ Hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP).

2.- Concepto doctrinal

Veremos diferentes definiciones, por orden cronológico, y los elementos esenciales reflejados en todas ellas.

Según Gonzalo de las Casas⁵, el notario es en España el único funcionario público autorizado para dar fe de todos los contratos y actos extrajudiciales y, por consiguiente, el encargado de asegurar y ordenar la propiedad de la familia y la sucesión testamentaria.

Según Sancho-Tello⁶, es una persona revestida de carácter oficial y público, adornada de ciertas cualidades y en la que el poder social delega la misión augusta de sellar, con su autoridad suprema, los actos privados.

Destaca Novoa Seoane⁷ que el notario tiene el encargo técnico de velar por el cumplimiento de las leyes en las relaciones pacíficas del derecho, purificar con su ciencia y experiencia esas relaciones individuales de defectos, tanto en su forma como en su fondo, para darles carácter permanente, evitando contiendas y dudas en la aplicación de lo convenido y el encargo jurídico público de dar a esas relaciones credibilidad, y, por tanto, autoridad pública por medio de la fe que le ha investido el Estado.

Mengual y Mengual⁸ indica que son funcionarios públicos que por delegación del poder del Estado y con plena autoridad en sus funciones, aplican científicamente el derecho en su estado normal cuando a ello es requerido por las personas jurídicas.

Dice Cáceres García⁹ que el art. 1 LN no puede entenderse desconectado de todo el sistema. La función notarial es función de dación de fe pública, pero también función de asesoramiento, función de legalización, función de configuración jurídica, función de dación de forma pública, función de legitimación, función de previsión preventiva, función de formación y conservación de protocolos, y en su caso, de su reconstitución; y función de expedición de copias de instrumentos públicos.

⁵ GONZALO DE LAS CASAS J., *Tratado general filosófico-legal teórico y práctico de notariado y de instrumentos públicos relativos a la propiedad, a la familia y a la sucesión*, nueva edición (ed.), refundida y notablemente aumentada, Madrid: Oficinas del Centro del notariado español, 1877, página (p.) 326.

⁶ SANCHO-TELLO Y BURGUETE, V., *Derecho Notarial de España*, 2ª ed., ed. Librería de Ramón Ortega Valencia, 1900, p. 28.

⁷ NOVOA SEOANE R., *El progreso del instrumento público. Compendio de ciencia y arte de notaría. Guía teórico-práctica notarial para la resolución de los diferentes problemas del Derecho privado, de la sociedad y de la familia*, ed. Imp. de la Suc. de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1910, p. 18.

⁸ MENGUAL Y MENGUAL J.M., *Elementos de Derecho notarial*, tomo (t.) II, volumen (vol.) II, ed. Bosch, Barcelona, 1934, p. 39.

⁹ CÁCERES GARCÍA M., *Las funciones judicial y notarial, su delimitación y la actuación notarial. Proceso y relación jurídica notariales*, ed. IDAG, Oviedo, 1950, pp. 53-238.

Según Giménez-Arnau¹⁰, el notario es un profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados.

Tamayo Clares¹¹ destaca que podemos considerar al notario “un funcionario que, como profesional del derecho, ejerce, con independencia e imparcialidad, la función pública de dar fe de los documentos que autoriza o interviene”.

Con diferentes terminologías la mayoría recoge su doble carácter, de funcionario (funcionario público, persona pública, autoridad) y profesional del derecho. Si bien cada cual resalta más un aspecto u otro. Hoy la normativa establece su doble carácter y las actividades de cada una de estas facetas de modo meridiano.

3.- Concepto notarial

Quizás la mayor claridad sobre lo que es y lo que hace un notario la encontramos en los propios interesados.

En el I Congreso Internacional del Notariado Latino se da el siguiente concepto¹²: “el Notario (latino) es el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos”.

El Consejo General del Notariado (CGN)¹³ lo define como “funcionario público del Estado que debe proporcionar a los ciudadanos la seguridad jurídica que promueve la Constitución Española (CE) en su art. 9¹⁴ en el ámbito del tráfico jurídico extrajudicial. Al tiempo es un profesional del derecho que ejerce en régimen de competencia. Esta doble cualidad garantiza su independencia”.

¹⁰ GIMÉNEZ ARNAU E., *Derecho notarial*, ed. Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, p. 52.

¹¹ TAMAYO CLARES M., *Temas de Derecho Notarial*, 9ª ed., ed. Consejo General del Notariado, 2012, p. 29.

¹² Resolución del I Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en la primera quincena del mes de octubre de 1948 en Buenos Aires.

¹³ CGN, “¿Quién es el notario? ¿Qué aporta un notario?”.

Consultado en: <<http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/quien-es-el-notario>>

¹⁴ Art. 9.3 CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Sigue diciendo el CGN¹⁵, que “con una alta preparación, el notario es un profesional cercano e imparcial que te ayuda, asesora y garantiza que tu contrato o negocio esté ajustado a la más estricta legalidad. El notario es garantía de legitimidad y seguridad tanto para los particulares como para el Estado”.

Precisa Tamayo Clares¹⁶ que “el notario estudiará tu caso sin coste alguno y te aconsejará sobre la forma más conveniente de tratarlo, indicándote las ventajas e inconvenientes de cada opción, así como su coste final, incluyendo el de los impuestos”.

Según el CGN¹⁷, “el notario es:

1.- Garantía de seguridad y legalidad: su objetivo es que el contrato, negocio o declaración esté ajustado a la legalidad y sea inatacable. La escritura pública es fehaciente ante los tribunales de justicia”.

2.- “Tranquilidad: firmar cualquier documento ante notario aporta la tranquilidad de que el negocio o contrato es definitivo, inamovible y eficaz.

3.- Cercanía: por su distribución territorial siempre tendrás un notario cerca que podrás elegir con total libertad.

4.- Un profesional altamente cualificado: el acceso al notariado exige estudios intensos y profundos, que se comprueban con un mecanismo de selección duro y objetivo. Los notarios actualizan de forma constante sus conocimientos profesionales”.

5.- “Independencia: los notarios solo están condicionados por la ley.

6.- Modernidad: los notarios tratan de adelantarse y prevenir los nuevos requerimientos sociales y tecnológicos y adaptan sus funciones de forma permanente a cualquier innovación.

7.- Eficiencia: el coste de la intervención notarial es muy inferior a los costes sociales y económicos que evita. Solo una pequeña parte de lo que se paga en la notaría pertenece a la factura del notario. La mayor parte es una provisión para hacer frente a impuestos, honorarios de registradores y gestores y otros gastos generados que el notario abona en nombre del cliente”¹⁸.

“El notario es por formación un profesional del derecho, pero tiene además otra importante cualificación: ejerce una función pública por delegación del Estado. El notario controla la legalidad de los actos y contratos en los que interviene. La función

¹⁵ CGN, “¿Quién es el notario? ¿Qué aporta un notario?”, citado (cit.).

¹⁶ TAMAYO CLARES M., *Temas de Derecho Notarial*, cit., p. 30.

¹⁷ CGN, “¿Quién es el notario? ¿Qué aporta un notario?”, cit.

¹⁸ CGN, “¿Quién es el notario? ¿Qué aporta un notario?”, cit.

pública notarial conlleva el derecho del ciudadano a recibir un asesoramiento imparcial y gratuito del notario que libremente elija, el que más confianza le merezca”¹⁹.

El notario es un símbolo de libertad real. “Desde sus orígenes, es una pieza básica de las sociedades democráticas y la economía de mercado. El notario como funcionario público es una garantía para el ejercicio de las libertades individuales y patrimoniales, en cualquier situación, incluso frente a los poderes públicos”²⁰.

II.- HISTORIA

1.- Antecedentes históricos

Según el CGN²¹, “la figura más antigua y similar al notario probablemente fue el escriba egipcio, que redactaba los documentos del Estado y en ocasiones también los de particulares. Estos escritos solo tenían validez si llevaban el sello de un sacerdote o de un magistrado de jerarquía similar. Los escribanos hebreos del pueblo preparaban diversas transacciones y documentos privados como certificados de divorcio.

Pero sin duda los antecedentes directos del notario fueron el *Singrapho* griego y el *Tabulario* romano”.

En Roma, desde la época imperial, se desarrolla un tipo de escriba profesional, el “tabelio”, dedicado a la escrituración de los negocios jurídicos de los particulares. Los tabeliones eran *scriptores* profesionales que se ocupaban de la redacción de documentos (*instrumentum*), de contratos y testamentos, de instancias y de declaraciones testificales para los tribunales. No tenían la consideración de funcionarios públicos, pero estaban bajo vigilancia del Estado. Justiniano²² fue el primero que dio normas claras y concretas sobre el modo de extender los documentos. A pesar de no tener *fides publica*, tuvo en la práctica una gran significación y sus escritos eran prueba plena en los tribunales.

Tras la caída del Imperio romano de Occidente empieza una época de contraste entre las concepciones de los pueblos germánicos y la tradición romana, se adaptan los conceptos heredados a las necesidades cotidianas. Este nuevo derecho se crea en parte por la actividad documental de los *tabelliones* y *notarii* que dan a sus documentos unos rasgos comunes, diferentes de los romanos postclásicos. El reino hispano visigodo se

¹⁹ CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, Observatorio notarial de la realidad socioeconómica de los españoles 2007-2014, p. 6.

²⁰ CGN, “El notario. Historia del notariado”.

Consultado en: <<http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/historia-del-notariado>>

²¹ CGN, “El notario. Historia del notariado”, cit.

²² 483-565 d. C.

rige por un derecho tradicionalista, arcaizante y con un amplio componente romano. Cada negocio jurídico puede realizarse a través de una *scriptura*²³.

En el proceso histórico de formación del notariado público, la península ibérica tuvo una especificidad, fue la invasión musulmana²⁴, que supuso la división de un territorio que desde los romanos había estado unificado. Con la Reconquista surgieron reinos independientes, con su propia identidad jurídica.

En sus orígenes, el proceso islámico solo admite como prueba el juramento y los testigos, posteriormente se acepta la prueba documental y con ella surgen funcionarios que realizan una función similar a la notarial²⁵, tenían que cumplir unas rigurosas exigencias entre las que se encontraba: tener cultura, el dominio del árabe y conocer las cuestiones jurídicas. Surgen tratados jurídicos y formularios que recogen ejemplos prácticos para facilitar la redacción de documentos y escritos²⁶.

En la Alta Edad Media, el *scriptor* era por lo general un clérigo, que extendía el documento como experto en redacción y escritura. Solía tener una intervención anónima y no suscribía el documento, o lo hacía como testigo. Utilizaba terminología técnica, era profesional e intervenía en series de documentos de fechas sucesivas. Durante el s. XI se produce una rápida extensión territorial de los reinos de León y Castilla y el estamento se desarrolla notablemente. Redactan documentación privada, religiosa y documentos judiciales, de modo uniforme utilizando formularios.

El desarrollo del documento privado en España, paralelo al de los territorios europeos de nuestro entorno, muestra la transformación de la *scriptura* con una estructura del documento lógica y coherente, con buena factura técnica al documento preboloñés despojado de formalismos y con una formulación simplificada²⁷.

²³ SERRANO YUSTE, J. y ADELL GARZÓN, M.M., “La aparición del notario público en España”, en J. Serrano Yuste /M.M. Adell Garzón (dirs.), *Ars Notariae*, ed. Fundación Caja Castellón-Bancaja, Castellón, 2000, pp. 72-74.

Aunque cualquier acto o contrato (testamentos, ventas, donaciones, préstamos, etc.) podía ser validado con o sin escritura, tan solo con la presencia de testigos, existía una tendencia a la escrituración, por ejemplo (p. ej.), la manumisión era firme e irrevocable si mediaba escritura. Las *scripturae* podían ser formalizadas por un *scriba* o *scriptor*, o por el propio otorgante con la intervención de testigos. La perfección del negocio escriturado se conseguía a través de la entrega de la carta del otorgante al destinatario, ya que la posesión material de la carta demostraba la verdad.

²⁴ Que se inicia en el año 711.

²⁵ También el cadí, hombre virtuoso, religioso y moral, dentro de su función jurisdiccional actuaba en ocasiones de notario.

²⁶ SERRANO YUSTE, J., *Signum Notariae*, ed. La Ley, Madrid, 2014, p. 19.

²⁷ SERRANO YUSTE, J. y ADELL GARZÓN, M.M., “La aparición del notario público en España”, cit., pp. 72-74.

En el s. XII el número de profesionales se amplía, la actividad notarial está extendida y es similar en todas partes, aunque cada territorio, ciudad o comarca la regula localmente por ordenanzas municipales, privilegios y disposiciones reales.

La mayoría de los notarios son laicos, existen notarios al servicio de la Corona que van ampliando su actividad a la intermediación entre particulares para dar autenticidad a sus contratos, si bien en ningún caso tienen fe pública. En las sedes episcopales la tarea notarial la ejecutan los clérigos con la denominación de *notarii episcopi*. No existe diferencia entre escribano y notario, que no son fedatarios públicos, por lo que el valor jurídico del documento lo otorga la presencia de testigos, cuya presencia validaba el documento. El mérito del *scriptor* era el de saber escribir y en ello consistía su trabajo²⁸.

2.- Bolonia

En la primera mitad del s. XII cristaliza en el norte de Italia el trabajo que desde hace años realizaban muchos juristas para recuperar las viejas leyes romanas recopiladas por el emperador Justiniano²⁹ en el *Corpus Iuris Civilis*.

La tradición atribuye al jurista Irnerio la reconstrucción del *Corpus*, y la fijación de un método de estudio de su contenido llamado “de la glosa”, trabajo que siguieron sus discípulos hasta la segunda mitad del s. XIII.

Esta renovación jurídica global también supuso un revulsivo para las prácticas escriturarias que se mantenían invariables desde siglos atrás.

La renovación del derecho hizo surgir la necesidad de verdaderos profesionales, que se llamaron “notarios”, el documento por ellos autorizado tenía valor ante cualquier autoridad judicial, pasando a un segundo plano el valor de los testigos. El notario debía ser experto en derecho y saber resolver los problemas jurídicos de su clientela. Se cambia del antiguo escribano al nuevo notario.

También los canonistas se ocuparon de los notarios, considerándolos personas públicas, que confieren autenticidad a los documentos por ellos autorizados, al estar obligados por juramento.

La nueva concepción de la profesión notarial, desarrollada por glosadores y canonistas, originará desde comienzos del s. XIII una literatura propia, con formularios

²⁸ Habilidad que entonces tenían pocas personas. SERRANO YUSTE, J., *Signum Notariae*, cit., pp. 17-20.

²⁹ En el Imperio romano de Oriente.

notariales que se iniciarán con Rainero de Perugia, notario por autoridad imperial desde el año 1219, profesor *artis notariae* en Bolonia y autor del primer tratado notarial que se llamó *Summa artis notariae* (1224-34); y siguieron Salatiel, Pedro de Unzuola, Pedro de Boateriis o Rolandino Passagerii (1207-1301), que desde el año 1234 aparece inscrito en el Libro de Matrícula de Notarios de Bolonia y en 1255 publicó una nueva *Summa artis notariae*, obra muy bien construida desde un punto de vista pedagógico y que tuvo gran difusión internacional.

Para Rolandino, siguiendo la doctrina de los glosadores, el notario es *persona privilegiata ad negotium hominum conscribenda*. El oficio de notario es un rango honorable, dotado de una plena potestad autenticadora, ya que por la sola suscripción notarial se confiere *fides plenissima*.

Surge una nueva configuración de la profesión notarial, con la credibilidad del documento notarial debida a la fe pública del notario, única persona teóricamente investida para otorgarla³⁰.

Luego en el s. XII se produce en Bolonia el renacimiento de la ciencia del derecho, resultado de las doctrinas de glosadores y canonistas, que transforma la figura del *notarius* o *scriptor* en *notarium publicum* titular de una función pública, la facultad autenticadora y los documentos por él emitidos en *instrumentum publicum* con autenticidad legal propia y plena, de la que solo gozan los documentos notariales y los provistos de sello auténtico como los documentos reales o eclesiásticos. Se distinguen pues documentos públicos, auténticos, de los privados.

La nueva doctrina notarial se extiende por la exportación de juristas boloñeses y de formularios y es apoyada por las monarquías que nombran notarios o conceden autoridad a terceros para que los nombren a instancia suya por las principales ciudades.

Por tanto la profesión notarial, tal como hoy se concibe, nace en el s. XII en la Universidad de Bolonia.

3.- El notariado en España

La doctrina de los glosadores y de los notarialistas italianos llegó a la península ibérica en época muy temprana, donde poco a poco fue introduciéndose³¹.

³⁰ GARCÍA EDO, V., “El oficio de notario y sus orígenes en la notarialística italiana del siglo XIII”, en J. Serrano Yuste /M.M. Adell Garzón (directores (dirs.)), *Ars Notariae*, ed. Fundación Caja Castellón-Bancaja, Castellón, 2000, pp. 23-41.

³¹ GARCÍA EDO, V., “El oficio de notario y sus orígenes...”, cit., p. 41.

En España su implantación contaba con la oposición de los escribanos en ejercicio que se veían sustituidos y que siguieron atendiendo a la población. Por lo que convivió un doble sistema documental, el tradicional del derecho visigodo y el nuevo de derecho común romano-justiniano, hasta finales del s. XIII en que las nuevas formas se consolidan e imponen³².

Siguiendo las corrientes jurídicas europeas, la renovación legal va abriéndose camino en todos los reinos, incorporándose al ordenamiento jurídico, no se produce la sustitución de un derecho propio por otro foráneo, sino que ambos se integran y mezclan.

España, se formó por la unión de diferentes reinos y territorios con su propia legislación, cultura y costumbres, y por tanto, la actividad notarial se realiza con las particularidades de cada territorio. Todo ello favorecido por la expansión económica, la consecuente mayor fuerza de la burguesía y la lucha de la corona por preponderar sobre los demás poderes.

La legislación real, como el Fuero Real de 1255, Las Partidas en Castilla, la Compilación de Aragón de 1247 y los Fueros valencianos de 1240, establecen normas referentes al derecho notarial.

A la par que estas, existen numerosas fuentes legislativas que regulan la institución notarial, ordenanzas municipales, sentencias judiciales o privilegios reales y señoriales³³.

Felipe V en 1700 implanta con los Decretos de Nueva Planta un régimen burocratizado, unificado para toda España, dentro de un ambiente bélico, de crisis e inestabilidad política. Con ellos, a todos los reinos que hasta entonces tenían autonomía legislativa, se les aplica forzosamente las leyes de Castilla, que unifican la legislación en toda la nación, aboliendo fueros, leyes, usos y costumbres y demás normativa territorial, aunque luego se restituyeron la mayoría.

A partir del s. XIX se impone el espíritu de reforma, era urgente una ley que reorganizase definitivamente el oficio notarial de un modo único, claro y general, aplicable a todo el territorio español y a todos los notarios.

Esto culmina en la promulgación de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862 y su Reglamento bajo el reinado de Isabel II³⁴.

³² SERRANO YUSTE, J., *Signum Notariae*, cit., pp. 20-23.

³³ SERRANO YUSTE, J., *Signum Notariae*, cit., pp. 23-24.

³⁴ SERRANO YUSTE, J., *Signum Notariae*, cit., pp. 40-42.

Esta ley supone una nueva era para el cuerpo notarial que por fin tiene una norma única, general que regula toda su actividad, establece un notariado español libre e independiente, un cuerpo unificado de notarios estatales acabando con regionalismos confusos y divisiones más confusas aún, con un solo escalafón, categorías y colegios, con competencias claras y control sobre el modo de ejercer el oficio³⁵.

Se incardina dentro del espíritu codificador del liberalismo español de finales del s. XIX, incorporándose a la modernidad. 150 años después de su promulgación, sus criterios básicos han llegado hasta nuestros días, con lo que acredita su adaptación a los cambios sociales, políticos y económicos.

Los notarios participaron activamente en las transformaciones jurídicas y las codificaciones del régimen liberal, además tenían el aval del estado por su condición de funcionarios. Se produjo la modernización y la valoración del oficio y la conversión en una de las estructuras jurídico-institucionales más serias y sólidas de este país. Contribuye decididamente a dar eficiencia, cohesión y solidez al Estado de derecho; y seguridad jurídica, confianza y garantía efectiva a la ciudadanía y a los actos jurídicos. Es un elemento básico para consolidar la sociedad y la economía liberal, salvaguarda el principio de propiedad privada y de libre y segura transmisión de los bienes con estabilidad frente a los numerosos conflictos bélicos y sociales de la época.

Su primer reglamento es de 30 de diciembre de 1862, al que le sigue el de 9 de noviembre de 1874, el de 9 de abril de 1917, el de 7 de noviembre de 1921, el de 8 de agosto de 1935, y el de 2 de junio de 1944³⁶.

4.- El notariado en la actualidad

Manifiesta el CGN³⁷ que “hoy en día el notariado español ha desarrollado un ambicioso programa de modernización tecnológica. Los notarios españoles se han convertido en uno de los colectivos profesionales más activos en el proceso de implantación de la Administración electrónica. La apuesta tecnológica acometida desde el año 2000 ha supuesto una gran inversión, les ha permitido afrontar con garantías los retos y exigencias a los que se enfrentan como funcionarios públicos tras la entrada en

³⁵ Excluye la función actuaria judicial que pasa a los secretarios judiciales. Separa la fe pública judicial y la extrajudicial tal como se demandaba desde las Cortes de Cádiz. También se suprimen los escribanos concejiles que se sustituyen por los secretarios de ayuntamiento.

³⁶ SERRANO YUSTE, J., *Signum Notariae*, cit., pp. 42-44.

³⁷ CGN, “El notario. Historia del notariado”, cit.

vigor de diversas normas que incorporan el uso de las nuevas tecnologías a su labor diaria”.

“Para poner en marcha su plan estratégico de modernización, el notariado constituyó en 2002 la Agencia Notarial de Certificación (ANCERT) con el objetivo de proporcionar un mejor servicio al colectivo notarial y a la sociedad en su conjunto. ANCERT, dedicada a la implantación, desarrollo y explotación de los sistemas telemáticos corporativos, ha creado la mayor infraestructura de comunicaciones y tecnología desarrollada por un colectivo profesional en nuestro país.

“Esta modernización constante unida a una confianza que ronda los ocho siglos de existencia es una de las razones por las que hoy en día el notariado sea una de las instituciones más valoradas por la sociedad española”.

“La innovación tecnológica del notariado también ha permitido la creación del Índice Único Electrónico Notarial, una enorme base de datos (hoy por hoy, la segunda en tamaño tras la de la Agencia Tributaria) que almacena y clasifica electrónicamente el contenido de las escrituras y de las actas públicas autorizadas por los notarios con total confidencialidad”³⁸.

“La web <www.notariado.org> es el centro neurálgico del notariado en Internet. Desde el portal se puede acceder a todo el contenido, ya sean publicaciones especializadas, materiales informativos, noticias de actualidad, etc., pero también sirve de puerta de entrada a otros servicios, como al Centro de Información Estadística del Notariado (CIEN)³⁹, la sección de vídeos explicativos, el notario te asesora o la web del Órgano de Control de Cláusulas Abusivas, OCCA⁴⁰. Gracias a la web también es posible localizar al notario que se desee o qué notaría custodia la escritura pública buscada”⁴¹.

³⁸ CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 13.

“La existencia de esta base permite a los notarios facilitar a las Administraciones información estadística de interés social y económico y colaborar activamente en la prevención del blanqueo de capitales y del fraude fiscal. De hecho, desde 2012 el CIEN <www.cienotariado.org> pone a disposición de toda la sociedad estadísticas sobre el sector inmobiliario y empresarial; datos que ayudan a analizar importantes aspectos de la realidad y la evolución de la economía española.”

³⁹ Centro de Información Estadística del Notariado.

⁴⁰ <www.occa.notariado.org>

⁴¹ CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 34.

III.- EL DOBLE CARÁCTER DEL NOTARIO

1.- El notario como funcionario

1.1.- Conceptuación normativa

Como hemos visto en el concepto legal de notario, tanto la LN como el RN lo definen como funcionario en su art. 1.

Art. 1 párr. 1º LN: *“El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.”*

Art. 1 párr. 2º RN: *“Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho [...] Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:*

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.”

Además, este carácter se recoge y se infiere de otros muchos artículos (arts.) de la normativa notarial. De la LN: arts. 1, 2, 24; y del RN: arts. 1, 6, 58, 60, 69, 71, 109, 126, 134, 145, 156, 163, 168, 206, 250, 257, 314, 336, 344, 355, 357⁴².

Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que implica el deber de dar fe con el sentido y alcance secular que siempre ha tenido. Abarca la exactitud de lo que el notario “ve, oye o percibe por sus sentidos”, y “la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público, redactado conforme a las leyes” (art. 1 RN). Conforme al art. 24 párr. 2º LN, *“Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que*

⁴² Podemos citar específicamente a título de ejemplo:

Art. 58 RN: *“La jubilación implica el cese de la relación funcional y la pérdida de la condición de funcionario a los efectos del ejercicio de la función pública notarial [...]”*.

Art. 60 párr. 1º RN: *“El Notario, una vez que obtenga el título y tome posesión de su Notaría, tendrá en el distrito a que corresponda la demarcación de la misma el carácter de funcionario público y autoridad en todo cuanto afecte al servicio de la función notarial, con los derechos y prerrogativas que conceden a tales efectos las Leyes fundamentales tanto de carácter civil como administrativo y penal.”*

Art. 71 párr. 1º RN: *“Como consecuencia del carácter de funcionario público del notario y de la naturaleza de la función pública notarial, la publicidad de la oficina pública notarial y de su titular deberá realizarse preferentemente a través de los sitios web de los Colegios Notariales y del Consejo General del Notariado.”*

están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas.”.

Destaca Tamayo Clares⁴³ que “la necesidad de impedir actos de procedencia delictual y el fraude fiscal han llevado a leyes recientes a ampliar su faceta funcionarial, imponiendo al notario obligaciones muy especiales, que le plantean problemas en su vertiente profesional”.

La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (LMFAS)⁴⁴, regula en su art. 43 el régimen del Cuerpo único de Notarios en el capítulo denominado “*Otros regímenes de funcionarios*”.

Las dos principales funciones públicas del notario son indudablemente la dación de fe y el control de legalidad, el notario ejerce la fe pública notarial, y la ejerce como funcionario público⁴⁵.

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)⁴⁶ en su art. 23.2⁴⁷, atribuye a los notarios el ejercicio de “*su función pública*”.

El art. 93.4⁴⁸ de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT)⁴⁹, incluye a los notarios como “*funcionarios públicos*”. Este art. establece las obligaciones de colaboración y suministro de toda clase de información con trascendencia tributaria a la Administración tributaria de los “*Los funcionarios públicos, incluidos los profesionales oficiales*”, con la salvedad del secreto del protocolo notarial.

Además, ejercen una potestad que corresponde al Estado, que la tiene atribuida en el art. 149.1.8ª CE: “*1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:*

8.ª [...] *ordenación de los [...] instrumentos públicos [...]*”.

⁴³ TAMAYO CLARES M., *Temas de Derecho Notarial*, cit., p. 29.

⁴⁴ BOE-A-2000-24357

⁴⁵ RODRÍGUEZ ADRADOS A., “Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado”, en A. Rodríguez Adrados/J.M. de Prada González (dirs.), *Nueva legislación notarial comentada*, t. I., ed., Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, p. 43.

⁴⁶ BOE-A-1998-8789

⁴⁷ Art. 23.2 LCGC: “*Los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de esta Ley. Igualmente advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos.*”

⁴⁸ Art. 93.4 c) LGT: “*Los funcionarios públicos, incluidos los profesionales oficiales, estarán obligados a colaborar con la Administración tributaria suministrando toda clase de información con trascendencia tributaria de la que dispongan, salvo que sea aplicable: [...]*

c) *El secreto del protocolo notarial, que abarcará los instrumentos públicos a los que se refieren los artículos 34 y 35 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, y los relativos a cuestiones matrimoniales, con excepción de los referentes al régimen económico de la sociedad conyugal.*”.

⁴⁹ BOE-A-2003-23186

1.2.- Singularidades

En su carácter funcionarial podemos observar algunas singularidades.

1.2.1.- Autonomía e independencia

La vemos en el art. 1 párr. 4º y 5º RN, que dicen: *“El Notariado disfrutará de plena autonomía e independencia en su función, y en su organización jerárquica depende directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Sin perjuicio de esta dependencia, el régimen del Notariado se estimará descentralizado a base de Colegios Notariales, regidos por Juntas Directivas con jurisdicción sobre los notarios de su respectivo territorio.*

En ningún caso el notario, ni en el ejercicio de su función pública, ni como profesional del derecho, podrá estar sujeto a dependencia jerárquica o económica de otro notario.”.

El notario toma sus decisiones profesionales por sí sin sujetarse a órdenes de ningún superior. Solo está condicionado por la ley y por tanto solo por los tribunales de justicia, si bien como miembro de una corporación, está sometido a una disciplina. Como funcionario tiene dependencia jerárquica del Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), hoy DGSJFP. Como profesional tiene adscripción corporativa a su Colegio Notarial (CN), y a través de ellos al CGN.

1.2.2.- Retribución

Los honorarios notariales no corren a cargo de los Presupuestos Generales del Estado sino de los usuarios de sus servicios, con arreglo al arancel aprobado por el Real Decreto (RD) 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios⁵⁰.

Art. 63 RN: *“La retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial, sin que en ningún caso la percepción difiera del coste medio ponderado del documento incrementado con los derechos que correspondan según el Arancel. La determinación de dichos costes*

⁵⁰ BOE-A-1989-28111. Que ha sufrido numerosas modificaciones posteriores, generalmente a la baja.

corresponderá a la Dirección General de los Registros y del Notariado a propuesta fundada de la Junta de Decanos, y será vinculante para todos los Notarios.

El arancel notarial se aprobará por el Gobierno mediante Decreto, a propuesta del Ministro de Justicia, previo informe de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales y con audiencia de la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

Su revisión y actualización se llevará a efecto cada diez años o antes si las circunstancias lo aconsejan.

Los honorarios y derechos y las cantidades suplidas por el Notario con relación a los impuestos generales sobre las sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, plusvalía o inscripciones y certificaciones del Registro de la Propiedad podrán hacerse efectivas por el procedimiento de apremio que la legislación hipotecaria establece o establezca en lo sucesivo a favor de los Registradores de la Propiedad.

Se regulará asimismo por la legislación hipotecaria la fijación de las bases sobre las que haya de aplicarse el arancel.

El Notario podrá dispensar totalmente los derechos devengados en cualquier documento, pero no tendrá la facultad de hacer dispensa parcial, que se reputará ilícita.”.

1.2.3.- Legitimación

A las tres funciones clásicas: legislativa, judicial y ejecutiva; podríamos añadir una función legitimadora formada por las normas e instituciones que aseguran la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los actos y hechos jurídicos. A la judicatura corresponde aplicar el derecho en casos controvertidos, pero estos son minimizados gracias a la intervención notarial, que al dotar de certeza a los negocios jurídicos evita conflictos. El notario al autorizar los actos y negocios jurídicos de los particulares sirve en primer lugar al interés de aquellos, pero también sirve al interés público del Estado de que haya paz social gracias a la seguridad jurídica.

En esta función se integra la fe pública que da seguridad jurídica conforme al art. 9.3 CE y que ostenta por delegación del Estado. También se desprende del art. 2 RN.

La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), de 11 de mayo de 1989⁵¹, se ha referido en su Fundamento Jurídico (FJ) 3º a la “*función pública estatal que, en su*

⁵¹ TOL 80.282

mayor parte y sin duda la más importante y característica de su profesión, corresponde desempeñar a los Notarios”.

El sistema notarial latino es fundamental para el buen funcionamiento de la vida económica. Protege al consumidor y ahorra costes al proporcionar un asesoramiento gratuito, reducir los trámites y evitar litigios.

1.2.4.- Rogación

Art. 3 párr. 1º RN: *“El Notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados.”.*

2.- El notario como profesional del derecho

2.1.- Conceptuación normativa

También este carácter figura en el art. 1 párr. 1º RN: *“Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho [...]”;* y párr. 3º: *“Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.”.*

Se manifiesta a través del asesoramiento y consejo a los clientes, lo que es muy importante para la sociedad a la que sirve. Se trata de un jurista altamente cualificado al que pueden acudir todos los ciudadanos y que presta sus servicios con calidad e inmediatez de forma totalmente gratuita y que solo dan lugar a la retribución arancelaria correspondiente si culminan con el otorgamiento de algún documento notarial, lo que en muchas ocasiones no sucede. Consagró la LN este carácter en su art. 46 *“en el ejercicio de su profesión”*⁵², y estaba implícito en otros arts. de la misma (arts. 10,13, 17, 41, 43 y 45 LN)⁵³.

También aparece en el art. 344 b) 1 RN que al señalar las funciones del Consejo General, establece la de ostentar la representación y defensa de la profesión notarial⁵⁴.

⁵² Art. 46 LN: *“El Notario que se inutilizare para el ejercicio de su profesión por librar los protocolos de inundación, incendio u otra fuerza mayor, tendrá derecho a una pensión. Si muriese por la misma causa, su viuda e hijos menores tendrán igual derecho.”.*

⁵³ TAMAYO CLARES M., *Temas de Derecho Notarial*, cit., pp. 29-30.

⁵⁴ Art. 344 b) 1 RN: *“Son funciones del Consejo General las siguientes:*

Como tales los encuadra la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (LCP) en su Disp. adic. 2ª⁵⁵. La LCGC, en su art. 23.2, califica el ejercicio de la función pública de los notarios como “*profesional*”. También la LGT en sus arts. 93.4 ya citado, y 186.3⁵⁶.

2.2.- Singularidades

Como profesional, también existen singularidades.

2.2.1.- Pericia

Esta pericia lo es en derecho privado español y también, si las conoce, en la observancia de las formalidades de los documentos extranjeros y la capacidad y estado civil de sus otorgantes, según el art. 36 del D de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (RH)⁵⁷, y la de ser intérprete y traductor, si conoce la lengua de que se trate (art. 150 RN⁵⁸)⁵⁹.

B) 1. Ostentar la representación y defensa de la profesión notarial ante la Administración, Instituciones, Tribunales, Entidades y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales, y ejercitar el derecho de petición conforme a la Ley.”

⁵⁵ BOE-A-1974-289. Disp. adic. 2ª LCP: “*Los Estatutos, generales o particulares, los reglamentos de régimen interior y demás normas de los Colegios de Notarios, Corredores de Comercio y Registradores de la Propiedad y Mercantiles se adaptarán a lo establecido en la presente Ley, en cuanto no se oponga a las peculiaridades exigidas por la función pública que ejerzan sus miembros. En todo caso, les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 2.1 y 2.4 de la presente Ley.”*

⁵⁶ Art. 186.3 LGT: “*Cuando las autoridades o las personas que ejerzan profesiones oficiales cometan infracciones derivadas de la vulneración de los deberes de colaboración de los artículos 93 y 94 de esta ley y siempre que, en relación con dicho deber, hayan desatendido tres requerimientos según lo previsto en el artículo 203 de esta ley, además de la multa pecuniaria que proceda, podrá imponerse como sanción accesoria la suspensión del ejercicio de profesiones oficiales, empleo o cargo público por un plazo de tres meses.*

La suspensión será por un plazo de doce meses si se hubiera sancionado al sujeto infractor con la sanción accesoria a la que se refiere el párrafo anterior en virtud de resolución firme en vía administrativa dentro de los cuatro años anteriores a la comisión de la infracción.

A efectos de lo dispuesto en este apartado, se considerarán profesiones oficiales las desempeñadas por registradores de la propiedad y mercantiles, notarios y todos aquellos que, ejerciendo funciones públicas, no perciban directamente haberes del Estado, comunidades autónomas, entidades locales u otras entidades de derecho público.”

⁵⁷ BOE-A-1947-3843

Art. 36 RH: “*La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles.”*

⁵⁸ Art. 150 RN: “*Cuando se trate de extranjeros que no entiendan el idioma español, el Notario autorizará el instrumento público si conoce el de aquéllos, haciendo constar que les ha traducido verbalmente su contenido y que su voluntad queda reflejada fielmente en el instrumento público.*

También podrá en este caso autorizar el documento a doble columna en ambos idiomas, si así lo solicitare el otorgante extranjero, que podrá hacer uso de este derecho aun en la hipótesis de que

2.2.2.- Competencia

Como profesional está sujeto a un régimen de competencia: cada cual tiene derecho a elegir al notario que prefiera⁶⁰. El art. 126 RN establece: *“Todo aquél que solicite el ejercicio de la función pública notarial tiene derecho a elegir al notario que se la preste, sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico, constituyéndose dicho derecho en elemento esencial de una adecuada concurrencia entre aquellos.”*

Señala el CGN⁶¹ que “el Estado nombra a los notarios, fija sus honorarios y les asigna una plaza concreta. Su destino comprende localidades de todos los tamaños y se basa en criterios sociales, para garantizar que todos los ciudadanos puedan acceder a los servicios notariales. Su peculiaridad es que ejercen en régimen profesional, lo que los hace más competitivos y eficaces. Los notarios compiten en calidad, tienen que ganarse la confianza y el reconocimiento de los ciudadanos. Además, como funcionarios públicos están sometidos a un estricto régimen disciplinario, lo que garantiza su independencia y rigurosidad.

Cualquier ciudadano español tiene derecho a elegir al notario que prefiera para consultarle cuantas dudas le suscite la operación que va a realizar. El notario analizará gratuitamente cada caso y aconsejará imparcialmente sobre la forma más conveniente de llevarlo a cabo”.

“A la hora de elegir notario, si hay más de una parte en la negociación de la operación, existen varias posibilidades:

conozca perfectamente el idioma español. Podrá sustituirse la utilización de la doble columna por la incorporación de la traducción en idioma oficial al instrumento público.

Los notarios podrán intervenir pólizas redactadas en lengua o idioma extranjero a requerimiento de las partes, si todas ellas y el notario conocen dicho idioma. En estos casos, la diligencia de intervención y las restantes manifestaciones del notario se redactarán en el idioma oficial del lugar del otorgamiento.

Cuando los otorgantes, o alguno de ellos, no conocieren suficientemente el idioma en que se haya redactado el instrumento público, y el Notario no pudiese por sí comunicar su contenido, se precisará la intervención, en calidad de intérprete, de una persona designada al efecto por el otorgante que no conozca el idioma, extremo que se expresará en la comparecencia y la autorización del documento, que hará las traducciones necesarias, declarando la conformidad del original con la traducción y que suscribirá, asimismo, el instrumento público.

De acuerdo con lo que antecede, el Notario que conozca un idioma extranjero podrá traducir los documentos escritos en el mencionado idioma, que precise insertar o relacionar en el instrumento público.

Cuando en un instrumento público hubiere que insertar documento, párrafo, frase o palabra de otro idioma o dialecto, se extenderá inmediatamente su traducción o se explicará lo que el otorgante entienda por la frase, palabra o nombre exótico. Están fuera de esta prescripción las palabras latinas que tanto en el foro como en el lenguaje común son usuales y de conocida significación.”.

⁵⁹ TAMAYO CLARES M., *Temas de Derecho Notarial*, cit., pp. 48-49.

⁶⁰ CGN, “¿Quién es el notario? ¿Qué aporta un notario?”, cit.

⁶¹ CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 7.

1.- Si las partes están de acuerdo, pueden acudir a cualquier notario: al que ellos decidan.

2.- Si las partes no están de acuerdo, debe elegir el que vaya a pagar la mayor cantidad del arancel notarial.

3.- Si uno de los contratantes es un promotor inmobiliario, entidad financiera o un empresario y el otro un particular, el derecho corresponde siempre al consumidor. Este derecho es irrenunciable”⁶².

En su trabajo pueden organizarse a través de convenios de modo que se unan dos o más notarios, previa autorización del CN correspondiente, para prestar sus servicios conjuntamente pero teniendo en cuenta que conforme al art. 1 párr. 5º RN *“En ningún caso el notario [...] podrá estar sujeto a dependencia jerárquica o económica de otro notario”*.

2.2.3.- Asesoramiento

Como profesional del derecho tiene obligación de asesorar⁶³. Así, el art. 1 párr. 3º RN dice: *“Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.”*.

IV.- DOCUMENTO PÚBLICO

1.- Definición

Los documentos pueden ser públicos o privados y se diferencian por su autoría. El art. 1216 del RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (CC)⁶⁴ establece: *“Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley.”*.

El CC da por supuesta la noción de *“documento”*. Sin embargo, esta no es pacífica, hay numerosos conceptos elaborados por la doctrina tanto civilista, como procesalista. La primera, suele centrarse en la *“escritura”*, como presupuesto, definiendo el documento a la manera más tradicional, como escrito en el cual consta la narración y circunstancias de uno o más hechos jurídicos que constituyen, modifican o extinguen

⁶² CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 7.

⁶³ RODRÍGUEZ ADRADOS A., “Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado”, cit., p. 41.

⁶⁴ BOE-A-1889-4763

relaciones de derecho entre dos o más personas⁶⁵. Por su parte, la doctrina procesalista ha defendido cuestiones muy diversas en torno al concepto de “documentos”. Desde la más estricta, que identifica el documento con “la incorporación de un pensamiento por signos escritos”; hasta la más amplia, que define el documento como el “objeto que puede ser llevado a la presencia del juez”; pasando por posiciones intermedias que entienden por “documento”, “todo objeto material representativo de un interés para el proceso”, dando entrada, junto a la escritura, a otros sistemas más modernos de reproducción, imagen o sonido⁶⁶.

En principio podríamos decir que el documento e instrumento público es aquel autorizado o emitido por un fedatario o funcionario público competente en ejercicio de sus funciones y que da fe de su contenido por sí mismo.

En puridad habrá que distinguir entre documento o instrumento, el documento es el género, todo lo que consta por escrito o gráficamente; el instrumento es la especie, es el documento cuyo contenido debe surtir efectos jurídicos.

La realidad es que la jurisprudencia y la legislación, no con demasiada rigurosidad, usan en muchas ocasiones como equivalentes los términos documento, instrumento, título y escrituras.

El Título III LN trata “*Del protocolo y copias del mismo que constituyen instrumento público*”; y el Título IV RN: “*Del instrumento público*”.

Destaca Alborch Domínguez⁶⁷ que “partiendo de la vigente legislación notarial, el instrumento público puede ser contemplado desde un doble punto de vista:

a) Desde un punto de vista amplio, se pueden considerar comprendidos dentro del concepto de instrumento público todos los documentos que ha intervenido un notario, sean de la clase que sean. En este sentido se pronuncia el art. 144 RN⁶⁸ que contiene la regulación legal de las escrituras, pólizas, actas y testimonios.

b) Desde un punto de vista estricto se pueden entender como tales únicamente las escrituras, las actas y las pólizas, dejando fuera del mismo otros documentos notariales.

⁶⁵ ALMAGRO NOSETE, J., “Arts. 1214 al 1314” (sub arts. 1216-1230), en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. VI, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 446.

⁶⁶ ALMAGRO NOSETE, J., “Arts. 1214 al 1314”, cit., pp. 446-450.

VAQUERO PINTO, M.J., “Arts. 1214-1217” en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8976-8977.

⁶⁷ ALBORCH DOMÍNGUEZ, S., “El instrumento público”, en U. Nieto Carol (dir.), *GPS Notarial, Guía Profesional*, ed. Tirant lo Blanch, Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 2019, p. 341.

⁶⁸ Art. 144 párr. 1º RN: “*Conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado son instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en certificado, copia o testimonio.*”.

Esta solución parece derivarse de la configuración que el RN da al Título IV, en el que su capítulo II, titulado “*Del instrumento público*” deja fuera los testimonios, cuya regulación se contiene en el capítulo III bajo el título “*De otros documentos notariales*”.

Y podemos definir el instrumento público como un documento público redactado y autorizado por un notario competente con arreglo a derecho, que tiene carácter fehaciente. Por lo tanto:

1.- Es un documento público, porque ha sido redactado y autorizado conforme a las leyes por un notario competente en el ejercicio de su función. Es la cualidad pública de su autor lo que hace público el documento, y el notario, al autorizarlo, asume su paternidad⁶⁹.

2.- Redactado con arreglo a derecho. El art. 317.2.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)⁷⁰ establece: “*A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:*

2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho.”.

Indica Alborch Domínguez⁷¹ que “el notario debe indagar, interpretar y adecuar la voluntad de las partes al ordenamiento jurídico”, según el art. 147 RN, que establece: “*El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado*”.

Y de públicos califica a los documentos notariales el art. 1216 CC. El notario ha de ser competente por la materia y también por el lugar en que actúe, que en principio debe ser dentro de su Distrito Notarial; si no se hace así puede valer como documento privado (art. 1223 CC).

3.- Tiene carácter fehaciente. Así, señala Tamayo Clares⁷² que “es el elemento diferenciador del instrumento frente a los demás documentos públicos, porque el instrumento público es bastante más que un medio de prueba, ya que percibir hechos y recibir declaraciones de los particulares es un privilegio que han tenido desde la Edad

⁶⁹ TAMAYO CLARES M., *Temas de Derecho Notarial*, cit., p. 69.

⁷⁰ BOE-A-2000-323

⁷¹ ALBORCH DOMÍNGUEZ, S., “El instrumento público”, cit., pp. 342-343.

⁷² TAMAYO CLARES M., *Temas de Derecho Notarial*, cit., p. 70.

Media los notarios y los jueces”, por estar “*facultados para dar fe*” (art. 317.5.º LEC⁷³).

Según Alborch Domínguez⁷⁴, “la ley atribuye el valor de fe plena, autenticidad, veracidad y legalidad, incluso frente a tercero, mientras nos sea desvirtuado por una resolución judicial en contrario”.

Hace fe plena por sí mismo, (entre otras, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN), de 7 de enero de 1992⁷⁵), criterio que consagró el CC (en su antiguo art. 1248) y la LN (en su derogado art. 30), y reitera la Ley 43/1985, de 19 de diciembre⁷⁶, y el art. 1218 párr. 1º CC al decir que “*Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.*”, tanto en juicio, “*harán prueba plena*” (art. 319.1 LEC), como fuera de él: “*gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro*” (art. 17 bis LN y 143 párr. 3º RN).

2.- Regulación legal

La encontramos en diversos textos legales.

2.1.- CC

El CC regula los documentos públicos desde el art. 1216 al 1224, entre los que cabe destacar:

⁷³ Art. 317.5º LEC: “*A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:*

5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.”.

⁷⁴ ALBORCH DOMÍNGUEZ, S., “El instrumento público”, cit., p. 342.

⁷⁵ TOL 920.896. En esta RDGRN, se trata de determinar la corrección de una actuación notarial respecto al juicio de capacidad como presupuesto necesario de toda escritura pública “*que expresa la consideración del Notario de que concurre en el otorgante, al tiempo del otorgamiento, la suficiente capacidad. La constancia en el documento de tal ponderación positiva de la capacidad [...] colma plenamente las exigencias de dicha previsión reglamentaria, que pretende de este modo reforzar el valor del instrumento público, dada la enérgica y vigorosa presunción iuris tantum que emerge de tal juicio del Notario reflejado en el documento.*

[...] no hay que desconocer los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la "especial relevancia de certidumbre" que reviste tal aseveración notarial de capacidad, que alcanza el rango de "fuerte presunción iuris tantum" y que, consiguientemente, vincula erga omnes y "obliga a pasar por ella" en tanto no sea revisada judicialmente [...]”.

⁷⁶ Por la que se suprime la exigencia de la legalización de la firma de los notarios en las escrituras que hayan de surtir efecto fuera del ámbito territorial del Colegio Notarial al que pertenecen (en su art. 1).

2.1.1.- Art. 1216 CC

Art. 1216 CC: “*Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley.*”.

La expresa alusión al notario se debe a la especial relevancia que adquieren en las relaciones jurídico-privadas los documentos notariales y es por ello que los siguientes arts. se centran en esta figura y en los documentos públicos por ellos autorizados (instrumentos públicos). Pero, además del notario, se encuentran los “*empleados públicos competentes*”; de modo que el criterio de la autoría concreta la clasificación de los documentos públicos en notariales, judiciales y administrativos⁷⁷.

El que sea “*competente*” supone un triple ámbito de competencia: la necesaria para autorizar documentos públicos, la formal concreta para el documento de que se trate y la territorial, donde puede actuar.

Sobre las “*solemnidades requeridas por la ley*” habrá que estar a la normativa propia de cada fedatario. La Exposición de motivos de la LEC indica: “*La específica fuerza probatoria de los documentos públicos deriva de la confianza depositada en la intervención de distintos fedatarios legalmente autorizados o habilitados. La ley procesal ha de hacerse eco, a sus específicos efectos y con lenguaje inteligible, de tal intervención, pero no es la sede normativa en que se han de establecer los requisitos, el ámbito competencial y otros factores de la dación de fe.*”.

2.1.2.- Art. 1217 CC

Art. 1217 CC: “*Los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la legislación notarial.*”.

A su vez, dispone el art. 143 párr. 1º y 2º RN: “*A los efectos del artículo 1217 del Código Civil, los documentos notariales se regirán por los preceptos contenidos en el presente Título.*”.

Los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, teniendo ésta el carácter de norma supletoria de aquélla.”.

Hay que considerar que la legislación notarial ha experimentado importantes novedades en los últimos años, relativas a la incorporación de nuevas tecnologías. La

⁷⁷ DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I., “Artículo 1216. Publicidad de los documentos”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. III, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 549.

LMFAS que incorpora las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva agrega el art. 17 bis a la LN; y la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal (LMPFF)⁷⁸, modifica los arts. 17, 23 y 24 de aquella. El RN, aprobado por D de 2 de junio, de 1944, se revisa a través del RD 45/2007, de 19 de enero, que modifica gran cantidad de arts. Aunque fue parcialmente anulada por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 20 de mayo de 2008⁷⁹. También la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV)⁸⁰ en su Disposición final (Disp. fin.) undécima, modifica de modo considerable la LN, introduciendo un nuevo Título VII, *“Intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales”*, que contiene los arts. 49 a 83; y también introduce una Disp. adic.: *“Disposición adicional primera. Referencias al Código Civil”*.

La relevancia que el CC otorga a la legislación notarial se ve ratificada por la LEC que en su Exposición de motivos dice: *“Frente a corrientes de opinión que, mirando a otros modelos y a una pretendida disminución de los costes económicos de los negocios jurídicos, propugnan una radical modificación de la fe pública en el tráfico jurídico-privado, civil y mercantil, la presente Ley es respetuosa con esa dación de fe.”*.

2.1.3.- Art. 1218 CC

Art. 1218 CC: *“Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.*

También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.”

Este art. establece la eficacia del documento público, la terminología que emplea muestra que está concebida pensando en el documento público notarial y, en concreto, en la escritura pública⁸¹.

Rodríguez Adrados⁸² señala que los documentos públicos tienen una eficacia genérica documental establecida en ese art. Pero además hay eficacias documentales

⁷⁸ BOE-A-2006-20843

⁷⁹ BOE-A-2008-10272

⁸⁰ BOE-A-2015-7391

⁸¹ DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I., “Artículo 1216. Publicidad de los documentos”, cit., p. 552.

⁸² RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “Arts. 1216-1225”, en C. Paz Ares/L. Díez-Picazo/R. Bercovitz/P. Salvador (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. II, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 332-335.

Asimismo indica que la eficacia que despliega el documento tiene mayor intensidad fuera que dentro del proceso y que con relación a los terceros dicha eficacia se despliega en una doble dirección. Por un lado, existe un principio general de oponibilidad a los terceros del documento público que es el motivo más

específicas en cuanto a determinados documentos públicos, p. ej. la tradición instrumental (art. 1462 CC) o la eficacia ejecutiva (art. 517 LEC). Por último, se encuentra la eficacia probatoria, la que el art. 1218 CC destaca, que no es más que una consecuencia de la eficacia documental genérica.

Existe una presunción de validez y realidad del negocio documentado y de los hechos (art. 319 LEC) y el documento público tiene un valor probatorio privilegiado, pero se puede desvirtuar su eficacia probatoria con otras pruebas. En este sentido la STS, de 14 de octubre de 1993⁸³: *“El art. 1.218 del Código Civil regula con carácter general, la fuerza probatoria de los documentos públicos, pero no quiere decir que tenga proyección plena y absoluta, pues son más bien demostrativos de hechos y no de su naturaleza y repercusión jurídica, cuya interpretación corresponde a los órganos judiciales cuando surge contienda procesal sobre los mismos, por lo que no ha de dárseles prevalencia total y menos automática sobre las demás pruebas”*. En realidad, suele ponerse en duda la expresión *“prueba plena”* del art. 319 LEC, que a pesar de su arraigo histórico es figura inexistente en la actualidad⁸⁴, tratándose más bien de una prueba legal o tasada. Si existe falsedad documental⁸⁵, conforme a los arts. 390 ss. CP, puede impugnarse la autenticidad del documento público y de las copias de los documentos públicos por inexactitud (art. 320 LEC).

Se entiende que el art. 1218 párr. 1º CC se refiere a la eficacia del documento público frente a tercero y el párr. 2º a la eficacia entre las partes. Como constata Rodríguez Adrados⁸⁶, las declaraciones del art. 1218 párr. 2º no son las declaraciones de voluntad que motivan el otorgamiento, que son las del art. 1218 párr. 1º CC, sino las *“declaraciones, manifestaciones o enunciaciones relativas a hechos o circunstancias sobre las que entonces no se dispone, sino que simplemente se relatan, por ser pretéritas o, en general, extrañas al hecho que motiva el otorgamiento del documento, aunque directamente conexas con el negocio que el documento contiene”*. *“Pero la*

generalizado de exigencia de forma (art. 1280 CC), aunque no es una oponibilidad absoluta, pues existen excepciones, como la prevista en el art. 1219 CC o la que deriva de las particularidades de la oponibilidad en la esfera registral (arts. 606 CC y 32 del D de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (LH) (BOE-A-1946-2453)). Por otro lado, los documentos públicos producen efectos beneficiosos para los terceros que han confiado en la apariencia documental.

⁸³ TOL 1.663.425

⁸⁴ MORENO NAVARRETE, M.A., *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 350.

⁸⁵ Cfr. arts. 390 y ss. de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) (BOE-A-1995-25444). Conforme al art. 143 párr. 4º RN: *“Los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias.”*

⁸⁶ RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *“Arts. 1216-1225”*, cit., pp. 334-335.

veracidad intrínseca de esas declaraciones puede ser también desvirtuada (STS, de 23 de octubre de 1992⁸⁷)”⁸⁸.

2.2.- LN

La LN lo recoge en el art. 17.1 párr. 1º y 2º LN: “1. *El Notario redactará escrituras matrices, intervendrá pólizas, extenderá y autorizará actas, expedirá copias, testimonios, legitimaciones y legalizaciones y formará protocolos y Libros-Registros de operaciones.*

Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases.”.

Art. 17 bis 2 párr. 2º LN: “[...] *la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:*

[...] Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes.”.

2.3.- RN

El RN se refiere a él en los arts. 143 a 155, entre ellos destacaremos:

Art. 143 RN: “*A los efectos del artículo 1217 del Código Civil, los documentos notariales se regirán por los preceptos contenidos en el presente Título.*

Los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, teniendo ésta el carácter de norma supletoria de aquélla.

Los documentos públicos autorizados o intervenidos por notario gozan de fe pública, presumiéndose su contenido veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en la Ley.

⁸⁷ TOL 1.662.026

⁸⁸ VAQUERO PINTO, M.J., “Art. 1218” en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8983.

Los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias.”⁸⁹.

Art. 144 RN: *“Conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado son instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en certificado, copia o testimonio.*

Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases.

Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, y en cualquier caso todos los que tengan objeto inmobiliario; todo ello sin perjuicio, desde luego, de aquellos casos en que la Ley establezca esta forma documental.

Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones.

Los testimonios, certificaciones, legalizaciones y demás documentos notariales que no reciban la denominación de escrituras públicas pólizas intervenidas o actas, tienen como delimitación, en orden al contenido, la que este Reglamento les asigna.”.

Art. 145 párr. 1º y 2º RN: *“La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes.*

Dicha autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial, [...].”⁹⁰.

⁸⁹ El art. se modifica por el RD n.º 45/2007, de 19 de enero. El párr. *in fine* del art., relativo a la contradicción sobre los efectos del documento público genera una fuerte polémica. La introducción del inciso *“y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias”* que no figuraba en la versión inicial del nuevo reglamento y que se introduce a última hora es claramente excesiva. No puede ser comparada la actuación de funcionarios con el control judicial para negar o desvirtuar la fe pública.

⁹⁰ Además son reseñables:

2.4.- LEC

La LEC a efectos procesales regula los documentos públicos en los arts. 317 a 323 LEC.

Art. 317 LEC: *“Clases de documentos públicos*

A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:

1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales.

2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho.

3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho.

4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.

5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.

6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades.”.

Art. 319.1 y 2 LEC: *“Fuerza probatoria de los documentos públicos*

Art. 147 RN: *“El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.*

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado.

En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación.

Asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico y sean conformes a la voluntad de las partes.

Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios.”.

Art. 148 RN: *“Los instrumentos públicos deberán redactarse empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma.”.*

1. *Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.*

2. *La fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5.º y 6.º del artículo 317 a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, será la que establezcan las leyes que les reconozca tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado.”.*

La doctrina manifiesta que existen ciertos problemas a la hora de conciliar la norma civil y la norma procesal. Primero, la distinción entre una eficacia frente a todos y otra entre partes no se contempla en la norma procesal. Segundo, no son coincidentes del todo los términos de los arts. 1218 párr. 1º CC y 319.1 LEC. Por un lado, según el CC, el documento público hace prueba del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha; por otro, conforme a la LEC, los documentos públicos hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella. Sin embargo, no parece que existan grandes discrepancias⁹¹. Lo que queda claro es que el documento público acredita, frente a todos, en su caso, la realidad de haberse realizado las declaraciones de las partes, pero no la sinceridad de estas. Es decir, “el funcionario público da fe de lo que percibe y observa, pero sin que su función fedataria alcance la veracidad o sinceridad de las declaraciones de las partes o de los datos contenidos en los documentos”⁹². En este sentido, afirma la STS, de 2 de junio de 1983⁹³: “*El art. 1218 CC preceptúa que el documento público hace prueba plena del hecho que motiva su otorgamiento —que es todo lo que abarca la unidad de acto, desde la comparecencia hasta la lectura y suscripción y comprendiendo las manifestaciones de los otorgantes—, pero sin que, respecto de esas manifestaciones pase la autenticidad, desde haberse realizado o emitido a presencia del fedatario hasta alcanzar y comprender la verdad intrínseca o sinceridad, aspectos estos que escapan a*

⁹¹ RODRÍGUEZ ADRADOS, “Arts. 1216-1225”, cit., p. 334.

⁹² ABEL LLUCH, X. y PICÓ i JUNOY J., *La prueba documental*, ed. Bosch, Barcelona, 2010, p. 151.

⁹³ TOL 1.738.571

la percepción del funcionario”. Además, la eficacia probatoria se extiende a la fecha, tanto en la norma civil como en la procesal; y coincide la doctrina en que el documento público hace fe del lugar del otorgamiento⁹⁴.

3.- Clases

3.1.- Protocolares y no protocolares

Suele distinguirse dentro de los documentos notariales los protocolares y los no protocolares.

La doctrina notarial, siguiendo a Rodríguez Adrados⁹⁵, contrapone los instrumentos protocolares, que son los que conserva el notario en su protocolo o Libro Registro (escrituras, actas, pólizas); a los no protocolares, que no se incorporan al protocolo y que tras la intervención notarial circulan originales (testimonios, legalizaciones y certificaciones).

Según el art. 17.1 párr. 9º LN: *“Se entiende por protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formalizará en uno o más tomos encuadernados, foliados en letra y con los demás requisitos que se determinen en las instrucciones del caso. En el Libro-Registro figurarán por su orden, separada y diariamente, todas las operaciones en que hubiesen intervenido.”*

El CGN (Circular de 27 de septiembre de 2000) y la DGRN (Instrucción de 29 de septiembre de 2000⁹⁶) recogen el término *“documentos protocolares”*.

El título IV del RN *“Del instrumento público”* regula, por un lado, los instrumentos protocolares que pueden ser las escrituras, las pólizas intervenidas y las actas, cuyos originales van al Protocolo ordinario o a la Sección A del Libro-Registro que se conserva a modo de protocolo especial, y circulan solo mediante traslados fehacientes: todos tienen un matriz con un número de protocolo; y por otro lado los documentos que circulan originales, como las declaraciones cambiarias intervenidas,

⁹⁴ DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I., “Artículo 1218. Efectos probatorios de los documentos públicos” en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. III, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 554.

VAQUERO PINTO, M. J., “Art. 1218”, cit., p. 8982.

⁹⁵ RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *Escritos Jurídicos*, t. III, ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 145-146.

⁹⁶ Instrucción de 29 de septiembre de 2000, de la DGRN, sobre la práctica uniforme para la efectividad de la integración en un solo Cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados. Publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) n.º 235, de 30 de septiembre del 2000 (BOE-A-2000-17594).

asentadas en la Sección B del Libro-Registro, y los testimonios en general, que se conservan en el libro Indicador⁹⁷.

3.2.- Art. 17 LN y 144 RN

Conforme al art. 17 LN y 144 RN, y en base a su contenido, los instrumentos públicos pueden ser:

3.2.1.- Escrituras

Se regulan en la sección 2ª, “*De las escrituras matrices*”, capítulo II, Título IV RN.

El art. 17.1 párr. 2º LN dice: “*Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases.*”; y lo mismo dice el art. 144 párr. 2º RN.

El art. 17.1 párr. 3º LN dice: “*Es escritura matriz la original que el Notario ha de redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales, o de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo Notario.*”.

3.2.2.- Actas

Reguladas por la sección 4ª, “*Actas notariales*”, capítulo II, Título IV RN.

Art. 17.1 párr. 8º LN: “*Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones.*”; lo que repite el art. 144 párr. 4º RN.

3.2.3.- Pólizas

Reguladas por la sección 3ª, “*De las pólizas*”, capítulo II, Título IV RN.

Art. 17.1 párr. 5º LN: “*Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su*

⁹⁷ TAMAYO CLARES M., *Temas de Derecho Notarial*, cit., p. 71.

ámbito los demás actos y negocios jurídicos, especialmente los inmobiliarios.” y el art. 144 párr. 3º RN añade a este texto lo siguiente “[...] y en cualquier caso todos los que tengan objeto inmobiliario; todo ello sin perjuicio, desde luego, de aquellos casos en que la Ley establezca esta forma documental.”.

3.2.4.- Copias

Reguladas por la sección 5ª, “*De las copias*”, capítulo II, Título IV RN.

Art. 17.1 párr. 4º LN: *“Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes. A los efectos del artículo 517.2.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter. Expedida dicha copia el Notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la solicitó.”.*

3.2.5.- Testimonios y legalizaciones

Se regulan en la sección 6ª, “*Testimonios del Libro-Registro*”, capítulo II; y capítulo III, “*De otros documentos notariales*”, Título IV RN.

Art. 144 párr. 5º RN: *“Los testimonios, certificaciones, legalizaciones y demás documentos notariales que no reciban la denominación de escrituras públicas pólizas intervenidas o actas, tienen como delimitación, en orden al contenido, la que este Reglamento les asigna.”.*

3.2.6.- Legitimaciones

Art. 256 RN: *“La legitimación de firmas es un testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del notario, o el juicio de éste sobre su pertenencia a persona determinada.*

El notario no asumirá responsabilidad por el contenido del documento cuyas firmas legitime.”.

Art. 258 RN: *“Sólo podrán ser objeto de testimonios de legitimación de firmas los documentos y las certificaciones que hayan cumplido los requisitos establecidos por la legislación fiscal, siempre que estos documentos no sean de los comprendidos en el artículo 1280 del Código Civil, o en cualquier otro precepto que exija la escritura*

pública como requisito de existencia o de eficacia. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 207 de este Reglamento.

No podrán ser objeto de dichos testimonios la prestación unilateral de garantías, ni los contratos de carácter mercantil que el artículo 144 de este Reglamento define como propios de las pólizas cuando exista pluralidad de partes con intereses contrapuestos.”.

Si las partes pretenden alguna forma documental que no se corresponda con su contenido, el notario debe abstenerse de autorizarlo (art. 17 párr. 4º LN, art. 25 párr. 1º LN y 144 párr. 3º, 4º y 5º RN).

3.3.- La escritura

Podríamos decir que es el instrumento público notarial más importante.

Según el CGN⁹⁸, “la escritura es un documento público otorgado ante notario que ofrece la máxima seguridad jurídica en nuestro derecho. Tiene unos efectos poderosos, regulados específicamente por las leyes, que superan con mucho los que tiene un documento privado”.

“La escritura pública es:

- Garantía de autenticidad. Lo que en ella se recoge es cierto. Las Administraciones, los jueces y la sociedad en general” atribuyen credibilidad a los hechos o declaraciones que constan en una escritura pública.

- “Garantía de ejecutoriedad. La escritura pública tiene plena eficacia desde el momento en que el notario la autoriza. Sus efectos superan los de cualquier documento privado y el acuerdo que recoge se lleva a la práctica sin necesidad de más pruebas.

- Garantía de legalidad. Garantiza que lo que en ella se especifica se ajusta a lo que dicta la ley.

- Es para siempre. La escritura pública solo circula mediante copias, ya sean en papel o electrónicas. El documento que contiene las firmas originales se guarda en el despacho del notario que la autoriza sin coste alguno para la sociedad o la Administración pública. Posteriormente pasa a los archivos notariales de cada Colegio y luego al Archivo Histórico”⁹⁹.

⁹⁸ CGN, “El notario. ¿Qué hace?” Consultado en: <<https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/que-hace>>

⁹⁹ CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 8.

“La escritura pública es considerada prueba evidente y fehaciente de que lo que en ella se recoge es cierto y es legal, y que lo autoriza y valida el Estado. Mediante el notario el Estado proporciona a los ciudadanos seguridad jurídica preventiva. Es seguridad porque lo que se dice en una escritura pública es cierto y legal, y es preventiva porque el notario interviene desde el comienzo del acto o contrato de modo que evita cualquier ilegalidad y numerosos conflictos posteriores. La escritura pública es prueba privilegiada ante las administraciones públicas y los tribunales”¹⁰⁰.

“Es un documento íntegro que no precisa ninguna comprobación o contraste y que tiene, por sí mismo, la plena eficacia que le da la ley desde el mismo momento en que el notario lo autoriza. Es un instrumento ejecutivo que posee fuerza probatoria de las fechas, de los hechos y de las declaraciones que contiene”¹⁰¹.

3.4.- Escrituras-actas

Alborch Domínguez¹⁰² destaca que “la distinción entre escrituras y actas es un tanto discutida en la doctrina, incluso no faltan autores que niegan tal distinción. En ese sentido, González Palomino cree que la única diferencia radica en la procedencia de las declaraciones que se documentan, llamándose escritura al documento que recoge declaraciones de las partes, y actas a las que contienen declaraciones del notario”.

La doctrina actual acepta la diferenciación entre escrituras y actas por su contenido. Destacan estas dos posiciones:

a) La de De La Cámara Álvarez¹⁰³. Centrada en la diferencia en la naturaleza negocial o no de los hechos. Si son declaraciones de voluntad negociales y la autorización ha tenido por objeto formalizar el negocio, el instrumento público es escritura. Si hace referencia a hechos jurídicos no negociales, o que recogiendo declaraciones de voluntad no se han autorizado para formalizarlas instrumentalmente, es un acta. Las actas acreditan un hecho, y por ello su único efecto está en la prueba, mientras que las escrituras producen también otros importantes efectos jurídicos.

¹⁰⁰ CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 6.

¹⁰¹ CGN, “El notario. ¿Qué hace?”, cit.

¹⁰² ALBORCH DOMÍNGUEZ, S., “El instrumento público”, cit., p. 348.

¹⁰³ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notoriedad en el Derecho español”, ponencia presentada al *II Congreso Internacional del Notariado Latino* en Madrid, 1950.

b) La de Núñez Lagos¹⁰⁴. Según él, el instrumento público tiene por objeto hechos voluntarios, actos jurídicos en sentido amplio. Si tiene por contenido un negocio jurídico, una declaración de voluntad, es una escritura. Por el contrario, las actas contienen solo hechos patentes, evidentes al notario. Así, en las escrituras los otorgantes reiteran su consentimiento al negocio y constituyen el instrumento; en las actas el notario no altera lo que ve u oye, los hechos ocurren antes y se narran como son después, por lo que no es necesario el consentimiento.

Tamayo Clares¹⁰⁵, “deduce una diferencia formal entre escrituras y actas:

- En las escrituras, la lectura, el consentimiento y la firma y su narración documental son requisitos esenciales de validez del documento notarial.
- En las actas, en cambio, estos requisitos no son esenciales, la aprobación del interesado es una simple confirmación del relato documental, y la firma es necesaria solo como prueba de la rogación”.

Alborch Domínguez¹⁰⁶, con la doctrina mayoritaria, precisa que “entre las escrituras y las actas podemos establecer diferencias de tres tipos:

- De fondo: según recojan una declaración de voluntad o un negocio jurídico (escritura) o un mero hecho (acta).
- De efectos: procesales y sustantivos para las escrituras, y solo probatorios para las actas”.
- De forma: en el art. 198 RN “se exigen menos requisitos para las actas que para las escrituras”.

“Hay otras actuaciones notariales que, aunque pueden participar de la naturaleza de escritura o de acta, son accesorias de las mismas, porque carecen de autonomía y nunca crean matriz. Son las diligencias y las notas”.

3.5.- Escrituras-pólizas

En lo referente a la diferencia entre escrituras y pólizas, se sitúa básicamente en la redacción y el otorgamiento.

- La redacción. El art. 147 RN dice: “*El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y*

¹⁰⁴ NÚÑEZ LAGOS, R., “Hechos y derechos en el documento público”, en *Monografías de Derecho Español*, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1950, pp. 4-11.

¹⁰⁵ TAMAYO CLARES M., *Temas de Derecho Notarial*, cit., pp. 74-75.

¹⁰⁶ ALBORCH DOMÍNGUEZ, S., “El instrumento público”, cit., pp. 349, 351.

adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.

En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación.

Asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, y sean conformes a la voluntad de las partes.”. Precisa Alborch Domínguez¹⁰⁷ que, “por tanto, se puede decir que mientras que la redacción es consustancial a las escrituras y está implícita en el concepto mismo de autorización, en las pólizas la redacción no solo no es consustancial, sino que está excluida en el caso de las citadas entidades”. Aunque esta diferencia no es significativa, porque caben escrituras que se redactan con arreglo a minuta.

– El otorgamiento. Alborch Domínguez¹⁰⁸, siguiendo a Martínez Sanchiz, señala que “podemos decir que en la póliza, tras la intervención hay un otorgamiento. Si bien distingue entre otorgamiento integral, en la escritura, y otorgamiento instrumental, en la póliza intervenida. El integral, forma parte del proceso de gestación documental que culmina con la autorización y es, por tanto, intrínseco a la escritura pública; el instrumental, por el contrario, es extrínseco a la póliza, es decir, sin ese otorgamiento no hay póliza ni, en su caso, contrato, pero no es propiamente un elemento integrante del documento sino aprobación o adhesión al mismo”.

En cuanto a la lectura, apunta que “la intervención no exige ni comporta dación de fe de la lectura de la póliza, a diferencia de lo prescrito en el art. 193 RN respecto de las escrituras. El art. 197 quater e) y g) RN solo ampara una conclusión en el sentido de que el contenido del negocio se realiza de acuerdo con las declaraciones de voluntad de los intervinientes que se desprende del hecho de la firma”. El notario no tiene obligación de leer la póliza a las partes aunque sí de comprobar su legalidad y que el consentimiento sea informado tras explicar a los intervinientes su contenido. No hace falta que exista unidad de acto y de contexto. En la póliza encontramos el cuerpo y la diligencia de intervención que figura en el art. 197 RN que además recoge la posibilidad de otorgamiento, separados en pólizas desdobladas y de otorgamientos sucesivos.

¹⁰⁷ ALBORCH DOMÍNGUEZ, S., “El instrumento público”, cit., p. 352.

¹⁰⁸ ALBORCH DOMÍNGUEZ, S., “El instrumento público”, cit., pp. 352-353.

V.- LOS NOTARIOS Y LA SOCIEDAD

1.- Estadísticas

El “Observatorio notarial de la realidad socioeconómica de los españoles 2007-2014” es un informe sobre los millones de actos, acuerdos y contratos realizados por los ciudadanos en las notarías entre 2007 y 2014. Los datos muestran la evolución y tendencias tanto de la actividad en el ámbito familiar y personal como profesional o empresarial.

ACTOS NOTARIALES 2007-2014¹⁰⁹

Fuente: CGN, “Actos notariales 2007-2014”, Observatorio notarial de la realidad socioeconómica de los españoles 2007-2014.

ACTOS NOTARIALES 2007-2010-2014¹¹⁰

		2007	2010	2014
GRUPO 1	ACTOS DE ORDEN FAMILIAR Y PERSONAL	13.007	12.859	16.366
GRUPO 2	TESTAMENTOS Y DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD	589.543	577.781	617.335
GRUPO 3	CONTRATOS POR RAZÓN DE MATRIMONIO Y ACTOS RELATIVOS A UNIONES O SEPARACIONES DE HECHO	112.340	95.445	81.888

¹⁰⁹ CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 6.

¹¹⁰ GARCÍA COLLANTES, J.M., “Los notarios y los ciudadanos”, *Revista Escritura Pública*, nº 94, julio-agosto 2015, p. 10.

		2007	2010	2014
GRUPO 4	ACTOS QUE IMPLICAN MODIFICACIÓN FÍSICA SOBRE LAS FINCAS	354.839	193.956	108.009
GRUPO 5	CONTRATOS TRASLATIVOS SOBRE TODO TIPO DE BIENES Y DERECHO	1.564.268	945.433	768.215
GRUPO 6	CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO Y CESIONES DE USO	8.506	6.177	6.381
GRUPO 7	DONACIONES Y TRANSMISIONES GRATUITAS INTER VIVOS	88.752	98.412	84.375
GRUPO 8	PACTOS ACUMULABLES A NEGOCIOS JURÍDICOS PRINCIPALES, INDEPENDIENTES O NO	330.240	262.430	90.358
GRUPO 9	ACTOS URBANÍSTICOS	3.663	1.403	551
GRUPO 10	OTROS ACTOS Y CONTRATOS	194.273	158.603	131.280
GRUPO 11	HERENCIAS	323.411	327.148	359.244
GRUPO 12	CRÉDITOS, PRÉSTAMOS Y GARANTÍAS HIPOTECARIAS	1.455.352	929.497	418.208
GRUPO 13	CARTAS DE PAGO Y CANCELACIONES	782.647	461.475	318.117
GRUPO 14	APODERAMIENTOS	1.389.145	1.290.622	1.125.226
GRUPO 15	PROTESTOS	5.533	3.561	732
GRUPO 16	ACTAS	651.892	922.336	827.066
GRUPO 17	PÓLIZAS Y OTROS DOCUMENTOS MERCANTILES SUJETOS AL ANTIGUO ARANCEL DE CORREDORES	3.482.685	2.146.976	1.642.195
GRUPO 18	ENTIDADES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA	6.351	6.321	4.998
GRUPO 19	ENTIDADES CON PERSONALIDAD JURÍDICA	683.218	594.387	686.526
TOTAL		12.039.665	9.034.822	7.287.070

La bajada numérica se debe a la crisis económica. Aún así, estos datos reflejan la importancia del notariado en la sociedad, las intervenciones que realiza, se cuentan por millones.

Como refleja García Collantes¹¹¹, “en el año 2014, 6.530.398 españoles acudieron al notario; un 3,5% más que en 2013, para realizar 7.287.070 actos notariales, un 2% más que el año anterior. Este incremento rompe con la tendencia descendente de los últimos años, que supuso entre 2007 y 2014 una contracción del 40%, especialmente en los servicios notariales más relacionados con la actividad económica”.

Hay una tendencia general de disminución del número de apoderamientos, como de todo lo relacionado con la actividad económica. Pero no todos han bajado. Según el CGN¹¹², “hay tres actos en los que se muestra una tendencia creciente: los llamados poderes preventivos, la autotutela y el documento de voluntades anticipadas. Todos ellos constituyen distintas fórmulas legales recogidas por el ordenamiento jurídico español para garantizar que se cumpla la voluntad de una persona que en un futuro pudiera carecer de capacidad para expresarla”.

1.1.- Poder preventivo

Afirma García Collantes¹¹³ que “es uno de los más habituales. Aunque bajo en valores absolutos, la tendencia (+738%) indica que los españoles empiezan a tomar conciencia de la importancia de poder decidir *a priori* la defensa futura de sus intereses en la previsión de que un día puedan carecer de capacidad de manifestar su voluntad”.

¹¹¹ GARCÍA COLLANTES, J.M., “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 12.

¹¹² CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 19.

¹¹³ GARCÍA COLLANTES, J.M., “Los notarios y los ciudadanos”, cit., pp. 12-13.

PODER PREVENTIVO PARA EL CASO DE INCAPACIDAD¹¹⁴

Fuente: CGN, “Poder preventivo para el caso de incapacidad”, Observatorio notarial de la realidad socioeconómica de los españoles 2007-2014.

1.2.- Autotutela

En crecimiento (+135%). Según el CGN¹¹⁵, “en este caso, una persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de que fuera incapacitada judicialmente, deja por escrito no solo cómo desea que se organicen y administren los asuntos relativos a su persona y bienes, sino también la designación de tutor”.

NOMBRAMIENTOS DE CARGO TUTELAR PARA SÍ MISMO O AUTOTUTELA¹¹⁶

Fuente: CGN, “Nombramiento de cargo tutelar para sí mismo o autotutela”, Observatorio notarial de la realidad socioeconómica de los españoles 2007-2014.

¹¹⁴ CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 19.

¹¹⁵ CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 19.

“El otorgante puede nombrar tutor a quien desee, tanto a personas físicas, familiares o amigos: como jurídicas, públicas o privadas sin ánimo de lucro, entre cuyos fines figure la protección de menores o incapacitados.”.

¹¹⁶ CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 20.

1.3.- Voluntades anticipadas

Más conocido como testamento vital, es otro de los servicios notariales que más han crecido en los últimos años, se ha más que duplicado desde el 2007. Concreta el CGN¹¹⁷ que “es una forma legal por la que una persona mayor de edad y con capacidad legal suficiente manifiesta qué asistencia médica desea recibir en caso de que llegue a encontrarse en una situación en la que no pueda expresar su voluntad”.

Se puede realizar en escritura pública ante notario, lo que favorece que la voluntad del otorgante se conozca en todo el territorio nacional y “presenta la ventaja de su conservación en protocolo notarial y la garantía de su autenticidad e inalterabilidad. El notario puede orientar al ciudadano sobre las consecuencias que conllevaría todo lo dispuesto”.

DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS¹¹⁸

Fuente: CGN, “Documento de voluntades anticipadas”, Observatorio notarial de la realidad socioeconómica de los españoles 2007-2014.

1.4.- Testamentos

El número de testamentos ha sido similar desde el 2007. Las herencias tienen un incremento del 16% desde 2009. El testamento expresa la voluntad de una persona acerca de cómo han de repartirse sus bienes cuando fallezca¹¹⁹.

¹¹⁷ CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 20. “Entre las decisiones que quedan fijadas en el documento de voluntades anticipadas figuran los tratamientos médicos que se desea o no recibir, el rechazo a todos los mecanismos que puedan mantener al paciente con vida de modo artificial, si se desea donar los órganos con finalidad terapéutica, docente o de investigación, y también la designación de uno o varios representantes que ejerzan como interlocutores con el equipo sanitario.”.

¹¹⁸ CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 20.

¹¹⁹ CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 22.

“El reparto no puede hacerse de cualquier modo, pues está condicionado por la legítima, figura jurídica que marca los límites del reparto de los bienes a los herederos, denominados “herederos forzosos” o legitimarios. Estos son los descendientes del fallecido, los ascendientes y el cónyuge, por ese orden. El

TESTAMENTOS¹²⁰

Fuente: CGN, “Testamentos”, Observatorio notarial de la realidad socioeconómica de los españoles 2007-2014.

2.- Valoración social

Según el CGN, basado en un estudio realizado por la entidad Simple Lógica en 2016, “7 de cada 10 españoles han utilizado alguna vez los servicios de un notario y mayoritariamente le conceden un alto valor a su figura y a la función de seguridad jurídica preventiva que desempeñan.

Los aspectos mejor valorados son: la atención general ofrecida (78%) y el asesoramiento prestado (72%)”¹²¹.

La gente tiene confianza en el notario. “La profesión del notario goza de gran consideración entre los ciudadanos. El 72% de los encuestados consideran que son unos profesionales altamente cualificados porque realizan un gran esfuerzo para su capacitación profesional y conocimiento de las leyes”.

“Los usuarios encuestados manifiestan un alto grado de satisfacción con el trato recibido en la notaría. El 73% de los encuestados reconocen que el notario les hizo sentir cómodos, un 69% consideran que el notario se mostró cercano y un 68% que les concedió el tiempo adecuado”.

orden es importante porque la ley, tanto en el derecho civil o común, como en los derechos civiles de las Comunidades Autónomas (CCAA), da prioridad a unos sobre otros.”.

¹²⁰ CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 22.

¹²¹ CGN, “Valoración social del notariado”.

Consultado en: <<https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/valoracion-social-del-notariado>>

VI.- MIEMBROS

1. Notariado

Art. 1 párr. 1º RN: *“El Notariado está integrado por todos los notarios de España, con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las leyes y reglamentos determinan.”*.

El notario, la persona del notario, es el elemento primordial del derecho notarial, porque la función notarial es personalísima, está basada en la presencia ante el notario de las personas cuyas declaraciones va a recibir, y del notario ante los hechos que va a autenticar.

El notariado como institución puede anteponerse a los notarios. Pero no el notariado como conjunto de notarios del país ni tampoco el notariado como organización¹²².

Los notarios en España, unos 3.000 con un perfil cada vez más joven (el 44% tienen menos de 50 años) y paritario entre hombres y mujeres, están repartidos geográficamente por todo el territorio español, incluso en localidades muy pequeñas, para garantizar el servicio, por lo que resulta fácil encontrar uno cerca en el que depositar tu confianza¹²³. Los notarios se organizan por Colegios, uno por cada CCAA (17), que les apoyan en su función y a su vez controlan su actuación. Los Decanos de estos Colegios integran el CGN, que representa al colectivo a nivel nacional. Los notarios dependen jerárquicamente de la DGRN del Ministerio de Justicia¹²⁴.

¹²² RODRÍGUEZ ADRADOS A., “Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado”, cit., pp. 41-42.

¹²³ Se puede consultar en la Guía Notarial en: <<http://guianotarial.notariado.org/>>

¹²⁴ CGN “¿Quién es el notario? ¿Qué aporta un notario?”, cit.

NÚMERO DE NOTARIOS POR CCAA¹²⁵

Fuente: CGN, “Número de notarios por CCAA. Demarcación notarial marzo 2015”, Observatorio notarial de la realidad socioeconómica de los españoles 2007-2014.

2.- Cómo ser notario

Mediante resolución de la DGRN, el Ministerio de Justicia convoca periódicamente en el BOE la oposición libre para obtener el título de notario.

Los requisitos para presentarse son los siguientes (art. 10 LN y art. 6 RN):

Art. 10 LN: “*Los que aspiren a realizar las pruebas selectivas para el ingreso en el Notariado, deben reunir, en la fecha en que termine el plazo de presentación de las instancias, las condiciones siguientes:*

- 1. Ser español u ostentar la nacionalidad de cualquier país miembro de la Unión Europea.*
- 2. Ser mayor de edad.*
- 3. No encontrarse comprendido en ninguno de los casos que incapacitan o imposibilitan para el ejercicio del cargo de Notario.*

¹²⁵ CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, cit., p. 9. Real Decreto (RD) 140/2015, de 6 de marzo, sobre demarcación notarial (BOE-A-2015-2494).

4. *Ser Doctor o Licenciado en Derecho o haber concluido los estudios de esta Licenciatura.* (en cada oposición se reserva un cupo de plazas para personas con discapacidad).

Si el título procediera de un Estado miembro de la Unión Europea, deberá presentarse el certificado acreditativo del reconocimiento u homologación del título equivalente, conforme a la Directiva 89/48, de 21 de diciembre de 1988, al Real Decreto 1665/1991, de 24 de octubre y demás normas de transposición y desarrollo.”; lo que reitera el art. 6 RN.

Según el art. 16 RN párr. 1º, 4º, 5º y 7º: *“Los ejercicios de la oposición serán cuatro: los dos primeros, orales, y el tercero y el cuarto, escritos. Tanto los dos primeros como la lectura del tercero y de la primera parte del cuarto serán públicos.*

[...]

En ambos ejercicios orales los temas serán sacados a la suerte de los comprendidos en el programa que deberá estar publicado en el "Boletín Oficial del Estado" un año antes de la convocatoria de la oposición. El opositor dispondrá de cinco minutos, como máximo, antes de comenzar la exposición, para reflexionar y tomar notas por escrito, si lo desea.

[...]

El programa comprenderá una exposición del derecho positivo vigente en España en cada una de las materias que en él se incluyen, destacando, tanto en el Derecho Común como en el Foral, aquellas que el notario debe profesionalmente conocer y aplicar y cuyo conocimiento le dote de una auténtica especialización en aquéllas..

[...]

La legislación fiscal comprenderá aquellos impuestos que más puedan interesar al notario como asesor de los particulares ”¹²⁶.

Los que superan los exámenes tienen profundos conocimientos de derecho civil español, común y foral, parte general, propiedad y derechos reales; de obligaciones y contratos, de derecho de familia y sucesiones, de la legislación fiscal, de derecho mercantil, de derecho hipotecario, de derecho notarial y de derecho procesal y administrativo; de redactar escrituras o documentos notariales, y de los problemas jurídicos que planteen, de la liquidación de los impuestos que correspondan a cada

¹²⁶ CGN, “¿Cómo ser notario?”, Consultado en: <<https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/como-ser-notario>>

escritura, de contabilidad y matemática financiera y de realizar dictámenes sobre los temas de su competencia.

VII.- ACTIVIDAD

1.- Por qué acudir

El notario presta asesoramiento gratuito e imparcial e indica el mejor camino para lograr con éxito los objetivos dentro del marco que permitan la legalidad civil, mercantil, administrativa y fiscal.

Destaca el CGN¹²⁷ que “es fundamental que acudas al notario que libremente hayas elegido en la primera fase de la negociación. No tengas reparos en expresarle tus dudas y preocupaciones sobre cualquier cuestión relacionada con la tramitación de la escritura, con los impuestos, los registros, etc. Si decides que por el momento no quieres hacer lo que proyectabas, el notario no te cobrará por esa consulta.

El notario tiene la obligación de asesorar jurídicamente, interpretar, configurar y autenticar con arreglo a la legalidad la voluntad de todas las partes y de forma especial a aquella más necesitada de protección (art. 147 RN¹²⁸).

Como funcionario público, el notario adecuará a la más estricta legalidad cualquier documento, declaración o acto que los particulares le soliciten y comprobará que los negocios queridos por la partes reúnen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico. Este control de legalidad te da las mayores garantías y la total seguridad de que tu contrato o negocio es definitivo, inamovible y eficaz”.

¹²⁷ CGN, “El notario. Por qué acudir”.

Consultado en: <<https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/por-que-acudir>>

¹²⁸ Art. 147 RN: “El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado.

En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación.

Asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico y sean conformes a la voluntad de las partes.

Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios.”.

2.- Qué cuesta

El CGN¹²⁹ señala que “los honorarios notariales son solo una pequeña parte de lo que se paga en la notaría. La mayor parte de la factura es una provisión para hacer frente a impuestos, honorarios de registradores, gestores y otros gastos y suplidos que se generan y que el notario abona en nombre del cliente”.

La factura notarial “cubre el servicio de fe pública extrajudicial: oficinas y suministros, sueldo del equipo profesional, seguro de responsabilidad civil, informatización, encuadernación y conservación de las escrituras, mantenimiento de los colegios, etc., solo una parte corresponde a los honorarios del notario. El notario da una factura detallada de sus servicios y costes correspondientes, y si hay alguna duda con la factura, el colegio notarial la revisará de forma gratuita”.

En la notaría los usuarios muchas veces solo asisten a la firma del acuerdo o contrato, pero este es el resultado final de un trabajo largo y complejo.

“Los notarios aplican un arancel fijo que estableció el Gobierno en 1989 y que desde entonces no se ha revisado. El arancel es el medio por el que se retribuye la función notarial y el sistema con el que se financia la seguridad jurídica preventiva”.

“Los aranceles vigentes de los notarios fueron establecidos por RD 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios¹³⁰. Los aranceles españoles son, después de los de Portugal, los más bajos de Europa”. Lo que supone que la inflación de estos años ha sido asumida por el notario, ya que cuesta lo mismo hoy que hace 30 años.

“Todos los notarios de España cobran lo mismo por idéntico servicio (pueden hacer un descuento del 10%). La competencia entre ellos solo se basa en la calidad. Esto garantiza el acceso de todos los ciudadanos, con independencia de su renta, a los servicios de seguridad jurídica preventiva que prestan los notarios”.

“El coste del arancel notarial es muy inferior a los costes y daños sociales y económicos que se evitan por la intervención del notario”.

El CGN destaca “algunos valores del trabajo notarial que ayudan al usuario a ahorrar dinero:

¹²⁹ CGN, “El notario. Qué cuesta”. Consultado en: <<https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/que-cuesta>>

¹³⁰ BOE-A-1989-28111

– Desempeña un papel de mediador y obtiene información relevante para los contratantes asesorándoles y comprobando su veracidad, lo que reduce a los particulares los gastos correspondientes.

– Actúa en muchas ocasiones como un árbitro, al ayudar a conciliar los intereses de los particulares que acuden a él y evitando otro tipo de enfrentamientos legales.

– Redacta la escritura correspondiente, adaptándola y modificándola para cada caso concreto.

– Atribuye fe pública al contrato y asegura su cumplimiento dejándolo listo para su ejecución y asegurando la tranquilidad del usuario.

– Junto a la Corporación Notarial conserva y custodia los documentos durante al menos 100 años sin ningún coste adicional”.

– Y sobre todo, evita litigios en línea con la frase: notaría abierta, juzgado cerrado.

Hay documentos notariales de gastos fijos y variables.

Testamentos, poderes, actas, capitulaciones matrimoniales, etc. tienen un coste fijo de notario. Están socialmente primados para ser accesibles a todos los ciudadanos (un testamento, p. ej., suele costar entre 38 y 50 euros). Son documentos socialmente primados para garantizar la accesibilidad de todos los ciudadanos.

Otros documentos notariales tienen un coste variable que dependerá del precio o valor de los bienes objeto del negocio documentado.

“Las escrituras de Viviendas de Protección Oficial tienen reducciones del arancel de carácter social. Ocurre lo mismo con todos los documentos que afectan a las Administraciones y empresas públicas”.

Desde 1989, un total de 33 leyes prevén reducciones arancelarias en la intervención notarial¹³¹ al albur de la conveniencia política.

3.- Beneficio social

Sostiene el CGN¹³² que “el notario presta un beneficio social a los ciudadanos. El asesoramiento gratuito y la libertad de elección del notario hacen posible que aquellos usuarios con menor nivel adquisitivo o poca experiencia en temas jurídicos y legales accedan a un servicio de las mismas características y garantías que el resto. Por ello,

¹³¹ CGN, “El notario. Qué cuesta”, cit.

¹³² CGN, “El notario. Por qué acudir”, cit.

existen cerca de 3.000 notarios repartidos por todo el territorio español, incluso en pueblos muy pequeños, de forma que todos los ciudadanos tengan acceso a los servicios notariales.

El CGN creó en 1999 una fundación, Æquitas, para la mejora de la protección jurídica de colectivos necesitados de especial protección. La Fundación asesora sobre el ejercicio de la capacidad jurídica y de obrar de los más vulnerables y aconseja a los ciudadanos y a sus representantes en cuestiones relativas a su protección social, legal y económica”.

Hay muchas intervenciones notariales socialmente primadas, lo que significa que los documentos se retribuyen por un importe inferior a lo que cuesta realizarlos, como los testamentos o las actas. Y otras actuaciones que son gratuitas asumiendo el notario el 100% del coste como los poderes electorales¹³³, la actuación en la presentación de preconcursos de particulares¹³⁴, las de los ciudadanos que gocen de beneficio de justicia gratuita¹³⁵ y la de las actas de transparencia previstas en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI)¹³⁶.

¹³³ Art. 8 Anexo IV RN: “La prestación de funciones para dar fe de actos u operaciones relacionadas con la materia electoral se regirá por la legislación notarial general y, en especial, por lo que se dispone en este anexo para el día de la votación.

Las autorizaciones para solicitar la certificación de inclusión en el censo y para recibir, en su caso, la documentación para el voto por correo, en los supuestos de enfermedad o incapacidad que impida la formulación personal de la solicitud o la realización personal de la recepción, se instrumentarán en escritura pública de poder. [...]”; y art. 72 LOREG: “Los electores que prevean que en la fecha de la votación no se hallarán en la localidad donde les corresponde ejercer su derecho de voto, o que no puedan personarse, pueden emitir su voto por correo, previa solicitud a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, con los requisitos siguientes:

[...]

c) En caso de enfermedad o incapacidad que impida la formulación personal de la solicitud, cuya existencia deberá acreditarse por medio de certificación médica oficial y gratuita, aquélla podrá ser efectuada en nombre del elector por otra persona autorizada notarial o consularmente mediante documento que se extenderá individualmente en relación con cada elector y sin que en el mismo pueda incluirse a varios electores, ni una misma persona representar a más de un elector. La Junta Electoral comprobará, en cada caso, la concurrencia de las circunstancias a que se refiere este apartado.

[...]”.

¹³⁴ Art. 242 bis 1. 4º LC: “Las actuaciones notariales o registrales descritas en el artículo 233 no devengarán retribución arancelaria alguna.”.

¹³⁵ Art. 6.7 y 8 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (BOE-A-1996-750): “7. Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales, en los términos previstos en el artículo 130 del Reglamento Notarial.

8. Reducción del 80 por 100 de los derechos arancelarios que correspondan por el otorgamiento de escrituras públicas y por la obtención de copias y testimonios notariales no contemplados en el número anterior, cuando tengan relación directa con el proceso y sean requeridos por el órgano judicial en el curso del mismo, o sirvan para la fundamentación de la pretensión del beneficiario de la justicia gratuita.”.

¹³⁶ BOE-A-2019-3814

VIII.- ACTIVIDAD INTERNACIONAL

1.- Consejo de los Notariados de la Unión Europea (CNUE)

El CNUE, que nació en 1983, es el organismo que representa ante las instituciones comunitarias a los más de 40.000 notarios europeos¹³⁷.

Es el organismo oficial de representación de la profesión notarial ante las instituciones europeas y con potestad de hablar, negociar y tomar decisiones en nombre de los distintos notariados europeos.

Componen el CNUE 22 países: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, República Checa y Rumania¹³⁸. Tienen el estatus de observadores: Macedonia, Montenegro, Serbia y Turquía.

2.- Unión Internacional del Notariado Latino (UINL)

La UINL fue fundada en Buenos Aires en 1948.

El notariado español también pertenece a la UINL junto con otros 88 países. La UINL es una organización internacional no gubernamental, instituida para promover, coordinar y desarrollar la función y la actividad de los más de aproximadamente 300.000 notarios que hay en el mundo. A 30 de noviembre de 2019 en la UINL se integran 89 países¹³⁹. En los últimos tiempos se ha producido una masiva incorporación de países que han adoptado este modelo en lugar del sistema anglosajón del *common-law*, como los antiguos Estados del bloque comunista, China o Indonesia¹⁴⁰.

Las finalidades que persigue son:

¹³⁷ CGN, “El notario. Actividad internacional”. Consultado en:

<<https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/el-notariadenespana/actividadinternacional>>

¹³⁸ CGN, “El notariado en el mundo. CNUE”. Consultado en:

<<https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/el-notariado-en-el-mundo/cnue>>

¹³⁹ Tras la incorporación de Bielorrusia en 2019. Como indica la UINL en su página web, <<https://www.uinl.org/notariados-miembros>>, los miembros son: Albania, Alemania, Andorra, Argelia, Argentina, Armenia, Austria, Bélgica, Benín, Bielorrusia, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Camerún, Chad, Chile, China, Ciudad del Vaticano (Estado de la), Colombia, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croacia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Federación de Rusia, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Guatemala, Guinea, Haití, Honduras, Hungría, Indonesia, Italia, Japón, Kosovo, Letonia, Líbano, Lituania, Londres (Reino Unido), Luxemburgo, Madagascar, Mali, Malta, Marruecos, Mauricio, Mauritania, México, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Nicaragua, Níger, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Puerto Rico, Quebec (Canadá), República Centroafricana, República Checa, República de Corea, República de Macedonia del Norte, República de Moldova, República Dominicana, Rumanía, San Marino, Senegal, Serbia, Suiza, Togo, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay, Venezuela y Vietnam.

¹⁴⁰ CGN, “El notariado en el mundo. CNUE”, cit.

– La promoción y la aplicación de los principios fundamentales del sistema de notariado latino “y de los principios de deontología notarial.

– La representación del notariado ante las organizaciones internacionales y la colaboración con las mismas.

– La colaboración con organismos nacionales y las autoridades institucionales de cada país.

– El estudio del derecho en el ámbito de la actividad notarial y la colaboración para la armonización de las legislaciones nacionales en el plano internacional.

– El estudio y la compilación de la legislación relativa al notariado.

– La promoción de congresos, conferencias y encuentros internacionales.

– La promoción y establecimiento de relaciones con los notariados en vía de desarrollo.

– Contribuir a la evolución del derecho en los Estados.

– Proteger la dignidad e independencia de los notarios.

El sistema europeo continental del notariado es el latino-germánico, que se agrupa en la UINL. Hoy en día es el modelo mayoritario en el mundo, utilizado por el 70% de la población mundial. Consigue unas transacciones más seguras y con menos costes para los usuarios.

Su función primordial es el asesoramiento imparcial y el control estricto de la legalidad. También se encargan de velar por la protección de los más vulnerables y la defensa de los DDHH.

El modelo notarial latino tiene como pilar la escritura pública, un documento con fuerza ejecutiva, y que constituye una prueba privilegiada en juicio. Se puede afirmar que la escritura pública es en el tráfico ordinario lo que la sentencia en el contencioso. A diferencia de los contratos privados, la fuerza ejecutoria que se atribuye a los documentos públicos notariales, permite que las partes contratantes obtengan directamente la ejecución de sus obligaciones recíprocas ante los tribunales. El documento público notarial también tiene una eficacia que trasciende a terceros. En el sistema notarial prima la seguridad jurídica preventiva frente a los otros existentes en el mundo, que suelen recurrir a la contratación de seguros y a la intervención judicial en caso de conflicto.

El CGN¹⁴¹ afirma que “el sistema notarial tiene una importancia estratégica para el buen funcionamiento de la vida económica. Es una figura que protege al consumidor y que ahorra costes, al proporcionarle un asesoramiento gratuito, reducir los trámites y, fundamentalmente, evitarle litigios”.

IX.- FUNDACIÓN AEQUITAS

1.- La Fundación

El CGN¹⁴² “adoptó en el año 1999 el acuerdo de constituir una fundación que canalizara las aportaciones que puede realizar el Notariado en su conjunto, y los Notarios y otros profesionales individualmente, en relación con la discapacidad y la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran numerosas personas.

Se puede apreciar la estrecha relación de la actividad notarial con ambas situaciones. Por un lado, porque la apreciación de la capacidad jurídica de las personas en un actividad básica en cualquier actuación notarial. Por otro, porque estas situaciones motivan la preocupación de las personas afectadas, sus familiares y cuidadores, que buscan solución en el ámbito jurídico a través del Derecho Civil y, concretamente, a través del agente especializado en el mismo y autor de los documentos que contempla aquel en ese mismo ámbito que es el Notario”.

Se constituyó en escritura de 15 de octubre de 1999. Por Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 25 de abril de 2000 (BOE 11 de mayo), se clasifica como Fundación benéfica de asistencia social, inscrita con el número 28/1134 en el Registro de Fundaciones Asistenciales¹⁴³.

Personas con discapacidad, mayores, inmigrantes, víctimas de violencia de género, así como todas aquellas personas que sufren algún tipo de discriminación por razón de raza, sexo o edad, sus amigos y familiares, tienen a su disposición un servicio de consulta gratuito en <http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/inicio>, dirigido a resolver sus dudas y a proporcionarles información orientativa.

¹⁴¹ CGN , “El notariado en el mundo. CNUE”, cit.

¹⁴² FUNDACIÓN AEQUITAS, “La Fundación”.

Consultado en: <http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/quienes-somos/la-fundacion>

¹⁴³ FUNDACIÓN AEQUITAS, “La Fundación”, cit.

2.- Fines

2.1.- Marco normativo

El fin primordial de la Fundación¹⁴⁴ es “la mejora del marco normativo que regula la situación jurídica de los menores, discapacitados y personas de tercera edad, impulsando las reformas legislativas que sean necesarias.

La Fundación lleva a cabo una importante labor en el ámbito legislativo, elaborando propuestas de reforma legales para la mejora de la protección de los discapaces y la subsanación de defectos y lagunas normativas”.

Promueve “modificaciones en el ámbito del derecho privado para adaptarlo a las necesidades de estos colectivos, colaborando así con los poderes públicos en su política de previsión, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, tratando de lograr *“las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas”*, conforme determinan los arts. 9.2 y 49 CE”¹⁴⁵.

Esta actividad se tiene lugar a través de tres secciones: Jurídica, de Documentación y Social. Supone:

a) Recopilación de las disposiciones legales, estatal y autonómicas, aplicables.

Las primeras competencias transferidas a las CC.AA. son los servicios sociales, lo que ha dado lugar a una gran diferencia de servicios y actividades a nivel regional, de difícil conocimiento a nivel nacional.

Por ello hay que realizar una recopilación de las disposiciones legales estatal y autonómicas, con la elaboración de un registro de actuaciones y respuestas a nivel nacional.

b) Preparación de material de trabajo sobre posibles reformas de la legislación vigente.

La opinión de expertos, entre los se incluye en primer lugar a los Patronos y al colectivo de notarios, suministra material de trabajo sobre posibles reformas de la legislación vigente. “Esta colaboración parece imprescindible. Con el conocimiento de la situación actualizada que tenemos formularemos propuestas de actuación concretas y prácticas en aquellos campos en los que la experiencia pone de manifiesto carencias, vacíos, inoperancias y dificultades de la propia legislación.

¹⁴⁴ FUNDACIÓN AEQUITAS, “Fines”.

Consultado en: <<http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/quienes-somos/fines>>

¹⁴⁵ FUNDACIÓN AEQUITAS, “Fines”, cit.

Esta actividad supone: creación de grupos de trabajo, mesas redondas, actos, conferencias, seminarios, cursos, simposios, publicaciones de trabajos, tesis, estudios de temas jurídicos especializados, etc.”¹⁴⁶.

2.2.- Asesoramiento gratuito

El asesoramiento jurídico gratuito en materia de capacidad jurídica y de obrar de las personas físicas es otro de sus fines.

La Fundación AEquitas nace como vía para sistematizar la actividad cotidiana de los notarios, “que se reparten por toda la geografía nacional, llegando a los puntos más remotos y que día a día, en una labor callada, pero tremendamente eficaz, asesoran a padres y familiares de discapaces, aconsejando medios de protección jurídica en los problemas cotidianos: la adquisición de vivienda y su financiación, el cuidado de los hijos o de las personas con las que convive, la organización de su economía doméstica, la redacción del testamento, etc. Todas ellas cuestiones que angustian a los padres preocupados por el futuro del discapaz preparando la situación una vez que ellos fallezcan.”¹⁴⁷.

“Los notarios, por su contacto diario con la realidad social, son testigos privilegiados de los problemas que aquejan a un importante sector de la sociedad. Si al hecho de ser los despachos notariales observatorios directos de esta problemática social, se une el de que los notarios tienen una importante preparación jurídica, se puede extraer la conclusión de que el notariado es colectivo muy capacitado para prestar una importantísima labor en este ámbito, detectando los problemas más acuciantes, asesorando y proponiendo soluciones.

La Fundación AEquitas ofrece gratuitamente su asesoramiento jurídico para cuantas cuestiones se planteen en el ámbito de los objetivos de entidades tutelares y asistenciales”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ FUNDACIÓN AEQUITAS, “Fines”, cit.

¹⁴⁷ FUNDACIÓN AEQUITAS, “Fines”, cit.

¹⁴⁸ FUNDACIÓN AEQUITAS, “Fines”, cit.

TEMA II.- LA PERSONA Y LA PERSONALIDAD

I.- LA PERSONA

1.- Concepto

Castán Tobeñas¹⁴⁹ distingue varios sentidos de la palabra persona:

a) Sentido vulgar. “El término persona es sinónimo de hombre”.

b) Sentido filosófico. Para los antiguos metafísicos, persona era, según la definición de Severino Boecio¹⁵⁰, “una sustancia individual de naturaleza racional (*naturae rationalis individua substantia*). Entre los filósofos modernos es general ver en la conciencia la característica de la personalidad”.

c) Sentido jurídico. “En el lenguaje jurídico se llama persona a todo ser capaz de derechos y obligaciones, o lo que es igual, de devenir sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas”.

De Castro y Bravo¹⁵¹ afirma que el camino más aconsejable para definir el término es partir de la persona humana y por tanto, indica que son personas: “el hombre¹⁵² y traslaticiamente, en su caso, ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica”.

Puig Peña¹⁵³ señala que persona es “todo ser o entidad susceptible de figurar como término subjetivo en una relación de derecho”, lo que comprende en el concepto a las personas naturales y morales.

2.- Clases

Según la mayoría de la doctrina, siguiendo a Castán Tobeñas¹⁵⁴, hay dos clases de personas:

- Las físicas, que se identifican con la persona humana.
- Las jurídicas, que son ciertos entes a los que el ordenamiento jurídico atribuye tal cualidad.

¹⁴⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. I, vol. II, 14ª ed., ed. Reus, Madrid, 1984, pp. 114-117.

¹⁵⁰ BOECIO SEVERINO, A.M., “Sobre la persona y las dos naturalezas”, en S. I. Clemente Fernández, *Los filósofos medievales* (selección de textos), vol. I, ed. BAC, Madrid, 1979, p. 557.

¹⁵¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, t. II, vol. I, ed. Civitas, Madrid, 2008, p. 30.

¹⁵² Evidentemente hombre entendido con carácter genérico, es decir, hombre y mujer.

¹⁵³ PUIG PEÑA, F., *Introducción al Derecho civil Español Común y Foral*, 2ª ed., ed. Bosch, Barcelona, 1942, p. 206.

¹⁵⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., p. 120.

El derecho moderno reconoce “la personalidad jurídica a todos los hombres, como medio para que estos realicen en la vida cotidiana sus fines individuales”. Más, al lado de los fines individuales y temporales, “existen en la sociedad fines colectivos que no pueden obtenerse sino por la reunión de fuerzas y fines duraderos que sobrepasan las generaciones y exigen una actividad sucesiva e ininterrumpida”, por ello el derecho concede también personalidad a las asociaciones e instituciones que se formen para la realización de estos últimos fines. Y así, junto a las personas físicas o individuales, surgen las personas jurídicas, morales o colectivas.

II.- LA PERSONALIDAD

1.- Concepto

Castán Tobeñas¹⁵⁵ señala que “aunque a veces se usen como sinónimos y sean consecuencia el uno del otro, no deben confundirse los términos persona y personalidad. Si persona es todo ser capaz de ostentar derechos y obligaciones, por personalidad ha de entenderse la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas” (derechos y obligaciones). Así se puede afirmar que se es persona, pero se tiene personalidad.

En la actualidad, “desaparecida la esclavitud, reconocido a los extranjeros el goce de los derechos civiles, y admitido que la dependencia familiar no altera la capacidad, ya no está la personalidad¹⁵⁶ ligada a la posesión de cualidad ninguna, y se le puede considerar como emanación de la naturaleza racional humana”.

2.- Naturaleza jurídica

Sobre la naturaleza jurídica de la personalidad destaca Castán Tobeñas¹⁵⁷ que hay posturas divergentes:

- Los partidarios de las teorías formalistas o normativistas afirman que es una atribución del ordenamiento jurídico.
- Los partidarios de las teorías *iusnaturalistas* o realistas, afirman que “es un atributo esencial del propio ser humano inseparable de este, ya que como ser racionalmente libre le corresponde la capacidad de querer y de obrar para cumplir su fin jurídico”.

¹⁵⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., pp. 117-119.

¹⁵⁶ Como p. ej. lo estuvo en Roma.

¹⁵⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., p. 116.

Estima que cada teoría se fija en una de las dos vertientes de la personalidad. Las teorías formalistas se fijan principalmente en el problema de ciencia jurídica positiva, esto es, cuándo existe en una determinada ordenación y en cómo se concede la personalidad jurídica. Las teorías realistas atienden al problema ético-jurídico, o sea, a qué entidades y en qué condiciones debe ser reconocida la personalidad jurídica.

3.- Características

Montés Penadés¹⁵⁸ señala las siguientes características esenciales de la personalidad:

- Se trata de una cualidad abstracta, porque se predica de la persona como tal, sin fijarse en actos ni hechos concretos.
- Es una condición previa para la adquisición de cualquier derecho u obligación.
- No es graduable, de forma que existe o no existe; por ello no puede hablarse de personalidad civil restringida.
- Está excluida de la autonomía de la voluntad.
- La personalidad es permanente y solo se extingue con el fallecimiento.

4.- Consecuencias jurídicas

Como consecuencias jurídicas de la atribución de la personalidad podemos citar:

Que se exige su individualización, para ello a cada persona se le denomina con un nombre determinado. Así, el Preámbulo V de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC)¹⁵⁹ dice: *“El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento.”*; y en su art. 50.1 y 2: *“1. Toda persona tiene derecho a un nombre desde su nacimiento.*

2. Las personas son identificadas por su nombre y apellidos.”.

Y que se atribuye a la persona capacidad considerada en su doble vertiente clásica de capacidad jurídica y una capacidad de obrar.

El ordenamiento jurídico establece su regulación y una serie de normas de protección.

¹⁵⁸ MONTÉS PENADÉS V.L., “El significado institucional y técnico de la idea de la persona. Los derechos de la personalidad”, en F. Blasco Gascó (coord.), *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, 4ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 157-158.

¹⁵⁹ BOE-A-2011-12628

5.- Derechos de la personalidad

Según De Castro y Bravo¹⁶⁰ son los derechos que conceden un poder a las personas para proteger lo esencial de su personalidad y sus más importantes cualidades.

Por su parte, Montés Penadés¹⁶¹ distingue:

a) Bienes o derechos esenciales, que comprende la vida, la integridad física y la disposición de su propio cuerpo.

b) Bienes o derechos sociales e individuales, en el que incluye nombre, domicilio, estado civil, raza, patrimonio y profesión.

La distinción se basa en la esfera de protección y en el bien protegido, según fuere un atributo básico para la existencia misma de la persona o afectara a su proyección respecto de los demás.

Derechos que hoy están recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)¹⁶² y en la mayoría de las constituciones de los países civilizados.

La DUDH dice en su Preámbulo: *“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; [...]*

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;”.

Art. 1 DUDH: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]*”.

Art. 2 DUDH: *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. [...]*”.

Art. 6 DUDH: *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”*.

Art. 7 DUDH: *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda*

¹⁶⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., pp. 8-10.

¹⁶¹ MONTÉS PENADÉS V.L., “El significado institucional y técnico de la idea de la persona...”, cit., p. 158.

¹⁶² Adoptada por la Asamblea General (AG) de NNUU en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”.

Art. 8 DUDH: *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”.*

III.- COMIENZO DE LA PERSONALIDAD INDIVIDUAL

1.- Teorías

Son distintas las posiciones que se siguen para fijar el instante del comienzo de la atribución de la cualidad de persona y, consecuentemente, de la personalidad jurídica.

Así, siguiendo a Castán Tobeñas¹⁶³, podemos citar las siguientes teorías:

– La de la concepción, entiende que el momento debe ser el de la concepción, su principal inconveniente es la imposibilidad de fijar ese momento¹⁶⁴.

– La del nacimiento, puesto que durante el embarazo el feto no tiene vida independiente de la madre. Es la predominante de la doctrina científica y en las legislaciones¹⁶⁵.

– La tesis ecléctica que “pone el origen de la personalidad en el nacimiento, pero reconociendo por una ficción derechos al concebido o retrotrayendo los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción”. Castán Tobeñas afirma que no hace falta “recorrir a ficción alguna, ni debe considerarse al concebido como ya nacido, pues basta, para los fines prácticos del derecho, reconocer a su favor reservas de derechos eventuales”.

– La tesis de la viabilidad, que exige no solo el hecho de nacer vivo, sino “la aptitud para seguir viviendo fuera del claustro materno”. Tiene, en su contra, “la dificultad de fijar con exacta precisión las condiciones y signos de la viabilidad¹⁶⁶”.

– La tesis psicológica, D’Aguanno¹⁶⁷ mantiene que “el individuo no debe ser considerado como capaz de derecho hasta que adquiera el sentimiento de su

¹⁶³ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., pp. 121-123.

¹⁶⁴ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *La condición jurídica del “nasciturus” en el Derecho Español*, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946, pp. 33 y ss.

¹⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L., “La persona física”, en J.L. Lacruz Berdejo/F. Sancho Rebullida/A. Luna Serrano/J. Delgado Echevarría/F. Rivero Hernández/J. Rams Albasa, *Elementos de Derecho Civil. Parte General Volumen I. Introducción*, t. I, ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 11; MONTÉS PENADÉS V.L., “Comienzo y fin de la personalidad” en F. Blasco Garcó (coord.), *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, 4ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 185.

¹⁶⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., p. 120.

personalidad jurídica”. Reconoce, no obstante, que “es aceptable la presunción que establecen las leyes de que el individuo humano empieza a ser sujeto de derecho desde que nace vivo y viable”.

2.- Sistema español

2.1.- Articulado

El ordenamiento jurídico español regula esta materia en los siguientes arts. del CC:

Art. 29 CC: *“El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.”*.

Art. 30 CC: *“La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.”*.

Cabanillas Sánchez¹⁶⁸ entiende que el momento del nacimiento debe considerarse que tiene lugar, no a la salida, natural o artificial, del nuevo ser del claustro materno; sino cuando se produce la ruptura del cordón umbilical.

Por tanto, refiriéndonos a las personas naturales, según el art. 29 CC es en el nacimiento donde se sitúa el origen de la personalidad, lo que ratifica el art. 30 CC exigiendo que el nacimiento sea *“con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”*, lo que se produce con el corte del cordón umbilical, momento en el que se tiene la cualidad de persona.

Señala Gutiérrez Santiago¹⁶⁹ que “la personalidad, que viene determinada por el nacimiento (art. 29 CC) ha de ser entendida”, según la doctrina¹⁷⁰ y la jurisprudencia¹⁷¹,

¹⁶⁷ D’AGUANNO J., *La Génesis y la Evolución del Derecho Civil*, ed. La España Moderna, Madrid, 1892, p. 151.

¹⁶⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ A., “Comentario a los arts. 29 a 34”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 3º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pp. 796-797.

¹⁶⁹ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Art. 29”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 481-482.

¹⁷⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L./SANCHEZ REBULLIDA, F./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil. Parte General Volumen II. Personas*, t. I, Vol. 2º, ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 10; HUALDE SÁNCHEZ, J., “La personalidad”, en L. Puig y Ferriol/Mª. C. Gete-Alonso/J. Gil Rodríguez/J. Hualde Sánchez, *Manual de Derecho Civil*, t. I, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 108; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, 18ª ed., ed. Edisofer, Madrid, 2009, p. 203; GULLÓN BALLESTEROS, A., “Com. arts. 29 a 31 CC”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 584; MARTÍN GRANIZO, M., “Com. arts. 29 a 31”, en J.L. Albácar López (dir.), *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, ed. Trivium, Madrid, 1991, p.

“como la capacidad jurídica o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. En consecuencia, antes del nacimiento no se tiene personalidad jurídica y de ahí que, hasta que no se nazca, se carece de la misma y no se es persona”.

La actual redacción del art. 30 CC obedece a la reforma operada por la Disp. fin. tercera LRC que suprime los requisitos legales del primitivo art. 30, que disponía que “*para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*”. O sea, que exigía el total desprendimiento del seno materno, la figura humana y la “viabilidad legal”¹⁷² (como dice la RDGRN, de 3 de septiembre de 1996¹⁷³) que era el plazo de las veinticuatro horas de vida¹⁷⁴, lo que suponía una tradición jurídica española obsoleta en la actualidad y ausente en los códigos civiles de nuestro entorno¹⁷⁵.

2.2.- Inscripción

Dispone el art. 44.1 LRC que “*Son inscribibles los nacimientos de las personas, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Código Civil.*”¹⁷⁶. Por tanto, el único requisito es el nacimiento con vida y se puede inscribir de manera inmediata el recién

330; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho civil I*, 17ª ed., ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 155; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, ed. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 161; y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, 5ª ed., ed. Bercal, Madrid, 2011, p. 73.

¹⁷¹ Entre otras, las SSAAPP de Baleares, de 19 de octubre de 2010 (TOL 2.003.785); Granada, de 18 de marzo de 2011 (TOL 2.140.087) y 9 de septiembre de 2011 (TOL 2.262.281); y Madrid, de 16 de marzo de 2012 (TOL 2.541.668) y 10 de mayo de 2012 (TOL 2.580.933).

¹⁷² DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 109; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, cit., p. 161; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil...*, cit., p. 73; ROCA I TRIAS, E., “Com. arts. 29 a 31 CC”, en *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 288; MARÍN LÓPEZ, J.J., “La persona”, en A. Carrasco Perera (dir.), *Derecho Civil (Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad)*, ed. Tecnos, Madrid, 2004, p. 65.

¹⁷³ RJA 1997/1846

¹⁷⁴ Se consideraba a efectos civiles que el momento del nacimiento no era al cumplirse la hora veinticuatro, sino veinticuatro horas contadas desde el desprendimiento del cordón umbilical, y, teniendo figura humana, vivía (DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 111; y DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho civil, Introducción y Derecho de la Persona*, 5ª ed., ed. AG-Marisal, Madrid, 1970, p. 179; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil...*, cit., p. 14; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte General y Derecho de la Persona...*, cit., p. 156; MONTÉS PENADES, V.L., “Comienzo y fin de la personalidad”, cit., p. 187).

¹⁷⁵ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Art. 30”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 517-518.

¹⁷⁶ RRDGRN, de 17 de octubre de 1995 (RJA 1995/9564), 3 de septiembre de 1996 (RJA 1997/1846), 23 de febrero de 2007 (TOL 1.971.273) y 7 de marzo de 2011 (JUR 2012/86441).

nacido sin esperar veinticuatro horas, por lo que se puede inscribir al nacido que muera antes de que transcurra dicho plazo¹⁷⁷.

Art. 44.2 LRC: “*La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito.*”.

Art. 44.3 párr. 1º LRC: “*La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. [...]*”.

La prueba ordinaria del nacimiento de una persona es la inscripción en el Registro Civil (RC). Así indica el art. 17.1 y 2 LRC: “*Eficacia probatoria de la inscripción*

1. *La inscripción en el Registro Civil constituye prueba plena de los hechos inscritos*¹⁷⁸.

2. *Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuera posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba. [...]*”.

Pero la inscripción registral no es requisito para la adquisición de la personalidad, que se adquiere conforme a los arts. 29 y 30 CC y se tiene aunque no esté inscrita. *A sensu contrario*, la inscripción no otorga personalidad a quien carece de ella con arreglo a esos preceptos del CC¹⁷⁹.

Como el nacimiento determina la personalidad, la preconstitución de su prueba mediante su inscripción en el RC adquiere especial relevancia y se constituye en el eje central del RC, ya que en torno a él se centraliza toda la información que este contiene¹⁸⁰.

Según Gutiérrez Santiago¹⁸¹, y como indican Bercovitz Rodríguez-Cano y Albaladejo García¹⁸², “al centralizarse, directa o indirectamente, toda la información sobre una persona en el folio del nacimiento, se convierte este en una especie de registro particular de la persona; fin perseguido por el legislador”. La LRC de 2011 “suprime la división en secciones y crea un registro individual para cada persona (art. 5 LRC), en el

¹⁷⁷ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Art. 30”, cit., p. 523.

¹⁷⁸ RDGRN, de 25 de junio de 2007 (TOL 1.115.795).”

¹⁷⁹ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Art. 30”, cit., pp. 527-528; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “La persona física: comienzo y fin de la personalidad”, en P. De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona*, ed. Colex, Madrid, 2011, p. 334; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil...*, cit., p. 15; MENÉNDEZ MATO, J.C., “Com. arts. 29 a 31 CC”, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 131.

¹⁸⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, cit., p. 164; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil...*, cit., p. 74.

¹⁸¹ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Art. 30”, cit., pp. 527-528.

¹⁸² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil...*, cit., p. 115; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, cit., p. 343.

que, a partir de la inscripción de nacimiento (arts. 44 a 48 LRC), se irán inscribiendo todos los hechos y actos inscribibles (art. 4 LRC) relacionados con ella”.

La inscripción de nacimiento es la prueba oficial de la existencia de una persona.

IV.- EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD INDIVIDUAL

1.- Historia

En la historia del derecho han existido diversas causas de pérdida de la personalidad:

- La atimia en el derecho griego¹⁸³.
- La *capitis deminutio* máxima en Roma¹⁸⁴.
- La pérdida de la paz entre los germanos¹⁸⁵.
- La esclavitud.
- La muerte civil y la llamada muerte del claustro, correspondía a los condenados a cadena perpetua y a los que profesaban votos perpetuos de clausura, que perdían todos sus derechos civiles.

Destaca Gutiérrez Santiago¹⁸⁶ que desaparecidas de nuestro ordenamiento las antiguas causas de pérdida de la personalidad que hoy serían totalmente contrarias a la dignidad humana (art. 10 y concordantes CE)¹⁸⁷, solo el hecho físico de la muerte priva a la persona de su capacidad jurídica o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.

¹⁸³ Es una privación total o parcial de los derechos cívicos, utilizada, p. ej., en la época clásica de la democracia ateniense o en Esparta con la figura del tresante. Aquel que se convierte en átimos, está incapacitado de cumplir las funciones políticas de un ciudadano.

¹⁸⁴ Se traduce literalmente: disminución de la capacidad. “Para el derecho romano la *capitis deminutio* suponía una incapacidad de derecho absoluta en la persona. Según la clasificación que el jurista Gayo hace en sus instituciones existirían tres tipos de *capitis deminutio*”:

La *capitis deminutio* “máxima que se produce cuando la persona pierde la libertad y la ciudadanía”.

La *capitis deminutio* “media que se produce cuando una persona pierde la ciudadanía sin perder la libertad”.

La *capitis deminutio* “mínima, aunque la ciudadanía y la libertad se conserva, el estado del hombre ha cambiado; lo que ocurre con aquellos que son adoptados”.

Consultado en: < https://es.wikipedia.org/wiki/Capitis_deminutio>

¹⁸⁵ Se refería a las personas y a los bienes. Permitía cualquier lesión sobre la persona y sobre las cosas del malhechor. Llevaba al malhechor a la muerte y a la devastación de sus bienes.

¹⁸⁶ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Art. 32”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 517-518.

¹⁸⁷ Así, LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil...*, cit., p. 21; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 336; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “La persona física...”, cit., p. 347.

Siguiendo la tradición jurídica española, el art. 32 CC establece que “*La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas.*”¹⁸⁸, con lo que no se admite ninguna otra causa de extinción de la personalidad.

2.- La muerte

Los arts. 29 y 30 CC sitúan en el momento del nacimiento el comienzo de la personalidad de las personas físicas, y el art. 32 CC establece su finalización con la muerte.

La muerte extingue la personalidad y con ella, las relaciones personales y la potencialidad para crear nuevas relaciones patrimoniales. Pero no destruye las que ya están constituidas y pendientes de cumplimiento; y por el principio de la sucesión hereditaria, los derechos y obligaciones no personalísimos del difunto, se transmiten a los herederos. La sucesión de la persona se abre en el momento de la muerte (art. 657 CC¹⁸⁹).

Se es persona hasta que se muere. Mientras las personas físicas viven tienen personalidad y solo a su muerte la perderán¹⁹⁰.

El problema es determinar el momento exacto en que se entiende producida la muerte, ya que el art. 32 CC no fija los requisitos de la muerte ni indica en qué momento debe considerarse muerta una persona. Tampoco lo hace la legislación civil registral.

Según Gutiérrez Santiago¹⁹¹, “la constatación del hecho físico del fallecimiento de una persona y la determinación del momento en que ha acaecido no son estrictamente cuestiones jurídicas, sino que competen a la ciencia médica¹⁹²”. Serán “los profesionales de la medicina quienes, con criterios médicos, aprecien y determinen con precisión cuándo debe entenderse producida la muerte; punto este en el que importa destacar la

¹⁸⁸ La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del CC en materia de tutela, suprimió el párr. 2º del art. 32 CC en el que se disponía: “*La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. [...]*”.

¹⁸⁹ Art. 657 CC: “*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.*”.

¹⁹⁰ Por su propia naturaleza, las personas jurídicas no mueren ni fallecen: se extinguen (art. 39 CC).

¹⁹¹ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Art. 32”, cit., pp. 539-540.

¹⁹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, cit., p. 168; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil...*, cit., p. 76; GULLÓN BALLESTEROS, A., “Com. arts. 29 a 31 CC”, cit., p. 590; MARÍN LÓPEZ, J.J., “La persona”, cit., p. 72; CABANILLAS SÁNCHEZ A., “Comentario a los arts. 29 a 34”, cit., p. 812; GONZÁLEZ GONZALO, A., “Com. arts. 29 a 31 CC”, cit., p. 148; MENÉNDEZ MATO, J.C., “Com. arts. 29 a 31 CC”, cit., p. 133; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios al Código Civil*, cit., pp. 337-340.

parada cardiorespiratoria irreversible como dato decisivo al que tradicionalmente se ha asociado el cese de funcionamiento del organismo y, con ello, el momento de la muerte, debe hoy inexcusablemente conjugarse con la noción de muerte cerebral o encefálica como vía para constatar la defunción de una persona¹⁹³”.

El RD 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad¹⁹⁴, establece en su Anexo I.1: “*El diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basará en la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o de las funciones encefálicas (muerte encefálica), conforme establece el artículo 9 del presente real decreto.*”; y en el art. 9.2 “*La obtención de órganos de fallecidos sólo podrá hacerse previo diagnóstico y certificación de la muerte realizados con arreglo a lo establecido en este real decreto y en particular en el anexo I, las exigencias éticas, los avances científicos en la materia y la práctica médica generalmente aceptada. [...]*

La muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o del cese irreversible de las funciones encefálicas. Será registrada como hora de fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte.”.

3.- Inscripción

Art. 62.1 y 2 LRC: “*Inscripción de la defunción*

“1. La inscripción en el Registro Civil de la defunción es obligatoria. La inscripción hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que se produce. En la inscripción debe figurar asimismo la identidad del fallecido.

2. La inscripción de la defunción se practicará en virtud de declaración documentada en el formulario oficial, acompañado del certificado médico de la defunción. En defecto de certificado, cuando éste sea incompleto o si, a juicio del Encargado, debe complementarse la documentación acreditativa del fallecimiento, se requerirá dictamen médico del facultativo.”.

La muerte de una persona tiene una gran trascendencia jurídica, por ello la ley rodea su constatación de las máximas garantías y es importante su prueba. Así, la

¹⁹³ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Art. 32”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 539-541.

¹⁹⁴ BOE-A-2012-15715

prueba oficial de la muerte de una persona es la inscripción de la defunción en el RC, conforme al art. 17.1 LRC.

El art. 63 LRC¹⁹⁵ establece quiénes están obligados a promover la inscripción de fallecimiento.

El art. 66 párr. 1º LRC regula el certificado médico de defunción: *“En ningún caso podrá efectuarse la inscripción de defunción sin que se haya presentado ante el Registro Civil el certificado médico de defunción. En el certificado, además de las circunstancias necesarias para la práctica de la inscripción, deberán recogerse aquellas que se precisen a los fines del Instituto Nacional de Estadística y, en todo caso, la existencia o no de indicios de muerte violenta y, en su caso, la incoación o no de diligencias judiciales por el fallecimiento si le fueran conocidas o cualquier motivo por el que, a juicio del facultativo, no deba expedirse la licencia de enterramiento.”.*

4.- Efectos jurídicos

La muerte extingue la personalidad, lo que supone el fin de las relaciones jurídicas que se fundan en la existencia de la persona y con carácter general, los principales efectos que produce son:

- Se extinguen las relaciones personales.
- Resulta imposible la adquisición de nuevos derechos por el difunto.
- Se extinguen los derechos de naturaleza personalísima y los de duración vitalicia, así como las relaciones jurídicas contractuales configuradas, legal o voluntariamente, como personalísimas o *intuitu personae*.
- Los derechos y obligaciones transmisibles del difunto se transmiten a las personas a quienes corresponda según las reglas del derecho sucesorio.

Podemos distinguir las consecuencias que la muerte de la persona produce en el ámbito personal y familiar y en el ámbito patrimonial¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Art. 63 LRC: *“Están obligados a promover la inscripción de fallecimiento:*

1.º La dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios donde se produzca el fallecimiento.

2.º El personal médico que certifica el fallecimiento, cuando éste haya tenido lugar fuera del establecimiento sanitario.

3.º Los parientes del difunto o persona a quien éstos autoricen.

4.º El director del establecimiento, cualquier habitante de la casa donde se hubiera producido el fallecimiento o, en su caso, la autoridad que corresponda.

5.º Cualquier persona que tenga conocimiento de un fallecimiento lo comunicará a la autoridad competente, que vendrá obligada a promover la inscripción de la defunción.”.

¹⁹⁶ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Art. 32”, cit., pp. 541-542.

4.1.- Ámbito personal y familiar

- No cabe declarar judicialmente incapacitada a la persona que fallece en el curso del procedimiento de incapacitación¹⁹⁷ (art. 32 CC).
- El fallecimiento de uno de los cónyuges supone la disolución del matrimonio (art. 85 CC).
- Desaparece la pensión compensatoria (art. 97 CC) en los casos de separación o divorcio en cuanto derecho de crédito personalísimo e intransmisible, se extingue por el fallecimiento del acreedor, aunque no por la muerte del deudor, a cuyos herederos se transmite la obligación de abonar la pensión (art. 101 párr. 2º CC)
- Se puede reconocer al hijo ya fallecido *“El reconocimiento del ya fallecido sólo surtirá efecto si lo consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes legales.”* (art. 126 CC).
- La deuda alimenticia entre parientes cesa con la muerte tanto del obligado como del alimentista (arts. 150 y 152.1º CC).
- La muerte de los padres o del hijo implica la extinción de la patria potestad (art. 169.1º CC).
- Se extingue la patria potestad prorrogada (art. 171 párr. 2º 1 CC).
- Es posible una nueva adopción del adoptado en caso de muerte del adoptante (art. 175.4 CC).
- La muerte del ausente produce la finalización de la situación de ausencia legal (art. 188 CC).
- Produce la revocación de la declaración de fallecimiento aunque el CC solo se refiere al caso de sobrevivencia o reaparición del declarado fallecido (art. 197 CC).
- La tutela se extingue por el fallecimiento del tutelado (art. 276.3 CC), lo mismo ocurre con la curatela.
- El albaceazgo termina por la muerte del albacea (art. 910 CC).
- Se extingue y liquida el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales y el régimen de participación (arts. 1392.1º y 1415 CC)¹⁹⁸.

4.2.- Ámbito patrimonial

¹⁹⁷ Así lo señalan expresamente, acordando en consecuencia el archivo definitivo de las actuaciones, los AAAP de Barcelona, de 27 de febrero de 2004 (TOL 364.839) y 2 de febrero de 2006 (TOL 1.606.521).

¹⁹⁸ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Art. 32”, cit., pp. 543-546.

– Tiene efectos constitutivos, en el sentido de que con el fallecimiento de una persona nacen derechos a favor de otras personas, derechos que el causante no tenía, en otros ámbitos diversos, como p. ej. el derecho del beneficiario a percibir una pensión de viudedad o orfandad, etc.¹⁹⁹.

– La muerte implica la imposibilidad de contraer nuevas obligaciones (STS, de 23 de febrero de 1951²⁰⁰).

– Se extinguen con la muerte de la persona los derechos personalísimos y los de carácter vitalicio; p. ej., el derecho de usufructo y los de uso y habitación (arts. 513.1 y 529 CC, respectivamente).

– Se produce la apertura de la sucesión *mortis causa* y el patrimonio del causante se transforma en herencia y se transmite a sus sucesores (art. 657 CC).

– Se extingue el contrato de obra celebrado en atención a las cualidades personales del contratista (art. 1595 párr. 1º y 2º CC).

– Finaliza el contrato de sociedad civil (art. 1700.3º CC, sin perjuicio de lo previsto en el art. 1704 CC).

– Acaba el contrato de mandato (art. 1732.3º CC, con las precisiones de los arts. 1738 y 1739 CC).

– Se extingue el comodato celebrado en atención a la persona del comodatario (art. 1742 CC).

– Cesa la renta vitalicia (arts. 1802, 1803 y 1808 CC) que será nula si se constituye sobre la vida de una persona ya muerta a la fecha del otorgamiento (art. 1804 CC).

– Supone una condición para la eficacia del testamento, o del seguro para el caso de muerte (arts. 83 y ss. de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS))²⁰¹.

5.- Declaración de fallecimiento

¹⁹⁹ SANCHO REBULLIDA, F. de A., “Com. art. 659”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo, P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 1661.

²⁰⁰ RJA 1951/807

²⁰¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 146; CABANILLAS SÁNCHEZ A., “Comentario a los arts. 29 a 34”, cit., p. 811; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 340; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Art. 32”, cit., pp. 543-546.

5.1.- Concepto

En nuestro derecho, aunque no se trate de una verdadera muerte, se regula la llamada declaración de fallecimiento como una fase de la ausencia legal. Esta declaración fija la fecha en la cual se entiende fallecida una persona y es una presunción de vida hasta esa fecha y una presunción de muerte a partir de la misma. Si ha desaparecido una persona en una situación de peligro o por un tiempo prolongado sin tener noticias de ella la ley presume que esta persona ha muerto²⁰².

De Castro y Bravo²⁰³ define la declaración de fallecimiento como “fijación judicial de la fecha de fallecimiento de un desaparecido, creadora de una situación jurídica de efectos parcialmente coincidentes con los de la inscripción de defunción”.

Corral Talciani²⁰⁴ define la declaración de fallecimiento como “situación legal constituida por una resolución judicial sobre una persona cuya existencia se ignora, que posee carácter autónomo (no identificable ni con la ausencia ni con la muerte natural), eficacia *erga omnes*, de consolidación gradual y vocación de permanencia, y cuya función es la de servir de sustituto de la prueba de la muerte, mientras subsista la incertidumbre que la fundamenta”.

Aunque al declarado fallecido se le da por muerto, esta suerte de presunción de muerte es *iuris tantum* de manera que, al no existir plena certeza o garantía del hecho del fallecimiento, no se excluye la reaparición del declarado fallecido o la prueba de su supervivencia y existencia (arts. 195 y 197 CC).

Con numerosas matizaciones doctrinales²⁰⁵, podemos decir que a través de la declaración de fallecimiento de una persona se le da por muerta, pero no es más que una presunción ya que no hay seguridad de que haya fallecido y puede reaparecer, mientras no lo haga se le considera muerto²⁰⁶.

²⁰² CANO MORA, G., “El instrumento público”, en U. Nieto Carol (dir.), *GPS Notarial, Guía Profesional*, ed. Tirant lo Blanch, Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 2019, p. 486.

²⁰³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 543.

²⁰⁴ CORRAL TALCIANI, H.F., *La declaración de fallecimiento*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 60.

²⁰⁵ Entre otros, matizan la equivalencia entre la declaración de fallecimiento y la presunción de muerte de la persona, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., p. 340, quien afirma que frente a las situaciones anteriores de ausencia de hecho y ausencia legal, la declaración de fallecimiento lleva consigo una presunción de muerte (art. 34 CC) o, más propiamente, una amortiguación de la presunción de vida, dando preponderancia a la probabilidad de muerte. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, cit., pp. 337-338; señala que la declaración de fallecimiento se apoya en la probabilidad de la muerte del desaparecido; y supone que dicha probabilidad prepondera sobre la de que esté aún vivo, pero no se excluye la posibilidad de esto.

En la línea expuesta, a nivel jurisprudencial la STS, de 18 de junio de 2010 (TOL 1.881.367) dice que “sólo en sentido impropio cabe afirmar que lo declaración de fallecimiento, por más que se base en la probabilidad de la muerte del desaparecido, constituye una presunción legal”.

²⁰⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte General y Derecho de la Persona...*, cit., pp. 236-237.

Así, indica Bercovitz-Rodríguez Cano²⁰⁷ que la declaración de fallecimiento constituye un sustitutivo legal de la muerte cuando no se puede dar fe cierta de esta y por ello, el CC se refería originariamente a ella bajo la denominación de presunción de muerte, pues en efecto, responde a la idea de que, desconociéndose en verdad cuál ha sido la suerte de una persona, se presume, en base al transcurso del tiempo y a las circunstancias concurrentes en su desaparición, que ha muerto.

Si bien el régimen jurídico personal, familiar y patrimonial que comporta la declaración de fallecimiento de una persona se equipara sustancialmente al de la muerte y al declarado fallecido se le trata como si estuviera muerto, y como si se hubiera extinguido su personalidad, tal como hemos dicho en rigor la declaración de fallecimiento no es propiamente una causa de extinción de la personalidad, pues en la hipótesis de que el declarado fallecido estuviere vivo gozaría de personalidad allí donde se hallare y, reaparecido o probada su existencia, no habría perdido su personalidad.

Así, la institución de la ausencia tiene tres fases, respeto al desaparecido y su defensa. Primero se parte de la hipótesis de que vive; en la declaración de ausencia legal se duda de si el ausente vive o no pero se considera más probable que viva, en la declaración de fallecimiento se considera más probable que la persona esté muerta, aunque no hay plena certeza de la muerte²⁰⁸.

5.2.- Art. 34 CC

Art. 34 CC: *“Respecto a la presunción de muerte del ausente y sus efectos se estará a lo dispuesto en el título VIII de este libro.”*²⁰⁹.

La remisión que respecto de la declaración de fallecimiento o a la presunción de muerte y sus efectos que realiza el art. 34 CC *“[...]a lo dispuesto en el título VIII de este libro”* y, por tanto, a los arts. 181 a 198 CC en su conjunto, se efectúa en realidad al

²⁰⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil...*, cit., p.77.

²⁰⁸ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil...*, cit., p. 241; DE LA CUESTA, J.M^a, “Com. arts. 193 a 198”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código Civil comentado*, vol. 1, ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 973; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, cit., pp. 327-328.

²⁰⁹ El art. 34 CC mantiene su redacción originaria de 1889 y sigue hablando de *“presunción de muerte del ausente”*, a pesar de que todo el Título VIII *“De la ausencia”* fue profundamente reformado por la Ley de 8 de septiembre de 1939, que por las numerosas desapariciones que se produjeron en la Guerra Civil española, introdujo, entre otras muchas modificaciones, la de sustituir la antigua *“presunción de muerte del ausente”* por la *“declaración de fallecimiento”*; denominación que recogen los arts. 193-197 CC.

Capítulo II de dicho Título, es decir, a los arts. 193 a 197 CC “*De la declaración de fallecimiento*” que son los que contienen la regulación de esta figura²¹⁰.

5.3.- Requisitos

Los arts. 193 y 194 CC establecen los requisitos para que proceda la declaración de fallecimiento. Así:

Art. 193 CC: “*Procede la declaración de fallecimiento:*

1º. Transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición.

2º. Pasados cinco años desde las últimas noticias o, en defecto de éstas, desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco años.

Los plazos expresados se computarán desde la expiración del año natural en que se tuvieron las últimas noticias, o, en su defecto, del en que ocurrió la desaparición.

3º. Cumplido un año, contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres meses.

Se presume la violencia si en una subversión de orden político o social hubiese desaparecido una persona sin volverse a tener noticias suyas durante el tiempo expresado, siempre que hayan pasado seis meses desde la cesación de la subversión.”.

Art. 194 CC: “*Procede también la declaración de fallecimiento:*

1º. De los que perteneciendo a un contingente armado o unidos a él en calidad de funcionarios auxiliares voluntarios, o en funciones informativas, hayan tomado parte en operaciones de campaña y desaparecido en ellas luego que hayan transcurrido dos años, contados desde la fecha del tratado de paz, y en caso de no haberse concertado, desde la declaración oficial de fin de la guerra.

2.º De los que resulte acreditado que se encontraban a bordo de una nave cuyo naufragio o desaparición por inmersión en el mar se haya comprobado, o a bordo de una aeronave cuyo siniestro se haya verificado y haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes.

²¹⁰ Así lo señalan MENÉNDEZ MATO, J.C., “Com. arts. 193 a 197 CC”, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 134; y GONZÁLEZ GONZALO, A., “Com. arts. 29 a 31 CC”, cit., p. 150.

3.º De los que no se tuvieren noticias después de que resulte acreditado que se encontraban a bordo de una nave cuyo naufragio o desaparición por inmersión en el mar se haya comprobado o a bordo de una aeronave cuyo siniestro se haya verificado, o, en caso de haberse encontrado restos humanos en tales supuestos, y no hubieren podido ser identificados, luego que hayan transcurrido ocho días.

4.º De los que se encuentren a bordo de una nave que se presuma naufragada o desaparecida por inmersión en el mar, por no llegar a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase y haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes, luego que en cualquiera de los casos haya transcurrido un mes contado desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje.

5.º De los que se encuentren a bordo de una aeronave que se presuma siniestrada al realizar el viaje sobre mares, zonas desérticas o inhabitadas, por no llegar a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, y haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes, luego que en cualquiera de los casos haya transcurrido un mes contado desde las últimas noticias de las personas o de la aeronave y, en su defecto, desde la fecha de inicio del viaje. Si éste se hiciere por etapas, el plazo indicado se computará desde el punto de despegue del que se recibieron las últimas noticias.”.

5.4.- Competencia, legitimación y postulación

El art. 68 LJV dice: “1. En la declaración de ausencia y fallecimiento, será competente el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio de la persona de cuya declaración de ausencia o fallecimiento se trate, o, en su defecto, el de su última residencia.

No obstante lo anterior, si se tratara de la declaración de fallecimiento en los supuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 194 del Código Civil, será competente, en relación con todos los afectados, el Juzgado de Primera Instancia del lugar del siniestro. Si éste hubiera acaecido fuera del territorio español, será competente, respecto de los españoles y de las personas residentes en España, el del lugar donde se inició el viaje; y si éste se hubiera iniciado en el extranjero, el del lugar correspondiente al domicilio o residencia en España de la mayoría de los afectados. Cuando la competencia no se pudiera determinar conforme a los criterios anteriores,

será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio o residencia de cualquiera de ellos.

2. Están legitimados para presentar la solicitud de los expedientes de declaración de ausencia y fallecimiento el Ministerio Fiscal, de oficio o en virtud de denuncia, el cónyuge del ausente no separado legalmente, la persona que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y cualquier persona que fundadamente pueda tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte. No obstante, la declaración de fallecimiento a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 194 del Código Civil se realizará únicamente a instancia del Ministerio Fiscal.

3. En los casos de desaparición o de ausencia legal, en la solicitud inicial se expresará el nombre, domicilio y demás datos de localización de los parientes conocidos más próximos del ausente o desaparecido hasta el cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad.

4. En la tramitación de estos expedientes no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador.”.

5.5.- Procedimiento

El art. 74 LJV establece el procedimiento de la declaración de fallecimiento: “1. La declaración de fallecimiento a que se refiere el apartado 2.º del artículo 194 del Código Civil se instará por el Ministerio Fiscal inmediatamente después del siniestro. Si se tratara del supuesto regulado en el apartado 3.º del mismo artículo, lo hará a los ocho días del siniestro si no se hubieran identificado los restos.

Aportadas o practicadas las pruebas que se hayan estimado necesarias para acreditar la concurrencia de cuantos requisitos exigen los mencionados apartados dentro del plazo máximo de cinco días, con la colaboración, en su caso, de las Oficinas diplomáticas o consulares correspondientes, el Secretario judicial competente dictará en el mismo día la resolución oportuna.

El decreto dictado por el Secretario judicial declarará el fallecimiento de cuantas personas se encontraren en tal situación, expresando como fecha a partir de la cual se entiende sucedida la muerte, la del siniestro.

2. *La declaración de fallecimiento a que se refieren el artículo 193 y los apartados 1, 4 y 5 del artículo 194 del Código Civil podrá instarse por los interesados o por el Ministerio Fiscal, y se tramitará conforme a lo establecido en este capítulo.*

El decreto que dicte el Secretario judicial en estos casos declarará, si resulta acreditado, el cese de la situación de ausencia legal, si hubiera sido decretada previamente, y el fallecimiento de la persona expresando la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte.

3. *Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil o extrajudicialmente, según los casos.”.*

Así, distingue dos procedimientos diferenciados, el primero de ellos atendiendo a las circunstancias del art. 194. 2º y 3º CC; y el segundo, atendiendo a los arts. 193 y 194.1º, 4º y 5º CC.

La declaración de fallecimiento se realiza a través de un decreto del Letrado de la Administración de Justicia. De Castro y Bravo²¹¹ atribuía a la resolución judicial de declaración de fallecimiento naturaleza constitutiva, pensamos que esa naturaleza también puede entenderse referida al decreto.

5.6.- Efectos

El art. 195 CC contiene el efecto básico de la declaración de fallecimiento: *“Por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal, pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo investigaciones en contrario.*

Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario.”.

Al declarado fallecido se le reputa muerto en el momento que fije el decreto. Se presume, salvo prueba en contrario, que ha vivido hasta entonces y que ha muerto desde dicha fecha lo que no supone que sea verdad, ni que se pueda sacar de dicha presunción todas las consecuencias que serían posibles.

²¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 542; CORRAL TALCIANI, H.F., *La declaración de fallecimiento*, cit., p. 62.

Se tutela el interés del desaparecido por si reaparece, pero hay que atender también a los intereses generales como el de la seguridad jurídica o a los de otras personas, como los herederos.

En el ámbito personal la declaración de fallecimiento es causa de disolución del matrimonio (art. 85 CC), concluye los gananciales o el régimen de participación (arts. 1392.1º y 1415 CC). Extingue la obligación de alimentos (arts. 150 y 152.1º CC), la patria potestad (arts. 169.1º y 171 párr. 2º CC) y la tutela del desaparecido (art. 276.3 CC).

En el ámbito patrimonial, el principal efecto que se deriva de la declaración de fallecimiento es el de la conversión del patrimonio en herencia con la apertura de la sucesión hereditaria del declarado fallecido, como establece el art. 196 CC: *“Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación conforme a lo dispuesto legalmente.*

Los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración del fallecimiento.

Hasta que transcurra este mismo plazo no serán entregados los legados, si los hubiese, ni tendrán derecho a exigirlos los legatarios, salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador o los legados en favor de Instituciones de beneficencia.

Será obligación ineludible de los sucesores, aunque por tratarse de uno solo no fuese necesaria partición, la de formar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles.”; y el art. 74.3 LJV, ya citado.

Por tanto, la sucesión hereditaria está sujeta a ciertas cautelas para tutelar el hecho de que la declaración oficial de fallecimiento no coincide con la realidad. Lo que significa que, si bien los efectos de la declaración de fallecimiento son parejos a los que siguen a la muerte, estos no son definitivos. Y por no serlo, algunos defienden que la declaración de fallecimiento no extingue la personalidad jurídica (art. 32 CC), sino únicamente la afecta²¹², porque si el declarado fallecido vive y en tanto no se revoque la declaración de fallecimiento, aquel no verá tampoco reconocida su misma existencia, ni la titularidad de sus derechos²¹³.

Además, será causa de extinción, como la muerte, de diversas relaciones jurídicas tales como la sociedad (art. 1700.3º CC), el mandato (art. 1732.3º CC) si este no se

²¹² DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 551; CORRAL TALCIANI, H. F., *La declaración de fallecimiento*, cit., p. 207.

²¹³ Díez GARCÍA, H., “Art. 195”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2028.

había extinguido antes por aplicación del art 183 CC; el usufructo, el uso o la habitación (arts. 513, 529 CC) o la renta vitalicia. Pero también se erigirá en causa del nacimiento de otras relaciones jurídicas (se podrá cobrar la indemnización de contratos de seguros de vida, habrá sobrevenido el hecho causante de prestaciones públicas, como las pensiones de viudedad, cabrá la subrogación *mortis causa* en contratos de arrendamiento, producirán sus efectos las donaciones por causa de muerte, etc.).

5.7.- Cese de los efectos

Queda sin efecto la declaración de fallecimiento si se prueba la certeza de la muerte del desaparecido y si este reaparece y por tanto, está vivo.

La prueba cierta de la muerte carece de regulación expresa, pero acreditada la muerte, desaparece la posibilidad de que el declarado fallecido reaparezca, por lo que las restricciones y cautelas establecidas a tal fin acabarán. A tal efecto, habrá de seguirse el procedimiento adecuado para acreditar la muerte cuya resolución permitirá causar la correspondiente inscripción de defunción. En el supuesto de que resultase que los sucesores hubieran debido ser otros a los que lo fueron, cabría recurrir entonces a la solución propuesta por el art. 192 CC, por lo que aquellos podrían ejercitar la acción de petición de herencia o cualquier otra para reclamar sus derechos²¹⁴.

Art. 197 CC: *“Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto.”*

La extinción de la personalidad jurídica del declarado difunto no es definitiva, ni irreversible. Es posible que el declarado fallecido viva, y acreditada su existencia, habrá que reconocerle su personalidad jurídica y revertir la situación con todas las consecuencias jurídicas que conlleve y especialmente la reposición de su patrimonio en el estado en que se encuentre.

El art. 75 LJV recoge diferentes supuestos que pueden tener lugar tras la declaración de fallecimiento: *“Hechos posteriores a la declaración de ausencia o fallecimiento.*

²¹⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 554.

1. Si se presentare alguna persona que dijese ser el declarado ausente o fallecido, el Secretario judicial ordenará que sea identificada por los medios adecuados que podrá acordar de oficio o a instancia del interesado, convocando comparecencia a la que serán citados la persona presentada, el Ministerio Fiscal y todos los que hubieren intervenido en el expediente de declaración.

Terminada la comparecencia, el Secretario judicial dictará decreto dentro de los tres días siguientes por el que se dejará sin efecto o se ratificará la resolución de declaración de ausencia o fallecimiento.

2. Si no se presentare, pero se tuvieran noticias de su supuesta existencia en paradero conocido, se notificará personalmente al presunto afectado la resolución de declaración de su ausencia o fallecimiento, requiriéndole para que en el plazo de veinte días aporte las pruebas de su identidad. Transcurrido el plazo, con independencia que hubiera presentado o no las pruebas, el Secretario judicial convocará la comparecencia referida en el apartado anterior, citando a los que allí se expresa. El Secretario judicial dictará la resolución que proceda dentro de los tres días siguientes.

3. Si la persona que dijese ser el desaparecido lo solicitare y aportase identificación documental que el Secretario judicial considerase bastante para ello, podrá decretarse la suspensión de la actuación del representante del declarado ausente hasta la celebración de la comparecencia.

4. Si se tuviere noticia de la muerte del desaparecido después de la declaración de ausencia o de fallecimiento, el Secretario judicial, previa celebración de comparecencia a la que se citará a los interesados y al Ministerio Fiscal y en la que se practicarán las pruebas pertinentes para la comprobación del fallecimiento, resolverá sobre la revocación de la resolución en los tres días siguientes.”.

Cabe destacar, como establece el art. 76 LJV, que “Si en cualquier momento durante la sustanciación de alguno de los expedientes a que se refieren los artículos anteriores de este Capítulo se comprobara el fallecimiento del desaparecido o ausente, se archivará el expediente y quedarán sin efecto las medidas que se hubieran adoptado.”.

5.8.- Inscripción

Art. 198 CC: *“En el Registro Civil se harán constar las declaraciones de desaparición, ausencia legal y de fallecimiento, así como las representaciones legítimas y dativas acordadas, y su extinción.*

Asimismo se anotarán los inventarios de bienes muebles y descripción de inmuebles que en este Título se ordenan; los decretos de concesión y las escrituras de transmisiones y gravámenes que efectúen los representantes legítimos o dativos de los ausentes; y la escritura de descripción o inventario de los bienes, así como de las escrituras de partición y adjudicación realizadas a virtud de la declaración de fallecimiento o de las actas de protocolización de los cuadernos particionales en sus respectivos casos.”.

Art. 77 LJV: *“Se remitirá al Registro Civil todos los testimonios necesarios para hacer constar en él cuanto se previene en el artículo 198 del Código Civil.”.*

Art. 78 LRC: *“Inscripciones de declaración de ausencia y fallecimiento.*

1. Las declaraciones judiciales de ausencia y fallecimiento se inscribirán en el registro individual del declarado ausente o fallecido.

2. En la inscripción de la declaración de fallecimiento se expresará la fecha a partir de la cual se entiende ocurrida la muerte.

3. En las inscripciones de la declaración de ausencia y fallecimiento se hará constar cuanto se previene en el artículo 198 del Código Civil.”.

TEMA III.- LA EDAD

I.- CONCEPTOS BÁSICOS

1.- Definición

Para Lete del Río²¹⁵ la edad de una persona es “el lapso de tiempo que ha transcurrido desde su nacimiento hasta un determinado momento de su vida, es una medida de la duración de la vida del ser humano”.

Albaladejo García²¹⁶ define la edad como “el período de tiempo de existencia de una persona que va desde su nacimiento hasta el momento de su vida que se considere”.

Álvarez Moreno²¹⁷ afirma que “para computar la edad debe tomarse como *dies a quo* el del nacimiento y como *dies ad quem* aquel que el individuo considera”.

En el cómputo de dicho plazo puede seguirse el sistema natural o el civil. El cómputo natural obliga a medir el tiempo de momento a momento, según el transcurso de las horas y de los minutos; mientras que el cómputo civil implica medir el tiempo por el transcurso de días considerados como unidades indivisas. Nuestro ordenamiento jurídico, desde la Ley de 13 de diciembre de 1943 sobre la fijación de la mayoría de edad civil²¹⁸, opta por el cómputo civil de los plazos.

Señalan Díez-Picazo y Gullón Ballesteros²¹⁹ que la edad en general “significa para el derecho una cualidad o condición de la persona”, un estado civil, de acuerdo con el cual se gradúa la capacidad de obrar de la misma.

El derecho tiene en cuenta la edad porque asocia a esta circunstancia objetiva la aptitud para realizar determinados actos, en cuanto marca los grados de desenvolvimiento físico y mental de la persona.

Los ordenamientos jurídicos suelen establecer:

²¹⁵ LETE DEL RÍO, J.M., “Título XI”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, p. 495.

²¹⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, 18ª ed., ed. Edisofer, Madrid, 2009, p. 237.

²¹⁷ ÁLVAREZ MORENO, Mª. T., “Art. 315”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2565-2566.

²¹⁸ Publicada en el BOE, de 15 de diciembre de 1943. En su art. 1º establecía: “A los efectos civiles, la mayor edad empieza, para los españoles, a los veintiún años cumplidos.”; y en su art. 2º: “Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento sea cual fuere la hora de éste”.

²¹⁹ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 10ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 286.

Un límite general de mayoría de edad a partir del cual se gozan y se pueden ejercitar la generalidad de los derechos. Por debajo de este límite se estima a la persona menor de edad.

Edades especiales durante la menor edad para el goce o ejercicio de ciertos derechos o facultades.

2.- La mayoría de edad

2.1.- Articulado

Dispone el art. 12 CE que *“Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.”*. El art. 315 CC complementa esta regulación estableciendo: *“La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos.*

Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.”.

Lo cual significa que la mayoría de edad se adquiere en el instante en que empieza el día en que se cumplen los dieciocho años.

Es un estado civil caracterizado porque la persona alcanza su independencia y adquiere la plena capacidad de obrar. Goza y puede ejercitar la generalidad de sus derechos. Es un efecto automático que no precisa la realización de acto alguno para su efectividad.

Apunta Álvarez Moreno²²⁰ que “la fijación de una edad determinada para alcanzar la mayoría de edad siempre tiene algo de arbitrario. El menor no pasa de ser incapaz a capaz en una noche, por el hecho de cumplir los dieciocho años, sino que va madurando progresivamente”. El papel del ordenamiento jurídico “es fijar el momento en que puede pensarse que una persona ha llegado a adquirir la capacidad de autogobierno de su propia persona y de su patrimonio”²²¹.

Una vez obtenida la plena capacidad, el sujeto conserva su capacidad de obrar mientras viva, salvo que sea sometido a un proceso de modificación de la capacidad.

2.2.- Evolución histórica

²²⁰ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 315”, cit., pp. 2565-2566.

²²¹ Continúa dicho autor afirmando que si el menor no la ha alcanzado, ni puede conseguirla, será precisa la incapacitación del sujeto (que puede instarse antes o después de la mayoría de edad) que se realizará por sentencia firme, en cuyo caso deberá constituirse la patria potestad prorrogada o rehabilitada, o la tutela sobre dicho incapaz.

En la antigüedad para determinarla se atendía al desenvolvimiento físico, pero los ordenamientos modernos se fijan en el desarrollo mental, siendo la tendencia general fijarla a los dieciocho años.

Como recoge Castán Tobeñas²²², en nuestro derecho histórico había diferentes edades que marcaban la mayoría de edad, pero prevaleció la de Las Partidas, es decir, los veinticinco años, que el CC, de 25 de julio de 1889, rebajo a veintitrés; y la Ley de 13 de diciembre de 1943 sobre la fijación de la mayoría de edad civil, unificando el derecho civil con el mercantil, y el común con los forales, fijó la mayoría de edad en los veintiún años, modificando el CC en este sentido la Ley de 22 de julio de 1972²²³.

El RD Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad²²⁴, rebaja la mayoría de edad a los dieciocho años, posibilitando la emancipación y habilitación a los dieciséis; mayoría de edad que adquiere rango constitucional a través de la declaración del art. 12 CE.

2.3.- Efectos

Con la mayoría de edad se producen una serie de efectos²²⁵:

– Se adquiere un nuevo estado civil, el de mayor de edad. Con él, “la persona deja de ostentar el estado civil de menor o de emancipado, según los casos”.

– La persona consigue plena independencia por la extinción automática de las instituciones protectoras de la minoría de edad o de la emancipación. Se extinguen la patria potestad (art. 169.2º CC), la tutela (art. 276.1 CC) o la curatela (art. 286.1 y 2 CC) a la que estuviera sometido el menor, siempre que no haya sido judicialmente incapacitado previamente. La incapacitación de los menores de edad procede cuando padezcan enfermedades o deficiencias que no les permitan autogobernarse al llegar a la mayor edad, por lo que se adopta judicialmente como medida de protección para ellos, para que la figura de guarda a la que estén sometidos no cese al cumplir la mayoría de edad²²⁶.

²²² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., pp. 174-175.

²²³ Ley 31/1972, de 22 de julio, sobre modificación de los arts. 320 y 321 del CC y derogación del número 3 del art. 1.880 y de los arts. 1.901 a 1.909, inclusive, de la LEC. BOE-A-1972-1095.

²²⁴ BOE-A-1978-28627

²²⁵ ÁLVAREZ MORENO, Mª. T., “Art. 322” en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2606-2607.

²²⁶ Pasando sin solución de continuidad de la patria potestad a la patria potestad prorrogada, o bien sin que se extinga la tutela a la que estuviera sometido.

– Desaparece la prioridad del interés del menor, ya no necesita ni tiene una protección prioritaria (como durante la infancia o en caso de discapacidad). El interés del mayor de edad deja de ser preferente, a diferencia de lo que ocurría durante su menor edad, en que todas las decisiones debían adaptarse en beneficio del menor.

– La persona adquiere plena capacidad de obrar, pues según el art. 322 CC: “*El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.*”.

La plena capacidad no es “solo para los actos en el ámbito civil, sino para los actos jurídicos en todos los campos”²²⁷.

La plena capacidad de obrar es la regla general del mayor de dieciocho años, que se presume capaz para todos los actos de la vida civil (RDGRN, de 1 de diciembre de 1987²²⁸, 12 de marzo de 1994²²⁹ o 20 de septiembre de 1993²³⁰); y la discapacidad es la excepción que habrá que probarse e interpretarse restrictivamente. Las limitaciones a la capacidad de obrar han de establecerse expresamente caso por caso por ley o sentencia. En caso de duda, han de prevalecer los principios constitucionales de libre desarrollo de la personalidad y libre ejercicio de los derechos fundamentales, por lo que la incapacidad no se presume nunca.

II.- CAPACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD

1.- Tesis clásica de la incapacidad

Defendía que los menores de edad tenían una incapacidad absoluta y que consecuentemente no podían realizar ningún tipo de actuación jurídicamente válida.

La generalidad de la doctrina clásica como Castán Tobeñas²³¹ consideraban que el menor es en principio incapaz de obrar siendo excepcional la capacidad que le concedía la ley en ciertos casos; y por esta incapacidad se le somete a la patria potestad o a la

²²⁷ GOMEZ LAPLAZA, M^a C., “Artículo 322”, en J. Rams Albasa/R. M^a. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 2^o, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 2136. Hay una presunción “a favor de la capacidad plena del mayor de edad, en consonancia con el respeto a la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el reconocimiento de derechos fundamentales que garantiza la CE”.

²²⁸ RJ 9716, 1987

²²⁹ RJ 1994, 2295

²³⁰ RJ 6915, 1993

²³¹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., pp. 172-173; o ESPÍN CANOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*, vol. I, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pp. 266-267.

tutela. Según esta tesis lo no permitido está prohibido. Hoy está completamente superada.

2.- Tesis vigente de la capacidad

De Castro y Bravo²³², Albaladejo García²³³, Díez-Picazo²³⁴ y la mayoría de la doctrina, consideran que el menor tiene una cierta capacidad de obrar, aunque sea restringida.

Afirman que la capacidad de obrar que potencialmente corresponde a toda persona se restringe al menor en una serie de ocasiones; y lo que queda después de estas restricciones, constituye el ámbito en el que el menor es capaz de obrar.

Las causas de estas restricciones son la falta de plena aptitud para comprender y en consecuencia para querer; y la dependencia a la que se encuentra sometido por la patria potestad o tutela, cuyo objeto es la protección de la persona y bienes de los menores, pues las limitaciones o restricciones se establecen en su beneficio, para impedir que puedan ser perjudicados.

Hoy se admite unánimemente que el menor con la capacidad natural de querer y entender puede, sin tope mínimo de edad, realizar una serie de actuaciones. El menor no es un incapaz y los actos que puede realizar no son excepciones a una supuesta regla general de incapacidad.

El mismo principio lo recoge el CC, sobre todo tras las reformas de 13 de mayo de 1981²³⁵ y de 24 de octubre de 1983²³⁶. La menor edad no supone ya una restricción de la personalidad jurídica (antiguo art. 32 párr. 2º CC²³⁷), sino una limitación de la capacidad de obrar. El CC parte de la idea de que toda persona tiene capacidad de obrar, y solo en ciertos casos concretos (menores e incapacitados), la limita. Limitación que implica la necesidad de crear mecanismos de protección tanto en el ámbito personal como en el patrimonial que concilien el respeto y potenciación de la personalidad del

²³² DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., pp. 48-49.

²³³ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, 15ª ed., ed. Edisofer, Madrid, 2004, p. 252.

²³⁴ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 288.

²³⁵ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE-A-1981-11198.

²³⁶ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del CC en materia de tutela. BOE-A-1983-28123.

²³⁷ Redacción originaria del art. 32 párr. 2º CC: “La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, y la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero.”.

menor con los mecanismos que compensan su falta de entendimiento y voluntad. Aquel cambio de criterios provocó la tendencia creciente a proteger al menor, como indican los arts. 154 párr. 2º CC “*La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos [...]*” y art. 216 párr. 1º CC “*Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado [...]*”; y que el ámbito de actuación del menor se extendiera paulatinamente.

Lo que también se refleja en el articulado de otras leyes como el art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LOPDH)²³⁸, que establece: “*El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.*”. De todo ello se deduce que el estado civil de la menor edad no es una causa de incapacidad de obrar del menor, y que no anula su capacidad, solo la limita.

La RDGRN, de 3 de marzo de 1989²³⁹, indica que: “*No existe norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil [...] lo que permite afirmar que si a partir de los 18 años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil [...] por debajo de esa edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión legal expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 4 del CC), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se adviene con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor*”.

En la práctica el menor tiene un ámbito de capacidad dentro del cual puede actuar por sí mismo y que está socialmente aceptada. Hay una serie de actos y negocios jurídicos que realizan los menores por sí mismos, y sobre los que nadie duda de su validez y eficacia, así p. ej. puede realizar compras ordinarias de objetos cotidianos, juegos o billetes de transporte. Lo contempla el art. 162 párr. 1º CC, que exceptúa de la representación de los padres: “*1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.*”.

Y el art. 1263.1º CC establece: “*No pueden prestar consentimiento:*

1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a

²³⁸ BOE-A-1982-11196

²³⁹ RJ 1989, 2380

bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.”.

Por lo tanto, las condiciones de madurez y los usos sociales son los que servirían de criterio para determinar cuándo el menor puede actuar por sí mismo de forma válida, para lo que hay que valorar sus condiciones personales en relación al acto o negocio jurídico de que se trate.

Así, la STS, de 10 de junio de 1991²⁴⁰, afirma que en la actualidad: *“[...] resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a los lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas” (art. 3.1 del Código Civil). Y siendo la finalidad de las normas que sancionen con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de estos, es evidente que en esa clase de contratos la misma se hace innecesaria.”.*

La tesis de la capacidad de obrar del menor de edad ya aparecía en la Ley de 17 de julio de 1958 de Procedimiento Administrativo (LPA)²⁴¹, en lo referente a sus relaciones con la Administración Pública para la defensa de sus derechos. A efectos del derecho administrativo, capacidad de obrar es la aptitud para actuar en un procedimiento administrativo y realizar válidamente los actos concretos ante la Administración en el ejercicio y defensa de sus derechos.

Esto significó un avance para la época. La vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

²⁴⁰ TOL 1.728.974

²⁴¹ Publicada en el BOE n.º 171, de 18 de julio de 1958. Art. 22 LPA: *“Tendrán capacidad de obrar ante la Administración pública, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, la mujer casada y los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia del marido o persona que ejerza la patria potestad o tutela, respectivamente.”.*

(LPACAP)²⁴², en su art. 3 apartado b) establece: “A los efectos previstos en esta Ley, tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas:

b) Los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.”.

La tesis de la capacidad ha sido ratificada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del CC y de la LEC (LOPJM)²⁴³, en cuyo art. 2.1 párr. 2º se establece claramente que: “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.”. De lo que se infiere que todo lo no prohibido expresamente está permitido.

Señala García Vicente²⁴⁴ que “las complejas normas sobre la edad concilian exigencias derivadas de la igualdad, la dignidad y la libertad personal con las propias de la estabilidad o seguridad en el tráfico”. Y que “si se atiende a la capacidad real de cada menor el detrimento de la seguridad del tráfico es evidente: los terceros no pueden conocer anticipadamente y a través de mecanismos objetivos si los menores gozan o no de la madurez suficiente para ejercer sus derechos por sí mismos. La conciliación entre abstracción y realismo pasa por que se establezcan edades precisas para el ejercicio de ciertos derechos; y también por instrumentos que flexibilicen estas normas, relajando los mecanismos de protección o introduciendo el criterio de la madurez personal concreta de cada menor con carácter general”.

3.- Grados

En nuestro derecho no existe una regulación sistemática de la situación del menor de edad. Es al tratar del contrato o de otros negocios jurídicos cuando va regulando qué puede o no hacer, estableciendo reglas especiales para la actuación de los menores en actos jurídicos para los que se requiere una determinada edad. Los principales le están

²⁴² BOE-A-2015-10565

²⁴³ BOE-A-1996-1069

²⁴⁴ GARCÍA VICENTE, J.R., “Arts. 1263-1264”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9069-9072.

vetados. Pero en cualquier caso, hay que una serie de supuestos en lo que se le permite un ámbito de actuación²⁴⁵.

3.1.- Sin edad

Hay una serie de actuaciones que no fijan una edad concreta para que pueda celebrarlos el menor:

- Impugnar el reconocimiento de hijos en caso de error, violencia o intimidación (art. 141 CC).

- Ejercer la patria potestad sobre sus hijos con asistencia de sus padres y a falta de ambos, de su tutor o del juez, según los casos (art. 157 CC).

- Solicitar al juez medidas que aseguren la prestación de alimentos de los padres, o que eviten perturbaciones dañosas si cambia el titular de la guarda y las medidas necesarias para evitar la sustracción de los menores (art. 158 CC).

- Pedir al juez que adopte las providencias necesarias para la seguridad de sus bienes si la administración de los progenitores pone en peligro su patrimonio (art. 167 CC).

- Adquirir la posesión de las cosas. El art. 443 CC establece que *“Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor.”*. Y todas las consecuencias que derivan de esto: arts. 351, 360, 375, 451, 464, 609, 610, 614, 615, 1940 y ss. CC.

- Adquirir por ocupación las piezas de caza y pesca o las cosas muebles que sean objeto de hallazgo (art. 610 CC).

- Pueden aceptar donaciones no condicionales ni onerosas (arts. 625 y 626 CC). La RDGRN, de 3 marzo de 1989²⁴⁶, lo afirma, y distingue entre menores con o sin discernimiento. De Castro y Bravo²⁴⁷ señala que por analogía puede “aceptar ofertas y así perfeccionar negocios gratuitos puros, aunque no sean técnicamente donaciones” (aceptar renunciaciones de derechos, art. 1187 CC) y -realizar actos defensivos o conservativos de sus derechos que no requieran capacidad especial (interrumpir la

²⁴⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., pp. 180-184, distingue entre actos que pueden celebrar, que pueden ser de derecho de familia, patrimoniales *inter vivos* y *mortis causa*; actos para los que se exige su consentimiento, actos en que se admite intervención (puede asistir o ser oído) y actos en que puede ser testigo.

²⁴⁶ RJ 1989, 2380

²⁴⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 183.

prescripción, art. 1973 CC; intimación para la mora, art. 1100 CC; pedir revocación de donaciones, o denunciar vicios ocultos).

- Contratar, en cuyo supuesto no nos encontramos ante un acto nulo o inexistente (salvo que falte por completo el consentimiento) sino meramente anulable y por lo tanto, confirmable (art. 1300 CC).

- Puede ser testigo en causas criminales si el juez considera que tiene conocimiento suficiente para ello (art. 707 LECrim).

- Comparecer por sí mismo en las escrituras públicas, como indica el art. 168.2ª RN: *“Constituyen reglas especiales en orden a la comparecencia en las escrituras públicas las siguientes:*

Segunda.- Los menores de edad podrán comparecer por sí mismos, esto es, por su propio derecho, cuando de acuerdo con los preceptos del Derecho Civil puedan realizar por sí solos el acto de que se trate o hayan de consentir el que verifique su representante legal, también podrán comparecer al efecto de ser oídos.”.

3.2.- 12 años

A partir de esa edad puede:

- Ser oído por el juez cuando hubiere desacuerdo entre los padres para el ejercicio de la patria potestad (art. 156 CC).

- Ser oído por el juez para determinar si se queda con uno u otro progenitor en caso de que vivan separados (art. 159 CC).

- Prestar su consentimiento para el acogimiento familiar (art. 173.2 CC).

- Prestar su consentimiento para la adopción (art. 177.1 CC).

- Ser oído por el juez al constituir la tutela (art. 231 CC)

- Ser oído en los actos para los que el tutor necesita aprobación o autorización judicial (art. 273 CC).

3.3.- 14 años

A partir de los cuales al menor se le permite:

- Optar por la vecindad civil del lugar de su nacimiento o por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no está emancipado deber ser asistido por su representante legal (art. 14.3 párr. 4º CC).

– Optar por la nacionalidad española asistido por su representante legal (art. 20.2 b) CC).

– Solicitar y adquirir la nacionalidad por carta de naturaleza y por residencia asistido por su representante legal (art. 21.3 y art. 23 a) CC).

– Otorgar testamento (art. 663.1º CC), salvo el ológrafo, que requiere la mayoría de edad (art. 688 párr. 1º CC). El que se exija una edad menor a aquella en la que se adquiere la mayoría de edad es una muestra del *favor testamenti*, que se justifica porque por el testamento no pueden darse efectos perjudiciales para el testador, que siempre podrá revocarlo en el futuro (art. 737 CC), ni para los legitimarios, que tienen sus derechos concedidos por la ley, ni para los acreedores, suficientemente protegidos, y porque como se refiere a los testamentos notariales, se confía en que los fedatarios advertirán al menor suficientemente acerca de la trascendencia del acto²⁴⁸.

– Dejar sin efecto la sustitución pupilar ordenada por un ascendente (art. 775 CC).

3.4.- 16 años

Con esta edad puede:

– Contraer matrimonio si está emancipado (art. 46.1º CC). La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV)²⁴⁹ eleva la edad mínima para contraer matrimonio a dieciséis años. Mediante la Disp. adic. primera n.º 2 elimina la posibilidad de dispensar el impedimento de edad a partir de los catorce años que establecía el art. 48 párr. 2º CC²⁵⁰, de forma que impide que los menores de dieciséis puedan contraer matrimonio.

– Pedir la separación, nulidad y divorcio, salvo en el supuesto del art. 75 CC (que no obedezca a la falta de edad art. 74 CC).

– Reconocer la filiación no matrimonial desde que se tiene edad para contraer matrimonio aunque se necesita autorización judicial (art. 121 CC).

– Tener la administración ordinaria de los bienes que adquiera con su trabajo o industria (art. 164 párr. 2º. 3 CC).

– Consentir, si está emancipado, en documento público la renuncia a los derechos de que sean titulares (como herencias y legados), enajenar o gravar bienes inmuebles,

²⁴⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 182, nt. 1.

²⁴⁹ BOE-A-2015-7391

²⁵⁰ “El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. [...]”.

establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios (sin necesidad de autorización judicial) (art. 166 párr. 3º CC).

- Consentir la emancipación (art. 317 CC).
- Pedir la emancipación en ciertos casos (art. 320 CC).
- Pedir al juez el beneficio de la mayor edad si está sujeto a tutela (art. 321 CC).
- Si está emancipado puede regir su persona y bienes como si fuera mayor con las excepciones previstas legalmente y comparecer en juicio (art. 323 CC).
- Aceptar donaciones no condicionales (art. 626 CC) (RDGRN, 3 de marzo de 1989²⁵¹).
- Ser testigo en el testamento en tiempo de epidemia (art. 701 CC).
- Otorgar capitulaciones matrimoniales si bien necesitara el consentimiento de sus padres o tutor cuando no se limite a pactar el régimen de separación o el de participación (art. 1329 CC).
- Hacer donaciones por razón de matrimonio, aunque también con consentimiento de sus padres o del tutor (art. 1338 CC).
- Prestar servicios laborales (art. 6 del Real Decreto Legislativo (RD Leg.) 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)).
- Contratar la prestación de su trabajo, si son mayores dieciséis años y viven en forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tengan a su cargo (art. 7 b) ET).

3.5.- Derecho de audiencia

Si tuviera “suficiente juicio” o “suficiente madurez” el menor debe ser oído por el juez (o por sus progenitores), en línea con la tendencia actual recogida en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (CNUDN)²⁵², que es la de asegurar que si puede formarse un juicio propio, tiene derecho de expresar su opinión, para:

- Adoptar medidas en caso de separación, nulidad y divorcio y sobre la guarda, custodia, el cuidado y la educación (art. 92.2 y 6 CC), lo que supera las reticencias

²⁵¹ RJ 1989, 2380

²⁵² Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la AG de las NNUU, y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la AG en su R. 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990.

iniciales del Tribunal Supremo (TS), que entendió que este art. no obligaba a oír a los menores (STS, de 25 de junio de 1994²⁵³).

- Ser oídos por sus progenitores antes de adoptar decisiones que les afecten (art. 154 párr. 4º CC)

- Tomar medidas en caso de desacuerdo entre los padres para el ejercicio de la patria potestad (art. 156 párr. 2º CC).

- Decidir con qué progenitor quedarán los hijos si los padres viven separados y siempre si son mayores de 12 años (art. 159 CC).

- Ejercitar actos relativos a sus derechos de la personalidad u otros (art. 162 CC).

- Prestar consentimiento para celebrar contratos que le obliguen a realizar prestaciones personales (art. 162 *in fine* CC).

- Para la adopción, el adoptado menor de 12 años de acuerdo con su edad y madurez (art. 177.3.3º CC).

- Constituir la tutela (art. 231 CC).

- Para los actos en que el tutor necesita autorización judicial (art. 273 CC).

- En los casos de separación y divorcio (art. 775.5 LEC).

- Con carácter genérico lo establece el art. 9 LOPJM²⁵⁴.

²⁵³ TOL 206.622

²⁵⁴ Art. 9 LOPJM: “1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante,

– Comparecer en el otorgamiento de una escritura a efectos de ser oído (art. 168.2ª RN).

– La LOPDH le faculta para tomar decisiones en cuya virtud sus derechos fundamentales puedan verse afectados (así el derecho a la imagen) cuando sus condiciones de madurez lo permiten (art. 3.1 LOPDH).

Como afirma Díez García²⁵⁵, este derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece también recogido en el art. 12 CNUDN. Asimismo, el art. 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (íntegramente reproducida en el art. 24.1 LO 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa²⁵⁶, que establece: “*Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez*”).

Tal y como sostiene el Tribunal Constitucional (TC)²⁵⁷, el derecho a la tutela judicial efectiva del menor comprende el derecho de todo menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal y patrimonial, por lo que se ha apreciado la existencia de una vulneración de los derechos del art. 24 CE en aquellos supuestos en los que los correspondientes procesos judiciales no habían sido oídos o explorados los menores por el órgano judicial a la hora de adoptar medidas que les afectaban directamente.

Sin embargo, la opinión del menor con suficiente juicio no vincula al juez. Sus deseos puede que no se correspondan con su interés que es el determinante. Para fijar este interés, el juez se atenderá a una serie de circunstancias y, entre ellas, la opinión del

indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.”.

²⁵⁵ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 154”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1581-1582.

²⁵⁶ Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. Referencia: BOE-A-2008-13033.

²⁵⁷ P. ej., SSTC, de 20 de mayo de 2002 (TOL 258.656), 19 de abril de 2004 (TOL 397.386), 6 de junio de 2005 (TOL 673.515), 30 de enero de 2006 (BOE-T-2006-3528), 31 de enero de 2008 (TOL 1.258.626), 22 de diciembre de 2008 (TOL 1.416.115); 29 de junio de 2009 (BOE-A-2009-12526). Vid. MARÍN LÓPEZ, M.J., “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 19, 2005, pp. 165 y ss. y “La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de separación y divorcio”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 23, enero-diciembre, 2009, pp. 249 y ss.

menor será de las más importantes (en ese sentido, entre otras, las Sentencias de las Audiencias Provinciales (SSAP) de Barcelona, de 20 de noviembre de 2003²⁵⁸, de Alicante, de 18 de mayo de 2005²⁵⁹, de Toledo, de 11 de mayo de 2006²⁶⁰, de Granada, de 2 de octubre de 2009²⁶¹ y de Valencia, de 21 de febrero de 2011²⁶²)²⁶³.

4.- Efectos de los actos por ellos realizados

Si los menores realizan un acto que no les está permitido sin los complementos de capacidad previstos, produce los siguientes efectos:

4.1.- Si carece de capacidad natural

Es evidente que el acto será siempre ineficaz, estamos ante una nulidad absoluta o inexistencia. Es como si nunca se hubiera efectuado.

– Art. 6.3 CC: *“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”*.

– Art. 1261 CC: *“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

1.º Consentimiento de los contratantes.

2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.

3.º Causa de la obligación que se establezca.”.

– Art. 1263 CC: *“No pueden prestar consentimiento:*

1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.”.

²⁵⁸ JUR 2004, 5877

²⁵⁹ JUR 2008, 158329

²⁶⁰ TOL 1.611.341

²⁶¹ TOL 1.776.605

²⁶² TOL 2.054.159

²⁶³ DÍEZ GARCIA, H., “Art. 159”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1635.

4.2.- Si tiene capacidad natural

Según la tesis clásica de la incapacidad absoluta el acto debería ser ineficaz ya que lo que no está permitido, está prohibido.

Pero como expusimos, la tesis de la capacidad, que es la imperante, indica que lo no prohibido está permitido, es más lógico entender que en tal caso el acto produce su efecto, pero el menor o su representante pueden impugnarlo.

Sostiene Díez-Picazo²⁶⁴ que el art. 1263 CC considera a los menores de edad no emancipados como personas incapaces para prestar consentimiento en los contratos. Sin embargo, el menor de edad no es una persona que sea total y absolutamente incapaz, sino que es una persona con una capacidad de obrar limitada. El contrato celebrado por él no es radicalmente nulo por razón de la edad, es anulable o impugnabile, a instancia del representante legal del menor o del propio menor cuando este llega a la mayor edad. No puede impugnarlo la parte que contrató con el menor. El menor al llegar a la mayor edad y su representante legal pueden confirmar el contrato expresa o tácitamente, lo que lo purifica desde el momento de su celebración y hace que produzca todos sus efectos. Siempre que, aunque viciado, haya existido consentimiento, pues si este falta en absoluto estamos ante una nulidad absoluta o inexistencia (STS, de 9 de mayo de 1994)²⁶⁵.

El art. 1263 CC se refiere solamente a los contratos de los menores no emancipados. Sin embargo, hay que entender que la misma suerte corren los contratos celebrados por los menores emancipados cuando se realizan en contra de las limitaciones establecidas en el art. 323 CC.

Se produce la anulabilidad regulada en los art. 1300 CC y ss.

El art. 1300 CC establece “*Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.*”. El art. 1301 CC establece: “*La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:*

En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado.

En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

²⁶⁴ DIEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...*, cit., p. 101.

²⁶⁵ TOL 209.568

Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela. [...]”.

Art. 1302 CC: *“Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato.”.*

Esta anulabilidad no la puede alegar el mayor que contrató con él, sino solo el menor, sin necesidad de alegar perjuicio, durante 4 años después de la mayor edad, emancipación o su representante legal hasta entonces.

Art. 1304 CC: *“Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera.”.*

Art. 1309 CC: *“La acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente.”.*

Art. 1314 CC: *“También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquélla.”.*

Si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad.”.

5.- Responsabilidad

Los menores de edad están sujetos a un régimen de responsabilidad tanto penal como civil.

5.1.- Responsabilidad penal

El art. 19 CP fija la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores en una ley especial. Fue la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los

menores (LORPM)²⁶⁶, que tiene el interés superior del menor como principio básico. La edad límite de dieciocho años establecida por el CP para la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años. Las infracciones cometidas por los menores de esta edad son en general irrelevantes y en los escasos supuestos en que aquellas pueden producir alarma social, el ámbito familiar y la asistencia social civil se consideran suficientes para dar una respuesta adecuada, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado.

5.2.- Responsabilidad civil

Puede ser:

a) Responsabilidad contractual. Es evidente que el menor está sujeto a la responsabilidad patrimonial universal del 1911 CC²⁶⁷ en los contratos que puede realizar por sí mismo con plena eficacia. En cambio, en los que sean anulables, no puede obligarse al menor a cumplir el contrato mientras sea menor de edad, tampoco puede exigírsele la devolución de lo que recibió, salvo en lo que se ha enriquecido (arts. 1163 párr. 1º²⁶⁸, 1304²⁶⁹ y 1765 CC²⁷⁰).

b) Responsabilidad extracontractual según el art. 1902 CC *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”*. Como regla general responderán los padres o guardadores (art. 1903 CC²⁷¹). Tan solo se podrá exigir la responsabilidad al menor directamente cuando prueben que emplearon toda la diligencia que les era exigible o cuando fuesen insolventes.

²⁶⁶ BOE-A-2000-641

²⁶⁷ Art. 1911 CC: *“Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.”*

²⁶⁸ Art. 1163 párr. 1º CC: *“El pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad.”*

²⁶⁹ Art. 1304 CC: *“Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera.”*

²⁷⁰ Art. 1765 CC: *“Si el depósito ha sido hecho por una persona capaz en otra que no lo es, sólo tendrá el depositante acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, o a que éste le abone la cantidad en que se hubiese enriquecido con la cosa o con el precio.”*

²⁷¹ Art. 1903 CC: *“La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.*

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

[...]

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”

6.- Suplencia de la falta de capacidad

La falta de capacidad del menor se suple interviniendo sus representantes legales, salvo que se trate de actos personalísimos, en cuyo caso lo que falta es la capacidad de goce de esos derechos, no la de obrar y, por tanto, su realización es imposible.

Pero es evidente que el menor ha de tener la posibilidad de que se realicen actos y negocios jurídicos en su nombre de alguna manera legítima. Por lo que se tiene que suplir su falta, lo que se consigue con las siguientes instituciones:

- a) La patria potestad.
- b) La patria potestad prorrogada (para mayores de edad).
- c) La tutela.
- d) La curatela.

Examinaremos con detalle las dos primeras en este tema y las dos últimas en sede de instituciones de guarda y protección para personas incapacitadas.

III.- PATRIA POTESTAD

1.- Concepto de patria potestad

1.1.- Concepto y naturaleza

La patria potestad es un derecho y una obligación que no crea la ley sino que la reconoce, como consecuencia natural de la procreación. Hay que garantizar las necesidades del niño y en principio nadie mejor que sus padres para ello.

La patria potestad es una función tuitiva de los padres sobre el menor porque las facultades que la integran se conceden en función de los deberes que emanan de la misma. Según Castán Vázquez²⁷² es el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y patrimonio de sus hijos menores no emancipados o incapacitados, como medio de cumplir la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole.

Indica Díez García²⁷³ que la jurisprudencia del TS destaca el principio del beneficio del hijo que infiere todo el sistema²⁷⁴. Conceptualiza “la patria potestad como

²⁷² CASTÁN VAZQUEZ, J. M^a., *La patria potestad*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pp. 8-9.

²⁷³ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 154”, cit., p. 1558.

²⁷⁴ Entre otras, las SSTs, de 11 de octubre de 1991 (RJ 1991, 3108), 18 de octubre de 1996 (TOL 1.659.038), 5 de marzo de 1998 (TOL 2.386.233), 23 de febrero de 1999 (TOL 2.171), 20 de mayo de 1997 (TOL 216.628) y 24 de abril de 2000 (TOL 170.618).

una institución a favor de los hijos”, un conjunto de derechos-función que deriva del art. 39.3 CE; el cual recogió la protección del menor con cargo a su familia que consagró el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁷⁵ y que hoy reconoce también el art. 7 CNUDN. La STS, de 11 de octubre de 1991²⁷⁶, establece que la patria potestad debe incluirse en los *“derechos-función, en los que, por la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende el ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya no en meramente facultativo para su titular -como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos- sino en obligatorio para quien lo ostenta”*. La STS, de 24 de abril del 2000²⁷⁷, señala que *“ese carácter determina que todas las medidas judiciales que se acuerden, deben adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del menor”*.

La STS, de 31 de diciembre de 1996²⁷⁸, recoge que *“la patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia”*. La STS, de 25 de junio de 1994²⁷⁹, después de destacar el doble carácter (deberes y derechos) que tienen las funciones de los padres en el ejercicio de la patria potestad, señala, analizando el art. 154 CC, que este, *“siguiendo las orientaciones doctrinales más modernas y la tendencia de los ordenamientos contemporáneos configura la patria potestad como el conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos”*.

Castán Pérez-Gómez²⁸⁰ afirma que para abordar el estudio de la patria potestad hay que recalcar dos ideas: de un lado, la consideración de que la infancia está necesitada de una especial protección; de otro, las líneas orientadoras que en nuestro tiempo marcan el desarrollo del menor como persona, integrado en un medio social y cultural, en el que se irá desenvolviendo con arreglo a una progresiva adquisición de capacidad que le dará la posibilidad y el derecho de participar en las decisiones que han de determinar su futuro.

²⁷⁵ Hecho en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966.

²⁷⁶ RJ 1991, 7447

²⁷⁷ TOL 170.618

²⁷⁸ TOL 5.152.785

²⁷⁹ TOL 206.622

²⁸⁰ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, en J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV, vol. 1º, ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 623.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, siguiendo los principios constitucionales, suprimió los rasgos autoritarios, patriarcales y discriminatorios que antaño impregnaban la relación paterno-filial²⁸¹.

Hay en derecho comparado y en la doctrina una tendencia a modificar la expresión tradicional de patria potestad por otra más exacta, ya que la actual sugiere la idea de poder (potestad) y de atribución al padre (patria), cuando la realidad es que hoy se concibe como función, y en principio se atribuye al padre y a la madre, a ambos progenitores conjuntamente. La disparidad entre la nomenclatura de la institución y su sentido moderno se apuntó en España²⁸² pero se ha mantenido por su arraigo tradicional.

1.2.- Régimen jurídico

1.2.1.- Introducción

La CE establece una serie de principios que afectan a este tema: en el art. 14 CE, el principio de igualdad de los españoles; en el art. 32.1 CE, el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica; en el art. 39.2 CE, el principio de igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación; en el art. 39.3 CE, la asistencia de todo orden que los padres deben prestar a sus hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda.

El CC regula la patria potestad en el Libro I “*De las personas*”, Título VII “*De las relaciones paterno-filiales*”, arts. 154 a 171 y en algunos arts. como el 110 y 111; bajo los principios siguientes:

- 1.- La patria potestad conjunta o dual.
- 2.- Su consideración como función y no como poder.
- 3.- El respeto a la personalidad del hijo y el principio de su beneficio o interés.
- 4.- El incremento de la intervención y vigilancia judicial.

Art. 154 párr. 1º y 2º CC: “*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.*”

²⁸¹ DÍEZ PICAZO, L., “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad” en *Anuario de derecho civil*, nº 1, 1982, p. 5.

²⁸² CASTÁN VÁZQUEZ, J. Mª., “Comentario al Título VII del libro II”, en *Comentarios al Código Civil*, t. III, vol. II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pp. 65 y ss.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.”.

Art. 156 párr. 1º CC: *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.”.*

De estos arts. se desprende la distinción que hace el legislador entre titularidad y ejercicio de la patria potestad.

Afirma Castán Pérez-Gómez²⁸³ que como las posibilidades de actuación individual son ciertamente amplias, se ha llegado a cuestionar si constituyen una excepción al principio de actuación conjunta o si bien, por el contrario, lo que hay es una titularidad conjunta pero un ejercicio solidario, que para actos muy trascendentes devendría mancomunado.

1.2.2.- Titularidad

Art. 154 párr. 1º CC: *“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.”.*

La titularidad de la patria potestad es conjunta. Ello deriva *ex lege* de la determinación legal de la filiación sin que haga falta petición de parte, ni declaración judicial al respecto (STS, de 17 de junio de 1995²⁸⁴).

Pero corresponde a uno solo de los padres cuando la filiación solo está legalmente determinada respecto de uno de ellos y en los siguientes casos:

Art. 111 CC: *“Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:*

1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

²⁸³ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., pp. 647-648.

²⁸⁴ TOL 1.668.734

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.”.

El art. tiene un carácter sancionador y ello produce dos importantes consecuencias: una interpretación restrictiva de su alcance y la exclusión de su aplicación analógica (art. 4.2 CC).

Además de la exclusión de la patria potestad, el art. 111 CC habla de las “*demás funciones tuitivas*”²⁸⁵. Estas son, por la referencia a funciones tutelares que efectúa el art. 216 párr. 1º CC, la tutela, la curatela o la actuación como defensor judicial (art. 215 CC). Además comprende todas las funciones que supongan confiar los intereses del hijo a la protección de otro²⁸⁶.

Art. 170 CC: “*El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.*

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.”.

Mientras la exclusión del art. 111 CC se produce *ex lege* y es punitiva, la privación de la patria potestad exige siempre una sentencia que la determine y es una medida de protección para el hijo, tal y como entiende cierta corriente jurisprudencial²⁸⁷, la STS, de 24 de abril del 2000²⁸⁸, indica: “*Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes [...] sino [...] de defender los intereses del menor*”. La STS, de 9 de julio de 2002²⁸⁹, señala que la privación se configura como una medida tendente a la “*prevención y a la represión*”

²⁸⁵ También se habla de “*funciones tuitivas*” en el art. 179.1 CC.

²⁸⁶ En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “De la filiación y sus efectos. Arts. 108 a 111”, en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 822-823; VERDERA SERVER, R., “Art. 111”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1152-1158.

²⁸⁷ SSTS, de 20 de enero de 1993 (RJ 1993, 478), 31 de diciembre de 1996 (TOL 1.658.843), 24 de abril de 2000 (TOL 170.618).

²⁸⁸ TOL 170.618

²⁸⁹ TOL 202.430

de los abusos en los que hubieran podido incurrir los progenitores. Si bien ni la jurisprudencia ni la doctrina es unánime²⁹⁰.

Las SSTs, de 5 de marzo de 1998²⁹¹ y 10 de febrero de 2012²⁹², afirman que las *“causas de privación de la patria potestad están formuladas en forma de cláusula general en el art. 170 CC y requieren ser aplicadas en cada caso según las circunstancias concurrentes”*. Por lo que se concede al juez *“una amplia facultad discrecional de apreciación”*, que, no obstante, se reputa *“reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre en cuenta el interés del menor”*²⁹³.

1.2.3.- Ejercicio

1.2.3.1.- Conjunto

Conforme al art. 154 párr. 1º CC, corresponde a los progenitores la patria potestad, por lo que atribuyéndose la patria potestad conjuntamente a los progenitores, se ejerce del mismo modo.

Art. 156 CC: *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.*

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

²⁹⁰ SSTs, de 20 de enero de 1993 (RJ 1993, 478) y 24 de abril de 2000 (TOL 170.618).

²⁹¹ TOL 2.386.233

²⁹² TOL 2.450.933

²⁹³ SSTs, de 5 de marzo de 1998 (TOL 2.386.233) y 10 de febrero de 2012 (TOL 2.450.933).

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.”.

A la vista de este art., el ejercicio de patria potestad tiene como regla general el ejercicio conjunto, lo que es consecuencia lógica de la titularidad dual del art. 154 párr. 1º CC y de los arts. 14 y 32 CE²⁹⁴. Sobre si este ejercicio conjunto es solidario o mancomunado, hay opiniones divergentes. A favor de un ejercicio solidario, está Seisdedos Muíño²⁹⁵; a un sistema mixto en el que la regla general es la actuación mancomunada y la excepción, la solidaridad, se refiere Fuente Noriega²⁹⁶.

1.2.3.2.- Unilateral

La ley flexibiliza la exigencia general de ejercicio conjunto, porque requiere la presencia material de ambos progenitores, lo que a veces no es operativo ni posible, ya que hay actos frecuentes y de poca importancia en los que no parece necesario y se permite un ámbito de actuación individual a cada uno de los progenitores.

Se prevén casos de ejercicio unilateral, que puede ser con o sin el consentimiento del otro cónyuge.

Además la ley reconoce una serie de supuestos en que el ejercicio conjunto no es posible, por lo que forzosamente el ejercicio debe recaer en uno solo de ellos²⁹⁷.

²⁹⁴ DÍEZ-PICAZO, L., “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”, cit., p. 11.

²⁹⁵ SEISDEDOS MUIÑO, A., *La patria potestad dual*, ed. Universidad del País Vasco, Vizcaya, 1988, pp. 30 y ss..

²⁹⁶ FUENTE NORIEGA, M., *La patria potestad compartida en el Código Civil*, ed. Montecorvo, Madrid, 1986, p. 207.

²⁹⁷ SEISDEDOS MUIÑO, A., *La patria potestad dual*, cit., pp. 23-24, con apoyo en Sancho Rebullida, hace la siguiente clasificación:

a) Titularidad, ejercicio y actuación conjunta.

b) Titularidad y ejercicio conjunto, pero actuación individual, supuestos:

– Consentimiento expreso o tácito del otro progenitor (art. 156 párr. 1º primer inciso CC).

– Conformidad con el uso social y las circunstancias (art. 156 párr. 1º segundo inciso CC).

– Situaciones de urgente necesidad (art. 156 párr. 1º segundo inciso CC).

– Atribución judicial de la facultad de decidir en los casos de desacuerdo accidental (art. 156 párr. 2º CC).

– Concurrencia en un solo progenitor de un interés opuesto a los del hijo (art. 163 párr. 2º CC).

c) Titularidad conjunta, pero ejercicio individual, supuestos:

– Padres que viven separados (art. 156 párr. 5º CC).

– Atribución judicial del ejercicio a uno solo de los padres en los casos de desacuerdos reiterados o cuando concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio conjunto (art. 156 párr. 2º, segundo inciso CC); debe tenerse presente que tanto en este supuesto como en el anterior, las respectivas normas (art. 156 párr. 2º y 5º CC) permiten al juez la atribución parcial y la distribución de funciones.

– Ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres (art. 156 párr. 4º CC).

a).- Con consentimiento

El consentimiento que debe prestar el otro cónyuge puede ser expreso o tácito. Si el acto de que se trate exige forma específica debe cumplirla. El consentimiento puede ser anterior o posterior a dicho acto, general o particular, temporal o indefinido.

Si uno de los progenitores actuara aisladamente siendo necesaria la actuación conjunta y sin el consentimiento del otro, el acto o negocio jurídico habrá de reputarse nulo, de acuerdo con el art. 1259 CC²⁹⁸.

También puede ser específico o general. Como afirma Castán Pérez-Gómez²⁹⁹, los consentimientos generales son acuerdos voluntarios entre padres que viven juntos por medio de los cuales, buscando el interés del hijo o el de la familia en general, establecen una reordenación del ejercicio de la patria potestad, de manera que bien se distribuyen entre sí todas o parte de las funciones de la patria potestad, bien uno de ellos autoriza al otro, o ambos se autorizan recíprocamente entre sí, para la actuación o ejercicio de todo o parte de las mismas. Se discutía sobre su admisión, pero en la doctrina se ha impuesto la tesis afirmativa. Así, Díez-Picazo³⁰⁰, De Prada González³⁰¹ o Uribe Sorribes³⁰².

b).- Conforme al uso, circunstancias o por necesidad

Conforme al art. 156 párr. 1º CC: “[...] *Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.*”.

El ejercicio sigue siendo conjunto o de uno con el consentimiento del otro, pero determinados actos realizados por uno, en atención a las circunstancias, resultan tan

d) Titularidad individual, supuestos:

- Determinación de la filiación respecto de uno solo de los progenitores.
- Extinción de la patria potestad respecto de uno solo de los padres: por muerte o declaración de fallecimiento (art. 169.1º CC) o por privación por sentencia (art. 170 CC).
- Exclusión *ab initio* de la titularidad (art. 111 CC).

El supuesto de actuación de un progenitor con el consentimiento expreso o tácito del otro, aunque materialmente esté actuando solo, se considera más bien un supuesto de actuación conjunta (en que el otro actúa de manera indirecta, prestando el consentimiento) y no de actuación individual.

²⁹⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 154 a 161 CC”, cit., p. 1062.

²⁹⁹ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., pp. 650-651.

³⁰⁰ Díez-PICAZO, L., “La Figura del Convenio Regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia”, en AA.VV., *Convenios Reguladores de las relaciones conyugales, paterno filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Instituto de ciencias para la familia*, 2ª ed, ed. Universidad de Navarra, Pamplona 1989, pp. 42 y ss.

³⁰¹ DE PRADA GONZÁLEZ, J. Mª., “La patria potestad tras la Reforma del Código Civil”, en AA.VV., *El nuevo Derecho de Familia Español*, ed. Reus, Madrid, 1982, y “La Patria Potestad tras la Reforma del Código Civil”, en *Anales de la Academia Matrisense del Notariado*, t. XXV, 1983, nº 25.

³⁰² URIBE SORRIBES, A., “La representación de los hijos”, *Anales de la Academia Matrisense del Notariado*, t. XXV, nº 25, 1983, pp. 253-254.

válidos como si hubieran sido ejecutados por los dos³⁰³. Es porque sería perjudicial para el hijo exigir un ejercicio conjunto, por ejemplo en los casos urgentes donde no es posible o conveniente esperar a que comparezca el otro.

Así, serán válidos los actos realizados aisladamente por uno de los progenitores que sean conformes al uso social, a las circunstancias o por urgente necesidad.

Es admisible la actuación aislada de uno de los progenitores en los actos que usualmente no se realizan por ambos padres conjuntamente; por su sencillez, por resultar cotidianos o por no afectar esencialmente a derechos e intereses relevantes de los hijos³⁰⁴.

c).- Desacuerdos en el ejercicio

Es el supuesto previsto en el art. 156 párr. 2º CC.

Si el desacuerdo es ocasional, es el juez, al igual que en otros supuestos de ejercicio de la patria potestad (arts. 159, 166 y 167 CC) quien acuerda cuál de ellos ha de decidir.

La autoridad judicial no adopta la decisión, sino que dice, valorando el interés del hijo, cuál de los progenitores discrepantes debe tomarla.

Como indica el Auto de la Audiencia Provincial (AAP) de Barcelona, de 25 de febrero de 2008³⁰⁵, el desacuerdo se solventa *“mediante un juicio de conveniencia basado en el interés del menor, la equidad y la racionalidad, sin ningún otro componente de carácter jurídico, en que es esencial la convicción alcanzada en base al principio de inmediación”*.

Si el desacuerdo es reiterado y grave el juez puede: atribuir totalmente la patria potestad a uno de los progenitores, atribuírsela parcialmente, o distribuir entre ellos las funciones de la patria potestad, si bien solo por plazo no superior a dos años.

Como afirma Díez García³⁰⁶, es conviene advertir que este listado de medidas que nos suministra este art. 156 párr. 2º CC es meramente ejemplificativo. En atención a lo dispuesto en el art. 158 CC y, en particular a lo dispuesto en sus apartados 2º y 4º, cabría cualquier otra que se reputara idónea.

³⁰³ DÍEZ-PICAZO, L., “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”, cit., p.12.

³⁰⁴ DÍEZ GARCIA, H., “Art. 156”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1592-1595.

³⁰⁵ JUR 2008, 173828.

³⁰⁶ DÍEZ GARCIA, H., “Art. 156”, cit., pp. 1595-1598.

d).- Defecto, ausencia, incapacidad e imposibilidad

El art. 156 párr. 4º CC prevé varios supuestos de ejercicio exclusivo o individual: *“En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.”*. En defecto supone titularidad única. En los tres restantes casos son de titularidad conjunta, pero de ejercicio unilateral de todas las funciones de la patria potestad. Veámoslos:

– Defecto. La titularidad única de patria potestad se da en los siguientes casos:

- 1.- Muerte o declaración de fallecimiento de uno de los padres.
- 2.- Filiación legalmente determinada solo respecto de uno de los progenitores.
- 3.- Exclusión de la patria potestad conforme al art. 111 CC.
- 4.- Privación de la patria potestad según el art. 170 CC.
- 5.- Adopción por un solo adoptante (salvo las excepciones del art. 178.2 CC).

– Ausencia. Supone como las dos siguientes titularidad conjunta. Cuando a un progenitor se le declara judicialmente ausente, la patria potestad se ejercerá exclusivamente por el otro progenitor.

– Incapacidad. Habrá que estar a lo que diga la sentencia de incapacitación, que debe fijar la extensión y límites de la misma (art. 760 LEC) según el discernimiento del incapacitado y podrá decidir sobre el ejercicio de la patria potestad, si se mantiene o no y en qué medida.

– Imposibilidad de ejercicio conjunto, que debe ser real y permanente o, al menos, de duración indeterminada. Si la imposibilidad es pasajera las cuestiones que pueda plantear se resolverán por la vía del art. 156 párr. 1º CC *in fine* que permite a los padres la actuación individual en los actos usuales y en los urgentes.

e).- Falta de convivencia

El art. 156 párr. 5º CC: *“Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.”*.

Si los padres no viven juntos es muy difícil ejercer conjuntamente la patria potestad, por eso este art. establece una regla general, lo que no obvia a que el no ejerciente tenga derecho a relacionarse con sus hijos, y deber de alimentarlos y de velar

por ellos; por lo que puede fiscalizar judicialmente el ejercicio exclusivo que realice el otro progenitor (arts. 110, 158 y 167 CC).

Como sostiene Díez García³⁰⁷, la aplicación de este art. “resulta residual, pues se limitará a los supuestos en los que los progenitores no han estipulado el modo en que se organiza el ejercicio de la patria potestad para tal circunstancia, pacto que exigiría homologación judicial (art. 91 CC) aun en el caso de ausencia de matrimonio entre los padres; y tampoco existe una resolución judicial que haya determinado cómo hacer efectivo el contenido de la patria potestad (arts. 92 y 103 CC). Así se ha entendido por la STS, de 2 de julio de 2004³⁰⁸”.

f).- Separación, nulidad y divorcio

El art. 92 CC establece:

“1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del

³⁰⁷ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 156”, cit., pp. 1602-1603.

³⁰⁸ TOL 483.351

Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”.

Hay que hacer constar que tras la separación, nulidad y divorcio, las obligaciones de los padres respecto de los hijos subsisten tanto en lo económico como en lo personal.

g).- Menores

En caso de patria potestad ejercida por menores, el art. 157 CC establece: “*El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez.*”. Habla del menor no emancipado. Si lo está, en base al art. 323 CC podrá ejercerla sin restricción.

Castán Pérez-Gómez³⁰⁹ afirma que se refiere a la filiación no matrimonial, pues el matrimonio produce de derecho la emancipación (art. 316 CC). Dentro de ella, el supuesto en que se está pensando es aquel en que la filiación no esté determinada respecto del otro progenitor³¹⁰ o resulte excluido de ella por alguno de los supuestos del

³⁰⁹ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., pp. 670-671.

³¹⁰ Supuesto de madre soltera menor de edad y padre desconocido.

art. 111 CC. Si el otro progenitor es mayor de edad y no ha sido apartado del ejercicio de la patria potestad, hay otras soluciones: atribuirle el ejercicio individual al padre o madre que haya alcanzado la mayoría de edad, o entender que ambos padres ejercerán conjuntamente la patria potestad como si ambos fueran mayores. Esta tesis fue defendida por Pareja Cerdó³¹¹, y por Fuente Noriega³¹² y es la más práctica.

El art. 156 párr. 4º CC establece el ejercicio exclusivo de la patria potestad en caso de incapacidad de uno de los progenitores. El art. 157 CC es la incapacidad por razón de la edad y no es un obstáculo excluyente para el ejercicio de la patria potestad.

1.2.4.- Límites generales al ejercicio de la patria potestad

El art. 154 párr. 2º CC: *“La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.”*.

Como señala Díez García³¹³, “ese ejercicio debe tener como límite los mismos derechos fundamentales del menor (incluido su derecho a la vida y su derecho a la integridad física y moral), así como los principios constitucionales básicos que actuarían como límite específico en cuanto integrantes de lo que se podría denominar orden público familiar.

Aunque no se explicita en este art. 154 CC, la ley, la moral social (o las buenas costumbres) y el orden público, actúan también como límites del ejercicio de la patria potestad. Por tanto, quedan ya incluidos como tales, el respeto a los valores constitucionales (y, en esa medida a los convenios y tratados internacionales sobre la materia ratificados por el Estado, art. 10.2 CE). Y es en esos valores donde se inserta el respeto a la personalidad del hijo y a su integridad física y psicológica”³¹⁴.

El interés superior del hijo menor, su bienestar, es en la actualidad un estándar jurídico que ha de primar a la hora de adoptar cualquier medida en relación a los hijos. Toda la normativa que les afecte es de orden público e indisponible. Así, las SSTC, de

³¹¹ PAREJA CERDÓ, L., “Estudio breve sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, *Colegio Notarial de Islas Baleares*, Circular 22, Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares, de 4 de junio de 1981.

³¹² FUENTE NORIEGA, M., *La patria potestad compartida en el Código Civil*, cit., p. 281; pero los padres tendrán que vivir juntos, pues si los padres viven separados será de aplicación el párr. 5º del art. 156 CC de manera que, en principio, ejercerá la patria potestad el progenitor con quien el hijo conviva, en cuyo caso, si es el menor, será de aplicación el art. 157 CC.

³¹³ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 154”, cit., pp. 1568-1569.

³¹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 154 a 161 CC”, cit., pp. 1047-1048.

29 de mayo del 2000³¹⁵ y 17 de octubre de 2012³¹⁶; su infracción o correcta aplicación tiene interés casacional, así la STS, de 28 de septiembre de 2009³¹⁷.

2.- Efectos personales

2.1.- Deberes de los padres

Se recoge en el art. 154 CC que establece: *“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.*

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”.

2.1.1.- Velar por los hijos

Aunque se ha intentado darle un contenido específico³¹⁸, realmente es una actitud general que debe informar el cumplimiento de todos los deberes de los padres.

La obligación de velar por los hijos es una consecuencia de la filiación; como demuestra el art. 110 CC cuando señala *“El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.”* y el art. 111 CC cuando, después de enumerar los supuestos de exclusión de la patria potestad, establece en el párr. 4º cómo *“Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.”*. O sea, que la obligación de los padres de velar por sus hijos menores no depende de que ejerzan sobre ellos la patria

³¹⁵ BOE-T-2000-12312

³¹⁶ TOL 2.675.044

³¹⁷ TOL 1.723.158

³¹⁸ Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 154 a 161 CC”, cit., pp. 1048 y 1049.

potestad, el art. 92.1 CC dispone que *“La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.”*, y el art. 103.1ª CC: *“Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:*

1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.

Este deber comprende o engloba todos los demás. Así, Díez Picazo³¹⁹ afirma que este especial derecho-deber para con los hijos comprende la dispensación de toda clase de cuidados, materiales y espirituales.

2.1.2.- Tenerlos en su compañía

Usualmente los progenitores convivirán con los hijos con inmediatez y así podrán atender mejor a su educación, alimentación, estado de salud, amistades, etc. El tenerlos en su compañía es una consecuencia natural de la función de la patria potestad, pero va más allá de la convivencia, supone comunicación, afecto, etc. Como señala Sancho Rebullida³²⁰, la compañía es algo más que la inmediación física y la identidad de techo; entraña una comunicación afectiva, intelectual y, respecto de los padres, exige buen ejemplo y cariño ambiental³²¹.

En caso de separación, el art. 159 CC establece: *“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. [...]”*.

³¹⁹ DÍEZ-PICAZO, L., “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”, cit., p.15.

³²⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, t. IV: Derecho de familia*, ed. Bosch, Barcelona, 1982.

³²¹ En el mismo sentido se pronuncia RUBIO SAN ROMÁN, J.I., “Comentario a los artículos 154 a 161”, en J. Rams Albesa/R. Mª. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 1481: “la compañía a la que alude el art. es algo mucho más complejo y profundo que convivir bajo el mismo techo o compartir la misma mesa; implica una relación afectiva, una comunicación, un intercambio de ideas, sentimientos, opiniones, etc., que genera una comunidad de vida e intereses y un ambiente de grupo familiar unido por un vínculo superior al hecho de tener padres e hijos el mismo domicilio como obligación derivada de la ley.”.

Si no hay acuerdo, conforme a la STS, de 9 de julio de 2003³²², “la Ley traspasa al juez la siempre difícil solución de decidir cuál de los progenitores ha de asumir el cuidado y custodia” de los hijos.

En caso de nulidad, separación o divorcio, el art. 90.1 a) CC establece: “1. El convenio regulador [...] deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.”.

Art. 103.1ª CC: “Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. [...]”

Si convive con uno solo de los progenitores, a este le incumbirá su guarda y custodia (arts. 156 y 159 CC), salvo en los casos de custodia compartida del art. 92.5 CC; convivencia que tendrá lugar en la vivienda familiar si existió (art. 96 CC) y salvo que los padres acuerden otra cosa. Pero también al progenitor no conviviente de forma habitual con el hijo tiene este derecho-deber.

Como indica Díez García³²³, “su observancia no exige necesariamente que el hijo tenga que convivir siempre con alguno de sus progenitores. La doctrina ha venido admitiendo que los padres, temporalmente y en interés del hijo, pueden, p. ej., internarle con una finalidad educativa, sanitaria, o de otro tipo, siempre que ello no implique una dejación de las funciones inherentes a la patria potestad”.

Este deber lleva consigo otro de vigilancia sobre los actos de los menores y la consiguiente responsabilidad³²⁴.

³²² TOL 295.889

³²³ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 154”, cit., pp. 1572-1573.

³²⁴ Y por ello el art. 1903 párr. 2 CC establece: “Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.”.

2.1.3.- Alimentarlos

Los padres deben alimentar a sus hijos. Conforme al art. 142 CC: *“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.”.

Como afirma Castán Pérez-Gómez³²⁵, este deber, al igual que el de velar, no está vinculado a que se ostente o ejerza la patria potestad (arts. 110 y 111 CC, *in fine*), sino que constituye una consecuencia de la filiación; normalmente se cumple a través de la convivencia diaria. Si los padres viven separados, su cumplimiento se realiza mediante el pago de una pensión.

Como indica Díez García³²⁶, partiendo del art. 39.3 CE, las SSTs, de 5 de octubre de 1993³²⁷, 8 de abril de 1995³²⁸, 16 de julio de 2002³²⁹ y 24 de octubre de 2008³³⁰; han seguido el criterio de considerar que el tratamiento jurídico de los alimentos del hijo menor de edad es preferente respecto al régimen regulador de los alimentos entre parientes.

En el ámbito de este art. 154 CC, la obligación de alimentos no depende de la inexistencia de patrimonio del hijo o de su situación de necesidad (STS, de 24 de octubre de 2008)³³¹.

2.1.4.- Educarlos y procurarles una formación integral

La RAE define educar como “1. Dirigir, encaminar, doctrinar.”, “2. Desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos, etc.”, “4. Perfeccionar o afinar los sentidos.” o “5. Enseñar los buenos usos de urbanidad y cortesía.”³³². Los progenitores deben guiar al

³²⁵ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., p. 695.

³²⁶ Díez GARCÍA, H., “Art. 154”, cit., pp. 1574-1575.

³²⁷ RJ 1993,7464

³²⁸ TOL 211.121

³²⁹ TOL 202.431

³³⁰ TOL 1.393.347

³³¹ TOL 1.393.347

³³² RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., 2014. Consultado en < <https://dle.rae.es/educar>>

hijo en su proceso de maduración, posibilitando el desarrollo y perfeccionamiento de sus capacidades intelectivas y morales, y las habilidades necesarias para poder desenvolverse idóneamente en la convivencia en sociedad³³³.

Castán Vázquez³³⁴ explica que los padres están obligados a educar a sus hijos, esto es, prepararlos para una vida sana, física y moralmente, proporcionándoles instrucción intelectual, orientación profesional, formación cívica y educación física. Castán Pérez-Gómez³³⁵ afirma que la educación ha de tener por objeto el pleno desarrollo de la personalidad de los hijos que tiene diversos aspectos: religioso, moral, ideológico, etc.; y condicionará la personalidad así como el futuro del niño. Esta función educadora supone elegir el centro educativo y la educación que en el mismo se imparta.

Nos indica Bercovitz Rodríguez-Cano³³⁶ que los progenitores deben respetar la personalidad del hijo, posibilitando el desarrollo de su personalidad, por lo que puede llegar un momento, cuando este adquiera la madurez suficiente (art. 162 párr. 2º CC), en el que no cabrá que los progenitores puedan imponer su opción educativa. Tendrán que buscar o procurar su beneficio, respetar su integridad física y moral y, por supuesto, los demás derechos fundamentales del hijo, así como los principios y valores constitucionales; o sea, habrán de educar a los hijos con acatamiento a la legalidad y al orden público constitucional.

Todo ello conforme con el art. 27.2 CE: *“La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.”* y el 27.3 CE *“[...] la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”*. Como interpreta Díez García³³⁷, “se reconoce la autonomía de los progenitores para decidir, en interés del hijo, y sin injerencias del poder público, cuál es el ideario ético o religioso con el que desean que este se forme, esta libertad incluye la posibilidad de elegir el centro docente que más se adecúe a ese ideario y el deber de las Administraciones Públicas de hacer factible esa libertad de decisión” (arts. 11 y 84 Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación³³⁸).

³³³ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 154”, cit., pp. 1576-1577.

³³⁴ CASTÁN VAZQUEZ, J. M^a., *La patria potestad*, cit., p. 126.

³³⁵ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., p. 696.

³³⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 154 a 161 CC”, cit., pp. 1053-1054.

³³⁷ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 154”, cit., pp. 1576-1577.

³³⁸ BOE-A-2006-7899

2.1.5.- Deber de corrección

El art. 154 párr. 2º y 5º CC dice: *“La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. [...]”*

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”.

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional³³⁹, modificó el art. 154 CC³⁴⁰, según su Exposición de motivos, con el objeto de dar respuesta a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño que consideraba que la facultad de corrección moderada que se reconocía a los padres y tutores pudiera contravenir el art. 19 CNUDN.

Creemos que para su mejor educación sí se puede corregir razonable y moderadamente a los hijos, con respeto a su integridad física y psicológica, y si no obedecen se podrá recabar el auxilio de la autoridad.

Señala Castán Vázquez³⁴¹ que estas medidas son de índole excepcional ya que tan solo podrán ser ejercitadas en los casos en que la conducta del hijo lo exija, en su beneficio y para su educación.

La corrección será razonable y moderada, en coherencia con su carácter estrictamente educativo. La moderación vendrá dada por los usos sociales. Si la corrección es abusiva, el progenitor puede tener sanciones civiles, como la privación de la patria potestad o incluso penales.

Como dice Díez García³⁴², con la modificación de 2007 se pretendía erradicar la “violencia leve” de las relaciones paterno-filiales y tutelares y que esta pudiera encontrar causa de justificación en el derecho de corrección³⁴³. Refuta dicha supresión como absurda, ilógica e innecesaria. La corrección moderada que los progenitores pudieran ejercitar se encontraba ya lo suficientemente delimitada como para no temer que se pudieran vulnerar los derechos fundamentales del hijo.

³³⁹ BOE-A-2007-22438

³⁴⁰ Porque en su antigua redacción en el párr. 5º decía: *“Los padres [...] Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.”.*

También modificó el art. 268 CC, respecto del tutor.

³⁴¹ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., “Comentario al art. 154”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 129.

³⁴² Díez GARCÍA, H., “Art. 154”, cit., pp. 1579-1580.

³⁴³ UREÑA MARTÍNEZ, M., *Malos tratos en el ámbito familiar (Replanteamiento de las instituciones jurídico-civiles protectoras de menores)*, Cuadernos Aranzadi Civil, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 23 y ss.

Y no se puede ignorar la realidad de la impotencia en la que a veces pueden verse los progenitores para corregir conductas o actitudes de sus hijos. En ese caso, podrán solicitar el auxilio de la autoridad pública. Los servicios públicos atenderán esa situación de riesgo (art. 17 LOPJM) adoptando las medidas preventivas adecuadas. Incluso cabe la posibilidad de que soliciten que una entidad pública asuma la guarda del menor *ex art. 172.2 CC*.

2.2.- Deberes de los hijos

Art. 155 CC: *“Los hijos deben:*

1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre.

2.º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.”.

2.2.1.- Obediencia

Es un deber consecuencia de la patria potestad.

Afirma Castán Pérez-Gómez³⁴⁴ que los padres para poder cumplir las funciones de la patria potestad necesitan de la colaboración del hijo, y esta se presta mediante la obediencia a las decisiones, consejos y recomendaciones de los padres.

Hoy en día observamos una relajación y suavización quizás excesiva de este deber, pero sin que pueda llegar a desaparecer, por estar íntimamente ligado a la patria potestad³⁴⁵. Por ello, como dice expresamente el art., solo subsiste mientras permanezcan sujetos a ella.

Por tanto, los hijos sujetos a la patria potestad deben obedecer las órdenes de sus progenitores, que evidentemente han de ser lícitas y estar incluidas dentro del ámbito de las facultades paternas; y si no lo hicieran, podrá solicitarse a estos efectos el auxilio de la autoridad.

2.2.2.- Respeto

³⁴⁴ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., pp. 701-702.

³⁴⁵ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., “Comentario al art. 155”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 133.

Se diferencia de la obediencia porque el deber de respeto es consecuencia de la filiación y no de la patria potestad, por ello no se extingue con esta, y dura toda la vida aunque se haya extinguido la patria potestad, lo que aclara el tenor literal del art. 155.1º CC y el uso que hace del adverbio siempre.

Si se incumple, puede dar lugar a la desheredación por maltrato psicológico y reiterado, conforme a la STS, de 3 de junio de 2014³⁴⁶.

2.2.3.- Contribución a las cargas familiares

Se basa en la unidad de la familia y en la idea de solidaridad familiar³⁴⁷, que conlleva que para poder contribuir lo primero es que el hijo tenga medios, algún tipo de ingresos o patrimonio. Su contribución será proporcional a los mismos y a las necesidades o cargas familiares y legalmente solo tiene esta obligación mientras conviva con la familia³⁴⁸.

Entiende Díez García³⁴⁹ que “todo el patrimonio del hijo, y no solo los frutos de sus bienes, queda afecto al cumplimiento de esta especial obligación, tal y como autoriza a entender el art. 166 CC, al admitir la disposición de determinados bienes de los hijos por razón de necesidad. Además de los bienes y de los frutos, el trabajo mismo del hijo al servicio de la familia puede incluirse en el modo en el que este puede contribuir al sostenimiento de la familia” (art. 1.3 e) ET³⁵⁰ y art. 1438 CC³⁵¹).

3.- Efectos patrimoniales

3.1.- La representación de los hijos

3.1.1.- Consideraciones generales

El art. 154 CC señala entre los deberes y facultades que comprende la patria potestad los de representación de los hijos y administración de sus bienes.

³⁴⁶ Id Cendoj: 28079110012014100297

³⁴⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 154 a 161 CC”, cit., p. 1058.

³⁴⁸ Lo que no significa que aunque tenga vida independiente no pueda contribuir voluntariamente a los gastos familiares.

³⁴⁹ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 155”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1585-1587.

³⁵⁰ Art. 1.3 e) ET: “Se excluyen del ámbito regulado por esta ley:

e) Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.”.

³⁵¹ Art. 1438 CC: “[...] El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas [...]”.

Según Díez García³⁵², representar a los hijos es hacer “una actuación sustitutoria por su cuenta y en su interés”. Es una de las formas de cumplir la asistencia de todo orden³⁵³ que ordena el art. 39.3 CE.

Específicamente dice el art. 162 CC: “*Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.*

Se exceptúan:

1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.”³⁵⁴.

Díez-Picazo³⁵⁵ señala que el poder de representación es la regla general y comprende todas las facultades sobre los bienes, derechos y deberes de los hijos, salvo los que estén expresamente exceptuados.

Tras la LOPJM una nueva concepción del menor edad es seguida por todas las reformas legales³⁵⁶. Conforme a ella, el menor, por su falta de capacidad natural, está sujeto a una limitación de capacidad para su protección, pero a medida que progresivamente va adquiriendo capacidad, la ley se la reconoce a través de una serie de medios: audiencia, ejercicio de los derechos por sí solo o con asistencia de los padres, etc. y le garantiza que participe en las decisiones que le afecten y que pueda ejercitar por sí mismo sus derechos, si su grado de discernimiento se lo permite. Es el principio de adquisición gradual de capacidad. Y en todo caso según su art. 2.1 párr. 2º LOPJM “*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma*

³⁵² DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 162”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1659.

³⁵³ MONTÉS PENADÉS, V.L. y GAVIDIA SÁNCHEZ, J., “Comentario a los arts. 162 y 163 CC” en VV.AA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, ed. Tecnos, Madrid, 1984, cit., p. 1079 y 1082.

³⁵⁴ Que se refiere a las medidas protectoras que puede adoptar el juez.

³⁵⁵ DÍEZ-PICAZO, L., “La reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, en *Familia y Derecho*, ed. Civitas, Madrid, 1984, p. 195.

³⁵⁶ En línea con los instrumentos internacionales ratificados por España, en particular la CNUDN.

restrictiva [...]”, por lo que los padres solo les representarán en los actos que la ley no les permita efectuar personalmente.

Cada día se reconocen más actuaciones al menor de edad, así, la RDGRN, de 14 de mayo de 2010³⁵⁷, señala: *“Puede afirmarse que, tanto la legislación de protección de menores como la jurisprudencia, parten en la actualidad del principio de que los menores, según sus condiciones de madurez y con las limitaciones establecidas por el legislador, tienen capacidad para el ejercicio de derechos por sí mismos, tanto en su esfera personal como patrimonial, sin necesidad de intervención de sus representantes legales”*; y la RDGRN, de 3 de marzo de 1989³⁵⁸, indica: *“No es por tanto, la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa, por lo que, si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad”*.

Sostiene Díez-Picazo³⁵⁹ que en estos casos no habrá genuina representación legal, en la que el representante sustituye completamente en la actuación al representado, sino una función de complemento en que el autor del negocio jurídico es la propia persona titular de los intereses y el que la complementa se limita a emitir una declaración adicional que salva la limitación de la capacidad. De manera que, como señala Castán Vázquez³⁶⁰, para determinar el alcance de la representación en relación con los diversos actos hay que tener en cuenta las disposiciones civiles que regulan la capacidad de los menores.

³⁵⁷ TOL 1.943.766

³⁵⁸ RJ 1989, 2380

³⁵⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, ed. de 1979, reimpresión 1992, p. 286. La cuestión no es meramente teórica, en la representación legal el representante, como único autor del negocio, es la única voluntad a tener en cuenta a efectos de vicios u otras circunstancias. En los casos de asistencia o complemento de capacidad, habrá que tener en cuenta también la del menor cuya capacidad se complementa.

³⁶⁰ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., “Comentario al art. 162”, cit., p. 180. Como dice la RDGRN, de 3 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2380), *“no es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa”*. Y, GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 2^a ed., ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 32.

Cabe destacar que en el ámbito notarial, en cuanto a la comparecencia de los menores en las escrituras públicas, el art. 168.2ª RN establece: *“Los menores de edad podrán comparecer por sí mismos, esto es, por su propio derecho, cuando de acuerdo con los preceptos del Derecho Civil puedan realizar por sí solos el acto de que se trate o hayan de consentir el que verifique su representante legal, también podrán comparecer al efecto de ser oídos.”*.

Sintetizando, podemos encontrar:

- Actos que realizan los padres como representantes legales de sus hijos.
- Actos que pueden realizar los hijos con el complemento o asistencia (que no representación) de sus padres.
- Actos que podrán realizar los hijos por sí solos: porque la ley fija para ellos una edad inferior a los dieciocho años, o porque se lo permiten sus condiciones de madurez si la norma correspondiente condiciona su ejercicio a dicha tenencia y en los no previstos por la ley, pero que esté socialmente aceptado que los hagan.

3.1.2.- Excepciones a la representación legal

3.1.2.1.- Derechos de la personalidad

Están exceptuados de la representación paterna de conformidad con el art. 162 párr. 2º 1º CC: *“1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.”*³⁶¹.

Uno de los principios inspiradores de la normativa es el respeto de la personalidad del hijo y como afirma De Castro y Bravo³⁶², los derechos de la personalidad son inherentes a la misma y como emanación de esta, han de ser de ejercicio personal, pero solo será posible cuando el hijo tenga unas condiciones de madurez que se lo permita. Si no las tiene y si la naturaleza del derecho no lo hace imposible, su ejercicio corresponderá a los padres. Díez-Picazo³⁶³ incluye estas actuaciones en el ámbito de la obligación de los padres de velar por los hijos.

³⁶¹ VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, ed. Colex, Madrid, 1989, pp. 140-141.

³⁶² DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 179. Hay determinados derechos de la personalidad cuya naturaleza admite su ejercicio a través de representantes legales, pero otros tienen un carácter personalísimo absoluto y no pueden ejercitarse por ningún representante. En tales casos la falta de madurez impide su ejercicio.

³⁶³ Díez-PICAZO, L., “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”, cit., p. 16.

Díez García³⁶⁴ afirma que “estos derechos, en cuanto reconocen a su titular el goce y protección de determinados atributos, derivaciones o manifestaciones de la personalidad, encuentran su justificación última en el art. 10 CE.

Tradicionalmente, esta clase de derechos se agrupan en dos categorías, según se refieran a la esfera corporal o física: derecho a la vida y a la integridad física y a las partes separadas o separables del cuerpo; o a la esfera espiritual: derecho a la identidad, al honor, intimidad y propia imagen, el derecho a la protección de datos de carácter personal, la mayor parte de las libertades, ideológica, religiosa o de conciencia, y quizá el derecho moral de autor”.

Hay que tener aptitud para tomar una decisión consciente y libre³⁶⁵, y condiciones de madurez para el ejercicio de los derechos de la personalidad, lo que podría equipararse al suficiente juicio que aparece en otros arts. del CC (arts. 92 y 156 CC).

Según Díez-Picazo³⁶⁶, las condiciones de madurez no pueden juzgarse con criterios generales y objetivos, sino que hay que ponerlas en conexión con las capacidades volitivas e intelectuales de cada concreto sujeto de derecho, lo que supone cierta inseguridad jurídica.

Si hay condiciones de madurez y autorización legislativa al menor se le reconoce plena capacidad de obrar y su consentimiento tiene plena validez jurídica, como si fuera un sujeto con total capacidad de obrar³⁶⁷.

3.1.2.2.- Actos permitidos por las leyes

Son los actos que el menor puede realizar por sí mismo conforme a las leyes.

Explica Castán Pérez-Gómez³⁶⁸ que se refiere a actos legalmente autorizados a partir de una determinada edad anterior a la establecida como mayoría de edad, de modo que al llegar a aquella edad concreta, el menor podrá realizarlos por presumirle la ley capacidad para ellos.

³⁶⁴ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 162”, cit., p. 1662.

³⁶⁵ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del Menor”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1996, p. 1248; entiende que se refieren a aquellos actos que en el ámbito social se reputan válidos por estar dentro de su capacidad natural de entender y querer, que varía según la edad y el contenido y naturaleza del acto concreto que realiza el menor.

³⁶⁶ DÍEZ-PICAZO, L., “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”, cit., p.16.

³⁶⁷ HERNÁNDEZ GIL, F., “El Ministerio Fiscal en las instituciones protectoras del menor”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 38, 1999, p. 138.

³⁶⁸ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., pp. 705-714.

Si tiene la edad pero carece de entendimiento no puede realizar el acto. Señala Jordano Fraga³⁶⁹ que tales actos serán impugnables en la medida en que se pruebe que el menor no reunía en concreto las aptitudes mentales para expresar un verdadero y válido consentimiento (arts. 1261 y 1300 CC). Pero al tener la edad la capacidad legalmente se presume; será quien pretenda la invalidez quien haya de correr con la carga de la prueba de a ineptitud del menor para expresar un válido consentimiento.

Como vimos, al hablar de la capacidad de los menores el CC contiene bastantes actos que puede otorgar el menor porque se le reconoce capacidad cuando alcanza determinada edad.

Observa Díez García³⁷⁰ que respecto de los actos que el menor puede realizar por sí mismo, la ley le ha concedido un mayor ámbito de actuación autónoma en su esfera personal que en la patrimonial. Seguramente, porque en esta última, el legislador reputa que es más necesario proteger, además de su interés, la seguridad del tráfico³⁷¹. Pero fundamentalmente porque el legislador ha mostrado su reticencia a admitir que actos personalísimos puedan ser ejercitados mediante la representación (contraer matrimonio, reconocer hijos, otorgar testamento). “En la mayoría de los casos, se supedita esa actuación autónoma del menor a ciertas cautelas (la asistencia de los padres, la autorización judicial), para asegurarse que esa decisión se adecúa en el caso concreto a su interés”. Pero, “de no ser así, el art. 158 CC habilitaría a cualquier pariente, a los padres, al MF o al juez para adoptar cualquier medida para apartarle de cualquier peligro o perjuicio. Pero también, en caso de conflicto, estaría legitimado el propio menor para instar la intervención judicial. De este modo, se alcanza así un cierto equilibrio entre la necesidad de reconocer autonomía del menor y la necesidad de establecer mecanismos de protección en su interés”³⁷².

3.1.2.3.- Actos socialmente admitidos

Es paradigmática, como indica Díez García³⁷³, la STS, de 10 de junio de 1991³⁷⁴, que parte de la realidad incuestionable, conforme a los usos sociales imperantes, de los

³⁶⁹ JORDANO FRAGA, F., “La capacidad general del menor”, *Revista de Derecho Privado*, t. LXVIII, 1984, pp. 892 y ss.

³⁷⁰ Díez GARCÍA, H., “Art. 162”, cit., p. 1676.

³⁷¹ GARCÍA GARNICA, M^a.C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado (especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen)*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 63.

³⁷² GARCÍA GARNICA, M^a.C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad...*, cit., p. 64.

³⁷³ Díez GARCÍA, H., “Art. 162”, cit., p. 1677.

múltiples contratos que los menores otorgan sin la presencia inmediata de sus representantes legales “y afirma que, en tales casos, existe una declaración tácita de estos representantes que impide que esos contratos se puedan reputar como inexistentes” y que “la finalidad protectora que pudiera tener la sanción de anulabilidad resulta innecesaria en estos casos”.

Si estos contratos son válidos, es que el menor tiene la capacidad necesaria para concertarlos y que a estos efectos le es reconocida.

Si bien el art. 1263 CC impide contratar a los menores no emancipados, el art. 162 párr. 2º, 1º CC admite, conforme al criterio interpretativo sociológico, al que se remite el TS en la citada sentencia, que los menores de edad tienen capacidad para realizar válidamente por sí mismos aquellos actos para los que tenga madurez suficiente en función su escasa entidad patrimonial, su sencillez o su cotidianeidad³⁷⁵.

3.1.2.4.- Conflicto de intereses

a).- Consideraciones generales

Es una excepción a la representación de los padres, que establece el art. 162 párr. 2º, 2º CC.

Art. 163 CC: *“Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.*

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.”.

Luego la representación ordinaria de los hijos corresponde a los padres; y la excepcional, al defensor judicial, que actúa como una institución complementaria de la patria potestad en caso de conflicto de intereses padres-hijos y no implica privación ni supresión de la patria potestad que siguen ejerciendo los padres salvo en el asunto para el que se nombra el defensor.

³⁷⁴ TOL 1.728.974

³⁷⁵ GARCÍA GARNICA, Mª.C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad...*, cit., p. 35.

Indica Montés Penadés³⁷⁶, que al hablar el art. 163 CC de intereses opuestos, quedan excluidos los intereses concurrentes, que podrán ser coincidentes, paralelos o comunes e incluso distintos, siempre que sean compatibles.

Los intereses de los padres e hijos pueden ser:

- Coincidentes, sus intereses son comunes.
- Compatibles, sus intereses no son comunes, pero tampoco opuestos, y pueden satisfacerse ambos, sin colisionar.
- Enfrentados, sus intereses son opuestos, los de uno colisionan con los de los otros.

Habitualmente la actuación de los padres tiende a procurar el mayor bienestar personal y material a sus hijos. Pero si el interés de estos choca con el suyo propio, existe el riesgo de que su actuación sea parcial, y se produzca un conflicto de intereses, con el riesgo de que los padres no tutelen los intereses de sus hijos con la debida intensidad, al menos con la misma que los suyos propios y no cumplan con el interés gestionado, que es el beneficio del menor. El ordenamiento se abstrae del hipotético comportamiento de los padres, o de que antepongan o no sus intereses al de sus hijos e impone el nombramiento de un defensor. Es una actuación preventiva frente al hecho objetivo del conflicto, con independencia del comportamiento de los padres.

b).- Concepto

Dice la STSJ de Navarra, de 24 de octubre de 1994³⁷⁷: *“existe colisión de intereses cuando el del padre o madre se encuentre en antítesis con el de sus hijos, de modo que el primero, para proveer su propia defensa, se ve constreñido a agravar la condición o posición de los segundos, correspondiendo a las ventajas del primero el daño de los otros”*.

Conforme a la RDGRN, de 15 de junio de 2004³⁷⁸, ese conflicto se suscita porque, *“al concurrir dos o más esferas jurídicas susceptibles de vinculación por una sola persona, cabe que el vínculo negocial que se constituya por ella, se establezca en su provecho o en el de un tercero con detrimento de los legítimos intereses de alguno o de todos los representados”*.

³⁷⁶ MONTÉS PENADÉS, V.L. y GAVIDIA SÁNCHEZ, J., “Comentario a los arts. 162 y 163 CC”, cit., p. 1094.

³⁷⁷ RJ 1994, 9026. En similar sentido, vid. RDGRN, de 2 de agosto de 2012 (TOL 2.656.075) y STS, de 5 de junio de 2012 (TOL 2.557.983).

³⁷⁸ TOL 492.218

La STS, de 6 de noviembre de 1934³⁷⁹, recoge la definición clásica de González Martínez³⁸⁰ referida al ámbito patrimonial: *“existirán intereses opuestos en un asunto, negocio o pleito cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre corresponderían o aprovecharían al hijo”*. Ante esta situación el padre o madre, *“para proveer a la defensa de sus intereses se ve compelido a limitar la participación útil del hijo”*, pudiendo *“perder la ecuanimidad necesaria para tutelar, a nivel de los suyos propios, los intereses de los hijos”* (STS, de 9 de mayo de 1968³⁸¹).

Para Díez García³⁸² *“hay oposición de intereses cuando estos se traducen en derechos diferentes”*³⁸³. En el ámbito estrictamente patrimonial, el conflicto de intereses resulta apreciable *“cuando el beneficio de una parte sea perjuicio de la otra”*³⁸⁴. Dicho de otra manera, habrá que entender que existe ese conflicto cuando *“la satisfacción por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos”*³⁸⁵.

c).- Características

Las características del conflicto de intereses son:

(i).- Realidad

Que exista un conflicto real y efectivo, de modo que los intereses de padres e hijos se contradigan entre sí.

Como señala Díez García³⁸⁶, *“de hechos meramente hipotéticos, de suposiciones o de hechos futuribles no cabrá deducir contraposición de intereses”*³⁸⁷, por ello, su apreciación solo podrá ser valorable atendiendo a las circunstancias de cada caso³⁸⁸.

³⁷⁹ TOL 4.459.729

³⁸⁰ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., “El defensor judicial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 64, abril 1930, pp. 253 y ss.

³⁸¹ TOL 4.276.597

³⁸² DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 163”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1683.

³⁸³ STSJ de Navarra, de 24 de octubre de 1994 (RJ 1994, 9026).

³⁸⁴ SSTs, de 30 de noviembre de 1961 (RJ 1961, 4445) y 7 de julio de 1978 (RJ 1978, 2755); RDGRN, de 2 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10481). En la doctrina, HERNÁNDEZ GIL, F., “Sobre la figura del defensor judicial de menores”, *Revista de derecho privado*, t. XLV, marzo 1961, p. 210; CASTÁN VÁZQUEZ, J.Mª., “Comentario a los arts. 154 a 171 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 560.

³⁸⁵ STS, de 5 de junio de 2012 (TOL 2.557.983). RRDGRN, de 14 de mayo de 2010 (TOL 1.943.766) y 2 de agosto de 2012 (TOL 2.656.075).

³⁸⁶ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 163”, cit., p. 1683.

Se supone que los padres actúan en beneficio de sus hijos de una manera natural, por lo que el interés opuesto debe interpretarse estrictamente. De lo contrario, como apunta la STS, de 9 de enero de 1912³⁸⁹, haríamos de igual condición los intereses comunes y los opuestos.

Como señala Castán Vázquez³⁹⁰, incluso en situaciones objetivas de conflicto, hay actos que no suponen por sí solos una mutación jurídica que conlleve desplazamiento patrimonial o alteración de un *status* previo (p. ej., en la partición con adjudicaciones en *pro indiviso*).

(ii).- Concreción

El conflicto de intereses tiene un carácter objetivo, no puede ser genérico, debe ser concreto y referirse a algún asunto determinado. Su actuación como indican las SSTs, de 12 de junio de 1985³⁹¹ y 10 de marzo de 1994³⁹², está presidida por la idea de transitoriedad y de concreta designación para el caso concreto en que se produce el conflicto, lo que excluye todo aspecto de institución permanente de representación del menor.

(iii).- Actualidad

Debe existir ya, sin que baste una previsión de futuro. Las RRDGRN de 27 de enero de 1987³⁹³ y 10 de enero de 1994³⁹⁴, señalan que “*el carácter excepcional de la representación legal conectada al defensor judicial no autoriza a ampliar el concepto de intereses opuestos hasta casos de perjuicios futuros e hipotéticos*”.

El conflicto se manifiesta normalmente cuando se quiere realizar alguna actuación, como un otorgamiento documental, aunque también puede darse por la falta de actuación de los padres. Entonces habrá que valorar la capacidad de los padres para el acto concreto y la existencia o no de conflicto. Si este se formaliza en escritura

³⁸⁷ RRDGRN, de 15 de septiembre de 2003 (TOL 317.380), 23 de mayo de 2012 (TOL 2.570.714). LÓPEZ PÉREZ, J., “El deber de representación en la patria potestad: flexibilidad”, *Revista de derecho privado*, vol. 63, nº 11, diciembre 1979, p. 1155; y PÉREZ DE CASTRO, N., “Defensor judicial en participación hereditaria con menores...”, cit., p. 832.

³⁸⁸ RDGRN, de 14 de mayo de 2010 (TOL 1.943.766).

³⁸⁹ TOL 5.051.807

³⁹⁰ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a., “Comentario al Título VII del libro II”, cit., pp. 55 y ss.

³⁹¹ TOL 1.736.534

³⁹² TOL 1.665.863

³⁹³ RJ 1987, 368.

³⁹⁴ TOL 675.848

pública, el notario hará la valoración e indicará la necesidad o no del nombramiento de un defensor judicial.

En última instancia, los tribunales serán los que indiquen si lo hay o no atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, por lo que no es infrecuente que en supuestos aparentemente idénticos se dicten resoluciones diferentes.

d).- Defensor judicial

Como vimos, el art. 163 CC exige el nombramiento de un defensor judicial ante un conflicto de intereses. Examinaremos la institución con detalle en el Tema VI. Ahora solo señalar que se regula específicamente en los arts. 299 a 302 CC.

El art. 299 CC: *“Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:*

1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.

2. En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

3. En todos los demás casos previstos en este Código.”.

Luego ante una situación objetiva de conflicto, el juez nombrará un defensor judicial que de un modo temporal defienda los intereses de los menores en los casos en los que las personas a las que legalmente les corresponde no lo hagan porque no pueden o no deben conforme a la ley.

El art. 299 CC recoge situaciones de crisis en el funcionamiento de las instituciones de guarda de los menores, pródigos o incapacitados, sustitución que se caracteriza porque es transitoria o temporal, subsidiaria, sustitutiva y coexiste con la patria potestad, la tutela o la curatela³⁹⁵.

³⁹⁵ LETE DEL RÍO, J.M., “Comentario al art. 299”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, p. 469; GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., “Com. art. 299”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 853.

La STS, de 12 de junio de 1985³⁹⁶, dice que “*se trata de una figura presidida por la idea de transitoriedad y de concreta designación para un específico caso en que surge el conflicto de intereses justificativo de la suspensión del poder paterno en el asunto determinado de que se trata (arts. 163 y 299.1º CC), lo que excluye todo aspecto de institución permanente, para la representación del menor*”.

El carácter provisional, ocasional del defensor judicial, se recoge en numerosas sentencias: “*El defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados, cuando la persona que legalmente debe hacerlo, padres, tutores o curadores, no lo hacen. Se trata de un cargo judicial porque es necesaria una resolución judicial que acuerde su nombramiento. Cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así*” (SSTS, de 10 de marzo de 1994³⁹⁷, 7 de noviembre de 2002³⁹⁸, 17 de enero de 2003³⁹⁹ y 4 de marzo de 2003⁴⁰⁰).

El art. 300 CC establece: “*En expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, se nombrará defensor a quien se estime más idóneo para el cargo.*”, recogiendo una amplia legitimación que se corresponde con lo previsto en los arts. 158 y 167 CC⁴⁰¹.

En cuanto a sus atribuciones, el art. 302 CC señala que: “*El defensor judicial tendrá las atribuciones que se le hayan concedido, debiendo rendir cuentas de su gestión una vez concluida.*”⁴⁰². La STS, de 10 de marzo de 1994⁴⁰³, indica que “*el defensor judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que le haya conferido el Juez al designarlo, no es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa, debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido*”. Pero especifica Castán Pérez-Gómez⁴⁰⁴ que en la medida en que tenga para

³⁹⁶ TOL 1.736.534

³⁹⁷ RJ 1994, 1731.

³⁹⁸ TOL 225.448

³⁹⁹ TOL 239.719

⁴⁰⁰ TOL 265.140

⁴⁰¹ SSTS, de 7 de noviembre de 2002 (TOL 225.448), 17 de enero de 2003 (TOL 239.719) y 4 de marzo de 2003 (TOL 265.140).

⁴⁰² Las atribuciones dadas al defensor pueden estar especificadas o que se hayan atribuido con carácter general a los fines únicos de la resolución del asunto objeto de conflicto.

⁴⁰³ TOL 1.665.863

⁴⁰⁴ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., pp. 732-751.

el asunto concreto la representación del menor, podrá realizar las actuaciones que la naturaleza del asunto pueda exigir.

e).- Aprobación judicial

El art. 1060 CC establece: *“Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial⁴⁰⁵ no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.”*

Con lo que en principio, la partición en que intervenga defensor ha de ser aprobada judicialmente, salvo que al nombrarlo se le exima de ello.

Sin embargo, sostiene Díez García⁴⁰⁶ que cabría entender que, “siendo el defensor judicial, un representante legal para un acto concreto, en sustitución temporal de los titulares de la patria potestad, no debía entenderse la aprobación judicial como requisito de eficacia de la partición cuando a estos dicha aprobación no les era requerida⁴⁰⁷. De otra parte, la aprobación judicial previa no le es exigida al tutor (art. 272 CC), aunque la partición se someta a un control *ex post*, como presupone también el art. 1060 CC. Y, como es sabido, el defensor debe actuar dentro de las facultades representativas que le haya conferido el juez para un asunto concreto. Luego, si el asunto conflictivo es la misma partición, se torna en innecesario que aquel recabe previamente la autorización judicial, sin perjuicio de esa vigilancia *a posteriori*, tal y como presupone tanto el art. 1060 CC como el art. 302 CC”.

⁴⁰⁵ Será el Letrado de la Administración de Justicia, en virtud de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE-A-2015-8167), que dispone “*El Cuerpo de Secretarios Judiciales pasa a denominarse Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia*”.

⁴⁰⁶ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 163”, cit., pp. 1688-1689.

⁴⁰⁷ La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Consulta 2/1985, de 25 de abril, sobre si es necesaria la aprobación judicial de las particiones cuando alguno de los herederos declarado incapaz esté representado por un defensor judicial.

Consultada en:

<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/consulta02_1985.pdf?idFile=c139d281-7a85-42e6-a026-1c528d32c0d7>

RDGRN, de 23 de julio de 1990 (RJ 1990, 6666). Considera que no es necesaria la aprobación judicial cuando en la partición ha intervenido un defensor judicial *ex art.* 1060 CC, la STS, de 15 de junio de 1982 (TOL 1.739.305).

Conforme a esto, el defensor judicial tendría para el asunto las mismas facultades que las que tiene el órgano de representación sustituido.

Siguiendo a Moreno Martínez⁴⁰⁸, ello llevaría a la necesidad de diferenciar entre actos particionales *stricto sensu* y posibles actos de disposición en la partición⁴⁰⁹.

Asimismo, se ha sostenido que el defensor judicial también estaría facultado para poder intervenir en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Afirma Parra Lucán⁴¹⁰ que se admite que “la posterior aprobación judicial subsana la falta de nombramiento de defensor judicial cuando era necesario”. Lo que recoge la RDGRN, de 25 de abril de 2001⁴¹¹.

f).- Resoluciones de la DGRN sobre el conflicto de intereses

La DGRN se ha pronunciado sobre múltiples casos en esta materia creando una doctrina de gran importancia práctica⁴¹².

(i).- Aceptación de la herencia

Tener intereses en la misma herencia no limita las facultades representativas de los padres en orden a su aceptación. La RDGRN, de 27 de enero de 1987⁴¹³, afirma que esta aceptación no implica oposición de intereses, sino una actuación paralela entre el progenitor, cuando también acepta pura y simplemente, y sus hijos representados. La responsabilidad *ultra vires* sería común a todos, por lo que no existe una desigualdad de régimen.

⁴⁰⁸ MORENO MARTÍNEZ, J.A., “El defensor judicial en la partición hereditaria”, en VV.AA, *Homenaje al Profesor Juan Ramón Roca*, ed. Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pp. 574-584.

⁴⁰⁹ Dentro de los primeros cabría englobar a los siguientes:

- a) Formación del inventario.
- b) Valoración de los bienes.
- c) Liquidación de la herencia.
- d) Determinación de los haberes hereditarios de cada partícipe.
- e) División de los bienes hereditarios, haciendo lotes de igual naturaleza y calidad.
- f) Adjudicación de los bienes.

⁴¹⁰ PARRA LUCÁN, M^a. A., “Art. 299”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2506.

⁴¹¹ BOE-A-2001-10753. Se otorga escritura de liquidación de sociedad conyugal, aceptación y adjudicaciones de herencias causadas por los dos cónyuges en las que se encuentra interesada, como heredera y prelegataria de parte alicuota, una incapacitada judicialmente. El coheredero que actúa como tutor de la incapaz lo hace sin previa autorización judicial para aceptar la herencia y sin haber solicitado el nombramiento de defensor aun cuando existe un conflicto de intereses con la incapaz. La DGRN sostiene que se trata de un defecto que cabe tener por subsanado por la posterior aprobación judicial.

⁴¹² Hay muchos más pronunciamientos en supuestos *mortis causa* que *inter vivos*. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., pp. 732-757.

⁴¹³ RJ 1987, 368

Lo mismo ocurre con el derecho a pedir la partición, la oposición de intereses no está en pedirla, sino en llevarla a cabo.

(ii).- Liquidación de sociedad conyugal

Si hay que liquidar la sociedad conyugal, sí habrá intereses contrapuestos y conflicto de intereses entre el cónyuge viudo y los hijos comunes. Así, la RDGRN, de 14 de marzo de 1991⁴¹⁴ indica: *“En las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales -que son de carácter necesariamente previo para la determinación del caudal relicto- tienen evidentemente intereses contrapuestos la viuda y los herederos del cónyuge difunto. [...] La existencia de conflicto de intereses priva, en estas operaciones, a la viuda de la representación legal y exige que ésta sea conferida a un defensor nombrado por el Juez”*.

Puede no haber conflicto en algunos casos:

a) Por inexistencia de bienes comunes, p. ej., si el matrimonio se rige por el régimen de separación de bienes (RDGRN, de 27 de enero de 1987⁴¹⁵).

b) Si el cónyuge viudo renuncia a su mitad de gananciales no hay ningún conflicto. Si también renuncia a la herencia, no habría conflicto de interés tampoco en la partición (STS, de 13 de julio de 1981⁴¹⁶). Pero si renuncia a la herencia y no a los gananciales, sí hay conflicto conforme a la RDGRN, de 20 de octubre de 1958⁴¹⁷.

c) Por estar los bienes gananciales previamente determinados. Así, p. ej., en la RDGRN, de 10 de enero de 1994⁴¹⁸, la sociedad de gananciales estaba disuelta por sentencia firme de separación, habiendo convenio regulador.

(iii).- Partición de la herencia

Hay que distinguir entre la partición hecha por los herederos y la que hace el contador partidor.

(iii) 1.- Partición realizada por los herederos

⁴¹⁴ RJ 1991, 2540

⁴¹⁵ RJ 1987, 368

⁴¹⁶ TOL 1.739.512

⁴¹⁷ LA LEY 11/1958

⁴¹⁸ BOE-A-1994-4080

El art. 1058 CC admite que si la partición la hacen todos los coherederos, estos pueden distribuir la herencia como estimen oportuno.

Habrà conflicto y hará falta defensor judicial cuando a la herencia son llamados el representante legal y su representado. Pero los herederos deben respetar las normas de los arts. 1059 a 1062 CC⁴¹⁹. En las particiones deben hacerse lotes homogéneos y solo en los casos de indivisibilidad o grave desmerecimiento puede excepcionarse dicha regla, si bien el acto seguirá siendo particional. Si no lo hacen se producirá un acto de disposición o de enajenación requiriéndose autorización judicial, si la heterogeneidad de los lotes es por voluntad de los otorgantes y no por motivos objetivos, el acto será dispositivo, con su consiguiente régimen jurídico, en particular en sede de capacidad y de representación (RDGRN, de 27 de noviembre de 1986⁴²⁰, y numerosas SSTs).

En este sentido Vallet de Goytisolo⁴²¹ distingue entre la capacidad requerida para hacer la partición y la necesaria para ir más allá de lo particional, es decir, tomar acuerdos que se aparten de la voluntad del testador o de las normas legales imperativas, o realizar actos dispositivos no particionales (p. ej., transacciones, STS de 23 de junio de 1950⁴²²). Tales actos precisarán de los complementos requeridos para la disposición de que se trate.

Luego las cuestiones de capacidad y representación en la partición de la herencia dependerá del modo en que esta se efectúe, puede:

1.- Adjudicación de todos los bienes de la herencia por cuotas indivisas en la misma proporción que resulte del testamento o de la ley.

La RDGRN, de 27 de enero de 1987⁴²³, ya citada, dijo que esta adjudicación, desde el punto de vista jurídico supone solamente que la comunidad que recae sobre el patrimonio hereditario entero (activo y pasivo) y que comúnmente se considera comunidad germánica, se transforma en una comunidad romana o por cuotas indivisas⁴²⁴ sobre cada uno de los bienes de herencia. No hay posibilidad de desigualdad

⁴¹⁹ BOE-A-1994-4080

⁴²⁰ TOL 675.847

⁴²¹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de sucesiones. I Fundamentos*, ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 237.

⁴²² TOL 4.451.318

⁴²³ RJ 1987, 368

⁴²⁴ En el supuesto contemplado por la RDGRN, de 6 de noviembre de 1998 (TOL 132.452), el cónyuge viudo otorgó una escritura pública de manifestación y aceptación de herencia actuando por sí y en representación de su hijo menor, único heredero del causante. En este documento se procedió a adjudicar el usufructo de las tres cuartas partes indivisas de los bienes integrantes del caudal relicto al cónyuge viudo y al hijo menor se le asignó una cuarta parte indivisa en concepto de derechos legitimarios y las tres cuartas partes restantes en nuda propiedad. A juicio de la DGRN, la contraposición de intereses no se da

en las adjudicaciones practicadas y, por tanto, es innecesario el nombramiento de defensor, lo que es doctrina consolidada. A juicio de la DGRN⁴²⁵, esta transformación no perjudica a los hijos representados ya que si hay deudas en la herencia, estas no sufren variación (art. 1084 CC).

Como señala Díez García⁴²⁶, “el riesgo para el menor de una eventual actuación parcial de su representante solo existiría en el momento en que se procediese a la disolución de la comunidad”.

2.- Partición con sujeción al art. 1061 CC, adjudicando bienes concretos de la herencia a los coherederos. Si se pueden hacer lotes homogéneos y no está interesado en la herencia el padre o madre, las facultades representativas de este serán plenas. Si lo está, habrá conflicto de intereses, por la distinta valoración que puede darse a cada uno de los bienes, por lo que será necesario el nombramiento de defensor, no hará falta autorización judicial previa pero sí la aprobación, conforme al art. 1060 CC.

3.- Partición que conlleve actos de verdadera disposición porque lo exige la naturaleza de los bienes o porque así lo deciden los herederos. Se adjudican bienes a uno de los coherederos con abono compensatorio a los otros.

En este caso, la DGRN desplaza la cuestión del art. 1060 al 166 CC, y hará falta la autorización judicial (RGDRN, de 26 de enero de 1998⁴²⁷).

(iii) 2.- Partición efectuada por contador-partidor

Si la partición la realiza el contador con la presencia de todos los coherederos y existen intereses opuestos, hará falta defensor judicial. Pero normalmente la actuación unilateral del contador particular excluye el conflicto.

No obstante, el art. 1057 párr. 3º⁴²⁸ contiene una previsión especial si hay menores o incapaces, que es la necesidad de citar al inventario a sus representantes legales. Si

en los casos en que “rige entre los esposos el régimen de separación de bienes y se procede a la adjudicación de, en realidad, un único bien, mediante creación de una cotitularidad en proporción a las cuotas hereditarias de cada adjudicatario. Será la extinción de esta cotitularidad la que pudiera hacer preciso, si se produjera bajo la minoría de la heredera, el nombramiento de defensor”.

⁴²⁵ RDGRN, de 6 de noviembre de 1998 (TOL 132.452). PÉREZ DE CASTRO, N., “Defensor judicial en participación hereditaria con menores...”, cit., p. 833.

⁴²⁶ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 163”, cit., pp. 1685-1688. Sin embargo, si ese acto de división de la cosa común hubiera sido precedido de la renuncia del progenitor a su parte de gananciales y a su cuota usufructuaria, no existiría conflicto de intereses alguno. Ver la STS, de 13 de julio de 1981 (TOL 1.739.512).

⁴²⁷ TOL 132.468

⁴²⁸ Art. 1057 pár. 3º CC: “Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en

hay contraposición de intereses, la citación debe hacerse al defensor judicial, al que se le reconocen facultades para recibirla (STS, de 26 de noviembre de 1955⁴²⁹).

Como la facultad de partir no corresponde a los coherederos, sino al contador testamentario, en principio no hay conflicto de intereses. Pero sí hay que liquidar la sociedad de gananciales para determinar los bienes del caudal relicto, podría haber en la práctica un interés opuesto entre el cónyuge supérstite titular de la patria potestad y su hijo menor, salvo que el primero careciera de interés propio en la partición⁴³⁰.

(iv).- El usufructo del cónyuge viudo

Aquí el conflicto de intereses puede plantearse en dos temas.

1.- La cautela socini

Es la disposición mediante la cual el testador deja el usufructo universal de su herencia al cónyuge viudo estableciendo que el hijo que lo impugne recibirá solo lo que por legítima estricta le corresponda (libre de usufructo). La opción de la cautela socini enfrenta dos intereses opuestos, pues de la decisión del heredero legitimario depende lo que vaya a recibir el cónyuge supérstite: el usufructo universal o el viudal más tercio libre en pleno dominio. El legitimario está representado por el padre o madre viudo, que además tiene que decidir por él, lo que supone una situación de conflicto patente⁴³¹.

2.- La conmutación del usufructo del art. 839 CC.

La conmutación del usufructo del viudo en alguna de las formas que establece el art. 839 CC es un acto particional no dispositivo, por lo que no será necesaria autorización judicial, salvo que produjera un conflicto de intereses entre el cónyuge viudo y sus hijos menores, en que será necesario el nombramiento de defensor.

(v).- Constitución de sociedad

Las RRDGRN, de 5 de julio de 2011⁴³² y 7 de septiembre de 2011⁴³³, señalan que *“tampoco debe negarse al padre la facultad de invertir los capitales de los hijos en la misma sociedad anónima en la que él tenga participación o en otros casos de*

estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.”.

⁴²⁹ TOL 4.381.749

⁴³⁰ MORENO MARTÍNEZ, J.A., “El defensor judicial en la partición hereditaria”, cit., pp. 570-571.

⁴³¹ RDGRN, de 15 de mayo de 2002 (TOL 268.011).

⁴³² TOL 2.231.298

⁴³³ TOL 2.253.508

asociación mercantil en que, lejos de existir intereses contradictorios entre unos u otros, suplan la vigilancia y la gestión paternas el desconocimiento, inexperiencia y falta de capacidad de sus hijos; pero siempre que los respectivos derechos marchen pari passu y coloquen a los interesados en el mismo plano económico”.

(vi).- División de comunidad

No se precisa defensor judicial en la división de una comunidad cuando el representante no tiene ningún interés por haber renunciado a sus derechos. Así lo afirma la STS, de 13 de julio de 1981⁴³⁴: *“Tratándose, [...] de un acto de división de la comunidad existente y no de un acto de enajenación de la parte de un comunero en la que existían bienes inmuebles, en que interviene la viuda en nombre de sus hijos menores, se evidencia [...] que no existían intereses contrapuestos que exigiesen el nombramiento de un defensor judicial, según acreditó la escritura de la llamada manifestación de herencia [...], en que la madre, [...], renunció en favor de sus hijos, tanto a los gananciales, como a la cuota viudal usufructuaria que pudiera corresponderle en la herencia de su esposo, [...] puesto que los hijos menores estuvieron representados en la división, por la madre [...] en el ejercicio de todas las acciones que pudieran redundar en provecho de aquellos, no siendo, por tanto necesaria la intervención ni la aprobación judicial”.*

Sí hará falta defensor judicial si hay intereses contrapuestos.

3.1.2.5.- Contratos con prestaciones personales

El art. 162 párr. 3º CC señala cómo *“Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.”.*

En realidad es una limitación y no una excepción a la representación legal de los padres.

La doctrina civilista se esforzó en darle a esta doctrina un ámbito de aplicación propio, diferenciado del contrato de trabajo. Desde esta perspectiva, su supuesto de hecho es más amplio porque no hay limitación de edad aunque hace falta suficiente

⁴³⁴ TOL 1.739.512

juicio en el menor y porque comprende todo contrato incluido el de trabajo, pero no solo el que implique la realización de prestaciones personales por el menor.

Pero la realidad es que si las prestaciones personales son de las que integran una relación laboral, trabajo dependiente y por cuenta ajena, la relación queda sujeta al ET por el carácter imperativo de la legislación laboral que así lo exige⁴³⁵.

El ET se ocupa de las relaciones laborales en que intervienen menores.

Art. 6 ET: “1. *Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años.*

2. *Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en las normas reglamentarias aplicables.*

3. *Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años.*

4. *La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos solo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados.”.*

Art. 7 ET: “Podrán contratar la prestación de su trabajo:

a) *Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil.*

b) *Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.*

Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda esta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.

c) *Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia.”.*

⁴³⁵ Art. 1.1 ET: “Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”.

Combinando ambos arts., la doctrina laboralista distingue de manera unánime tres estadios en orden a la capacidad para contratar como trabajador dependiente: incapacidad, capacidad plena, capacidad limitada. Veamos:

1.- Incapacidad: afecta a los menores de dieciséis años y se justifica no en la insuficiencia de juicio, sino en un principio protector en conexión con los años de escolaridad. Pero no es un límite rígido; de hecho, el art. 4 de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo⁴³⁶, permite a los Estados miembros establecer que la prohibición del trabajo de los niños no se aplique a una serie de supuestos⁴³⁷.

2.- Capacidad plena: frente a la incapacidad laboral del menor, la capacidad plena la tienen el mayor de edad, el menor emancipado y, el que teniendo más de dieciséis años, vive independiente de los padres (art. 7 b) ET).

3.- Capacidad limitada: es la que corresponde al mayor de dieciséis años pero menor de dieciocho no emancipado, que no viva de forma independiente, que precisará la autorización de sus representantes legales. Complementan su capacidad, no le representan; quien contrata es el menor.

La autorización, no está sujeta a requisitos de forma⁴³⁸. Puede ser expresa o tácita y, para una especie de contratos, o para uno específico. Pero una vez concedida se extiende *ope legis* al ejercicio de los derechos y deberes que derivan del contrato (art. 7 b) párr. 2º ET).

Relacionando la legislación laboral con el art. 162 *in fine* CC, resulta que mientras la doctrina civil parte de que quien contrata es el padre y el hijo complementa la legitimación de aquel con su consentimiento que ha de ser previo; sin embargo los tratadistas de derecho laboral creen que la prestación del consentimiento es del hijo, que contrata con la asistencia de sus padres que pueden darla *a posteriori* o ser tácita, dan

⁴³⁶ DOUE-L-1994-81324.

⁴³⁷ Estos supuestos son: “a) a los niños que ejerzan las actividades contempladas en el artículo 5; b) a los niños de al menos 14 años que trabajen en el marco de un régimen de formación en alternancia o de prácticas en empresas, siempre que dicho trabajo sea realizado conforme a las condiciones prescritas por la autoridad competente;

c) a los niños de al menos 14 años que efectúen trabajos ligeros distintos de los contemplados en el artículo 5; no obstante, los niños podrán, a partir de la edad de 13 años, realizar trabajos ligeros, distintos de los contemplados en el artículo 5, durante un número limitado de horas por semana y para ciertas categorías de trabajos determinados en la legislación nacional.”. El Convenio de la OIT, n.º 138, sobre edad mínima de admisión al empleo, ratificado por España el 13 de abril de 1977, cifró la edad mínima, con carácter general, en quince años.

⁴³⁸ El contrato celebrado sin la autorización no es nulo de pleno derecho, sino anulable y, por tanto, susceptible de confirmación, expresa o tácita, por quien deba completar la capacidad del menor y por este al llegar a la mayoría de edad; además, en caso de ser negada, esta negativa, puede, en base al art. 158 CC, llegar a ser revocada o suplida por el juez.

preferencia a la interpretación del ET, que es más avanzada y acorde con el carácter personalísimo que debe tener la prestación laboral⁴³⁹. Así, Montoya Melgar⁴⁴⁰, recuerda que la autorización ha sido el mecanismo jurídico arbitrado tradicionalmente en el derecho de la contratación laboral, entiende que, pese a la dicción del CC, es el menor quien contrata, previa autorización. En el mismo sentido se ha pronunciado, en la doctrina civilista, Delgado Echeverría⁴⁴¹: el contrato de trabajo lo celebra siempre el menor (con autorización de sus padres, en su caso) sin que quepa representación. El CC prevé en el art. 162 CC el contrato celebrado fuera del ámbito laboral, se aplicará en los casos en que por no constituir relación laboral no queden sujetos a dicha normativa.

Por último, respecto a la remisión al art. 158 CC, hay que tener en cuenta que además de la protección judicial, la legislación laboral ya contempla normas específicas de protección⁴⁴².

3.2.- Administración de los bienes de los hijos

3.2.1.- Administración versus disposición

El art. 154 CC señala entre los deberes y facultades que comprende la patria potestad la administración de los bienes de los hijos.

⁴³⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 179; señala que el respeto a la persona hace que tampoco pueda el padre o tutor obligar contractualmente al menor; así, p. ej., el contrato de trabajo lo ha de celebrar el menor y no puede hacerlo su representante legal.

⁴⁴⁰ MONTOYA MELGAR, A., “Derecho del Trabajo”, Ed. Tecnos, 1994.

⁴⁴¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., en J.L. Lacruz Berdejo/F. Sancho Rebullida/A. Luna Serrano/J. Delgado Echevarría/F. Rivero Hernández/J. Rams Albasa, *Elementos de Derecho Civil. Parte General Volumen II. Personas*, t. I, vol. 2º, ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 122-126.

⁴⁴² Así, con carácter general, el art. 6.2 ET dispone que “*Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en las normas reglamentarias aplicables.*”. El art. 27 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE-A-1995-24292): “*1. Antes de la incorporación al trabajo de jóvenes menores de dieciocho años, y previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo, el empresario deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los mismos, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o la salud de estos trabajadores.*

A tal fin, la evaluación tendrá especialmente en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto.

En todo caso, el empresario informará a dichos jóvenes y a sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación, conforme a lo dispuesto en la letra b) del artículo 7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, de los posibles riesgos y de todas las medidas adoptadas para la protección de su seguridad y salud.

2. Teniendo en cuenta los factores anteriormente señalados, el Gobierno establecerá las limitaciones a la contratación de jóvenes menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos.”.

Se desarrolla en el Capítulo III del Título VII del CC, bajo la rúbrica “*De los bienes de los hijos y de su administración*”, con cinco arts., 164 a 168.

Con ello separa la administración de la representación, ya que como indica Díez-Picazo⁴⁴³, cabe una administración en que el administrador realice actividades representativas y actos representativos distintos de los de administración.

El art. 164 CC dice: “*Los padres administrarán los bienes de los hijos [...]*”.

Exceptúa de la administración paterna algunos supuestos que luego veremos.

La regla general es que los bienes de los hijos sean administrados por sus padres, que ostentan el ejercicio de la patria potestad⁴⁴⁴ pero, conforme al citado art., es posible que determinados bienes sean administrados por terceras personas, en esos casos, los padres no ostentarán, por tanto, facultades de administración⁴⁴⁵.

La administración debe interpretarse en un sentido amplio. Los padres no son unos administradores ordinarios; como señala de Prada González⁴⁴⁶, tienen la facultad de realizar no solo actos administrativos y de conservación del patrimonio, sino todos aquellos que sean convenientes o útiles al menor, incluyendo amplias facultades dispositivas, por más que en algunos supuestos se precise el complemento de la autorización judicial⁴⁴⁷. En el mismo sentido se pronuncia Bercovitz Rodríguez-Cano⁴⁴⁸, para quien la administración encomendada a los progenitores incluye tanto actos de conservación como actos de disposición, con la peculiaridad de que estos últimos, cuando correspondan a los supuestos contemplados en el art. 166 CC, habrán de cumplir lo dispuesto en él.

Reseña Díez García⁴⁴⁹ que “el significado estrictamente gramatical del término administrar, según la RAE, es: “3. *Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes*”⁴⁵⁰. Ahora bien, en el lenguaje técnico-jurídico, el término de acto de administración se contrapone a veces al de acto de disposición (o a los actos de

⁴⁴³ DÍEZ-PICAZO, L., “La reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, cit. p. 17.

⁴⁴⁴ Aplicándose aquí lo visto sobre titularidad y ejercicio de la patria potestad: la administración la tendrán los padres, conjuntamente, cuando ambos se hallen en el ejercicio de la patria potestad. En caso de ejercicio unilateral, el progenitor que la ejerza es quien la tendrá, por más que la titularidad de la patria potestad siga siendo conjunta.

⁴⁴⁵ Además de los supuestos previstos en el art. 164, el art. 167 CC, permite al juez, entre otras medidas, nombrar un administrador cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo.

⁴⁴⁶ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M^a., “La Patria Potestad tras la Reforma del Código Civil”, cit., p. 304.

⁴⁴⁷ CASTÁN VAZQUEZ, J. M^a., *La patria potestad*, cit., p. 143; la iniciativa es de los padres, aunque lo autorice la autoridad judicial.

⁴⁴⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, t. II, ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 1102.

⁴⁴⁹ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 164”, cit., p. 1695.

⁴⁵⁰ RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23^a ed., 2014. Consultado en <<http://www.rae.es/rae.html>>

riguroso dominio). La dificultad es que no es posible trazar una línea divisoria clara entre unos y otros tipos de actos, porque puede que un mismo acto sea, al tiempo, un acto de administración y un acto de enajenación”, como sucederá cuando para obtener el normal rendimiento de un patrimonio fuera necesario disponer de algunos bienes (p. ej. venta de los frutos de una cosecha)⁴⁵¹. Por ello, “el legislador ha perfilado negativamente, a través de las disposiciones limitativas contenidas en el art. 166 CC, aquellos actos que están vetados a los administradores paternos sin el previo control judicial”.

3.2.2.- Obligaciones de los padres

Establece el art. 164 párr. 1º CC que: *“Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria.”*.

Los padres deben administrar los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, delimitación subjetiva y que no parece muy acertada porque los padres pueden administrar sus propios bienes, sin ninguna diligencia. Por lo que conforme a los arts. 158 y 167 CC, no es admisible una administración negligente de los bienes de los hijos porque así administre los suyos. En todo caso, deben administrar los bienes de los hijos en beneficio de los mismos.

El art. les obliga a cumplir las obligaciones generales que incumben a todo administrador y las especiales de la LH; que para algunos, permitiría aplicar por analogía ciertas normas relativas al mandato y a la gestión de negocios ajenos (arts. 1719, 1720 o 1889 CC⁴⁵²). Ese canon objetivo de diligencia coincidiría, además, con la prevista para el tutor (art. 270 CC)⁴⁵³.

Aunque la remisión a las obligaciones generales de todo administrador de bienes ajenos a la patria potestad no parece adecuada por el componente personal y afectivo de

⁴⁵¹ DIEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...*, cit., p. 97.

⁴⁵² LLAMAS POMBO, E., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 816.

⁴⁵³ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 164”, cit., pp. 1698-1699. Estima Díez García que “si alguna utilidad tiene esta mención del art. 164 CC a la diligencia con la que los padres han de administrar el patrimonio de los sujetos a su potestad, es aclarar que no les resultará exigible, con carácter general, ni la diligencia de un profesional administrador, ni estrictamente la de un buen padre de familia, sin perjuicio de que si la administración hace peligrar objetivamente el patrimonio puedan adoptarse, en interés de los hijos, cualquiera de las medidas conservativas previstas en el art. 167 CC o que aquellos deban responder en los supuestos del art. 168 CC”.

las relaciones paterno-filiales. En este sentido, Linacero de la Fuente⁴⁵⁴ señala que deben rechazarse aquellas normas que choquen con la esencia de esta institución y admitir tan solo las que sean congruentes con su naturaleza⁴⁵⁵, porque:

- El CC carece de un tratamiento unitario de las obligaciones del administrador y la doctrina duda de la aplicación de algunas medidas, como la formación de inventario, la prestación de fianza que exige el CC en varios supuestos de administración de bienes ajenos, o la aplicación analógica de diversas normas del contrato de mandato y de la gestión de negocios ajenos.

- Las medidas preventivas serán innecesarias en la mayoría de los casos, y estarían muy forzadas en la relación paterno-filial.

- Normalmente el patrimonio del hijo procede de las liberalidades de sus padres.

3.2.3.- Medidas de carácter judicial

Art. 167 CC: *“Cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador.”.*

Indica Díez García⁴⁵⁶ que la puesta en peligro que este precepto exige es un criterio objetivo y no necesariamente supone la necesidad de un perjuicio patrimonial ya materializado, sino la amenaza de que este pueda realizarse. Vale con que los progenitores comprometan, o puedan comprometer, la integridad del patrimonio del hijo; incluyendo la gestión peligrosa, fraudulenta, o simplemente mala (STS, de 1 de julio de 1981⁴⁵⁷).

Concede el art. una amplia legitimación para pedir dichas medidas.

El art. 167 CC establece una serie de medidas pero le da al juez un amplio arbitrio ya que puede adoptar todas las que considere necesarias para salvaguardar el patrimonio

⁴⁵⁴ LINACERO DE LA FUENTE, M. A., *Régimen patrimonial de la patria potestad*, ed. Montecorvo, Madrid, 1990.

⁴⁵⁵ RAMS ALBESA, J., “Comentario al art. 164”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 275-276, señala que la administración de los padres es un tipo específico de administración, no subsumible en criterios que son específicos del derecho civil patrimonial; la sitúa en una subespecie propia del derecho de familia, en que los criterios puramente éticos prevalecen sobre los estrictamente patrimoniales.

⁴⁵⁶ Díez GARCÍA, H., “Art. 167”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1739-1740.

⁴⁵⁷ RJ 1981, 3037

del hijo. Entre ellas, se enumera la exigencia de prestar caución o fianza y el nombramiento de un administrador. Como puede pedir garantías personales, también podría pedir garantías reales sobre bienes de los progenitores, tales como la hipoteca legal del art. 168.3 LH o la realización de inventario o la rendición periódica de cuentas⁴⁵⁸.

Si el juez nombra a un administrador podrá ser para todos los bienes o tan solo para algunos determinados, hasta que termine la patria potestad, por un período de tiempo concreto o hasta que finalicen las causas por las que se le nombró. Tendrá las facultades que establezca el juez; si este no lo hiciera quedaría sujeto al régimen legal establecido en el CC para los padres.

3.2.4.- Rendición de cuentas

Art. 168 CC: *“Al término de la patria potestad podrán los hijos exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces. La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años.*

En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos.”.

La rendición de cuentas se sitúa en el ámbito de las obligaciones generales que, como administradores, les incumben (art. 164 CC).

Díez García⁴⁵⁹ destaca que “todo administrador debe rendir cuentas de su gestión (p. ej., arts. 279 a 285, 1720 CC)”. Sin embargo, en este caso no es obligatorio, sino meramente potestativo (*“podrán los hijos exigir”*, art. 168 párr. 1º CC⁴⁶⁰) y que “la rendición de cuentas se ha de producir al término de la patria potestad”, con lo que habrá que estar a lo determinado en los arts. 169 y 170 CC.

Si el administrador de todo o parte del patrimonio del hijo es un tercero (arts. 164 y 167 CC), también podrá verse obligado a rendir cuentas de su administración⁴⁶¹.

La legitimación activa para exigir la rendición de cuentas corresponde al hijo y, en su caso, a un nuevo administrador⁴⁶², y a los herederos, aunque sean los propios progenitores.

⁴⁵⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 1125.

⁴⁵⁹ DÍEZ GARCIA, H., “Art. 167”, cit., p. 1741.

⁴⁶⁰ RAMS ALBESA, J., “Comentario a los artículos 164 a 168”, cit., p. 1522; dice que, en realidad este art. 168 CC libera a los padres de la obligación de rendir cuentas.

⁴⁶¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 1126.

La legitimación pasiva corresponde a quien hubiera desempeñado el cargo de administrador o a sus herederos. Luego a veces puede producirse una confusión total o parcial (art. 1192 CC), lo que supone extinción, total o parcial, de la obligación⁴⁶³.

3.2.5.- Derechos de los padres

Los padres tienen también algunos derechos: el principal es el del art. 155.2º CC: *“Los hijos deben:*

2.º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.”.

Y el art. 165 párr. 1º y 2º CC establece: *“Pertenece siempre al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo o industria.*

No obstante, los padres podrán destinar los del menor que viva con ambos o con uno sólo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones.”.

Los arts., en base al principio de solidaridad familiar⁴⁶⁴, hablan de levantamiento de las cargas de la familia pero no especifica cuáles son estas cargas.

Algunos las conectan con las cargas del matrimonio a las que aluden los arts. 90, 91, 103, 1318 o 1438 CC⁴⁶⁵. Otros acuden a las necesidades ordinarias de la familia del art. 1319 CC⁴⁶⁶.

La contribución debe ser equitativa y su cuantía se fijará de modo equilibrado entre las necesidades de la familia y las posibilidades del hijo.

Todo el patrimonio del menor y no solo los frutos o rendimientos de su patrimonio o los bienes adquiridos con su trabajo o industria están afectos a su cumplimiento.

⁴⁶² DE PRADA GONZÁLEZ, J.Mª., “La Patria Potestad tras la Reforma del Código Civil”, cit., p. 320, n. 101.

⁴⁶³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 1126.

⁴⁶⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 1058.

⁴⁶⁵ LLAMAS POMBO, E., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 820.

⁴⁶⁶ MORALES IMBERNÓN, N., “Comentario a los arts. 1362 a 1374 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 1605.

La contribución del hijo al levantamiento de las cargas familiares se condiciona, tal y como postula el art. 155 CC, al hecho de la convivencia con al menos uno de los progenitores⁴⁶⁷.

3.2.6.- Bienes excluidos de la administración de los padres

El art. 162 párr. 2º, 3º CC exceptúa de la representación paterna los actos “*relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres*”, remitiéndose al art. 164 CC que contiene tres casos que pasamos a ver.

3.2.6.1.- Por orden expresa del disponente

a).- Supuesto

Art. 164 párr. 2º 1 CC: “*Se exceptúan de la administración paterna:*

1. Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.”.

El que dispone de bienes a favor de un menor puede designar las personas que los administren y el modo en que deben hacerlo. Así se promueven los actos de disposición a título gratuito a favor de los menores superando la desconfianza a la persona o personas a los que legalmente les correspondería dicha administración.

Los ordenantes de estas disposiciones no quieren que en ningún caso la administración corresponda al progenitor excluido porque el designado premuera o renuncie. Para evitarlo se excluye expresamente a dicho progenitor y se establecen uno o varios administradores supletorios⁴⁶⁸.

La STS, de 6 de octubre de 2005⁴⁶⁹, indica: “*Para que tenga lugar la restricción deberá ser clara la intención de exclusión de la administración de los padres respecto a los bienes de que se trata, y ha de señalarse la persona que, en su lugar, debe realizar dicha actividad*”.

⁴⁶⁷ Díez-PICAZO, L., “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”, cit., p. 19; DE PRADA GONZÁLEZ, J.Mª., “La Patria Potestad tras la Reforma del Código Civil”, cit., p. 307.

⁴⁶⁸ GARRIDO DE PALMA, V., *Derecho de Familia*, ed. Trivium, Madrid, 1993, p. 150. Dice que la tendencia actual es a favor de prolongar en estas disposiciones la actuación del administrador más allá de la minoría de edad del favorecido, en base a la duración de sus estudios, su inmadurez, mayor protección, etc., sugiriendo (para salvar el art. 813 párr. 2º CC) la utilización de las cautelas de opción compensatoria de legítima.

⁴⁶⁹ TOL 725.225

Puede disponer cualquier tercero o alguno de los titulares de la patria potestad. Según Bercovitz Rodríguez-Cano⁴⁷⁰, nada impide que el disponente designe como administrador a uno solo de los titulares de la patria potestad⁴⁷¹.

Bastará con que exista esa voluntad expresa de exclusión por parte del predisponente, sin que tenga que acreditar la existencia de una causa razonable y justa⁴⁷².

Sin embargo, la aceptación de la herencia sí recae sobre los titulares ejercientes de la patria potestad, como representantes legales, no sobre los administradores. Así sostiene la RDGRN, de 4 de diciembre de 2017⁴⁷³: *“la doctrina ha determinado que los padres son los que tienen la representación legal de sus hijos, y el administrador sólo empezará a ejercitar sus funciones cuando los bienes hayan entrado a formar parte del patrimonio del hijo, es decir, cuando se haya aceptado la herencia, el legado o la donación. [...] El administrador de los bienes del menor nombrado en testamento [...] en ningún caso es un representante legal con funciones generales [...] no pudiendo interpretarse extensivamente el alcance de sus funciones ni invadir las que corresponden al representante legal del menor.”*

b).- Su extensión a la legítima

El art. 813 CC establece: *“El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.*

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados.”

Por lo que en principio la legítima debe recibirse libre de gravámenes y hay que ver si en los bienes que reciba el menor no por voluntad del disponente sino por disposición de la ley, o sea en pago de legítima, puede operar o no la excepción del art. 162 CC, o sea, si la designación de administrador en los bienes es un gravamen sobre la legítima.

⁴⁷⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, t. II, ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1106.

⁴⁷¹ Pues, pudiendo lo más, excluir la administración paterna; puede también lo menos, que la administración se confíe en exclusiva a uno de los progenitores.

⁴⁷² A favor, Díez-Picazo, L., “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”, cit., p. 18. En contra, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 1106, nt. 5.

⁴⁷³ BOE-A-2017-15580

La mayoría de la doctrina está a favor de la extensión de la administración a los bienes recibidos en pago de la legítima. Por las siguientes razones:

– Porque el establecimiento de una administración ajena es solo una limitación de los derechos de la patria potestad de los padres como indica de Prada González⁴⁷⁴ más que un gravamen sobre la legítima del hijo. Así, desde la perspectiva del hijo, señala Ventoso Escribano⁴⁷⁵, no se trata de imponerle el gravamen de una administración ajena sino de la designación de una persona distinta de la que ordinariamente le correspondería.

– Porque la segunda excepción del art. 164 CC, permite excluir al progenitor de la administración de los bienes aunque sean parte de la legítima, como señala Vallet de Goytisoló⁴⁷⁶.

– En la práctica, cuando se quiere privar de la administración a los padres es para todos los bienes que se dejan; y si el hijo recibe bienes como legítima, mejora y libre disposición, sería muy difícil separar las distintas administraciones. Lo normal es que se excluya de la administración todos los bienes.

– Además, como muestra Vallet de Goytisoló⁴⁷⁷, en las disposiciones *mortis causa* siempre podría ordenarse la disposición como cautela de opción compensatoria de legítima, con lo que quedaría asegurada su extensión a la legítima mediante la aceptación del gravamen.

La STS, de 6 de octubre de 2005⁴⁷⁸, entiende que la exclusión de la administración paterna puede alcanzar a los bienes que integran la legítima, en base al art. 813 CC y al 164 párr. 2º 2 CC, que se refiere a la legítima estricta del desheredado.

La tesis contraria ha sido defendida por Bercovitz Rodríguez-Cano⁴⁷⁹, para quien sigue constituyendo un obstáculo para ello el párr. 2.º del art. 813 CC, en el que la palabra “condición” debe entenderse ampliamente, incluyendo el supuesto de administración de los bienes por el representante legal del legitimario; además, extiende

⁴⁷⁴ DE PRADA GONZÁLEZ, J.Mª., “La Patria Potestad tras la Reforma del Código Civil”, cit., p. 315 y ss.

⁴⁷⁵ VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, cit., pp. 169-170.

⁴⁷⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de sucesiones. I Fundamentos*, cit.; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, cit., pp. 169-170.

⁴⁷⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de sucesiones. I Fundamentos*, cit.

⁴⁷⁸ TOL 725.225

⁴⁷⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 1104-1110.

la exclusión a la mejora. En defensa de la misma posición, Aranda Rodríguez⁴⁸⁰ opina que la exclusión de la administración de los padres no implica un gravamen ni una limitación de los bienes o derechos de la legítima. Pero, no hay duda de que sí la condiciona al imponer una determinada forma de administración de los bienes del menor, al excluir el derecho que la ley concede al menor, en aras a su protección, de que sean sus padres quienes administren sus bienes.

c).- Extensión y límites de la administración

El disponente tiene amplias facultades. Puede establecer un régimen completo de administración de los bienes y de destino de los frutos o puede designar administrador solo para algunos actos. También puede dejar que administren los progenitores, pero estableciendo medidas distintas de las previstas en el CC. Si falta el administrador lo designará el juez (art. 169 párr. 2º CC), y si el régimen de administración se aplicara supletoriamente, art. 166 CC.

Si admitimos que el administrador puede realizar actos de disposición, hay dos posibilidades:

a) Cuando el disponente no hubiera ordenado nada al respecto:

Solo podrá disponer en las mismas condiciones en que pueden hacerlo los representantes legales, de modo que en los supuestos del art. 166 CC necesita autorización judicial. Así la RDGRN, de 1 de abril de 1993⁴⁸¹: *“La cuestión, por tanto, se reduce a determinar si cuando por acto gratuito se encomiendan las facultades de administración y disposición de los bienes dejados a un menor a determinada persona, estas facultades que el tercero recibe, en lugar de las que por ley corresponden a los padres, tienen, sin especiales determinaciones del testador o donante, un alcance superior al que tienen las que corresponden ordinariamente a los padres. Pues bien, si de la Ley se deriva algún criterio es, naturalmente, el de que inspira mayor desconfianza y exige mayores cautelas quien con el menor no tiene una relación paterno-filial. La actuación tuitiva del nombrado guarda más analogía con la tutela que con la patria potestad. Pero si no sólo los tutores (cfr. artículo 271, 2º del Código Civil) sino los padres mismos están sujetos en la enajenación de los bienes inmuebles a la necesidad de previa autorización judicial (cfr. artículo 166 del Código Civil), habrá*

⁴⁸⁰ ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores*, ed. Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, pp. 45-46.

⁴⁸¹ BOE-A-1993-11319.

que entender que también lo están aquellos que, en la administración de ciertos bienes, hacen las veces de padres o tutores por disposición del testador o donante y que, como los padres o tutores, asumen funciones tuitivas duraderas a las que es inherente un poder representativo que está sujeto a un régimen diferente de la representación voluntaria.”.

b) Cuando el disponente hubiera previsto expresamente el régimen de disposición:

Habría que estar a lo que este hubiere dispuesto. La cuestión es si puede dispensar la autorización judicial del art. 166 CC.

Algunos autores están a favor como Bercovitz Rodríguez-Cano⁴⁸², que argumenta que el precepto no tiene excepción alguna para el cumplimiento de la voluntad expresa del disponente, que ha de respetarse íntegramente, lo que supone una excepción a la aplicación del art. 166 CC.

Otros reconocen esta facultad a los disponentes pero no con respecto a los bienes que hubieran sido recibidos en pago de la legítima⁴⁸³.

También los hay en contra, como Garrido de Palma⁴⁸⁴ que advierte que la adecuada protección del menor, al que vela y salvaguarda el control judicial, exige que, sea el representante quien sea, haya de contarse con previa autorización judicial salvo que una norma lo dispense. Y Linacero de la Fuente⁴⁸⁵ señala que la voluntad del que dispone a título gratuito a favor de un menor sujeto a patria potestad tiene como límite la normativa que rige las relaciones paterno-filiales y, en particular, los arts. relativos a los bienes de los hijos y su administración.

3.2.6.2.- Los adquiridos en sucesión por desheredación o indignidad de los padres

La segunda excepción del art. 164 párr. 2º 2 CC se refiere a los bienes “2. *Los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un Administrador judicial especialmente nombrado*”.

⁴⁸² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 1120.

⁴⁸³ Si bien se admite mayoritariamente la posibilidad de que dichos bienes sean administrados por terceros, no sería posible extender a ellos la dispensa de la autorización judicial para enajenar.

⁴⁸⁴ GARRIDO DE PALMA, V., *Derecho de Familia*, cit., pp. 150-151.

⁴⁸⁵ LINACERO DE LA FUENTE, M. A., *Régimen patrimonial de la patria potestad*, cit., p. 104.

Se trata que no puedan administrar los bienes que les hubiesen correspondido a los progenitores si no hubieran sido indignos o desheredados y que a consecuencia de ello se les adjudica a los hijos. Si los padres no se merecen suceder al causante tampoco deben administrar sus bienes.

Ante la falta de concreción del art., algunos creen que los bienes excluidos de la administración paterna son todos los que hubiera recibido el menor a título de herencia⁴⁸⁶. Otros, que los bienes excluidos de la administración paterna se reducen a la legítima que pasa a ellos⁴⁸⁷, así como a los sujetos a reserva⁴⁸⁸.

3.2.6.3.- Los adquiridos por el mayor de dieciséis años con su trabajo e industria

La tercera y última excepción del art. 164 CC, se refiere a los bienes “3. *Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella*”.

Lo que es coherente con el ET, que permite el trabajo de mayores de 16 años.

Se formaría un patrimonio especial⁴⁸⁹ del menor de edad compuesto por los bienes adquiridos con su actividad laboral o profesional o los que los sustituyan por subrogación real; respecto a los demás, los progenitores conservarían su gestión patrimonial. Se incluyen los que hubiera adquirido por su trabajo o industria antes de los dieciséis años, cuya administración una vez tenga esa edad igualmente le corresponderá⁴⁹⁰.

El hijo puede realizar los actos de administración ordinaria, para los que excedan de esta necesita el consentimiento de sus padres. El término administración es utilizado por el legislador en este precepto en sentido amplio, por lo que engloba los actos de conservación, los de explotación económica y los actos de disposición en los términos

⁴⁸⁶ LLAMAS POMBO, E., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 814.

⁴⁸⁷ RAMS ALBESA, J., “Comentario a los artículos 164 a 168”, en J. Rams Albesa/R. M^a. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 279.

⁴⁸⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 1107.

⁴⁸⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 1109; y BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., “Com. arts. 154 a 180”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 299.

⁴⁹⁰ Los 16 años es la edad mínima para entrar en el mercado laboral; pero una vez se tenga dicha edad, no hay razón para diferenciar los bienes adquiridos antes de los que se adquieran después.

del art. 166 CC. El menor debe ser asistido por sus padres en los actos de disposición⁴⁹¹ y en los equivalentes a ellos por sus efectos (p. ej., arrendamientos sujetos a prórrogas)⁴⁹².

3.3.- Disposición de los bienes de los hijos. Art. 166 CC

Art. 166 CC: *“Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.*

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.”.

Los padres necesitan autorización judicial, para la renuncia, enajenación y gravamen de los bienes que ya forman parte del patrimonio del hijo y la repudiación de una herencia o legado.

Al enumerarlos el CC está reconociendo, por vía indirecta, la capacidad de disposición de los padres en todos aquellos que no están comprendidos en la norma.

3.3.1.- Autorización judicial

3.3.1.1.- Causa justificada

⁴⁹¹ Considerando tales tanto los actos que el emancipado no puede realizar por sí solo (art. 323 CC), como aquellos para los que sus padres necesitarían la autorización judicial (art. 166 párr. 1º CC).

⁴⁹² La STS, de 17 de octubre de 1978 (TOL 2.189.429), respecto de un contrato de arrendamiento, señala: *“La distinción entre actos de disposición —los que tienden a enajenar la cosa o a constituir sobre ella derechos reales o gravámenes—, y actos de administración —los que tienden a la conservación, goce y uso de la cosa—, que dogmáticamente aparece tan diáfana, sin embargo, en la realidad práctica, ya no lo es tanto, hasta el extremo de que un gran sector doctrinal admite un tercer término en esa clasificación: la de los llamados actos de administración extraordinaria o excepcional que son aquellos que por la trascendencia o importancia que despliegan sobre la cosa, impiden o dificultan su realización, y exigen, tanto, para ser llevados a cabo válidamente, no sólo la capacidad y demás requisitos suficientes para los actos de administración simple u ordinaria, sino los que se exigen para los actos de disposición”.* La STS, señaló que *“si bien por regla general el contrato de arrendamiento es un acto de administración como se ha declarado varias veces, puede en algunos casos, bien por la naturaleza de las cosas a que se contraiga, bien por el largo tiempo que para su duración se estipule, rebasar los límites de la mera administración”.*

Para que los padres puedan realizar los actos enumerados en el art. 166 CC hace falta que exista una causa justificada de utilidad o necesidad y autorización previa del juez del domicilio con audiencia del MF (salvo las excepciones de su último párr.). Esta autorización no es discrecional sino que debe concederse si se ha justificado la utilidad o necesidad. Si no, será denegada. La decisión judicial considerará siempre y estará fundada en el interés del menor.

La necesidad puede incluso obedecer a la exigencia de que el hijo contribuya al levantamiento de las cargas familiares⁴⁹³.

3.3.1.2.- Carácter previo

El carácter previo de la autorización judicial resulta claramente del texto literal del art. 166 CC.

Aunque la ponderación de las circunstancias del supuesto concreto y de las razones de utilidad o necesidad pueda dar lugar a diferentes situaciones y se discute si el acto realizado sin autorización judicial previa es nulo o es anulable, o está sujeto a un régimen singular más allá del régimen de estas dos instituciones típicas, lo que lleva a discusiones doctrinales y a posiciones judiciales que difieren en sus sentencias.

Lo veremos con detalle al hablar de los actos realizados sin licencia.

3.3.2.- Actos sujetos a autorización judicial

3.3.2.1.- Renuncia de derechos

El primer requisito es que el derecho sea renunciable. Albaladejo García⁴⁹⁴ sostiene que la renuncia de derechos es el acto por el que el titular hace dejación voluntaria de los mismos y puede entenderse en un sentido restringido, como Rams Albesa⁴⁹⁵; o en un sentido amplio, en el que la renuncia puede referirse a la titularidad de un derecho, a la condonación o a una mera facultad en él integrada.

Como indica Castán Pérez-Gómez⁴⁹⁶, la renuncia, que está sujeta a autorización judicial en todo caso y respecto a cualquier derecho y a todo tipo de bienes, se trata más rigurosamente que los actos de enajenación, que solo requieren autorización judicial cuando tienen por objeto bienes especialmente valiosos.

⁴⁹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., pp. 1118- 1189.

⁴⁹⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, cit., p. 428.

⁴⁹⁵ RAMS ALBESA, J., “Comentario a los artículos 164 a 168”, cit., p. 1520.

⁴⁹⁶ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., pp. 770-783.

3.3.2.2.- Actos de enajenación y gravamen

Los actos de enajenación y gravamen requieren previa autorización judicial solo si se trata de los bienes referidos en el art. 166 párr. 1º CC, pero no será necesaria cuando se trate de enajenar o gravar bienes que no están incluidos en el precepto⁴⁹⁷.

Hay que considerar el art. 1810 CC: “*Para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo la patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos.*”. La STS, de 11 de octubre del 2000⁴⁹⁸, reputa la transacción como un acto de enajenación.

Y aunque en sentido estricto se consideran actos de enajenación, no requieren previa autorización judicial los actos debidos como la retroventa por ejercicio de un derecho de retracto legal o voluntario⁴⁹⁹, de una opción a compra⁵⁰⁰ o la venta forzosa derivada de un procedimiento de ejecución⁵⁰¹.

Es evidente que en los actos de gravamen se incluye la constitución de hipoteca que grave alguno de los bienes incluidos en el art. 166 CC salvo la adquisición de bienes inmuebles, aun cuando estos se hallen gravados, según la RDGRN, de 7 de julio de 1998⁵⁰²; o se graven en ese momento, que puedan hacer los padres sin autorización judicial. Los progenitores pueden contraer obligaciones en nombre del hijo menor. Pueden afianzar en nombre de sus hijos, celebrar un contrato de sociedad o adquirir la condición de socio.

Ahora, si estos actos comprometen el patrimonio del menor o lo ponen en peligro se podrán aplicar los arts. 158 y 167 CC⁵⁰³, y exigir responsabilidad de los progenitores *ex art.* 168 CC.

a).- Bienes inmuebles

⁴⁹⁷ O sea, no todas las enajenaciones necesitan autorización; pero sí deben estar fundadas en razones de utilidad y necesidad.

⁴⁹⁸ TOL 72.910

⁴⁹⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 1117.

⁵⁰⁰ Aunque habrá que pedirla para constituir el derecho si recae sobre alguno de los bienes incluidos en el art. 166 CC. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores o incapaces*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 156-157.

⁵⁰¹ VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, cit., pp. 235-236; entiende que se exigirá autorización judicial para el caso de que a la ejecución se llegue por impago de una deuda de origen voluntario.

⁵⁰² TOL 708.948

⁵⁰³ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores o incapaces*, cit., pp. 162-163.

Los bienes inmuebles se recogen en los arts. 334 CC, que dice: “*Son bienes inmuebles:*

1.º Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.

2.º Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble.

3.º Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

4.º Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.

5.º Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma.

6.º Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente.

7.º Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse.

8.º Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, y las aguas vivas o estancadas.

9.º Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.

10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.”.

En los arts. 346 y 347 CC y *a sensu contrario*, en el art. 335 CC, que dice: “*Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.*”; y 336 CC.

Conforme a la opinión mayoritaria, la expresión debe entenderse referida a los inmuebles por naturaleza y a los incorporados permanentemente de manera que no puedan separarse sin quebranto o deterioro del objeto.

b).- Establecimientos mercantiles o industriales

Expresión que se identifica con una empresa, p. ej. arts. 12⁵⁰⁴, 19⁵⁰⁵ a 33 y 69 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión (LHMPSD)⁵⁰⁶ y art. 19 de su Reglamento⁵⁰⁷.

Puede definirse como el conjunto de bienes organizados por el empresario como medio para el cumplimiento de su actividad empresarial de modo que, aun conservando su individualidad, constituyen una unidad por la función económica a que están destinados. Su valor como parte del establecimiento diferirá del que tendrían de forma aislada.

No es necesaria autorización judicial para disponer de las mercancías que están destinadas a su venta, ni para reemplazar elementos materiales de la empresa que precisen renovación.

Sí será necesaria cuando se quiera enajenar alguno de los elementos esenciales de la empresa, que son aquellos que le sirven de manera permanente, de forma que su enajenación sin reemplazo imposibilitaría o dificultaría el buen funcionamiento de aquella. La mayoría de la doctrina, con De la Cámara Álvarez⁵⁰⁸, señala que quien no tenga plenos poderes dispositivos sobre el establecimiento no puede realizar ningún acto que afecte o pueda afectar a la organización, aunque tenga facultades de disposición suficientes sobre el bien concreto de que se trate, aisladamente considerado. Por lo que serán también actos de disposición sobre el establecimiento aquellos que afecten a alguno de sus elementos estables⁵⁰⁹.

c).- Objetos preciosos

⁵⁰⁴ Art. 12 LHMPSD: “Únicamente podrán ser hipotecados:

Primero. Los establecimientos mercantiles.

Segundo. Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular.

Tercero. Las aeronaves.

Cuarto. La maquinaria industrial.

Quinto. La propiedad intelectual y la industrial.

No podrá hipotecarse el derecho real de hipoteca mobiliaria ni los bienes comprendidos en los artículos cincuenta y dos, cincuenta y tres y cincuenta y cuatro.”.

⁵⁰⁵ Art. 19 LHMPSD: “Para que puedan ser hipotecados los establecimientos mercantiles deberán estar instalados en local de negocio del que, el titular, sea dueño o arrendatario, con facultad de traspasar.”.

⁵⁰⁶ BOE-A-1954-15448

⁵⁰⁷ BOE-A-1955-10148

⁵⁰⁸ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la Familia”, cit.

⁵⁰⁹ También en el derecho societario, la enajenación de elementos esenciales del activo de la empresa se considera como un acto que excede de las facultades de los administradores sociales siendo necesaria la aprobación de la junta general.

Los objetos preciosos de este art. (y de otros, como el art. 271.2º CC en sede de tutela) son un concepto jurídico indeterminado.

De acuerdo con la posición mayoritaria, objetos preciosos son tanto aquellos que tengan un singular valor artístico, histórico o cultural, como aquellos otros que, sin reunir esta característica, tengan un auténtico valor económico⁵¹⁰. Marín García de Leonardo⁵¹¹ entiende que la valoración de un objeto como precioso ha de llevarse a cabo a través de los criterios objetivos, será precioso todo aquello que objetivamente sea de mucho valor o elevado coste. Sin embargo, otros autores consideran que el bien debe tener un valor importante pero en relación al patrimonio del hijo, con arreglo a un criterio de proporcionalidad que daría un matiz subjetivo al concepto⁵¹².

La decisión acerca del carácter valioso del bien corresponde a los padres. En los casos dudosos Bercovitz Rodríguez-Cano⁵¹³ opina que debe optarse por solicitar la autorización judicial, porque protege mejor al hijo; otros consideran mejor solución considerar tales bienes como no preciosos, para facilitar su tráfico, y que hay que limitar la autorización judicial a los casos en que los bienes son claramente valiosos, permitiendo en los demás su libre enajenación⁵¹⁴, y sin perjuicio de que para mayor seguridad los padres puedan pedir la autorización voluntariamente, o porque así se lo exigiera el tercer contratante.

En todo caso, el valor del bien a considerar será el que tenga en el momento de la enajenación o del gravamen.

d).- Valores mobiliarios

La exigencia del art. 166 CC para la enajenación o el gravamen de valores mobiliarios o títulos valores de la previa autorización judicial, obstaculiza la

⁵¹⁰ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., p. 792.

⁵¹¹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., “Actos de disposición de bienes de los menores sometidos a patria potestad”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 1986, p. 314.

⁵¹² VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, cit., señala que hay bienes que de por sí son de extraordinario valor, pero otros lo serán según la incidencia en el patrimonio del menor.

⁵¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., pp. 1118-1119.

⁵¹⁴ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., p. 793, nt. 420.

Debe tenerse en cuenta, además, que muchas veces el precio de estos bienes lo determinan una serie de factores que a veces actúan incluso con independencia de su valor intrínseco. Las circunstancias económicas con frecuencia inciden en la demanda de objetos valiosos (p.ej., las obras de arte), de manera que estos pueden experimentar en períodos de tiempo muy cortos variaciones de precio muy grandes. Es difícil en muchas ocasiones (a pesar de estimaciones y tasaciones previas) saber de antemano el precio que estos bienes pueden alcanzar en el momento de su enajenación, y si este es el que objetivamente le correspondía. En tales circunstancias es muy difícil que el control judicial cumpla de manera eficaz su función de garantía, lo que puede justificar una interpretación estricta del precepto.

administración eficiente de estos bienes, para la que se necesita agilidad en la gestión⁵¹⁵, pero la disponibilidad libre sería peligrosa por su alta volatilidad.

Por todo ello es útil buscar un punto intermedio en el que cabría, p. ej., que se vendieran las acciones cotizadas en bolsa por el precio de su cotización oficial.

La autorización judicial tiene dos excepciones que suavizan sus inconvenientes.

1.- No será necesaria la autorización judicial para la enajenación y el gravamen del derecho de suscripción preferente de acciones⁵¹⁶. No dice nada sobre la renuncia a suscribir, por lo que resultaría necesaria autorización judicial, según el párr. 1º de este precepto⁵¹⁷. No lo cree así Llamas Pombo⁵¹⁸.

2.- Tampoco será necesaria para la enajenación de valores mobiliarios “*siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros*” (art. 166 CC *in fine*), que luego veremos.

3.3.2.3.-Casos concretos

a).- Compraventa con hipoteca simultánea

La RDGRN, de 7 de julio de 1998⁵¹⁹, ha entendido que los titulares de la patria potestad pueden, actuando en nombre y representación de sus hijos menores, comprar e hipotecar simultáneamente la finca adquirida sin necesidad de la autorización judicial del art. 166 CC, siempre que el importe del préstamo se destine a dicha adquisición.

Como indica Díez García⁵²⁰, “la *ratio* de la autorización judicial es preservar el patrimonio del menor y no permitir que salgan o puedan salir de él los bienes que el legislador ha considerado relevantes y ningún riesgo patrimonial se advierte en este supuesto; más al contrario, con ese acto de gravamen se va a permitir un eventual incremento del patrimonio del menor y el hipotético riesgo lo es de pérdida de un bien que, con anterioridad a dicho acto de gravamen, no le correspondía. Por tanto, no puede verse en dicho gravamen un acto de disposición. Cuando el negocio concluido entra en

⁵¹⁵ RAMS ALBESA, J., “Comentario a los artículos 164 a 168”, cit., p. 1521; DE PRADA GONZÁLEZ, J.Mª., “La Patria Potestad tras la Reforma del Código Civil”, cit., p. 315.

⁵¹⁶ LLAMAS POMBO, E., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 825, considera que esa enajenación es un acto de administración.

⁵¹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 1119; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores o incapaces*, cit., p.196.

⁵¹⁸ LLAMAS POMBO, E., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 825.

⁵¹⁹ TOL 708.948

⁵²⁰ Díez GARCÍA, H., “Art. 166”, cit., p. 1724.

el ámbito de los negocios complejos⁵²¹, según la RDGRN, de 7 de julio de 1998⁵²² “*no puede escindirse en los dos negocios que lo formen y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos*” y si este es de la compra, no resultaría necesaria la autorización judicial. Por tanto, “*atendiendo al espíritu y finalidad de la norma del art. 166 CC, resulta injustificada su aplicación al supuesto en el que, al ingresar ya gravado el bien inmueble en el patrimonio de los menores, no se realiza un acto independiente de gravamen que comprometa o arriesgue sus patrimonios existentes.*”.

b).- Enajenaciones a título gratuito. Donaciones

A diferencia de las renunciaciones que, tienen su régimen especial, el art. 166 CC nada dice acerca de las donaciones. La doctrina mantiene dos tesis:

a) La tesis restrictiva

Afirma que los padres deberían tener prohibidas no solo las renunciaciones sino también las disposiciones a título gratuito. Esta es la posición de Díez-Picazo⁵²³ y se basa:

- En que tales actos nunca pueden ser útiles a los intereses del hijo.
- Chocan con el principio de conservación del patrimonio que debe presidir la administración de los padres.
- No se avienen bien con el carácter *intuitu personae* de las donaciones⁵²⁴.

Sin embargo sí permiten las liberalidades de uso que se hacen por las convenciones sociales o prácticas habituales y que se entiende que no pueden perjudicar al hijo, siempre que sean proporcionales al patrimonio del hijo y a la naturaleza del evento o acto que la motiva.

b) La tesis permisiva

Afirma que los padres puedan donar bienes de los hijos. Se defiende con los siguientes argumentos:

⁵²¹ Donde se aplican las normas de capacidad del pacto principal en su accesorio.

⁵²² TOL 708.948

⁵²³ Díez-PICAZO L., *La representación en el Derecho privado*, cit.

⁵²⁴ Porque los merecimientos del donatario o el afecto que se le profese deben ser estimados por el titular del patrimonio, que es el hijo, no por su representante legal.

– En la reforma de la tutela de 1983, la Ley permite al tutor, bajo autorización judicial, la disposición a título gratuito de bienes o derechos del tutelado (art. 271.9º CC). No es lógico que el tutor pueda tener mayores atribuciones que los padres.

– Su admisión resulta de la dicción del art. 166 CC que no distingue entre actos de enajenación a título oneroso y gratuito⁵²⁵.

– El control judicial acerca de su necesidad o utilidad es suficiente garantía para los intereses del menor.

c).- Arrendamientos de bienes inmuebles

El arrendamiento de los inmuebles en principio se considera un acto de administración. Pero las condiciones que se pacten en el contrato pueden alterarlo, pasando de ser un acto de administración ordinaria a serlo de administración extraordinaria o de disposición, como cuando se pacta una larga duración o se sujeta a prórroga forzosa.

El art. 1548 CC establece: *“Los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados, y los administradores de bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años.”*, luego el arrendamiento que exceda de seis años requerirá autorización judicial. La limitación a los padres no es por el arrendamiento, sino por la duración.

Hay que distinguir:

– Arrendamientos sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU)⁵²⁶.

La Ley no contiene una regla específica sobre la materia.

La doctrina científica, sobre la base del régimen de prórroga forzosa que la Ley de 1964 establecía, entendía que no podrá calificarse de acto de mera administración.

Si según el CC, la larga duración transforma el arrendamiento en acto de disposición, lo serán todos aquellos arriendos cuyo plazo pueda prorrogarse indefinidamente a voluntad del inquilino.

La LAU regula la prórroga forzosa a voluntad del arrendatario, en su art. 9, pero sólo hasta un plazo de cinco años (inferior al establecido en el art. 1548 CC). Luego no

⁵²⁵ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a., “Comentario al art. 155”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pp. 226 y ss..

⁵²⁶ BOE-A-1994-26003

se traspasa el límite de los seis años, que es el que consideró el legislador para que el arrendamiento de inmuebles excediera de la administración ordinaria⁵²⁷.

– Arrendamientos sujetos a la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (LAR)⁵²⁸:

La LAR indica en su art. 9.4 que *“4. El menor cuyas fincas o explotaciones hayan sido arrendadas por su padre, madre o tutor podrá poner fin al contrato una vez emancipado, siempre que haya transcurrido la duración mínima prevista en el artículo 12, y lo comunicará al arrendatario en el plazo de seis meses desde que alcanzó dicho estado o, en su caso, desde que falte un año para que se cumpla el plazo mínimo de duración. En todo caso, la denuncia del contrato no surtirá efecto hasta transcurrido un año desde su realización.”*.

Dicho art. se remite al art. 12 de la misma Ley para determinar el tiempo de duración del arrendamiento, que dispone *“1. Los arrendamientos tendrán una duración mínima de cinco años. Será nula y se tendrá por no puesta toda cláusula del contrato por la que las partes estipulen una duración menor.*

2. Salvo estipulación de las partes que establezca una duración mayor, el arrendamiento de fincas y de explotaciones se entenderá concertado por un plazo de cinco años, por lo que, cumplido el tiempo, a no ser que las partes hayan dispuesto otra cosa, al celebrar el contrato o en otro momento posterior, el arrendatario de fincas pondrá a disposición del arrendador la posesión de las fincas arrendadas, si hubiera mediado la notificación a que se refiere el apartado siguiente.

3. El arrendador, para recuperar la posesión de las fincas al término del plazo contractual, deberá notificárselo fehacientemente al arrendatario con un año de antelación. De lo contrario, si el arrendatario no pone la posesión de las fincas arrendadas a disposición del arrendador al término del plazo, el contrato se entenderá prorrogado por un período de cinco años. Tales prórrogas se sucederán indefinidamente en tanto no se produzca la denuncia del contrato.”.

La norma solo se refiere a menores (estén sujetos a patria potestad o tutela); tratándose de incapacitados, habrá que estar a su normativa específica⁵²⁹.

⁵²⁷ Si se pactara por plazo superior sería necesaria la autorización judicial. GIMENO GÓMEZ-LA FUENTE, J.L. “Los arrendamientos y el Registro de la Propiedad”, en *Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Seminario organizado por el CGN en la UIMP, considera que la interpretación en la actualidad de la normativa aplicable debe llevar a una reducción del plazo de seis a cinco años para hacer necesaria la autorización (señalando que en la actualidad el “arrendamiento de larga duración” sería el que excediera de cinco años).

⁵²⁸ BOE-A-2003-21616

d).- Partición hereditaria

Art. 1060 CC: *“Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial⁵³⁰ no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.”.*

Matiza lo dispuesto en el art. 166 párr. 2º CC al prescindir de la necesidad de recabar la previa autorización judicial, pero en las particiones de herencia hay operaciones particionales y otras que exceden estas y se aproximan a actos de disposición⁵³¹.

En esa línea, la RDGRN, de 26 de enero de 1998⁵³², entendió que la capitalización del usufructo del cónyuge viudo mediante la adjudicación de bienes inmuebles de la herencia y el pago en metálico de la cuota hereditaria de un menor de edad suponía una disposición de los derechos hereditarios que requería autorización judicial, evidenciaba *“una esencia dispositiva que necesariamente ha de transcender el régimen jurídico aplicable —el del art. 1060—”,* resultando inexcusable la autorización judicial del art. 166 CC.

e).- Bien inmueble indivisible

Respecto de las adjudicaciones del bien inmueble indivisible a uno solo de los condueños si concurre el consentimiento de todos (art. 404 CC) o a uno de los coherederos (art. 1062 CC) indemnizando a los demás en dinero, no es necesaria la autorización judicial, basta con que comparezcan los menores representados por sus padres. La RDGRN, de 6 de abril de 1962⁵³³, entendió que la adjudicación del único inmueble inventariado *“no envuelve una transmisión del dominio de unos coherederos a otros, sino del causante al adjudicatario, con la eficacia declarativa particular de*

⁵²⁹ La LOPJM ha equiparado la capacidad de los padres y de los tutores en este ámbito, al dar nueva redacción al art. 271.7.º CC, conforme al cual: *“El tutor necesita autorización judicial:*

7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.”.

⁵³⁰ Hoy Letrado de la Administración de Justicia.

⁵³¹ RRDGRN, de 6 de abril de 1962 (RJ 1962, 1712), 2 de diciembre de 1964 (RJ 1964, 5928), 1 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6511) y 27 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6880).

⁵³² TOL 132.468

⁵³³ RJ 1962, 1712.

toda partición, y con la posibilidad de ser rescindida y con los demás efectos civiles e hipotecarios diferentes a los de una enajenación, por lo cual este Centro Directivo ha sostenido que la participación en el supuesto especial del art. 1062 no constituye, cuando existan menores interesados un acto dispositivo que requiera la aplicación del hoy art. 166”. Lo que reitera la RDGRN, de 2 de enero de 2004⁵³⁴.

f).- Cancelación de hipoteca

En cuanto a la cancelación de hipoteca, el art. 178.1 RN establece que: *“1. A los efectos del párrafo primero del artículo 82 de la Ley, los representantes legales de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación necesitarán, para proceder a su cancelación, obtener las autorizaciones y observar las formalidades legales exigidas para la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos.”.*

3.3.2.4.- Renuncia a las atribuciones gratuitas

a).- La renuncia a la herencia y al legado

El art. 166 párr. 2º CC dispone: *“Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.”.*

A sensu contrario, entiende Díez García⁵³⁵ “que no será necesaria la autorización judicial para que los progenitores, en nombre del hijo, puedan aceptar herencias o legados sin limitación alguna, y tanto si es una aceptación pura y simple como modal o con cargas”.

La necesidad de aceptar con el beneficio de inventario tiene su fundamento, como sostiene Bercovitz Rodríguez-Cano⁵³⁶, en que resulta prudente al existir una contradicción de opiniones entre los padres y el juez.

La utilización del beneficio de inventario implica la limitación de responsabilidad del heredero por las deudas y cargas de la herencia hasta donde alcancen los bienes de esta (art. 1023.1º CC), pero hace falta que se practique inventario conforme a las formalidades y plazos legales (art. 1013 CC), si no, se pierde (arts. 1018 y 1024 CC).

⁵³⁴ TOL 376.631

⁵³⁵ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 166”, cit., p. 1724.

⁵³⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 1121.

No resulta justo que el hijo pueda sufrir perjuicios patrimoniales por actos de sus padres al fusionarse los patrimonios; por ello, una corriente doctrinal propugna que se mantenga la responsabilidad limitada a los bienes relictos en todas las herencias a las que sean llamados los hijos menores aunque se no cumplan los trámites del CC, y que el beneficio de inventario sea la regla general⁵³⁷.

No comprende este párr. los legados por la falta de responsabilidad *ultra vires* del legatario⁵³⁸.

b).- La no aceptación de donaciones

Indica Castán Pérez-Gómez⁵³⁹ que, suprimida la exigencia de autorización judicial para rechazar las donaciones en el CC, se entiende que los padres podrán no aceptarlas sin necesidad de requisito alguno, o incluso que, con su asistencia, podría hacerlo directamente el hijo menor.

La capacidad de los menores de edad para la aceptación de donaciones está comúnmente aceptada por el carácter favorable que en principio tiene, por el art. 625 CC y el art. 626 CC (*a sensu contrario*). Así, la RDGRN, de 3 de marzo de 1989⁵⁴⁰.

Solo si la donación es onerosa o el hijo no tiene madurez suficiente, acepta en nombre del hijo su representante legal.

Como el menor, si tiene suficiente grado de discernimiento puede aceptar por sí mismo las donaciones puras y simples (art. 625 CC), podemos pensar que ha de tener idéntica capacidad para rechazar este tipo de donaciones, ya que sus padres en relación a este acto, carecen de representación legal (art. 162 CC)⁵⁴¹.

Pero una aceptación no puede equipararse a una repudiación, tras la reforma del art. 166 CC por la LOPJM, los legados y herencias siguen precisando, para su repudiación, del control judicial, pero no así las donaciones, lo que según Llamas Pombo⁵⁴² no tiene explicación.

⁵³⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La llamada aceptación entendida a beneficio de inventario”, *Actualidad Civil*, vol. 2, 1995, pp. 230 y ss.

⁵³⁸ Ya que este, a tenor del art. 858 párr. 2º CC, solo estará obligado a responder del gravamen hasta donde alcance el valor de lo legado.

⁵³⁹ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., p. 785.

⁵⁴⁰ RJ 1989, 2380. Establece como regla general la aptitud de toda persona que tenga capacidad natural de entender y querer para aceptar donaciones, salvo específica declaración legal en contra.

⁵⁴¹ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 166”, cit., pp. 1717-1719.

⁵⁴² LLAMAS POMBO, E., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 827. No encuentra explicación al motivo por el que el legislador ha permitido que los padres no acepten la donación ofrecida a su hijo sin exigírseles autorización judicial y que, en cambio, se requiera ese control judicial para repudiar

3.3.3.- Innecesaridad de la autorización judicial

El art. 166 párr. 3º CC dispone cómo “*No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.*”. Veamos ambos supuestos:

3.3.3.1.- Consentimiento del mayor de dieciséis años

La autorización judicial podría eludirse con la emancipación. En el art. 166 párr. 3º CC disponen los padres, con el consentimiento del hijo; y en el caso del emancipado, quien dispone es el hijo, con el consentimiento de los padres.

Bercovitz Rodríguez-Cano⁵⁴³, indica que de este modo, “se crea una figura intermedia entre el régimen general de la representación legal y la administración concedida a los progenitores y el régimen propio de la emancipación para determinados bienes (art. 323 CC)”. Díez García⁵⁴⁴ destaca que “la única diferencia apreciable radica en los sujetos que toman la iniciativa a la hora de adoptar la decisión patrimonial. En el supuesto del art. 323 CC es el menor emancipado quien decide, aunque necesite del consentimiento de sus padres o de su curador. En este caso, en cambio, son los representantes legales del hijo quienes acuerdan llevar a cabo, en interés del sujeto *in potestate*, determinadas actuaciones que afectan a su patrimonio, pero necesitan, o licencia judicial, o el consentimiento del menor mayor de 16 años”.

El consentimiento es para un acto concreto y determinado, no cabe concederlo abierto o en términos generales.

Su ámbito de aplicación se extenderá a todos los actos enumerados en los párr. 1º y 2º del art. 166 CC⁵⁴⁵.

Los bienes que el hijo haya adquirido con su trabajo o industria no están sujetos a este régimen sino al del art. 164.3 CC.

El consentimiento se puede prestar con anterioridad o simultáneamente al acto. Al exigirse que conste en documento público y si el acto que debe consentirse se redacta en esta forma, lo más usual será que el consentimiento se preste a la vez, en el mismo instrumento y momento del otorgamiento del acto.

herencias o legados deferidos al sujeto *in potestate*. Considera que lo lógico hubiera sido el eximir a los progenitores de todo control judicial para rechazar tales atribuciones patrimoniales gratuitas.

⁵⁴³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 1122.

⁵⁴⁴ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 166”, cit., p. 1732.

⁵⁴⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 1122.

La exigencia de documento público garantiza la libertad y voluntad del menor y es requerido para que ese consentimiento se preste con las garantías debidas⁵⁴⁶.

3.3.3.2.- Enajenación de valores mobiliarios

Como señala Díez García⁵⁴⁷, “no deja de ser curioso que la validez de un acto (la renuncia del menor al control judicial del acto dispositivo realizado por sus representantes legales) se supedite a un hecho futuro e incierto (la reinversión de lo obtenido en virtud de ese acto dispositivo); sin perjuicio de la responsabilidad en que incurrirán aquellos de no llevarlo a cabo”. Luego la enajenación sin autorización judicial puede ser válida pero si la reinversión no resulta segura y falta el control judicial, responderán los progenitores⁵⁴⁸.

Por tanto, solo una correcta inversión de lo que se obtenga en la enajenación, consolida el acto de disposición realizado sin la correspondiente licencia judicial.

Se cumple con el art. si se dan a la vez la orden de venta y la de reinversión.

La exclusión de la autorización judicial en este caso se justifica por la celeridad que tiene el tráfico de valores mobiliarios, que resulta incompatible con los requisitos generales de la enajenación de bienes de menores.

Se dispensa de autorización judicial porque, reinvertiendo, se sigue conservando un patrimonio mobiliario, aunque con otra composición. La reinversión sustituye a la autorización judicial puesto que se conserva el patrimonio.

La referencia a valores mobiliarios hoy debemos entender que se refiere a valores negociables, con su específica legislación de control y el carácter objetivo de fijación de sus precios. Si no se trata de estos valores, como p. ej., la venta de participaciones sociales o de acciones de una sociedad familiar, no es de aplicación este art.

Con la tenencia de valores se persigue obtener rendimientos, pero siempre hay un margen de aleatoriedad y hay que asumir algún riesgo.

Los valores mobiliarios exigen a su propietario una administración que, a través del ejercicio de los derechos políticos y económicos que incorporan, espera conseguir el

⁵⁴⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p.1123; DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 166”, cit., p. 1732.

⁵⁴⁷ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 166”, cit., pp. 1728-1730.

⁵⁴⁸ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M^a., “La Patria Potestad tras la Reforma del Código Civil”, cit., p. 316, nt. 96.

mantenimiento e incremento de su valor⁵⁴⁹. Esta administración puede realizarla el interesado directamente o encomendarla a un tercero que lo haga profesionalmente, que es lo más frecuente.

Además, la naturaleza de los valores exige al menos, la intervención de un tercero, la entidad depositaria de los mismos. El depósito y administración de valores está previsto en la actualidad en el art. 63 RD Leg. 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (LMV)⁵⁵⁰ como actividad específica (de las entidades enumeradas en los arts. 64 y 65 LMV), distinguiéndose entre una administración ordinaria, accesoria del depósito, en que la entidad depositaria se limita a proponer al inversor una serie de operaciones, siendo este el que tomará la decisión, y la propia del contrato de gestión de carteras de inversión, en que, además de asesoramiento, hay una verdadera gestión discrecional, en la que el gestor realizará las operaciones que considere adecuadas sin consulta al titular de la cartera. No ofrece ninguna duda la concertación en nombre de los hijos de la primera categoría de contratos (depósito bancario, contrato de asesoramiento financiero o de vigilancia o estudio de la cartera de valores), puesto que los padres conservan la administración; el segundo, en el que el gestor tendrá facultades tanto de gestión como de disposición con respecto a los elementos individuales que la componen (por lo que habrá modificaciones en su composición), sí puede, por esta razón, suscitar dificultades teóricas, pero la administración profesionalizada normalmente redundará en beneficio del menor.

3.3.3.3.- Cancelación de hipoteca por pago

En cuanto a la cancelación de hipoteca que garantice créditos a favor de un menor por pago de la misma, tampoco será necesaria autorización judicial, sino el consentimiento de quien ejerza la patria potestad. Así, el art. 178.2 RN establece: *“Para la cancelación por pago de la hipoteca que garantice créditos a favor de un menor bastará el consentimiento del padre o padres que ejerzan la patria potestad.”*

3.3.4.- Actos realizados sin licencia

⁵⁴⁹ La administración de valores comprende necesariamente el cobro de intereses y dividendos, el pago de los dividendos pasivos, la comunicación de los aumentos de capital y la suscripción o transmisión de los derechos de suscripción preferente, la recepción de las acciones entregadas con cargo a dividendos, a plusvalías o a reservas disponibles, el cobro de las amortizaciones y la recogida de títulos emitidos para ser canjeados por los administrados.

⁵⁵⁰ BOE-A-2015-11435

3.3.4.1.- Doctrina

Es un tema discutido ya que el art. 166 CC no prevé las consecuencias de los actos realizados por los padres sin autorización judicial. Además, la regulación de las nulidades en nuestro derecho es algo confusa y existen diferencias doctrinales.

Unos creen que el acto es nulo⁵⁵¹, otros que es anulable⁵⁵², y algunos⁵⁵³ están a favor que se puede ratificar e interpretar el art. 166 CC junto con el art. 1259 CC.

Defiende Díez García⁵⁵⁴ que aunque el art. 166 CC parece exigir que la autorización judicial sea previa al acto, debe admitirse la convalidación o la ratificación ulterior del mismo a través de una autorización instada y concedida *a posteriori*. Cree que “nada impide otorgar un contrato dispositivo antes de obtener la autorización judicial o mientras se estén efectuando las gestiones para conseguirla”.

3.3.4.2.- Jurisprudencia

También la jurisprudencia es vacilante en este tema.

Hay SSTs que señalan que estas enajenaciones son inexistentes conforme al art. 1261 CC, así como nulas de pleno derecho por el art. 6.3 CC⁵⁵⁵; porque falta el consentimiento en los contratantes y carecen de causa de la obligación por falta de la capacidad necesaria del transmitente. La STS, de 9 de diciembre de 1953⁵⁵⁶, señala: *“Que esa nulidad no cabe subsanarla obteniendo posteriormente la autorización judicial, pues ésta sólo daría validez a la enajenación verificada con posterioridad a la misma, pero no convalidaría la anteriormente estipulada, sin que precediera ese*

⁵⁵¹ GUILARTE ZAPATERO, V., “De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales”, *Actualidad Civil*, 1992, p. 470; ALONSO PÉREZ, M., “El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 57, nº 1, enero 1973, p. 24.

⁵⁵² DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario a los arts. 1300 a 1314”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, pp. 243-244; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, cit., p. 1119; RAMS ALBESA, J., “Comentario a los artículos 164 a 168”, cit., p. 1522.

⁵⁵³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., “Actos de disposición de bienes de los menores sometidos a patria potestad”, cit., pp. 338 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores o incapaces*, cit., pp. 358 y ss.

⁵⁵⁴ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 166”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1733-1734.

⁵⁵⁵ STS, de 25 de junio de 1959 (RJ 1959, 2933). Igualmente, SSTs, de 14 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1475), 17 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1105) y 21 de enero del 2000 (RJ 2000, 113).

⁵⁵⁶ TOL 4.446.550.

requisito que indispensablemente se exige como previo". Esta doctrina se ha reiterado, así, la STSS, de 30 de marzo de 1987⁵⁵⁷ y 10 de marzo de 1994⁵⁵⁸.

Otra tendencia jurisprudencial afirma la anulabilidad o nulidad relativa del negocio jurídico dispositivo porque es convalidable cuando el menor alcance la mayoría de edad⁵⁵⁹. La licencia judicial sería un complemento de capacidad, el acto no carecería de consentimiento, pero faltaría la capacidad completa⁵⁶⁰.

La STS, de 16 de febrero de 2010⁵⁶¹, recoge que en este caso se ha de entender que el contrato queda sometido a la condición suspensiva consistente en la obtención de dicha autorización, aunque las partes la hubieran considerado como resolutoria.

Parece que la postura mayoritaria actualmente del TS considera que la ausencia de la autorización judicial debe equipararse a la falta de una declaración de voluntad que debe integrar el acto, por lo que este no puede calificarse en propiedad como anulable, sino como un negocio jurídico incompleto o imperfecto susceptible de ratificación ulterior.

La STS, de 22 de abril de 2010⁵⁶², indica que el art. 166 CC debe integrarse con lo dispuesto en el art. 1259 párr. 1º CC. Esgrime los siguientes argumentos:

1.- El art. 166 CC es una norma imperativa cuya infracción conduce a la aplicación del art. 6.3 CC y por tanto a la nulidad del acto.

2.- El fin de la norma es la protección del interés de los que pueden ver afectados sus patrimonios por la actuación de sus representantes sin control judicial.

3.- La representación legal no es un derecho de los padres, sino de los hijos.

4.- El art. 1259 CC permite que el negocio jurídico pueda ser objeto de ratificación por el propio interesado cuando sea favorable a sus intereses. Así, la autorización judicial exigida por el art. 166 CC a los progenitores tiene naturaleza imperativa, por lo que su posible actuación sería la de un representante sin poder (art. 1259 párr. 1º CC). En consecuencia, ese acto, realizado con falta de poder, sería un contrato o negocio jurídico incompleto, que mantendría una eficacia provisional, *"estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca la ratificación del afectado"*. Por tanto, no se trata de una nulidad absoluta (no convalidable), sino de *"un*

⁵⁵⁷ TOL 1.736.231

⁵⁵⁸ TOL 1.665.863

⁵⁵⁹ SSTs, de 29 de noviembre de 1958 (RJ 1958, 3811), 19 de diciembre de 1977 (RJ 1971, 4763), 21 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2497), 30 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1839), 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8902) y 3 de marzo de 2006 (TOL 856.110).

⁵⁶⁰ STS, de 21 de mayo de 1984 (TOL 1.737.782)

⁵⁶¹ TOL 1.790.747

⁵⁶² TOL 1.864.654

contrato que aun no logrando su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1259.2, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente”.

En el mismo sentido, la SAP de Toledo, de 27 de septiembre de 2017⁵⁶³, sostiene que *“El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto que mantiene una eficacia provisional [...] no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aun no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1259.2 CC , de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente.”.*

Como ha venido afirmando la jurisprudencia, la posibilidad de ratificación del negocio celebrado sin poder, hace que sea un negocio jurídico subordinado a una *conditio iuris*, de forma que si la ratificación se da, se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio, a favor y en contra del representado y, por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio nulo e ineficaz⁵⁶⁴. La nulidad del art. 1259 CC consiste en una forma de ineficacia alejada de la nulidad radical, en atención a la libre ratificabilidad del acto en un régimen de ineficacia no coincidente con las categorías típicas de nulidad y anulabilidad⁵⁶⁵.

Díez García⁵⁶⁶ señala que, por tanto, “aunque el acto resulte contrario a una norma imperativa, no resultaría ser un acto inexistente, ni extralimitado en el sentido de precisar de una ratificación *ex post*, sino un acto irregular o viciado, que puede ser confirmado o anulado”.

4.- Pérdida de la patria potestad

Puede producirse por la exclusión, la suspensión y la extinción.

4.1.- Exclusión

⁵⁶³ Id Cendoj: 45168370012017100405

⁵⁶⁴ SSTs, de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940, 1135), 7 de julio de 1944 (RJ 1944,908) y 27 de marzo de 1987 (TOL 1.736.167).

⁵⁶⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario a los arts. 1300 a 1314”, cit., pp. 299 y ss.

⁵⁶⁶ Díez GARCÍA, H., “Art. 166”, cit., pp. 1734-1738.

Puede ser originaria o derivativa.

4.1.1.- Exclusión originaria

Se da en los casos del art. 111 CC, que establece: *“Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:*

1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.”.

4.1.2.- Exclusión derivativa o privación

Se da en el art. 170 párr. 1º CC: *“El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.”.*

El padre o madre que pierde la patria potestad por las causas expresadas en el art. 170 CC puede ser desheredado por el hijo o por el cónyuge (arts. 854.1ª y 855.2ª CC). El que la pierda por sentencia firme en causa criminal será incapaz de suceder por causa de indignidad (art. 756.1º CC)⁵⁶⁷.

En caso de privación de la patria potestad de ambos padres o, en su caso, del único titular de la misma, procederá constituir tutela, asumiendo la representación y defensa del menor el MF hasta que recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento⁵⁶⁸.

4.1.3.- Características

⁵⁶⁷ CASTÁN VAZQUEZ, J. Mª., *La patria potestad*, cit., p. 253.

⁵⁶⁸ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., pp. 813-822.

4.1.3.1.- Excepcionalidad

La medida es excepcional porque el hijo necesita, para su formación y desarrollo, la relación con ambos progenitores. La jurisprudencia lo afirma de una manera constante. La STS, de 11 de octubre de 1991⁵⁶⁹, señaló que *“la importancia que el ordenamiento jurídico concede al ejercicio por parte de sus titulares naturales de este derecho a la patria potestad [...] es tal que la doctrina jurisprudencial tiene reiteradamente sentado el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las limitaciones que alcancen al mismo por aplicación de los preceptos legales [...]”*.

4.1.3.2.- Reiteración del incumplimiento

La conducta del progenitor debe ser constante y reiterada. La STS, de 18 de octubre de 1996⁵⁷⁰, señaló como requisito ineludible para la privación *“la inobservancia de aquellos deberes de modo constante.”*; y la SAP de Madrid, de 14 de enero de 2015⁵⁷¹ indica que *“su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo.”*.

4.1.3.3.- Provecho para el hijo

La gran trascendencia que para el hijo y para los progenitores tiene esta medida supone que su adopción sea provechosa para el hijo.

La antigua consideración de la privación de la patria potestad como sanción fue útil para que fuera una medida excepcional y de interpretación restrictiva. Sin embargo, hoy se considera como una medida de protección del menor. Así, la SAP de Barcelona, de 6 de octubre de 2011⁵⁷², señala que la disposición del art. 170 CC *“según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo [...]”*; y en la misma línea, la STS, de 31 de diciembre de 1996⁵⁷³.

4.1.3.4.- Prueba suficiente

⁵⁶⁹ RJ 1991, 7447.

⁵⁷⁰ TOL 1.659.038

⁵⁷¹ TOL 4.752.350

⁵⁷² TOL 4.589.330

⁵⁷³ Id Cendoj: 28079110011996101574

El perjuicio debe quedar suficientemente probado en el procedimiento. La STS, de 6 de julio de 1996⁵⁷⁴, exige que aparezca plenamente probado que el progenitor ha dejado de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.

4.1.3.5.- Discrecionalidad judicial

En la privación de la patria potestad debe valorarse su necesidad y conveniencia, para ello los tribunales gozan de amplias facultades y discrecionalidad en su apreciación.

4.2.- Suspensión

Es la privación o pérdida temporal del ejercicio de la patria potestad. Son los casos contemplados en el art. 156 párr. 4º CC *“En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.”*. Se recupera automáticamente el ejercicio de la patria potestad cuando reaparece el ausente y cuando cesa la incapacidad o la imposibilidad.

4.3.- Extinción

Tiene lugar por las siguientes causas:

Art. 169 CC: *“La patria potestad se acaba:*

- 1.º Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo.*
- 2.º Por la emancipación.*
- 3.º Por la adopción del hijo.”*

Mientras que la privación es una medida de carácter temporal, la extinción tiene carácter definitivo y permanente.

La forma natural de extinción de la patria potestad se produce por la mayoría de edad del hijo.

Hay que distinguir entre las causas que extinguen definitivamente la función y las que solo suponen un cambio en su titularidad, como en los casos de fallecimiento de uno de los padres, en el que subsiste para el otro; o la adopción, en que el hijo sigue sujeto a patria potestad, pero de los adoptantes, así el art. 178.1 CC dice: *“La adopción*

⁵⁷⁴ TOL 216.859

produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen.”. Aunque no siempre ocurre (art. 178.2 CC)⁵⁷⁵.

4.4.- La recuperación de la patria potestad

El art. 170 párr. 2º CC indica que *“Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.”*.

Es posible recuperar la patria potestad siempre que sea en beneficio del hijo, para ello se requiere la cesación de la causa que motivó la privación y una nueva resolución judicial⁵⁷⁶.

IV.- PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA

Art. 171 párr. 1º CC: *“La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título.”*.

1.- Justificación

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, es la que origina este art., cuya redacción definitiva es de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del CC en materia de tutela, que introduce el art. 201 CC que establece que *“Los menores de edad*

⁵⁷⁵ Art. 178.2 CC: *“Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda:*

a) Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido.

b) Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.”.

⁵⁷⁶ SERRANO ALONSO, E., “Com. art. 170”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. II, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 469.

podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.”.

En ellos se recoge la posibilidad de incapacitar a un menor, lo que alabó la doctrina⁵⁷⁷, y presenta múltiples ventajas:

– Evita la necesidad de constituir la tutela, lo que no se solía hacer ya que de hecho los incapaces seguían siendo atendidos por sus padres, y lo más probable es que nombraran tutores a los mismos padres (art. 234 párr. 1º, 3º CC).

– Reconoce una situación fáctica que ya venía produciéndose, lo admitía la doctrina⁵⁷⁸ y los tribunales, ya la antigua STS, de 5 de diciembre de 1935⁵⁷⁹, contempla la incapacitación de un menor de edad.

– Se correlaciona con los arts. 776 y 276.1 CC.

Hoy en día la minoría de edad no significa falta absoluta de capacidad. Como señala García Garnica⁵⁸⁰, los menores de edad tienen una “capacidad de obrar evolutiva, que va ampliándose a medida que lo hace su capacidad natural y de conformidad a lo establecido en las leyes”. Y es la capacidad de obrar de los menores de edad el presupuesto que permite que puedan ser incapacitados.

La declaración de incapacidad del menor de edad protege su persona y patrimonio y consigue que esa protección se mantenga cuando alcance la mayoría de edad de modo continuo, con lo que se evita que se produzca un vacío de protección.

El art. 757.4 LEC que recoge la redacción del derogado art. 205 CC establece: *“No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.”.*

La expresión “*quienes ejerzan la patria potestad*” del art. 757.4 LEC es la misma que usan los arts. 314.3º y 317 CC, si el ejercicio de la patria potestad es unilateral podrá realizar la solicitud de incapacitación solo el progenitor ejerciente, como afirman Gete-Alonso y Calera⁵⁸¹ y Castán Pérez-Gómez⁵⁸², y ello porque el que convive con el menor es el más capacitado para percibir su situación, y el otro progenitor será oído en

⁵⁷⁷ DE PRADA GONZÁLEZ, J.Mª., “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, cit., p. 323; URIBE SORRIBES, A., “La representación de los hijos”, cit., p. 259.

⁵⁷⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 308.

⁵⁷⁹ TOL 5.025.638

⁵⁸⁰ GARCÍA GARNICA, Mª. C., “Art. 201”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2053-2055.

⁵⁸¹ GETE-ALONSO Y CALERA, Mª. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, cit., p. 213.

⁵⁸² CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., pp. 689-691.

el mismo conforme al art. 759.1 LEC⁵⁸³. Otros no están de acuerdo y creen que hace falta el concurso de ambos progenitores, porque la incapacitación afecta al contenido de la titularidad de la patria potestad.

2.- La patria potestad prorrogada

El art. 171 párr. 1º CC establece: *“La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. [...]”*.

Se requiere que los hijos sean de menores de edad y que sean incapacitados.

Como vimos, los arts. 201 CC y 757.4 LEC admiten la incapacitación del menor, con lo que se evita acudir a la tutela ordinaria, lo que produciría desprotección en el periodo existente entre la extinción de la patria potestad y la constitución de la tutela, lo que se evita con el art. 171 CC que prorroga automáticamente la patria potestad, al llegar el hijo a la mayor edad, sin necesidad de nueva resolución judicial.

Hay que tener en cuenta que la sentencia de incapacitación determinará su extensión y sus límites (art. 760 LEC), y que conforme al art. 171 CC, la patria potestad prorrogada se ejercerá según lo establecido en la sentencia de incapacitación y en su defecto, según las normas de la patria potestad. Díez García⁵⁸⁴ señala que parece obvio que el precepto se está refiriendo a la prórroga, no a la patria potestad en sí, pero mientras sea menor el incapacitado, el régimen de la patria potestad puede ser moldeable por el juez para la protección del menor.

Parra Lucán⁵⁸⁵ cree que la incapacitación del menor tiene un ámbito autónomo de actuación durante la minoría de edad. Montés Penadés y Gavidia Sánchez⁵⁸⁶, en cambio, creen que mientras sea menor, la patria potestad se rige por las normas generales de la misma, sin excepción por la incapacidad.

3.- La patria potestad rehabilitada

⁵⁸³ El juez debe oír de modo preceptivo a los parientes más próximos del presunto incapaz, entre los que estará el otro progenitor.

⁵⁸⁴ Díez GARCÍA, H., “Art. 171”, cit., pp. 1769-1770.

⁵⁸⁵ PARRA LUCÁN, M. A., “Arts. 199 a 214 CC”, en J. Rams Albesa/R. Mª. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 1671.

⁵⁸⁶ MONTÉS PENADÉS, V.L. y GAVIDIA SÁNCHEZ, J., “Comentario a los arts. 169 y 171 CC”, cit. p. 1143.

El art. 171 párr. 1º CC establece: “[...] Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. [...]”.

Para rehabilitar la patria potestad se requiere:

– Que el hijo sea mayor de edad, lo que supone que en principio la patria potestad se ha extinguido, aunque también será aplicable si el hijo mayor de 16 años se ha emancipado.

– Que sea soltero, lo que tiene su explicación en que el art. 171 CC no se contradiga con el art. 234 CC, que establece el orden de delación de la tutela y llama antes al cónyuge que a los padres.

Díez García⁵⁸⁷ considera que puede asimilarse a la soltería las situaciones de viudedad, divorcio o separación legal o de hecho, de modo que se rehabilita la patria potestad. En contra se pronuncia Rubio San Román⁵⁸⁸. Respecto a los convivientes no matrimoniales⁵⁸⁹, si el hijo incapacitado convive con su pareja, no lo haría con sus progenitores, con lo que faltaría un requisito para que proceda la rehabilitación.

– Que viva en compañía de sus padres o de uno de ellos, lo que debe interpretarse de un modo flexible, el hijo puede no convivir con sus padres en el momento de instar el procedimiento, lo que cuenta es que se reanude la vida familiar. Puede estar ingresado en una institución, pero seguir bajo la guarda y custodia de sus padres⁵⁹⁰.

La rehabilitación de la patria potestad no procede si el hijo mismo lo hubiera dispuesto. En ese caso, de acuerdo con lo prevenido en el art. 224 CC, el juez queda vinculado por las previsiones que pudiera haber hecho el hijo para el supuesto de una futura incapacitación, salvo que su beneficio exija otra cosa.

Indica Díez García⁵⁹¹ que “es en la sentencia de incapacitación donde el juez ha de decidir cuál es el de régimen de tutela o guarda a la que ha de quedar sujeto el incapacitado”, si la patria potestad rehabilitada u otro, para ello valorará su conveniencia para el interés o bienestar del incapacitado y tendrá en cuenta las

⁵⁸⁷ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 171”, cit., p. 1770.

⁵⁸⁸ RUBIO SAN ROMÁN, J.I., “Comentario a los artículos 169 a 171”, en J. Rams Albesa/R. Mª. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 1536.

⁵⁸⁹ El art. 234.2º CC excluye en ese caso la rehabilitación de la patria potestad. Creemos que tampoco procede si el incapacitado tiene hijos o descendientes capaces mayores de edad. No obstante, el CC llama como tutores antes a los padres que a los descendientes (art. 234 CC); sin perjuicio de que se pueda alterar el llamamiento por decisión motivada del juez.

⁵⁹⁰ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., p. 824.

⁵⁹¹ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 171”, cit., pp. 1770-1771.

circunstancias de los progenitores (tales como edad, estado de salud, ingresos, etc.) y del incapacitado (grado de incapacidad, necesidad de atenciones, etc.).

4.- Régimen jurídico del ejercicio

El art. 171 párr. 1º establece que “[...] *La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título.*”.

La patria potestad prorrogada o rehabilitada será ejercida por quien la ejercía cuando esa patria potestad debió finalizar, o por quien le correspondería hacerlo si el hijo fuese todavía menor de edad⁵⁹².

El ejercicio de la patria potestad prorrogada se hará conforme a lo que determine la sentencia de incapacitación⁵⁹³, y supletoriamente por las reglas de la patria potestad o directamente por esta si la propia sentencia se remite a ellas, teniendo siempre en cuenta el interés superior del hijo incapaz. Como señala Castán Pérez-Gómez⁵⁹⁴, el régimen jurídico de la patria potestad sufrirá sustanciales modificaciones en su ejercicio; ya que la patria potestad es un régimen de protección evolutivo y variable, en función de la personalidad y la progresiva madurez del hijo que provoca un progresivo reconocimiento de su capacidad. Esta concepción no puede ser trasladada sin más a todos los supuestos de patria potestad prorrogada o rehabilitada. En estos casos, la patria potestad tendrá un carácter más protector y los padres tendrán que adaptar a la situación concreta de su hijo sus obligaciones⁵⁹⁵. Además, hay derechos personalísimos que no pueden ejercerse a través de representantes legales y que la falta de capacidad puede impedir ejercerlos.

También hay que considerar que la patria potestad es transitoria, acabando cuando el hijo alcanza la mayoría de edad. Mientras que la patria potestad prorrogada o

⁵⁹² Por ello, no les corresponde a los progenitores privados de la patria potestad conforme al art. 170 CC, ni a los que han sido suspendidos en su ejercicio (arts. 156 y 172 CC). Si recuperan la patria potestad, cesaría su exclusión.

⁵⁹³ La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta (art. 760 LEC, que recoge la redacción que tenía el art. 210 CC, que deroga). Señala DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario al art. 210”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 195-196; que “se otorga a la Sentencia un amplio poder de determinación de la extensión y de los límites de la incapacitación y del régimen de tutela o de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”, y “la Sentencia determina la extensión de la incapacitación. Lo que no puede determinar es el régimen jurídico a que la incapacitación queda sujeta, que es de creación legal y ha de regirse por los preceptos de la Ley”.

⁵⁹⁴ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, cit., pp. 823-827.

⁵⁹⁵ DÍAZ-AMBRONA BARJADÍ, M^a. D., y HERNÁNDEZ GIL, F., *Lecciones de Derecho de Familia*, ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 436.

rehabilitada en principio lleva implícita una previsión de permanencia⁵⁹⁶, por lo que los padres tendrán que afrontar la situación con más amplitud⁵⁹⁷.

Según Díez García⁵⁹⁸, “hay que tener en cuenta que la limitación de la capacidad de obrar de la incapacitación vendrá determinada, en su extensión y límites, por la misma sentencia (art. 760 LEC)”, que determinará los actos para los que el incapacitado tiene capacidad por sí mismo; aquellos para los que requiere la asistencia de sus padres y los que necesariamente deben realizar, en su representación, sus progenitores. Por tanto, “cabe delinear un régimen de protección más cercano a la curatela que a la tutela o a la misma patria potestad u otro u otros más similares a estas instituciones tuitivas”⁵⁹⁹.

Como señala Parra Lucán⁶⁰⁰, lo que disponga la sentencia de incapacitación sobre la capacidad del incapacitado para realizar válidamente un determinado acto prevalece sobre las reglas generales. Por ello, la aplicación supletoria de las normas de la patria potestad ha de hacerse de forma compatible con la sentencia de incapacitación y no se pueden aplicar sin más las normas de los arts. 164 a 166 CC. Aunque parte de la doctrina considera que no puede excluirse la aplicación del art. 166 CC, como Rubio San Román⁶⁰¹.

Aunque tanto el menor como el incapacitado carecen de la capacidad general de contratar (art. 1263 CC), hay que admitir, al igual que se ha hecho para el menor, que el incapaz pueda actuar eficazmente en el tráfico realizando conductas sociales típicas o en aquellos actos en los que su actuación solo le puede reportar beneficios o ventajas⁶⁰².

Si bien no se puede asimilar la situación de ambos, ya que la capacidad natural del incapaz puede no corresponderse con la que se reconoce al menor para realizar por sí determinados actos. Y hay casos en que la ley prohíbe algo a los incapacitados, pero no a los menores de cierta edad (p. ej., art. 9.3 Ley 41/2002⁶⁰³). En otras ocasiones, se equiparan menores e incapaces, a quienes se permite una actuación autónoma si sus

⁵⁹⁶ Sin perjuicio de aquellos casos en que sea posible una recuperación, expresamente prevista en el art. 171 CC como causa de extinción de la patria potestad prorrogada, o una mejora del hijo (art. 761.1 LEC).

⁵⁹⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El Notario y la protección del discapacitado*, ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 1997.

⁵⁹⁸ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 171”, cit., pp. 1771-1774.

⁵⁹⁹ DE PRADA GONZÁLEZ, J.Mª., “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, cit., p. 324.

⁶⁰⁰ PARRA LUCÁN, M. A., “Arts. 199 a 214 CC”, cit., p. 1720.

⁶⁰¹ RUBIO SAN ROMÁN, J.I., “Comentario a los artículos 169 a 171”, cit., p. 1537.

⁶⁰² PARRA LUCÁN, M. A., “Arts. 199 a 214 CC”, cit., pp. 1720-1721.

⁶⁰³ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE-A-2002-22188).

condiciones de madurez así lo permiten (art. 3.1 LOPDH⁶⁰⁴) o a quienes se les prohíbe (art. 5.6 Ley 14/2006⁶⁰⁵).

5.- Extinción

Art. 171 párr. 2º CC: *“La patria potestad prorrogada terminará:*

1.º Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.

2.º Por la adopción del hijo.

3.º Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.

4.º Por haber contraído matrimonio el incapacitado.”.

A estas causas habría que añadir, aunque no se mencione expresamente, la privación de la patria potestad. Los dos primeros casos reproducen las causas de extinción de la patria potestad previstas en el art. 169.1º y 169.3º CC.

El tercero es el de haberse declarado la cesación de la incapacidad.

El art. 56 CC admite el matrimonio del incapaz con capacidad suficiente para contraerlo. El matrimonio no termina con la incapacitación, pero supone la formación de una nueva familia y si para la tutela se prefiere al cónyuge que convive con el tutelado antes que a los padres (art. 234 CC)⁶⁰⁶, parece conveniente crear un nuevo sistema de protección que corresponde al cónyuge que debe prestarle ayuda, asistencia y socorro, y con el que debe convivir (arts. 67 y 68 CC) .

Afirma Díez García⁶⁰⁷ que si tras el matrimonio “no se ha constituido la tutela o la curatela, el cónyuge, si asiste al incapacitado, quedará en la situación de un mero guardador de hecho”.

Si al cesar la patria potestad prorrogada, subsiste el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o la curatela, según proceda. Lo que se recoge en el art. 222.3º CC:

“Estarán sujetos a tutela:

3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.”.

⁶⁰⁴ Art. 3.1 LOPDH: *“Uno. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.”.*

⁶⁰⁵ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE-A-2006-9292), art. 5.6: *“Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar.”.*

⁶⁰⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, cit., p. 548.

⁶⁰⁷ Díez GARCÍA, H., “Art. 171”, cit., p. 1774.

V.- LA EMANCIPACIÓN

1.- Concepto

1.1.- Introducción

Otorgar la capacidad de obrar al cumplir determinada edad tiene las ventajas y seguridad propias de toda regla, y los inconvenientes de no ser adaptable a las situaciones particulares de cada persona ni de satisfacer los casos en que puede ser conveniente conceder la capacidad antes de esa edad.

En las legislaciones modernas se permite adelantar la capacidad de obrar y, en consecuencia, extinguir la patria potestad o la tutela antes de la mayoría de edad gracias a ciertas instituciones. En España es la emancipación, que viene regulada en el CC, Libro Primero, “*De las personas*”, Título XI “*De la mayor edad y de la emancipación*”, en los arts. 314 a 324 CC que fue reformado por la Ley de 13 mayo de 1981.

El art. 323 CC establece: “*La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.*”

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.”.

La regla general es la equiparación del menor emancipado con el mayor de edad, salvo en una serie de excepciones, en las que se requiere completar la capacidad del emancipado. De Castro y Bravo⁶⁰⁸ afirma que el menor queda incluido en el estado civil de emancipado en el que si bien tiene libertad para actuar, sigue precisando en algunos casos complemento de capacidad.

1.2.- Definición

El CC no la define. Podríamos decir que la emancipación es aquel acto jurídico solemne o beneficio de la ley en cuya virtud se atribuye al menor el estado civil de

⁶⁰⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 166-167.

menor emancipado, liberándolo en consecuencia de la patria potestad o la tutela, y confiriéndole, junto con el gobierno de su persona, una cierta capacidad patrimonial.

Díez-Picazo⁶⁰⁹ considera que la emancipación es un típico acto o negocio jurídico de derecho de familia, que tiene como primordial efecto el otorgar al menor un nuevo estado civil: el de emancipado. Ese estado civil es, por una parte, mucho más amplio que el de la minoría de edad, porque habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor. Pero es más estrecho que el de la mayoría de edad, puesto que, pese a lo antedicho, el menor de edad posee una serie de restricciones a su capacidad de obrar que están en función de la causa de emancipación.

De Castro y Bravo con la doctrina mayoritaria⁶¹⁰, define la emancipación como el “acto solemne por el que los padres sacan de su poder a un hijo que lo consiente. Y como el acto por virtud del cual los hijos salen de la patria potestad por voluntad de los padres, por ley o por sentencia”.

En el orden personal adquiere capacidad de obrar como si fuera mayor de edad y desaparece la patria potestad (art. 169.2º CC) y la tutela a través del beneficio de la mayor edad (art. 276.4º CC). En el orden patrimonial, su capacidad no es plena, es él quien realiza los actos y negocios jurídicos, pero en ciertos casos necesita un complemento de capacidad.

Es un estado civil intermedio entre la mayoría y la minoría de edad, como indica la STS, de 16 de mayo de 1984⁶¹¹.

El estado civil del emancipado se acerca más al de la mayoría que al de la minoría de edad. Mientras que el menor de edad como regla general no puede actuar por sí solo, son sus guardadores legales los que le sustituyen y actúan por y para él, el emancipado sí puede realizar por sí mismo toda clase de actos y negocios jurídicos. Actúa siempre por sí, celebra el negocio y asume las consecuencias del mismo, incluso en los casos en los que necesita completar su capacidad. Tiene la misma capacidad que corresponde al mayor de edad, salvo en aquellos casos en que la ley exige el complemento de capacidad; en los que no se trata de suplir su capacidad sino solo de completarla.

Este complemento o asistencia puede ser anterior, simultáneo o posterior (confirmación) al negocio jurídico, y debe ser otorgado por los padres (los dos

⁶⁰⁹ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 290.

⁶¹⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., pp. 209-210. Definiciones recogidas posteriormente por GOMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículo 323”, en J. Rams Albesa/R. M^a. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 2093.

⁶¹¹ TOL 1.737.754. Señala que ““un periodo diferenciado en la vida del menor hasta el momento de la mayoría propia del art. 12 CE, que tiene por finalidad prepararle para la mayoría””.

conjuntamente o uno de ellos), el curador y, excepcionalmente, el defensor judicial o el cónyuge, según los distintos supuestos fácticos. No caben las autorizaciones genéricas, porque no cumplen la finalidad de control del asentimiento (STS, de 28 de septiembre 1968⁶¹²) y el contrato celebrado por el menor sin la autorización de sus padres o curadores es “anulable” (arts. 293, 1300 y 1301 CC).

El menor emancipado es tratado como mayor salvo las restricciones legales expresas contenidas en el propio CC (art. 323 CC) o en leyes especiales⁶¹³.

Hay otras restricciones que derivan de su disminuida autonomía patrimonial. Entre otras: no pueden ejercer funciones representativas legales, salvo la patria potestad (arts. 157, 181, 184, 241, 291 y 893 CC); y las de naturaleza voluntaria con las restricciones que se establezcan, como en el art. 1716 CC⁶¹⁴.

Indica Gómez Laplaza⁶¹⁵ que la equiparación al mayor de edad comporta dos consecuencias: primera, que el que actúa es siempre el menor, tanto en general como en relación con las limitaciones que se contienen a continuación en el precepto; y segunda, la necesaria interpretación restrictiva de esas excepciones o limitaciones. Idea que se refuerza con lo dispuesto en el art. 2.2 LOPJM⁶¹⁶.

1.3.- Inscripción

La emancipación debe cumplir un requisito formal, cual es la inscripción en el RC. Según el art. 318 CC: “*La concesión de emancipación habrá de inscribirse en el Registro Civil, no produciendo entre tanto efectos contra terceros.*”

⁶¹² RJ 1968, 3961

⁶¹³ P. ej., para ser nombrado árbitro, el art. 13 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE-A-2003-23646), exige “*el pleno ejercicio de sus derechos civiles*”.

⁶¹⁴ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 316”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2557-2558.

⁶¹⁵ GÓMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, en J. Rams Albesa/R. M^a. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 2^o, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 2141.

⁶¹⁶ El art. 2.2 LOPJM establece: “*A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:*

a) *La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.*

b) *La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.*

c) *La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. [...]*

d) *La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.”.*

Concedida la emancipación no podrá ser revocada.”.

Y el art. 70 LRC:

“Emancipación y beneficio de la mayor edad.

1. En el registro individual se inscribirán la emancipación y el beneficio de la mayor edad.

2. La emancipación por concesión de los que ejercen la patria potestad se inscribe en virtud de escritura pública o por comparecencia ante el Encargado.

3. La emancipación por concesión judicial y el beneficio de la mayor edad se inscriben en virtud de resolución judicial.

4. La emancipación tácita o por vida independiente podrá inscribirse mediante la acreditación documental de la situación de independencia y el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad.

La concesión de emancipación y la emancipación por vida independiente, así como el beneficio de la mayor edad, no producirán efectos frente a terceros mientras no se inscriban en el Registro Civil.”.

Debe inscribirse en el RC según el art. 176 D de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (RRC): *“La emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad se inscribe en virtud de escritura o de comparecencia ante el Encargado del Registro.*

La emancipación por concesión judicial y el beneficio de la mayor edad se inscriben en virtud del testimonio correspondiente.”.

Aunque el art. 318 CC obliga a la inscripción, esta no es constitutiva, y conforme a la RDGRN, de 14 de mayo de 1984⁶¹⁷, la falta de inscripción no impide la eficacia de la emancipación, pero carecerá de trascendencia jurídica⁶¹⁸.

1.4.- Prestadores del consentimiento

Conforme al art. 323 CC deben prestar el consentimiento que completa la capacidad de los emancipados quien sin la emancipación ejercería la patria potestad (art. 156 CC) o el curador (art. 286 CC).

⁶¹⁷ RJ 1984, 4077

⁶¹⁸ PUIG FERRIOL, L., “Comentario al art. 323”, cit., p. 877.

Los padres intervienen, según Puig Ferriol⁶¹⁹, por la obligación de vigilancia que les atribuye la ley en interés del emancipado, para prevenirle de un eventual daño y su asistencia no deriva de la patria potestad, sino de su deber de velar por los hijos⁶²⁰.

Lo normal es que actúen ambos padres a menos que la titularidad de la patria potestad la ostente solo uno de ellos. Lete del Río⁶²¹ cree que le corresponde a quien tuviere el ejercicio de la patria potestad en el momento en que se produce la emancipación.

Le corresponde al curador si no hay progenitores que tengan la patria potestad o si el menor antes de la habilitación hubiera estado sometido a tutela.

Afirma Álvarez Moreno⁶²² que “técnicamente el complemento de capacidad que prestan padres o curadores no se trata de un consentimiento, sino de un mero asentimiento, o asistencia al emancipado que es quien actúa como parte contratante”.

El consentimiento puede ser expreso o tácito porque no está sujeto a forma determinada pero ha de prestarse de modo individual para cada acto concreto y determinado⁶²³, debe darse caso por caso para ponderar las circunstancias, como indica la jurisprudencia (SSTS, de 23 de julio de 1998⁶²⁴ y 21 de enero de 2000⁶²⁵), no cabe un consentimiento general ni autorización previa y genérica. El complemento de capacidad ha de ser previo o coetáneo a la celebración del contrato, sin que quepa uno posterior⁶²⁶.

Si no quieren prestar el complemento de capacidad, el emancipado puede dirigirse al juez para que lo autorice o nombre un defensor judicial (art. 163 CC).

El art. 324 CC atribuye el consentimiento al cónyuge en caso de emancipado casado: *“Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará, además, el de los padres o curadores de uno y otro.”*.

⁶¹⁹ PUIG FERRIOL, L., “Comentario al art. 323”, cit., p. 883.

⁶²⁰ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, cit., pp. 122-123.

⁶²¹ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 323”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, p. 531.

⁶²² ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 323”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013., pp. 2632-2634; GOMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2146.

⁶²³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículo 316 CC”, cit., p. 1338. LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 323”, cit., p. 531.

⁶²⁴ TOL 1.617

⁶²⁵ TOL 1.760

⁶²⁶ GOMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2146.

Indica Álvarez Moreno⁶²⁷ que debe tratarse de bienes comunes de los cónyuges, ya sean gananciales o los tengan en cotitularidad⁶²⁸. Si son bienes privativos del cónyuge menor de edad se aplica el art. 323 CC.

El art. omite dos casos que sí están previstos en el art. 323 CC:

– Los establecimientos industriales. Aquí la doctrina es unánime en que deben ser incluidos en este precepto, porque se trata de un descuido del legislador⁶²⁹.

– Tomar dinero a préstamo. Aquí la mayoría de la doctrina⁶³⁰ considera que es intención del legislador dejar dicho acto sometido al art. 323 CC y necesitaría el complemento de capacidad de los padres o curador del emancipado.

Si cualquiera de los cónyuges no quiere o no puede prestar su consentimiento, el otro cónyuge puede pedir al juez que supla dicho consentimiento (art. 1377 párr. 2º CC). Ambos están legitimados para recabar la autorización judicial en caso de oposición o de imposibilidad de consentir del otro cónyuge⁶³¹.

1.5.- Contraposición de intereses

En el caso de que haya intereses contrapuestos entre el emancipado y alguno de sus progenitores, el complemento de capacidad lo concederá el otro, y si la contraposición es con ambos, el art. 163 CC establece: *“Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.*

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.” Por tanto, se le nombrará un defensor judicial, y lo mismo sucederá si la contraposición es con el único de los padres que ejerza la patria potestad.

⁶²⁷ ÁLVAREZ MORENO, Mª. T., “Art. 324” en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2638-2640.

⁶²⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, Mª. C., “Emancipación y matrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, enero 1985, p. 23.

⁶²⁹ PUIG FERRIOL, L., “Comentario al art. 323”, cit., p. 887; o LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 323”, cit., p. 535.

⁶³⁰ MARTÍNEZ GALLEGU, E., “Comentario al art. 324 CC”, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, ed. Lex Nova, 2010, p. 449.

⁶³¹ No prevé el recurso al complemento de capacidad de los padres o del curador, sino que debe resolverse el conflicto por el juez quien autorice, en su caso, la disposición cuando sea de interés para la familia.

Si el curador tiene intereses contrapuestos, también se nombrará un defensor judicial (art. 299.1 CC).

1.6.- Actos realizados sin consentimiento

Se discute sobre cuál sea la sanción jurídica de los actos realizados por el menor emancipado sin haber obtenido el complemento de capacidad, dudándose entre la nulidad y la anulabilidad.

Algunos autores como Valpuesta Fernández⁶³² están a favor de la nulidad de dichos actos. Pero en la actualidad prevalece la anulabilidad⁶³³ sobre todo en virtud del actual art. 293 CC que establece “*Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código.*”. Y del art. 1300 CC, que dispone: “*Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.*”.

El complemento de capacidad es un requisito necesario para la plena eficacia del negocio jurídico, pero si falta este complemento, el negocio seguirá siendo eficaz aunque sujeto a una posible impugnación (art. 293 CC). Por lo que el acto será anulable por las reglas de los arts. 1301 y ss. Al ser de contratos anulables, cabe la confirmación del mismo⁶³⁴ (art. 1310 CC), o su convalidación, incluso tácita por el transcurso del plazo de la acción (4 años) sin que se impugne el contrato.

Señala Álvarez Moreno⁶³⁵ que el único legitimado para impugnar el contrato es el emancipado y los sujetos obligados a complementar su capacidad, es decir, sus padres o curador. No podrá en cambio, impugnar el contrato quien contrató con él (art. 1302 CC).

2.- Clases

⁶³² VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “La edad”, en F. Blasco Gascó (coord.), *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, 4ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 221.

⁶³³ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 323”, cit., p. 532.

⁶³⁴ GOMEZ LAPLAZA, Mª. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2147.

⁶³⁵ ÁLVAREZ MORENO, Mª. T., “Art. 323”, cit., p. 2634.

En la actualidad hay solo una clase de emancipación, pero diversas vías para lograrla.

El art. 314 CC establece las siguientes:

“La emancipación tiene lugar:

1.º Por la mayor edad.

2.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad.

3.º Por concesión judicial.”.

Se modificó por la disposición final 1.55 LJV, y por el art. 4 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

2.1.- Por la mayor edad

Art. 315 párr. 1º CC: *“La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos.”.*

El CC sigue considerando como causa de emancipación la mayor edad, lo que es erróneo porque cuando se alcanza la mayoría de edad se es mayor de edad, no mayor de edad emancipado. La mayoría de la doctrina, entre otros Puig Ferriol⁶³⁶, ha lamentado que las sucesivas reformas en la materia no hubieran resuelto la cuestión en términos precisos, distinguiendo de una vez entre mayoría de edad y emancipación como instituciones diferentes. Sin embargo, otra parte de la doctrina cree que esta contradicción es una relación de género (emancipación) y especie (mayor edad)⁶³⁷, considerando que la mayor edad es una emancipación en grado máximo⁶³⁸, o huyendo de disquisiciones teóricas y aceptando su inclusión entre los casos de emancipación⁶³⁹.

La realidad es que mantener el 314.1º CC implica un contrasentido, que debería desaparecer en esta enumeración, ya que por la mayoría de edad, se extingue la emancipación si existe y no se inicia. Se llega a un estado civil diferente, el de la mayoría de edad.

Según el art. 322 CC: *“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.”*, en cambio, los emancipados tienen una capacidad más limitada la fijada en el art. 323 CC.

2.2.- Por concesión de los que ejercen de la patria potestad

⁶³⁶ PUIG FERRIOL, L., “Comentario al art. 323”, cit.

⁶³⁷ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 323”, cit., p. 500.

⁶³⁸ PÉREZ DE CASTRO N., *El menor emancipado*, cit., p. 33.

⁶³⁹ ALBÁCAR LOPEZ J.L. y MARTIN GRANIZO FERNÁNDEZ, M., “Comentario al Título XI: De a mayor edad y de la emancipación”, *Comentarios al Código Civil*, ed. Trivium Grafol, 1991, p. 1350.

Según el art. 317 CC “*Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro.*”.

Formas optativas, pero *ad solemnitatem*.

Según Lete del Río⁶⁴⁰ el acto de concesión de la emancipación por quienes ostentan la patria potestad es un negocio jurídico de familia, unilateral, formal, discrecional y puro.

Es unilateral, porque la emancipación se obtiene por concesión de los padres, y aunque el menor ha de consentir, ello es un presupuesto de eficacia del negocio (*conditio iuris*), pero no convierte el negocio en bilateral, según la mayoría de la doctrina⁶⁴¹. Aunque algunos consideran que es un negocio bilateral⁶⁴².

Es formal, porque se trata de forma *ad solemnitatem*, necesaria para la validez de la emancipación.

Se trata de un acto discrecional, ya que no hay que justificar las razones por las que los padres decidan hacerlo.

Debe ser un acto puro, porque no puede someterse a término, modo o condición.

Tiene un carácter total y definitivo, no puede otorgarse una emancipación parcial o para determinados actos o negocios⁶⁴³.

La emancipación la conceden “*quienes ejerzan la patria potestad*”, en principio, es claro que ambos padres conjuntamente, que es el modo normal de ejercicio de la patria potestad, según el art. 156 CC.

Respecto a la emancipación no parece admisible que pueda actuar uno con consentimiento o poder de otro, salvo que actúe como mero *nuntius* o portador de una voluntad ya formada; tampoco es aceptable el consentimiento tácito ni el expreso fuera de escritura (art. 1280 párr. 1º, 5º CC), ni el consentimiento presunto que el art. 156 párr. 3º CC limita al ejercicio ordinario de la patria potestad.

En los casos regulados por el CC en los que la patria potestad se atribuye o se ejerce por uno solo de los progenitores, será necesaria la autorización de ambos, porque la emancipación es una cuestión de titularidad y no solo de ejercicio; por lo que hay que

⁶⁴⁰ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 323”, cit., pp. 510-511.

⁶⁴¹ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 323”, cit., pp. 510-511.

⁶⁴² LOPEZ J.L. y MARTIN GRANIZO FERNÁNDEZ, M., “Comentarios al Título XI: De la mayor edad y de la emancipación”, cit., p. 1353.

⁶⁴³ Para la intervención del menor solo en ciertos actos, debe acudir a la vía del art. 166, párr. último CC.

seguir un criterio restrictivo en la admisión de la emancipación por un solo progenitor, ya que perjudicaría los derechos que también corresponden al otro progenitor y porque a través de la emancipación judicial pueden solucionarse estos conflictos.

Solo cabría la concesión unipersonal por uno de los padres en los siguientes casos:

- Que solo esté determinada legalmente una filiación (art. 111 CC).
- Que uno de los padres haya quedado excluido de la patria potestad conforme el art. 111 CC, o privado de ella por sentencia como establece el art. 170 CC.
- Que uno haya muerto o haya sido declarado fallecido (art. 169 CC).
- En caso de ausencia legal (arts. 182 y ss. CC).
- Y el de incapacidad judicialmente declarada (art. 156 párr. 4º CC).

El art. 318 CC establece que *“La concesión de emancipación habrá de inscribirse en el Registro Civil, no produciendo entre tanto efectos contra terceros.*

Concedida la emancipación no podrá ser revocada.”.

2.3.- Por concesión judicial

Según el art. 320 CC: *“El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres:*

1.º Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor.

2.º Cuando los padres vivieren separados.

3.º Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.”.

Por lo que requiere con carácter previo petición del interesado mayor de 16 años, que es el único legitimado para instar la emancipación judicial. Los padres no pueden hacerlo por él, no están legitimados para ello⁶⁴⁴. Pueden emancipar por su concesión (art. 317 CC), pero no pueden instar del juez la emancipación judicial.

Se tiene que dar alguna de las situaciones previstas, que son motivo causante de la emancipación. Todas estas situaciones pueden ser perjudiciales para el menor⁶⁴⁵ y la emancipación puede ponerles remedio.

⁶⁴⁴ AAP de Barcelona, de 2 de mayo de 2007 (RJA 2007/260388).

⁶⁴⁵ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 323”, cit., p. 522.

El primero supone la entrada de una persona ajena al entorno familiar previo conformado por el progenitor y el menor, que modifica el *modus vivendi* en el que se desenvuelve el hijo⁶⁴⁶.

El segundo debe entenderse en sentido amplio, incluyendo todos los casos en que los padres no cohabitan (separación, divorcio, nulidad, ruptura de pareja de hecho, o simplemente que nunca hubieran convivido).

En el tercero caben multitud de hipótesis, que dificultan la convivencia y que pueden proceder de la persona que ejerce la patria potestad o del hijo.

2.4.- Por matrimonio del menor

El antiguo art. 314 CC establecía entre las vías para conseguir la emancipación el matrimonio del menor, pero ello ha sido derogado por la disposición final 1.55 LJV, y por el art. 4 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio⁶⁴⁷.

2.5.- Emancipación tácita

2.5.1.- Concepto

Una especie singular de emancipación es la llamada emancipación tácita, presunta, de hecho o por vida independiente, recogida en el art. 319 CC, según el cual: *“Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento.”*

Se regula una situación de hecho caracterizada por una autonomía de actuación del menor equiparable a la del emancipado⁶⁴⁸. Según Álvarez Moreno⁶⁴⁹, se trata de

⁶⁴⁶ PÉREZ DE CASTRO, N., “Arts. 316, 317, 318, 324, 320, 321”, en J. Rams Albesa/R. M^a. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 2128.

⁶⁴⁷ Y según el derogado art. 316 CC *“El matrimonio produce de derecho la emancipación”*, o sea, no se necesitaba de ninguna declaración dirigida a emancipar, sino que se producía por el hecho de contraer matrimonio válido. Quien por el matrimonio constituía una nueva familia, no seguía sujeto a otra autoridad familiar.

Pero, exigiéndose para celebrar el matrimonio la mayor edad o estar emancipado (art. 46 CC: *“No pueden contraer matrimonio:*

1.º Los menores de edad no emancipados.

2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial.”); el supuesto quedaba reducido al caso de quien teniendo más de catorce años conseguía la dispensa de edad para celebrarlo. Hoy ya no, al elevar la LJV la edad mínima del matrimonio a los dieciséis años.

⁶⁴⁸ PÉREZ DE CASTRO N., *El menor emancipado*, cit., p. 59.

“dar respuesta jurídica a aquellos casos en que el menor desempeña un trabajo remunerado y tiene independencia económica con respecto a la economía familiar de sus padres. Es coherente con la disciplina laboral, que impide el acceso al mercado laboral a los menores de dieciséis años (art. 6.1 ET), y que permite contratar por sí mismos a los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho” “[...] *que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.*” (art. 7 b) ET).

Continúa indicando que “si al menor se le reconoce capacidad laboral, debe tener también suficiente capacidad en la esfera patrimonial para gestionar los bienes que adquiera, ya sea por su trabajo o por cualquier otro título”. Esta idea subyace en el art. 319 CC y en el art. 164.3º CC (en relación con los bienes adquiridos “*con su trabajo o industria*”)⁶⁵⁰.

Para De Castro y Bravo⁶⁵¹ la vida independientemente se ha de entender, más que en tener un domicilio propio o separación física, en llevar una vida económica separada de la familia. Y habrá consentimiento por el conocimiento de la vida independiente no seguida de la oposición de quienes ejerzan la patria potestad.

Como dice Díez Picazo⁶⁵², se trata de una emancipación de hecho, pues a esa edad el hijo podría estarlo de derecho por la concesión de sus padres.

El art. 319 CC se refiere expresamente al menor sujeto a patria potestad y no dice nada de la tutela. Algunos autores como Gómez Laplaza⁶⁵³, consideran que no es posible ampliar el ámbito de aplicación porque el supuesto de hecho debe limitarse al que textualmente contempla la norma y por tanto no se aplica a la tutela; otros, como Puig Ferriol⁶⁵⁴, creen que hay identidad de *ratio*, por lo que siempre que se den los requisitos, la situación de vida independiente del tutor y consentimiento de este podrá darse también el supuesto respecto al menor sometido a tutela, lo que se ratifica en

⁶⁴⁹ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 319” en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2588-2595.

⁶⁵⁰ Aunque hay diferencias entre ambos preceptos, dado que en el art. 164 párr. 2º, 3 CC, el menor solo tiene capacidad para administrar ciertos bienes, mientras que en el art. 319 CC, el menor es considerado emancipado y puede administrar todos sus bienes. GOMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., pp. 2124-2125.

⁶⁵¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., pp. 220-221.

⁶⁵² Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., pp. 290 y ss.

⁶⁵³ GOMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2120.

⁶⁵⁴ PUIG FERRIOL, L., “Comentarios al art. 323”, cit., p. 878; ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., y MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ, M., “Comentarios al Título XI: De la mayor edad y de la emancipación”, cit. p. 1355.; PÉREZ DE CASTRO N., *El menor emancipado*, cit., p. 59; para él, el problema es determinar quién tendrá que prestar el consentimiento previsto en este art., si el tutor o el juez; GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, cit., pp. 141-159.

virtud de lo establecido en los arts. 44 del RD Leg. 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI)⁶⁵⁵ y 7 b) ET⁶⁵⁶.

Discute la doctrina sobre si es o no una verdadera emancipación. Algunos autores⁶⁵⁷ defienden que se trata de una nueva causa de emancipación; mientras que otros⁶⁵⁸ estiman que “no existe una verdadera y propia emancipación, sino que hay una equiparación en cuanto a la eficacia de la vida independiente del menor a la situación del menor emancipado”. Además, el hecho de que se le repunte emancipado, significa que no lo es. La postura intermedia cree que se trata de una emancipación de hecho⁶⁵⁹, que se equipara a la emancipación formal a todos los efectos.

2.5.2.- Diferencias con la emancipación formal

2.5.2.1.- Forma

La emancipación por concesión de los padres es un negocio jurídico formal, es una situación de derecho. Sin embargo no se exige ningún requisito formal para reconocer la existencia de vida independiente del menor, que es una situación de hecho, no hay formalidad alguna que acredite su existencia, incluso el consentimiento de los padres puede ser tácito.

2.5.2.2.- Revocabilidad

La emancipación por concesión es irrevocable (art. 318 CC). Se extingue la patria potestad y se adquiere un nuevo estado civil, el de menor emancipado, con la correlativa ampliación de su capacidad de obrar.

Por el contrario, como señala el art. 319 *in fine* CC, la emancipación tácita es revocable, la vida independiente del menor es una situación reversible, y “*los padres pueden revocar el consentimiento*”. Esto es porque cuando lo prestaron no quedó

⁶⁵⁵ BOE-A-1996-8930. Art. 44 LPI: “*Los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tengan a su cargo, tienen plena capacidad para ceder derechos de explotación.*”.

⁶⁵⁶ Art. 7 b) ET: “*Podrán contratar la prestación de su trabajo:*

b) Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.”.

⁶⁵⁷ ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., y MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ, M.: “Comentarios al Título XI: De la mayor edad y de la emancipación”, cit. p. 1353.

⁶⁵⁸ PUIG FERRIOL, L., “Comentario al art. 323”, cit., p. 878; LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 323”, cit., pp. 517-520; GOMEZ LAPLAZA, Mª. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2123.

⁶⁵⁹ La STS, de 22 de enero de 1991 (TOL 1.727.288) también habla de emancipación de hecho.

extinguida la patria potestad. Puede realizarse en cualquier momento y sin requisito formal alguno⁶⁶⁰, pero tiene que ser expresa⁶⁶¹ (a diferencia del propio consentimiento que podía ser tácito). El ser revocable hace que sea difícil admitir su inscripción registral (art. 180 RRC). De modo que el menor goza de la autonomía patrimonial propia de todo emancipado, y sería contraria a la buena fe, la impugnación del propio menor, de sus padres o tutores (art. 1301 CC) alegando la incapacidad del menor que ellos mismos han consentido.

Los padres no pueden revocar el consentimiento arbitrariamente sin mediar justa causa⁶⁶² y no pueden hacerlo en perjuicio del hijo, será en su beneficio como todos los aspectos de la patria potestad. Si el interesado no está de acuerdo podrá acudir a la vía judicial por la existencia de intereses contrapuestos con sus padres. En caso de revocación por uno solo de los padres, será el juez quien decida.

2.5.2.3.- Efectos con respecto a la patria potestad

Según Álvarez Moreno⁶⁶³, “la emancipación por concesión extingue la patria potestad y crea un nuevo estado civil para el menor; que pasa a estar emancipado. En la emancipación tácita no se extingue la patria potestad aunque la situación sea idéntica, sino que esta queda en suspenso, porque puede revocarse el consentimiento⁶⁶⁴ y volver el menor a depender de sus padres”, que “recuperarán el ejercicio de la patria potestad que había quedado en suspenso durante la vida independiente del menor”.

2.5.2.4.- Efectos

Los efectos prácticos para las situaciones de vida ordinaria son los mismos. Pero no para los bienes del art. 323 CC. Respecto de ellos, el emancipado puede actuar por sí mismo, sin embargo, el menor de vida independiente no, porque al ser una situación fáctica el notario ante el que comparezca no le reconocerá la capacidad suficiente.

2.6.- Por concesión de la patria

⁶⁶⁰ GOMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2123.

⁶⁶¹ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, cit., p. 143.

⁶⁶² LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 323”, cit., p. 520.

⁶⁶³ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 319”, cit., p. 2591.

⁶⁶⁴ GOMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2123; PUIG FERRIOL, L., “Comentario al art. 323”, cit., p. 878.

Finalmente, aunque sea a título anecdótico y poniendo en duda su vigencia, destacamos la emancipación por concesión de la patria, prevista por el D. Ley, de 7 de marzo de 1937 sobre emancipación en su art. 2, que la otorga a los que, *“en tiempo de guerra y siendo mayores de dieciocho años, se hayan alistado o lo sean en lo sucesivo en el Ejército o Marina nacional”*; que de estar vigente, deberíamos entender dieciséis años.

Así, el texto original del art. 176 párr. 2 RRC⁶⁶⁵, decía: *“La emancipación por concesión de la Patria se inscribe en virtud de certificación de alistamiento voluntario en tiempo de guerra, expedida por el Jefe del Cuerpo o autoridad equivalente.”*.

3.- Actos que precisan complemento de capacidad

Según Álvarez Moreno⁶⁶⁶, “el art. 323 CC atribuye al emancipado la facultad de regir sus bienes como si fuera mayor. De ahí, se deduce que la regla general es la capacidad y la excepción la falta de capacidad. El propio precepto señala las limitaciones que deben imponerse a la capacidad del emancipado. Dichas limitaciones han de interpretarse restrictivamente⁶⁶⁷ en tanto que son excepciones a la regla general, que es la capacidad”.

Pero quien actúa es el menor emancipado, este no es sustituido, sino que complementarán su capacidad. A continuación, estudiaremos las limitaciones previstas en el art. 323 CC.

3.1- Tomar dinero a préstamo

Se justifica por las graves consecuencias patrimoniales que puede conllevar.

Puig Brutau⁶⁶⁸ y De Castro y Bravo⁶⁶⁹ opinan que cae dentro de la prohibición todo acto que tenga la misma finalidad que el préstamo: “la apertura de una cuenta corriente de crédito, la emisión o aceptación de una letra de cambio para obtener un préstamo, etc.”; criterios que sigue gran parte de la doctrina⁶⁷⁰ y la jurisprudencia que

⁶⁶⁵ Modificado por el art. 1 del RD 1917/1986, de 29 de agosto, de modificación de determinados arts. del RRC, que le dio nueva redacción.

⁶⁶⁶ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 323”, cit., p. 2627.

⁶⁶⁷ GÓMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2141.

⁶⁶⁸ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, vol. I, ed. Bosch, Barcelona, 1989, p. 346.

⁶⁶⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 225.

⁶⁷⁰ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 323”, cit., p. 530; o GÓMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2143.

han defendido que “la fianza (STS, de 28 de septiembre de 1968⁶⁷¹) y el aval (STS, de 27 de junio de 1941⁶⁷²) se consideran comprendidos dentro de esta limitación”. Las SSTs, de 15 de diciembre de 1943⁶⁷³ y 28 de septiembre de 1968⁶⁷⁴ dicen que no pueden prestar aval o fianza.

Díez-Picazo⁶⁷⁵ discrepa de esta postura y cree que sí puede prestarlos. Pérez de Castro⁶⁷⁶ “excluye de la limitación tanto las operaciones en las que el emancipado actúa como prestamista, como aquellas en la que es prestatario de bienes distintos al dinero, como p. ej. el mutuo de bienes fungibles. También podrá celebrar un contrato de comodato”. Álvarez Moreno⁶⁷⁷ “entiende que en tanto que limitaciones, deben interpretarse restrictivamente, y no extenderlas a otros negocios, pese a que persigan la misma finalidad”.

Interpretando esta limitación conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada (art. 3 CC), es evidente que el menor puede realizar varios actos que en principio se incluirían en esta limitación: comprar a crédito bienes a plazos⁶⁷⁸, utilizar tarjetas de crédito o débito para pagar sus compras y de hecho con ello obtiene un préstamo, solicitar un anticipo de sueldo en su trabajo⁶⁷⁹, celebrar contratos complejos,

⁶⁷¹ RJ 1968, 3961. Afirmó que el contrato de fianza se encuentra implícitamente comprendido dentro de los actos que requieren la pertinente autorización.

⁶⁷² RJ 1941, 760. Manifestaba respecto al aval que: “*Resulta indudable que aun cuando el contrato de fianza, y como una de sus modalidades, siquiera lo sea con rasgos muy peculiares la operación de aval, no estén literalmente comprendidos entre los actos que se prohíbe realizar, sin la autorización pertinente al menor, emancipado por concesión del padre o de la madre, están incluidos, cuando menos implícitamente, y por modo lógico, en la fórmula legal, en primer lugar, porque si bien el fiador no impone un gravamen directo sobre sus bienes inmuebles, compromete o puede indirectamente comprometer dichos bienes, y en segundo término, porque el afianzamiento, comprendiendo en esta expresión tanto la fianza en sentido estricto como el aval, constituye, a la vez que un negocio de carácter abstracto, en la relación entre acreedor y fiador, un negocio accesorio que puede ir unido a un negocio principal y causal de préstamo mutuo, y de no extender al primero, o sea para el préstamo mutuo las limitaciones que establece el repetido art. 323 del Código vendría a eludirse fácilmente el mismo, contrayéndose la obligación principal a nombre de persona distinta con la fianza del menor, que así quedaría sujeto a ella, subrogándose en las obligaciones del principal deudor, a pesar de la prohibición de la ley*”.

⁶⁷³ TOL 4.458.929

⁶⁷⁴ TOL 4.292.391

⁶⁷⁵ DIEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...*, cit., pp. 586-587.

⁶⁷⁶ PÉREZ DE CASTRO N., *El menor emancipado*, cit., p. 172.

⁶⁷⁷ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 323”, cit., pp. 2627-2629.

⁶⁷⁸ PÉREZ DE CASTRO N., *El menor emancipado*, cit., p. 177.

⁶⁷⁹ La SAP de Córdoba, de 11 de enero de 2007 (JUR 2007/178715) mantiene que: “*Hay que estar a la realidad social del momento en que se aplican tales normas, siendo común que un joven de 17 años, que tiene un trabajo independiente, solicite un anticipo de la misma para adquirir un ciclomotor, y si [...] se tiene [...] presente [...] el espíritu de la Ley de 15 de enero de 1996 de Protección jurídica del Menor, en cuyo art 2 establece que las restricciones de capacidad de obrar de los menores habrá de interpretarse de forma restrictiva, la conclusión no puede ser otra que la de considerar que no existe nulidad del contrato suscrito*”.

en los que el contrato principal de adquisición de un bien va unido al del crédito al consumo, o de financiación del bien o servicio contratado y dar un préstamo.

Para Pérez De Castro⁶⁸⁰ la realidad económica y social actual funciona a través de múltiples formas crediticias que desbordan el contenido del simple préstamo y en este precepto tenían que haberse acogido algunas excepciones a la limitación como que el préstamo hubiese reportado una utilidad demostrada para el emancipado, o que se solicitase para cubrir gastos necesarios.

3.2.- Gravar o enajenar bienes inmuebles

Manifiesta de Castro y Bravo⁶⁸¹ que con la frase “*gravar o enajenar bienes inmuebles*”, “se alude a todos los títulos y modos de transmisión”.

Según Álvarez Moreno⁶⁸², “la enajenación incluye cualquier tipo de transmisión *inter vivos*, ya se haga a título oneroso o lucrativo”. “Enajenar” incluye cualesquier negocio traslativo como: venta o constitución de un derecho real (hipoteca, usufructo, etc.), transacción sobre bienes inmuebles, o la renuncia, según la mayoría de autores.

También Díez-Picazo y Gullón Ballesteros⁶⁸³ entienden que la venta no es el único negocio jurídico al que afecta la restricción de la capacidad. Hay que interpretar la expresión legal como sinónima de todo acto o negocio jurídico que implique disposición (p. ej., permuta, donación, dación en pago de una deuda, etc.).

Álvarez Moreno⁶⁸⁴ indica que no quedan comprendidas “las transmisiones *mortis causa*, ni tampoco los actos de administración, como el arrendamiento”.

La referencia al gravamen⁶⁸⁵ “debe entenderse realizada, no sólo a la hipoteca, sino a todos los casos en que se constituya un derecho real sobre cosa propiedad del emancipado, ya se trate de un derecho real limitativo del dominio, de goce o de adquisición preferente o garantía”⁶⁸⁶.

El emancipado no puede constituir una hipoteca sobre un bien inmueble de su propiedad⁶⁸⁷, pero como señala Álvarez Moreno⁶⁸⁸, “nada dice el precepto sobre si

⁶⁸⁰ PÉREZ DE CASTRO N., *El menor emancipado*, cit., p. 183.

⁶⁸¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., pp. 226-227.

⁶⁸² ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 323”, cit., p. 2631.

⁶⁸³ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 291.

⁶⁸⁴ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 323”, cit., p. 2631.

⁶⁸⁵ GOMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2143.

⁶⁸⁶ PÉREZ DE CASTRO N., *El menor emancipado*, cit., p. 203.

⁶⁸⁷ PÉREZ DE CASTRO N., *El menor emancipado*, cit., p. 208, expone que el emancipado podrá constituir por sí mismo una hipoteca en los siguientes casos: puede constituirla por testamento (arts. 137 y

puede por sí mismo, cancelar o posponer la hipoteca ya constituida. El art. 178.3° RH permite al menor emancipado cancelar por sí mismo la hipoteca”.

Señala Pérez de Castro⁶⁸⁹ que por bienes inmuebles no debemos entender todos los comprendidos en los arts. 334 y 336 (*a sensu contrario*) CC, sino solo los inmuebles por naturaleza. Álvarez Moreno⁶⁹⁰ dice que el espíritu que inspira el art. 323 CC radica en proteger los bienes que verdaderamente son inmuebles (y no los que lo son ficticiamente por destino) porque, se piensa que son la parte más importante dentro del patrimonio del emancipado.

3.3.- Gravar o enajenar establecimientos mercantiles o industriales

Impide gravar o enajenar la totalidad del establecimiento o industria y también alguno de sus elementos que pueda comprometer la existencia o sustancia económica de la explotación porque sean esenciales para la misma⁶⁹¹.

3.4.- Gravar o enajenar objetos de extraordinario valor

Se refiere a bienes muebles. Pueden ser corporales o incorporeales (acciones, títulos valores, obras de arte, joyas, etc.).

El problema es qué se considera de extraordinario valor. La doctrina se divide entre los que defienden un criterio subjetivo⁶⁹² y los que siguen otro objetivo⁶⁹³.

El criterio objetivo se atiene al valor del objeto en sí mismo con criterio económicos, como p. ej., el valor de mercado del objeto⁶⁹⁴. Ofrece más seguridad en el tráfico jurídico.

El criterio subjetivo pone en relación el valor del objeto con la cuantía del patrimonio del emancipado, será algo valioso en el mismo⁶⁹⁵. Es más acorde con el

138 LH y 248.2° RH) en garantía de rentas o prestaciones periódicas, o en caso de hipoteca legal (art. 158 LH).

⁶⁸⁸ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 323”, cit., pp. 2631-2632.

⁶⁸⁹ PÉREZ DE CASTRO N., *El menor emancipado*, cit., pp. 192-193.

⁶⁹⁰ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 323”, cit., pp. 2629-2630.

⁶⁹¹ PUIG FERRIOL, L., “Comentario al art. 323”, cit., p. 886.

⁶⁹² GÓMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2145.

⁶⁹³ PUIG FERRIOL, L., “Comentario al art. 323”, cit., p. 886 o PÉREZ DE CASTRO N., *El menor emancipado*, cit., p. 202.

⁶⁹⁴ PÉREZ DE CASTRO N., *El menor emancipado*, cit., p. 202.

⁶⁹⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, cit., p. 119.

espíritu tuitivo de la norma⁶⁹⁶, pero supone inseguridad jurídica porque ese valor no será fácil de conocer para la otra parte.

Gete-Alonso y Calera⁶⁹⁷ propone aplicar complementariamente ambos criterios, el objetivo para los bienes que por su valor económico son valiosos, y el subjetivo para los bienes de valor inferior pero que sean parte importante del patrimonio del emancipado.

4.- Actos que no precisan complemento de capacidad

4.1.- Regla general

El art. 323 CC sienta una regla general que resulta útil para la resolución de los casos concretos. Pero en la práctica se plantean multitud de supuestos en los que se discute si el emancipado puede actuar o no sin el complemento de capacidad.

El menor emancipado tiene plena capacidad de obrar en el orden personal y familiar. En el orden patrimonial puede realizar actos de administración sobre toda clase de bienes y de disposición sobre muebles que no sean preciosos.

Señala Álvarez Moreno⁶⁹⁸ que el menor emancipado sigue siendo un menor de edad, y se le aplica por ello la LOPJM hasta que cumpla los dieciocho años. “El emancipado puede ejercitar todos y cada uno de los derechos reconocidos en dicha Ley, como el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, libertad de expresión, libertad ideológica, el derecho a ser oído o el derecho de representación y participación. Y además, como tiene capacidad procesal, puede ejercitar por sí mismo esos derechos reconocidos a todo menor (mientras que el menor no emancipado requiere para la actuación procesal de su representante legal)”.

Al menor emancipado, según nuestra legislación, la jurisprudencia de los tribunales y de la DGRN, le está permitido todo aquello que no le está expresamente prohibido.

4.2.- Actos personales

4.2.1.- Nacionalidad

⁶⁹⁶ GOMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2145.

⁶⁹⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, cit., p. 119.

⁶⁹⁸ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 323”, cit., pp. 2614-2615.

En relación con la adquisición de otros estados civiles, Álvarez Moreno⁶⁹⁹ dice que “el menor emancipado puede por sí solo realizar actuaciones dirigidas a la adquisición o pérdida voluntaria de la nacionalidad española. En todos los casos, previamente el sujeto habrá sido emancipado, y será considerado como tal conforme a su ley nacional”.

En cuanto a la adquisición de nacionalidad, el emancipado tiene capacidad para optar por la nacionalidad española (art. 20.2 d) CC), o para adquirirla por carta de naturaleza (art. 21.3 a) CC) y por residencia. El sujeto debe realizar dicha solicitud, porque es requisito para su concesión (RDGRN, de 27 de mayo de 1986⁷⁰⁰).

Respecto a la pérdida voluntaria de la nacionalidad, se produce, por cualquiera de los supuestos del art. 24 CC⁷⁰¹: por adquirir otra nacionalidad⁷⁰², por utilización exclusiva de la otra nacionalidad, por renunciar a la española⁷⁰³, o por no declarar su voluntad de conservarla⁷⁰⁴.

También pueden recuperar la nacionalidad española⁷⁰⁵.

4.2.2.- Vecindad

Respecto a la vecindad civil, hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar por la vecindad civil del lugar de su nacimiento o de la última vecindad de cualquiera de sus padres (art. 14 CC).

⁶⁹⁹ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 323”, cit., p. 2615.

⁷⁰⁰ RJA 1986, 3039.

⁷⁰¹ Art. 24 CC: “1. Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años, a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación. No obstante, los interesados podrán evitar la pérdida si dentro del plazo indicado declaran su voluntad de conservar la nacionalidad española al encargado del Registro Civil. La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen.

2. En todo caso, pierden la nacionalidad española los españoles emancipados que renuncien expresamente a ella, si tienen otra nacionalidad y residen habitualmente en el extranjero.

3. Los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, perderán, en todo caso, la nacionalidad española si no declaran su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, a contar desde su mayoría de edad o emancipación.

4. No se pierde la nacionalidad española, en virtud de lo dispuesto en este precepto, si España se hallare en guerra.”.

⁷⁰² RDGRN, de 14 de julio de 1994 (RJA 1994, 6903) y 28 de noviembre de 1995 (RJA 1996/1395).

⁷⁰³ RDGRN, de 29 de septiembre de 1987 (RJA 1987/6577).

⁷⁰⁴ RDGRN, de 7 de mayo de 1994 (RJA 1994/5012).

⁷⁰⁵ RDGRN, de 25 de junio de 1999 (RJA 1999/10127).

4.2.3.- Progenitores

Álvarez Moreno⁷⁰⁶, en cuando a sus progenitores, indica que “el emancipado puede ejercitar por sí mismo (*ex. art. 764.1 y 765.1 LEC*), las acciones de filiación (arts. 132 y 133 CC), ya sea para la determinación o la impugnación de la que conste legalmente (arts. 131 y ss. CC.).

Igualmente el emancipado puede solicitar alimentos a sus progenitores, conforme a los arts. 143 y 144 CC: es decir, puede solicitar judicialmente la obligación legal de alimentos”.

4.2.4.- Hijos

Respecto a los hijos, el emancipado es titular y ejerce la patria potestad, sin necesidad de complemento de capacidad, conforme a los arts. 154 y 157 CC.

También puede reconocer hijos sin necesidad de asistencia ni de aprobación judicial (art. 121 CC).

Se plantea en la doctrina si el emancipado requiere complemento de capacidad para realizar los actos previstos en el art. 323 CC (en que precisaría de complemento de capacidad) en el marco del patrimonio de su hijo. Pérez de Castro⁷⁰⁷ señala que debe ser negativa la respuesta, porque el art. 166 CC ya establece medidas suficientes para salvaguardar los bienes del menor cuyos progenitores sean emancipados.

4.2.5.- Tutor

El art. 241 CC exige que el tutor esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Algún autor defiende que el emancipado pueda ser tutor, apoyándose en la importante intervención que asume el juez en el desarrollo de la tutela.

La mayoría de la doctrina⁷⁰⁸ entiende que al exigirse pleno ejercicio de los derechos civiles (art. 241 CC), se excluye al emancipado, reservando dicho cargo exclusivamente a los mayores de edad no incapacitados.

4.2.6.- Matrimonio

⁷⁰⁶ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 323”, cit., p. 2618.

⁷⁰⁷ PÉREZ DE CASTRO N., *El menor emancipado*, cit., p. 126.

⁷⁰⁸ ORDÁS ALONSO, M., “Comentario al art. 241”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3^a ed., ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 385.

En cuanto al matrimonio, el emancipado tiene capacidad matrimonial (art. 46.1° CC *a sensu contrario*). Tiene también capacidad para pactar capitulaciones matrimoniales (art. 1329 CC *a sensu contrario*). Para Álvarez Moreno⁷⁰⁹, “una vez que haya contraído matrimonio, el menor emancipado puede ejercitar personalmente la acción de nulidad, separación o divorcio. Igualmente, tiene el menor capacidad para constituir una pareja de hecho”.

4.2.7.- Adoptar

Puede si lo hace junto con su cónyuge mayor de 25 años (art. 175 CC).

4.3.- Actos patrimoniales

Los emancipados pueden:

- Otorgar poderes para aquellos actos que no les están vedados, y para la enajenación de inmuebles, ya que el asentimiento paterno no se precisa hasta que el representante concierte la venta. No obstante, se manifiesta en contra la STS, de 28 septiembre de 1968⁷¹⁰.

- Cancelar hipotecas por haber recibido el pago de la obligación garantizada (art. 178.3 RH que establece “*podrán practicarse las cancelaciones otorgadas exclusivamente por los menores emancipados o que hubieren obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad*”). Pero esta cancelación presupone la extinción del crédito garantizado⁷¹¹, como en el supuesto del pago⁷¹².

- En cuanto a ser administradores de sociedades mercantiles, el art. 213 LSC establece que “*No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados*”, por lo que sí pueden serlo los que lo estén⁷¹³. Aunque al carecer de la libre disposición de sus bienes no pueden ejercer el comercio en nombre propio (art. 4.5 del RD de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (CCom) y 91 del RD

⁷⁰⁹ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 323”, cit., p. 2619.

⁷¹⁰ TOL 4.292.391

⁷¹¹ En este sentido, GOMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2144.

⁷¹² PÉREZ DE CASTRO N., *El menor emancipado*, cit., pp. 212-215.

⁷¹³ Es curioso que la persona que no puede realizar ciertos actos sobre su patrimonio, ni disponer de determinados bienes propios, sin el adecuado complemento de capacidad, tenga en cambio capacidad para realizar dichos actos sobre bienes de la sociedad que administra, sin necesidad de que nadie complemente su capacidad.

1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (RRM))⁷¹⁴.

– Tienen capacidad para contratar. La capacidad contractual se recoge, a *sensu contrario* en el art. 1263.1 CC. Y debe entenderse en sentido amplio, equiparada a la del mayor de edad.

Las limitaciones existentes deben interpretarse restrictivamente⁷¹⁵. Lo que implica la atribución al emancipado de la plena responsabilidad patrimonial⁷¹⁶ (art. 1911 CC) tanto en el ámbito contractual, como en el extracontractual (art. 1902 CC). El que tiene capacidad para contratar, tiene para responder con su patrimonio del cumplimiento de las obligaciones.

– Realizar la confesión de privacidad (art. 1324 CC) y la atribución de ganancialidad (art. 1355 CC) ya que no son actos de disposición.

– Pueden constituir hipotecas en garantía de deuda propia cuando la hipoteca garantice el precio de la finca que el menor adquiere (doctrina del negocio jurídico complejo). Lo mismo cabe decir del pacto de retro y de la condición resolutoria. En cambio no pueden por sí solos constituir hipoteca en garantía de deuda ajena ni propia si no responde al supuesto anterior.

– Realizar actos neutros que no son de enajenación como constituciones de propiedad horizontal, agregaciones, segregaciones o declaraciones de obra nueva.

5.- Actos dudosos

Como los límites que establece el art. 323 CC son concretos, todo lo que no incluya en él o se prevea en otras normas podrá llevarlo a cabo el emancipado por sí mismo⁷¹⁷.

Sin embargo, pese a la habilitación general, se plantean supuestos dudosos que la doctrina y la jurisprudencia han ido analizando sobre si el emancipado tiene o no capacidad de obrar.

⁷¹⁴ GARCÍA VICENTE, J.R., “Arts. 1263-1264”, cit., pp. 9072-9074.

⁷¹⁵ GOMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2141.

⁷¹⁶ GOMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2142. GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, cit., p. 115.

⁷¹⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, cit., p. 114. En el mismo sentido, manifiesta la autora que en lo que no quede comprendido en los mismos, el principio de capacidad será el de la mayoría de edad.

5.1.- Aceptación y repudiación de herencias

El art. 992 párr. 1º CC establece: *“Pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes.”*

Se discute si el emancipado puede repudiar la herencia, aceptarla a beneficio de inventario o aceptarla pura y simplemente.

Puede repudiarla porque no figura en las limitaciones del art. 323 CC y no compromete su patrimonio porque no dispone de bienes que ya estuvieran integrados en el mismo. Lo priva de adquirir los bienes del causante a título gratuito pero también de sufrir las obligaciones del mismo.

Aceptarla a beneficio de inventario, también puede ya que no le supone ningún riesgo.

Sobre aceptarla pura y simplemente, la mayoría de la doctrina no lo admite por el art. 992 CC que exige tener la plena disposición de los bienes y porque compromete su patrimonio al quedar obligados al pago de las deudas del causante, por lo que exigen que el emancipado complete su capacidad con sus padres o el curador. Otros defienden la postura contraria ya que el art. 323 CC que debe interpretarse restrictivamente no lo prohíbe ni habla de “disposición de bienes”, y no deja de ser la misma responsabilidad que adquiere cuando contrata (arts. 1911 CC y 1263.1º CC).

5.2.- Partición

El menor emancipado tiene capacidad para concurrir a la práctica de la partición (RDGRN, de 7 de enero de 1907⁷¹⁸) sin necesidad de contar con asistencia de padres o curador, o en su caso, de un defensor judicial. Puede pedir y realizar la partición de bienes de cualquier clase de herencia o de bienes gananciales o de comunidad de bienes (STS, de 16 de mayo de 1984⁷¹⁹) y también puede ratificar la partición. Aunque del tenor literal del art. 1052 CC y del art. 1058 CC no parece posible⁷²⁰.

5.3.- Albaceazgo

El art. 893 CC establece: *“No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse.”*

⁷¹⁸ JUR 2010/57595

⁷¹⁹ RJ 1984, 2415. Manifiesta que: *“la emancipación que ciertamente les habilita para [...] concurrir con los demás coherederos a la partición y distribución de la manera que tengan por conveniente”*.

⁷²⁰ ÁLVAREZ MORENO, Mª. T., “Art. 323”, cit., p. 2622.

El menor no podrá serlo, ni aún con la autorización del padre o del tutor.”. Sin embargo, según Puig Brutau⁷²¹, el menor emancipado puede ser albacea, contador partidor, administrador de la herencia, ejecutor testamentario o cualquier otro cargo basado en la fiducia testamentaria, ya que el precepto solo exige capacidad para obligarse. Y hay que tener en cuenta que el art. 323 CC debe ser de interpretación restrictiva y las restricciones de dicho art. están previstas en interés del emancipado y no en el de otros.

5.4.- Mandato

El art. 1716 CC dice que *“El menor emancipado puede ser mandatario pero el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores.”*, y como mandatario puede hacer los actos comprendidos en el art. 323 CC, que se refiere solo al supuesto en que los realice para sí, no para otro, (STS, de 17 de enero de 1903⁷²²). Respecto de la limitación de la acción del mandante, la doctrina ha interpretado este precepto de muy diversas maneras⁷²³.

Álvarez Moreno⁷²⁴ entiende que un menor emancipado solo responderá por la vía del art. 1302 CC. Pero ello solo será si se trata de mandato gratuito, si es un mandato retribuido como contrato bilateral, se aplican las reglas generales, y el mandatario, emancipado, responderá con su patrimonio del cumplimiento del contrato⁷²⁵.

5.5.- Arbitraje

Para ser árbitro se exige el pleno ejercicio de los derechos, (art. 13 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje), lo que implicará que no pueda serlo el emancipado.

Para someter a arbitraje cuestiones litigiosas, la ley no exige una regla de capacidad específica, por lo que basta con la capacidad general para contratar, luego el emancipado podría pactarlo, salvo que dicho arbitraje recaiga sobre alguno de los actos para los que precisa de complemento de capacidad, en que será necesaria la asistencia de padres o curador⁷²⁶.

⁷²¹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, cit., p. 341.

⁷²² TOL 5.062.916

⁷²³ COLÁS ESCANDÓN, A., “Com. art. 1716”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 1965-1966.

⁷²⁴ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 323”, cit., p. 2623.

⁷²⁵ GOMEZ LAPLAZA, M^a. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2141.

⁷²⁶ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 323”, cit., p. 2624.

5.6.- Aportaciones a la sociedad

Como indicó la STS, de 13 de diciembre de 1982⁷²⁷, “*la conclusión más común y generalizada*”, es que “*la aportación de bienes es un negocio jurídico transmisivo*”, “*un negocio de enajenación verdaderamente dispositivo*”.

Por lo que si dicha aportación recae sobre bienes para los que el menor precisa complemento de capacidad, no puede hacerlo por sí solo, y necesita el asentimiento de sus padres o curador.

5.7.- Patrimonio protegido

El menor emancipado que reúna los requisitos establecidos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC, de la LEC y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (LPPD)⁷²⁸, sí puede ser titular de un patrimonio protegido.

Sobre si puede constituir un patrimonio protegido por sí mismo el menor emancipado discapacitado, la norma requiere que el discapacitado tenga “*suficiente capacidad*” (art. 3.1. LPPD), por lo que no pueden los discapacitados incapacitados, ni los discapacitados psíquicos, de modo que solo podrán discapacitados físicos. Si la constitución del patrimonio va ligada a la aportación de los bienes del art. 323 CC, parece necesaria la concurrencia del complemento de capacidad, pero al aportarlo al patrimonio protegido no cambia la titularidad ni hay enajenación de los bienes aportados al mismo por el menor, con lo que en principio tendrá capacidad suficiente para realizar aportaciones por sí mismo. Pero al incorporarse los bienes al patrimonio protegido quedan fuera del ámbito de actuación del menor ya que actuará el administrador del patrimonio, y el constituyente del patrimonio puede establecer las reglas para su administración (art. 5.1 LPPD) y eximir al administrador de autorización judicial para los supuestos del 271 y 272 CC, que incluyen los actos para los que el emancipado necesita complemento de capacidad. Por ello Álvarez Moreno⁷²⁹ deniega al

⁷²⁷ RJ 1982, 7476. Señala que: “*“Es conclusión más común y generalizada la de que con la aportación del bien se transfiere a la sociedad la propiedad y así ya lo declaró antigua jurisprudencia (SS. de 12 junio 1883 y 23 febrero 1884) al establecer la presunción del paso de la propiedad de las cosas a favor de la sociedad, doctrina que es reafirmada si cabe con más firmeza en la última jurisprudencia, expresiva de que si bien la aportación social no puede ser equiparada totalmente a una compraventa, si constituye un auténtico negocio jurídico transmisivo —S. de 11 noviembre 1970 (RJ 1970/5103)—, un negocio de enajenación verdaderamente dispositivo*”.

⁷²⁸ BOE-A-2003-21053

⁷²⁹ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 323”, cit., p. 2626.

menor emancipado la capacidad necesaria para constituir por sí mismo el patrimonio protegido⁷³⁰.

Sobre si el emancipado puede ser nombrado administrador del patrimonio protegido, el art. 5.5 LPPD, establece que no pueden serlo quienes no pueden ser tutores. Y el emancipado no puede serlo, porque se requiere para ello el pleno ejercicio de los derechos civiles (art. 241 CC).

5.8.- Posponer hipotecas

La mayoría de la doctrina no lo considera posible, así Santos Briz⁷³¹ o Puig Brutau⁷³² para el que la renuncia abdicativa a un rango preferente es la consecuencia de dicha posposición, siendo el derecho de hipoteca un bien inmueble conforme al art. 334.10º CC. De Castro y Bravo⁷³³ afirma que el emancipado no tiene capacidad por sí mismo para posponer o modificar el rango de una hipoteca porque la posposición de la hipoteca, como toda cesión de rango real, significa la transmisión de la facultad de ejercitar con preferencia un derecho; o sea, de una facultad de igual naturaleza que el derecho a que acompaña (la hipoteca) y por tanto, supone jurídica y prácticamente la enajenación de un bien inmueble.

5.9.- Compraventas con plazo aplazado

Es discutible si el aplazamiento se considera un crédito pero nadie niega que el menor emancipado pueda adquirir a plazos un inmueble. Ello comporta para el patrimonio del menor riesgos equiparables a la obtención de crédito, y del precio aplazado responden todos los bienes del menor, pero su patrimonio se habrá visto incrementado con el bien adquirido. Y la normativa de las compraventas no tiene ninguna limitación para el emancipado.

5.10.- Compraventa de bienes hipotecados

⁷³⁰ DÍAZ ALABART, S. y AA.VV, *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*, ed. Ibermutuamur, Madrid, 2004, pp. 113 y 140-141.

⁷³¹ SANTOS BRIZ, J., “Comentario al art. 334”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. 1, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, pp. 40-43.

⁷³² PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, cit., pp. 346-347.

⁷³³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 227.

Pérez de Castro⁷³⁴, indica que sí tiene capacidad si no existe asunción de la deuda por parte del menor emancipado y no la tiene cuando el emancipado asume la obligación personal derivada de la deuda (art. 118 párr. 1º LH).

5.11.- Arrendamientos

En principio puede celebrar contratos de arrendamiento cualquiera que sea su duración. Según Pau Pedrón⁷³⁵ son actos de administración. En contra de esta opinión se sitúa Lacruz Berdejo⁷³⁶.

Puede hacer arrendamientos de inmuebles sujetos al CC.

En cuanto a arrendamientos rústicos el art. 9.4 LAR establece *“el menor cuyas fincas o explotaciones hayan sido arrendadas por su padre, madre o tutor podrá poner fin al contrato una vez emancipado, siempre que haya transcurrido la duración mínima prevista en el artículo 12, y lo comunicará al arrendatario en el plazo de seis meses desde que alcanzó dicho estado o, en su caso, desde que falte un año para que se cumpla el plazo mínimo de duración. En todo caso, la denuncia del contrato no surtirá efecto hasta transcurrido un año desde su realización”*. Luego sí puede hacerlo.

Sobre arrendamientos urbanos se entendía que no podía hacerlos si estaban sujetos a prórroga forzosa. Este extremo ha ido variando en cada momento según lo hacía la legislación. Hoy, en la LAU sí se recoge un derecho de prórroga de 5 años en sus arts. 9 y 10.

Sí puede ser inquilino.

6.- Capacidad procesal

El art. 323 párr. 2º CC otorga capacidad procesal al emancipado, dice: *“El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.”*. Le otorga capacidad procesal.

Hay que diferenciar entre capacidad procesal y capacidad para ser parte.

La capacidad para ser parte coincide, aunque no sea lo mismo, con la personalidad jurídica. Si se tiene personalidad jurídica se tiene capacidad para ser parte.

La capacidad procesal o para comparecer en juicio es la posibilidad de realizar actos procesales. Establece el art. 7.1 LEC que *“Sólo podrán comparecer en juicio los*

⁷³⁴ PÉREZ DE CASTRO N., *El menor emancipado*, cit., pp. 220-222.

⁷³⁵ PAU PEDRÓN, A., *La protección del Arrendamiento Urbano*, ed. Civitas, Madrid, 1995.

⁷³⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Parte General*, t. I, ed. Bosch, Barcelona, 1974, pp. 101-102.

que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.” por lo que la capacidad procesal coincide sustancialmente con la capacidad de obrar.

La SAP de Zaragoza, de 12 de diciembre de 2000⁷³⁷, clarifica estos conceptos: *“Es doctrina procesalista clásica la que distingue entre capacidad para ser parte y capacidad procesal. En tanto que la primera se identifica con personalidad jurídica, que atribuye la facultad de ser titular de derechos y obligaciones y surge con el nacimiento con las condiciones descritas en los arts. 29 CC y 30 CC, la capacidad procesal se identifica con el pleno ejercicio de los derechos civiles, que el art. 322 CC reserva a los mayores de edad, sin perjuicio de la mención especial que para los emancipados se contiene en el art. 323 CC. Cuando quien ostente la primera de dichas capacidades no ostente la segunda, y por tanto carezca de capacidad para comparecer en juicio, se acude a los principios de representación o complemento de capacidad que dispone el art. 2 LEC [...]*

La capacidad para ser parte es la aptitud para ser sujeto procesal, esto es, la aptitud genérica e independientemente de cualquier proceso concreto de ser demandante o demandado en nombre propio y, en consecuencia, de ser titular de derechos y facultades procesales, de asumir los correspondientes deberes y cargas de naturaleza procesal y, sobre todo, la capacidad para ser beneficiario de los efectos favorables de la sentencia que se dicte o perjudicado por la sentencia condenatoria y sufrir los efectos que de ella se derivan: cosa juzgada y ejecución forzosa”.

El art. 6.1.1º LEC: *“Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles:*

1.º Las personas físicas.”.

El menor emancipado conforme al art. 323 CC sí tiene capacidad procesal, pero discute la doctrina la capacidad cuando la controversia se refiere a bienes que requieren complemento de capacidad.

Lo opinable es si es plena o solo para los actos o contratos para los que no precisa complemento de capacidad. La doctrina diverge, algunos como Gómez Laplaza⁷³⁸, opinan que el emancipado en el ámbito procesal tiene capacidad plena porque el precepto no impone limitación alguna, y está en párr. aparte de la capacidad patrimonial, que es donde se plantean limitaciones a su capacidad. Otros autores, como

⁷³⁷ JUR 2001/54377

⁷³⁸ GOMEZ LAPLAZA, Mª. C., “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, cit., p. 2147.

Puig Ferriol⁷³⁹, creen que para hacer valer en juicio las limitaciones relativas al art. 323 párr. 1º CC se debe exigir el complemento de capacidad porque en caso de sentencia desfavorable para el menor podría implicar la enajenación de estos bienes.

7.- El beneficio de la mayor edad

Así como la emancipación es un medio para que el menor salga de la patria potestad, el beneficio de la mayor edad o habilitación de edad supone un medio para salir de la tutela a la que están sometidos los menores que no lo están a la patria potestad. Este beneficio es otorgado por el juez, así el art. 321 CC establece: *“También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare.”*.

Y se equipara a la emancipación en el art. 323 párr. 3º CC que establece: *“Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.”*.

El art. habla de *“beneficio de la mayor edad”*, término que difiere del de *“habilitación de edad”*⁷⁴⁰, que era el usado tradicionalmente por la doctrina.

Y ello es así porque el término emancipación se asocia a la patria potestad⁷⁴¹, al estar el menor sometido a tutela, se elude la terminología común⁷⁴², aunque los efectos son los mismos que para la emancipación en general, salvo en lo relativo a la institución protectora del menor que se extingue: la patria potestad o la tutela.

Dicha denominación legal es muy criticada por la doctrina⁷⁴³, porque como indica Puig Ferriol⁷⁴⁴, el giro beneficio de la mayor edad parece dar a entender que el menor que ha obtenido el beneficio, se equipara al mayor de edad, cuando ello no es cierto, se equipara al emancipado (art. 323 párr. 3º CC)⁷⁴⁵.

La iniciativa de emanciparse debe partir del menor, que debe iniciar el procedimiento. La voluntad del menor de emanciparse queda patente con su solicitud,

⁷³⁹ PUIG FERRIOL, L., “Comentario al art. 323”, cit., p. 848. PÉREZ DE CASTRO N., *El menor emancipado*, cit., p. 141.

⁷⁴⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., pp. 214-215.

⁷⁴¹ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 323”, cit., p. 526.

⁷⁴² PÉREZ DE CASTRO, N., “Arts. 316, 317, 318, 324, 320, 321”, p. 2130.

⁷⁴³ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 323”, cit., p. 526.

⁷⁴⁴ PUIG FERRIOL, L., “Comentario al art. 323”, cit., p. 882.

⁷⁴⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, Mª. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, cit., pp. 94 y ss; propuso unificar en la emancipación por concesión judicial, que incluiría la atribución judicial de la emancipación al sujeto sometido a patria potestad y al sujeto sometido a tutela.

motivo por el que no se requiere después que preste su consentimiento para la concesión de la habilitación⁷⁴⁶.

Rams Albesa⁷⁴⁷ ha defendido que no existe inconveniente para que el tutor pudiera tener la iniciativa procesal. Otros, como Álvarez Moreno⁷⁴⁸, opinan que como el tutor no puede conceder la habilitación a su pupilo, mientras que los padres sí pueden concederla. El tutor no puede, ni debe, iniciar el procedimiento de habilitación⁷⁴⁹.

No se pide causa alguna, a diferencia de lo dispuesto en el art. 320 CC⁷⁵⁰. No está, por lo tanto, vinculada a la concurrencia de causas determinadas, sino que podrá solicitarse por cualquier motivo. Y se concederá siempre que el nuevo estado civil sea beneficioso para el menor.

Extinguida la tutela, el juez debe nombrar un curador al emancipado para que complemente su capacidad en aquellos actos que lo requieren (art. 323 CC). Puede elegirse a quien venía desempeñando el cargo de tutor, o a persona distinta, según lo que sea más beneficioso para el menor⁷⁵¹.

Aunque nada dice el precepto, hace falta la inscripción de la habilitación de edad⁷⁵² (art. 176 párr. 2º RRC, que dice: “*La emancipación por concesión judicial y el beneficio de la mayor edad se inscriben en virtud del testimonio correspondiente.*” y 70.1 LRC, que dice: “*1. En el registro individual se inscribirán la emancipación y el beneficio de la mayor edad.*”) para que tenga efectos frente a terceros, aunque es declarativa.

VI.- LOS DERECHOS DE LOS MENORES

1.- Corriente legislativa

1.1.- Nacional

⁷⁴⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, cit., pp. 96-97.

⁷⁴⁷ RAMS ALBESA, J., “Comentario al art. 321”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 316.

⁷⁴⁸ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 321” en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2602-2605.

⁷⁴⁹ Con lo que evita que el tutor pudiese hacer una dejación voluntaria de las funciones, que implicaría una renuncia a la tutela.

⁷⁵⁰ A diferencia de la emancipación por concesión judicial, no se requiere la concurrencia de causa alguna específica.

⁷⁵¹ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 321”, cit., pp. 2602-2605.

⁷⁵² Lo confirma el art. 4.6º LRC, que establece: “*Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles: 6.º La emancipación y el beneficio de la mayor edad.*”.

Tradicionalmente la legislación ha contenido múltiples normas encaminadas a la protección de los derechos de los menores, como se ve en la regulación de la patria potestad, la tutela, la adopción, etc. En la actualidad, hay una fuerte corriente legislativa en la línea del reconocimiento y protección jurídica de estos derechos. La CE en el Título I (*“De los derechos y deberes fundamentales”*) Capítulo Tercero (*“De los principios rectores de la política social y económica”*), en su art. 39 establece *“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”.

Luego los poderes públicos tienen la obligación de asegurar la protección de la familia y dentro de esta con carácter singular, de los menores. Para ello había que dotar al menor de un adecuado marco jurídico. Esto dio lugar a cambios legislativos como la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; la Ley 13/1983 de 24 de octubre, de Reforma del CC en materia de tutela; y la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados arts. del CC y de la LEC en materia de adopción⁷⁵³.

1.2.- Internacional

Ello también resultaba de diversos tratados internacionales ratificados por España, y muy especialmente de la CNUDN, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que este desempeña en la sociedad y en la exigencia de más protagonismo para el mismo.

Otros acuerdos e instrumentos internacionales de relevancia en la materia son:

– La Carta Europea de los Derechos del Niño⁷⁵⁴.

⁷⁵³ BOE-A-1987-25627

⁷⁵⁴ Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 1992, a través de la Resolución A 3-0172/92 (DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992).

– El Convenio de La Haya para la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional⁷⁵⁵.

– El Convenio del Consejo de Europa sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños⁷⁵⁶.

– El Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁷⁵⁷.

– El Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁷⁵⁸.

– La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)⁷⁵⁹.

– El Convenio del Consejo de Europa relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual⁷⁶⁰.

– El Convenio del Consejo de Europa sobre la adopción de menores⁷⁶¹.

Cabe destacar varios arts. de la CNUDN:

– Art. 1 CNUDN: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*

Esta definición de menor se fija en la mayoría de edad, que con carácter genérico en la mayoría de los países es dieciocho años; pero lo importante es cuando se alcance

⁷⁵⁵ Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. Ratificación de España por instrumento de 30 de junio de 1995 (BOE-A-1995-18485).

⁷⁵⁶ Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. Ratificación de España por instrumento de 11 de noviembre de 2014 (BOE-A-2015-1752).

⁷⁵⁷ Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. Ratificación de España por instrumento de 28 de mayo de 2010 (BOE-A-2010-18510).

⁷⁵⁸ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (DOUE-L-2003-82188).

⁷⁵⁹ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Ratificación de España por instrumento de 23 de noviembre de 2007 (BOE-A-2008-6963).

⁷⁶⁰ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Ratificación de España por instrumento de 22 de julio de 2010 (BOE-A-2010-17392).

⁷⁶¹ Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008. Ratificación de España por instrumento de 16 de julio de 2010 (BOE-A-2011-12066).

esta mayoría conforme a la legislación que le sea aplicable, que puede ser antes de los dieciocho años.

Al emancipado, aunque tenga capacidad similar al mayor de edad, se le debe considerar aún un menor y debe seguir siendo protegido como menor.

– Art. 3.1 CNUDN: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*

– Art. 12 CNUDN: *“1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

En consecuencia con el mandato constitucional y con la tendencia general mencionada, se ha producido en los últimos años un importante proceso de renovación de nuestro ordenamiento jurídico en materia de menores.

2.- LOPJM

La piedra angular en este tema es la LOPJM, que abordó una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas por nuestra legislación, que se ha actualizado con la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LOMSPIA)⁷⁶² y con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LMSPIA)⁷⁶³. Se modifica el CC y la LEC, y construyen un amplio marco jurídico de protección del menor.

2.1.- Exposición de motivos

⁷⁶² BOE-A-2015-8222

⁷⁶³ BOE-A-2015-8470

La LOPJM señala en su Exposición de motivos y a lo largo de su articulado lo siguiente:

“1. La Constitución Española de 1978 al enumerar, en el capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención en primer lugar a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

Esta preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos Tratados Internacionales ratificados en los últimos años por España y, muy especialmente, de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo.

Esta necesidad ha sido compartida por otras instancias internacionales, como el Parlamento Europeo que, a través de la Resolución A 3-0172/92, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño.

Consecuente con el mandato constitucional y con la tendencia general apuntada, se ha llevado a cabo, en los últimos años, un importante proceso de renovación de nuestro ordenamiento jurídico en materia de menores.

Primero fue la Ley 11/1981, de 13 de mayo [...]

Después se han promulgado, entre otras, las Leyes 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, [...] de adopción; la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre exhibicionismo y provocación sexual en relación con los menores; la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre [...] Juzgados de Menores; y la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE⁷⁶⁴

[...]

2. La presente Ley pretende ser la primera respuesta a estas demandas, abordando una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil.

En este sentido y aunque el núcleo central de la Ley lo constituye, como no podía ser de otra forma, la modificación de los correspondientes preceptos del citado Código,

⁷⁶⁴ Sobre la coordinación de disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

su contenido trasciende los límites de éste para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general.

Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia.

Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto «ser escuchado si tuviere suficiente juicio» se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto.

El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la

presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección.

[...]

En definitiva, se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquéllos. [...]”.

2.2.- Ámbito de aplicación

Art. 1 LOPJM: “*Ámbito de aplicación*

La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.”

2.3.- Interés superior del menor

Art. 2 LOPJM: “*Interés superior del menor*

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, [...]:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. [...]

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, [...].

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) *La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.*

d) *La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.*

e) *La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. [...]”.*

2.4.- Instrumentos Internacionales

Art. 3 LOPJM: *“Referencia a Instrumentos Internacionales*

Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. [...]

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley y a la mencionada normativa internacional.”

2.5.- Derechos del menor

Y enumera en su articulado los derechos del menor: derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4 LOPJM), a la información (art. 5 LOPJM), a la libertad ideológica (art. 6 LOPJM), a la participación, asociación y reunión (art. 7 LOPJM), a la libertad de expresión (art. 8 LOPJM), y a ser oído (art. 9 LOPJM).

2.6.- Derecho a ser oído

Art. 9 LOPJM: *“Derecho a ser oído y escuchado*

1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. [...]

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. [...]

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. [...]”.

VII.- INTERRELACIÓN EDAD CAPACIDAD

La edad y la discapacidad como circunstancias modificativas de la capacidad tienen algunas similitudes en las cuestiones que plantean y en sus posibles soluciones.

Suponen la existencia de personas con ausencia total o parcial de la capacidad natural de querer y entender, necesitadas de una especial protección, en cuyo beneficio se debe actuar y cuya autonomía, voluntad y libre desarrollo de la personalidad, se debe respetar. Y en ese sentido va la legislación que regula una y otra.

Señala Martínez de Aguirre y Aldaz⁷⁶⁵ que son coincidentes, “tanto las líneas maestras del sistema legal de protección de menores e incapacitados”, como “los mecanismos de guarda predispuestos para su protección”.

⁷⁶⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2014, p. 55.

Al igual que los menores de edad van adquiriendo más capacidad a medida que el tiempo transcurre y son más maduros, las personas con discapacidad tienen un grado de discernimiento concreto que puede ir creciendo a través de terapias y aprendizajes o decreciendo si sufren una enfermedad degenerativa.

Y al igual que el discernimiento y la madurez son tenidos en cuenta por el ordenamiento para determinar los actos que el menor puede ir realizando, también hay que tenerlo en cuenta en relación al incapaz y su esfera de actuación.

Al respecto encontramos arts. que usan ambos términos, edad e incapacidad y otros que refiriéndose solo a la edad podrían ser aplicables a la incapacidad, en base a la aplicación analógica de las normas establecidas en el art. 4.1 CC.

1.- Legislación referida ambos conceptos

Encontramos normas en las que aparecen ambos conceptos en diferentes textos legales:

- Art. 20 CC: sobre el derecho a optar por la nacionalidad española.
- Art. 21 CC: sobre adquisición de la nacionalidad española.
- Art. 121 CC: sobre reconocimiento de hijos.
- Art. 137.1 y 2 CC: sobre impugnación de la paternidad.
- Art. 299 CC: sobre nombramiento de defensor judicial.
- Art. 304 CC: sobre el guardador de hecho.
- Art. 443 CC: sobre adquisición de la posesión.
- Art. 663 CC: sobre incapacidad para testar.
- Arts. 775 y 776 CC: sobre sustitución ejemplar y popular.
- Art. 1263 CC: sobre imposibilidad de prestar consentimiento.
- Art. 1301 CC: sobre acción de nulidad.
- Art. 707 LECrim: sobre los testigos.
- Art. 3º LOPDH: sobre prestación de consentimiento.
- Art. 7 a) y b) ET sobre capacidad para contratar.
- Art. 213.1 LSC sobre prohibiciones para ser administradores.

2.- Legislación referida solo a la edad

Hay algunas normas cuyo texto se refiere solo a la edad, por lo que puede sostenerse que en base a su tenor literal solo se aplicarían a este y a nada más, pero en

determinados casos y supuestos podría aplicarse analógicamente a los supuestos de capacidad, ya que al hablar del “suficiente juicio” del menor también podría ser aplicable a la persona con discapacidad que tuviere “suficiente juicio”, y ello en base a los arts. 3 y 4 CC.

La regulación de la patria potestad es aplicable en caso de patria potestad prorrogada por la incapacidad del hijo.

Podemos reseñar los siguientes preceptos legales que hemos ido viendo a lo largo del tema:

- Art. 14 CC: sobre sujeción al derecho común o foral determinado por la vecindad civil.

- Art. 92.1, 2 y 6 CC: sobre obligaciones de los padres para con los hijos.

- Art. 154 CC: sobre patria potestad y sus deberes y facultades.

- Art. 156 CC: sobre ejercicio de la patria potestad.

- Art. 157 CC: sobre ejercicio de la patria potestad del menor no emancipado sobre sus hijos.

- Art. 158 CC: sobre medidas judiciales.

- Art. 159 CC: sobre decisión judicial acerca de a qué progenitor le corresponde el cuidado de los hijos.

- Art. 162 CC: sobre representación legal de los padres y supuestos exceptuados de la misma.

- Art. 164 CC: sobre administración de los bienes de los hijos.

- Art. 166 párr. 3º CC: sobre supuestos de innecesaridad de autorización judicial.

- Art. 167 CC: sobre medidas judiciales de protección del patrimonio del hijo.

- Art. 173 CC: sobre acogimiento familiar.

- Art. 177 CC: sobre adopción.

- Art. 231 CC: sobre constitución judicial de tutela

- Art. 273 CC: sobre requisitos para autorizar y aprobar actos de la tutela.

- Art. 317 CC: sobre emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad.

- Art. 320 CC: sobre emancipación por concesión judicial.

- Art. 1329 CC: sobre matrimonio del menor no emancipado.

- Art. 1338 CC: sobre donaciones por razón de matrimonio del menor no emancipado.

- Art. 1716 CC: sobre la posibilidad del menor emancipado de ser mandatario.

3.- Diferencias

Junto con las similitudes, también existen diferencias significativas en la situación de unos y otros.

Martínez de Aguirre y Aldaz⁷⁶⁶ resalta las diferencias entre la situación de los menores y de las personas con discapacidad psíquica.

– La universalidad de la situación del menor, todos somos menores en esa etapa de nuestra vida; mientras que la discapacidad psíquica es individual, de una persona. Por ello, en el primer caso no hace falta declaración judicial y en el segundo sí, que determinará la limitación de la capacidad de obrar, que corresponde a la discapacidad concreta de esa persona.

– “La homogeneidad, en general, de las etapas y grados del desarrollo humano, que son propias de la edad, frente a la diversidad de las discapacidades psíquicas”, que pueden tener multitud de causas. Lo que permite determinar “la concreta capacidad de obrar del menor empleando el cómputo de la edad”, dada la maduración paulatina de las facultades intelectuales y volitivas del ser humano. Mientras que en los supuestos de discapacidad hay que comprobar el nivel de capacidad personal de autogobierno en cada caso.

– “La temporalidad del estado del menor, que tiende por su propia naturaleza hacia la obtención de la plena capacidad, frente a la persistencia que caracteriza a muchas discapacidades psíquicas”, que también pueden ser cíclicas o progresivas; o incluso algunas pueden ser reversibles. Por ello, al menor de edad se le puede dar un tratamiento homogéneo. Pero no a los afectados por una discapacidad psíquica, donde hay que aplicar la flexibilidad y la adecuación de la respuesta jurídica a su capacidad real.

⁷⁶⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, cit., pp. 58-60.

TEMA IV.- LA CAPACIDAD

I.- CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR

1.- Introducción

Nuestro ordenamiento jurídico, respecto a los derechos y deberes de la persona física, diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Indica De Castro y Bravo⁷⁶⁷ que “en los textos romanos hay expresiones en las que se utiliza la palabra capacidad, y puede verse un precedente de la distinción entre la capacidad jurídica y la de obrar⁷⁶⁸”.

Se es persona y se tiene personalidad desde el nacimiento hasta la muerte (arts. 29⁷⁶⁹, 30⁷⁷⁰ y 32⁷⁷¹ CC), y por ser persona y como cualidad esencial de la misma, se tiene capacidad jurídica.

Como señalan Díez Picazo y Gullón Ballesteros⁷⁷², “la capacidad jurídica es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones. Toda persona, por el mero hecho de serlo, posee capacidad jurídica”, que es un atributo o cualidad esencial de ella.

“La capacidad de obrar, en cambio, es la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos”, o sea, “la capacidad para adquirir y ejercitar derechos y asumir obligaciones. Esta capacidad no corresponde por igual a todos los que poseen la capacidad jurídica. Depende del estado civil, de ciertas cualidades que el ordenamiento jurídico toma en consideración (mayor o menor de edad, capacitado o incapacitado, etc.) por cuanto determinan un diferente modo de ser o estar en la comunidad”.

Tradicionalmente se considera que todas las personas tienen la misma capacidad jurídica pero no la misma capacidad de obrar. Y ello por la falta de capacidad natural de conocer, entender y querer, que se alcanza de forma gradual en los primeros años de vida, mientras se forman la inteligencia y la voluntad y que se presumen suficientes al llegar a la mayor edad. Desde ese momento la persona es capaz para todos los actos de

⁷⁶⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, t. II, vol. 1, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, (Civitas, reimpresión 1984), cit., p. 40.

⁷⁶⁸ “*Voluntas et potestas, potentia et auctoritas facientis, aptitudo, habilitas*”.

⁷⁶⁹ Art. 29 CC: “*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.*”.

⁷⁷⁰ Art. 30 CC: “*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.*”.

⁷⁷¹ Art. 32 CC: “*La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas.*”.

⁷⁷² DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, ed. Tecnos, 1978, p. 260.

la vida civil, salvo excepciones expresas. Así, la edad es una de las circunstancias que afecta a la capacidad de obrar de la persona.

Otra circunstancia que afecta a la capacidad de obrar es la existencia de “[...] *las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.*” (art. 200 CC).

García Medina⁷⁷³ señala que, en ambos casos, la tuición de las personas que se encuentran en tales situaciones se canaliza a través de instituciones de guarda y protección que presentan importantes paralelismos y que incluso pueden ser coincidentes, en atención a la representación o asistencia que requiera la adecuada protección de la persona afectada.

La capacidad jurídica es inherente a la persona, mientras la capacidad de obrar es una aptitud psicológica, que supone inteligencia y voluntad, y como estas no son iguales en todas las personas, la ley puede condicionar, limitar o negar esta capacidad⁷⁷⁴. Por todo ello, jurídicamente se puede tener:

- Capacidad de obrar plena, que corresponde a todas las personas mayores de edad no incapacitadas, salvo casos especiales. Habilita para realizar por sí mismo con eficacia plena cualquier acto jurídico.
- Capacidad de obrar limitada o restringida, que varía en base a las circunstancias personales de cada uno y que supone que la persona puede realizar unos actos por sí sola y otros con la cooperación de otra.
- Incapacidad declarada judicialmente en base a las causas legales, donde normalmente es el representante legal el que actúa en nombre del incapaz.

2.- Tesis clásica

Por el hecho de ser persona, se tiene personalidad, lo que para algunos es sinónimo de capacidad. La capacidad despliega dos manifestaciones:

2.1.- Capacidad jurídica

La capacidad jurídica, de derecho o de goce.

⁷⁷³ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, t. I, ed. Thomson Reuters-Fundación Aranzadi Lex Nova, 2014, Valladolid, pp. 119-120.

⁷⁷⁴ Depende de una serie de circunstancias que afectan a la posición que el sujeto tiene frente al derecho, como la edad, las enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas, el estado civil, la situación penal o económica.

Es la aptitud del sujeto para la mera tenencia o goce de un derecho. La persona es titular de relaciones jurídicas, se trata de una actitud pasiva que le permite ostentar derechos o soportar obligaciones.

Se limita a atribuir a un sujeto una posición estática. Es como dicen los iusnaturalistas, un atributo esencial de la naturaleza humana inseparable de la personalidad. Es una indivisible, irreductible, indisponible, inalienable, irrenunciable y esencialmente igual para todos los hombres como atributo de la personalidad. La tiene todo sujeto de derecho pues tal capacidad es presupuesto del concepto de persona. Es absoluta y se extiende a toda clase de actos.

2.2.- Capacidad de obrar

La capacidad de obrar o de ejercicio.

Es la aptitud para ejercitar por sí mismo sus derechos y cumplir sus obligaciones y para concluir negocios jurídicos con eficacia.

Esta capacidad supone en cambio una posición dinámica de su titular. Y no es igual para todos los hombres, depende de la inteligencia y voluntad que son contingentes, variables y graduables. Por ello la ley, en algunos casos, niega esta capacidad y en otros la limita o condiciona. Así, hay que distinguir entre incapacidades, prohibiciones y limitaciones. Es un concepto relativo, que se determina frente a cada tipo de acto concreto, así existiría capacidad para:

- Contratar (arts. 1263 y 1264 CC).
- Testar (arts. 662 al 666 CC).
- Hacer donaciones (arts. 624 al 628 CC), etc.

3.- Tesis de De Castro y Bravo

De Castro y Bravo⁷⁷⁵ también distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

3.1.- Capacidad jurídica

Está conforme con la tesis clásica de la capacidad jurídica e indica que “es la cualidad de la persona de ser titular de las distintas relaciones jurídicas que le afectan”.

⁷⁷⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., pp. 45-52.

Señala sus características:

- Es una cualidad esencial de la persona, en cuanto le acompaña inseparablemente desde su nacimiento a su muerte. La capacidad se adquiere al ser y por ser persona.
- Es la aptitud jurídica para la apropiación: poder, tener, poseer, adquirir, estar obligado y responder de modo que afecte a la propia esfera jurídica.
- Actúa jurídicamente centralizada, unificando todos los efectos que se deriven de las relaciones jurídicas que afectan a la persona.

Como efectos establece:

- Es presupuesto de la condición de sujeto de derecho.
- Es cualidad esencial de la persona y comprende a toda persona, según el derecho natural.
- No puede ser objeto de negocios jurídicos ni es afectada por declaraciones de voluntad.
- Es una situación jurídica protegida por el derecho.

3.2.- Capacidad de obrar

De Castro y Bravo⁷⁷⁶ la define como “la cualidad jurídica de la persona que determina, conforme a su estado, la eficacia jurídica de sus actos”.

En lo que se refiere a la capacidad de obrar, discrepa de la teoría clásica y considera que corresponde también a toda persona; pero afirma que el derecho, atendiendo a las circunstancias personales de cada individuo, le incluye dentro de un estado civil; y gradúa esta facultad especificando dentro de cada estado civil lo que puede realizar quien está comprendido en el mismo.

Niega que la capacidad de obrar dependa de la aptitud natural psicológica, lo que produciría dos consecuencias equivocadas: que el menor o el incapacitado carece totalmente de capacidad, y que el mayor de edad no incapacitado es plenamente capaz. Así pues, para este autor, la capacidad de obrar depende del estado civil y condición de la persona, de manera que nadie está totalmente desprovisto de capacidad de obrar, sino que tiene la que es propia de su estado civil.

Consecuentemente señala como características que:

- Es también una cualidad de toda la persona, pero así como la capacidad jurídica es la misma, la capacidad de obrar está latente, dependiendo del estado civil, y por tanto

⁷⁷⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., pp. 48-52.

puede ser ejercitada: por su propio titular si el acto le está permitido conforme a su estado civil, o por su representante legal, en su caso.

- Mientras que la capacidad jurídica es igual para todas las personas, la capacidad de obrar es variable, dependiendo del estado civil respectivo.

- Y finalmente, determina el valor jurídico y la eficacia de los actos que realiza cada persona.

Como efectos señala:

- Condiciona la eficacia o ineficacia de cada uno de los actos de la persona, respecto a su esfera jurídica. Su ausencia produce según el estado que lo origine diferentes formas de ineficacia.

- Como derivada del estado civil, tiene la misma protección jurídica que este y está sustraída a la autonomía de la voluntad.

- Goza de protección *erga omnes*.

La STS, de 31 de diciembre de 1991⁷⁷⁷, siguiendo esta postura, señala que “*La capacidad jurídica de obrar, es la aptitud innata para ser sujeto de derechos y obligaciones, determinada por el nacimiento (art. 29 del Código Civil) e inherente a la condición de ciudadanos que desarrollan su actividad vital en una comunidad organizada, por ser consustancial a su dignidad y proyectar el ejercicio y libre desarrollo de cada personalidad, conforme al art. 10 de la Constitución.*”.

Fernández López, Simón Rodríguez y Magro Servet⁷⁷⁸, destacan que “esta cualidad no es otra cosa que la aptitud para el ejercicio de los derechos y deberes, cuya aptitud implica la eficacia jurídica de los actos de ejercicio de sus derechos y deberes”.

4.- Doctrina más reciente

Aunque algunos autores como García Valdecasas⁷⁷⁹ o Lasarte Álvarez⁷⁸⁰, parecen inclinarse todavía por la tesis clásica, la mayoría de la doctrina se decanta por la tesis de De Castro y Bravo, como hacen Cabanillas Sánchez⁷⁸¹ o Lacruz Berdejo⁷⁸².

⁷⁷⁷ TOL 1.728.595

⁷⁷⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., SIMÓN RODRÍGUEZ, C. M^a., y MAGRO SERVET, V., “La perspectiva judicial. Ámbito jurisdiccional civil”, en P. Aguirre Zamorano/M. Torres Vela (dir.), *Guía de buenas práctica sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia*, Consejo General del Poder Judicial, ed. Lual Ediciones, 2011, pp. 98-99.

⁷⁷⁹ GARCÍA VALDECASAS, G., *Parte General del Derecho Civil español*, ed. Civitas, Madrid, 1983, pp. 193-194.

⁷⁸⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil. Tomo I: Parte General y Derecho de la persona*, 17^a ed., ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 172-173.

Viterbori⁷⁸³ distingue dos clases de capacidades: a) la natural del sujeto en cuanto al inconsciente tanto accidental (ebrio, morfinómano, etc.), como al permanente (loco, idiota, etc.); b) la legal o jurídica dividida en “de derecho” y “de hecho”.

Las últimas tendencias se basan en la CDPD, que suprime la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Unifica de manera genérica la capacidad en el término “capacidad jurídica” que comprende a todos los seres humanos por igual y que solo se matiza en el ejercicio de dicha capacidad. Posteriormente la examinaremos en profundidad.

5.- Presunción de capacidad

Nuestro ordenamiento jurídico establece una presunción de capacidad de toda persona mayor de edad que solo puede destruirse a través del correspondiente procedimiento judicial.

El principio “pro capacitate” está arraigado en nuestro derecho. Es la línea de la doctrina del TS sobre la presunción de capacidad de las personas, contenida con carácter general en el art. 322 CC⁷⁸⁴. La STS, de 14 de febrero de 2006⁷⁸⁵ afirma que: *“Lo que ha venido a establecer al respecto la jurisprudencia de esta Sala es tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia. Así, además de las que se citan en el recurso”*⁷⁸⁶, la sentencia de 24 de septiembre de 1997⁷⁸⁷ afirma que *“en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad”*, y las de 18 de mayo de 1998⁷⁸⁸ y 29 de marzo de 2004⁷⁸⁹, estas referidas a la validez de disposiciones testamentarias, sientan la presunción iuris tantum de capacidad del otorgante cuya incapacidad no haya sido previamente declarada —presunción que

⁷⁸¹ CABANILLAS SÁNCHEZ A., “Comentario a los arts. 29 a 34”, cit., pp. 766-767.

⁷⁸² LACRUZ BERDEJO, J.L., “La persona física”, cit., pp. 4-5.

⁷⁸³ VITERBORI, J.C., “El juicio de capacidad en las calificaciones del notario (Omisión y Responsabilidad)”, *Revista notarial*, nº 813, marzo-abril 1974, p. 263.

⁷⁸⁴ Art. 322 CC: *“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”*.

⁷⁸⁵ TOL 846.273

⁷⁸⁶ Destacamos las SSTs de 10 de abril de 1987 (TOL 1.739.185), 26 de septiembre de 1988 (TOL 1.733.945) y 4 de mayo de 1998 (TOL 171.576).

⁷⁸⁷ TOL 5.156.579

⁷⁸⁸ TOL 5.119.911

⁷⁸⁹ TOL 365.401

queda reforzada además por la intervención notarial— pero admiten la posibilidad de que se pueda efectuar prueba en contrario que demuestre la situación de incapacidad real del otorgante, si bien dicha prueba ha de exigirse con especial rigurosidad”.

La presunción a favor de la capacidad también la establece la STC, de 9 de octubre de 2002⁷⁹⁰, que indica que *“el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)”*.

La presunción es *iuris tantum* y en todo caso admite prueba en contrario, la cual ha de ser cumplida y completa (entre otras, las SSTS, de 26 de abril de 1995⁷⁹¹, 27 de enero de 1998⁷⁹², 12 de mayo de 1998⁷⁹³ y 19 de septiembre de 1998⁷⁹⁴, 15 de febrero de 2001⁷⁹⁵, 5 de noviembre de 2009⁷⁹⁶ y 16 de marzo de 2012⁷⁹⁷).

También hay que probar cumplidamente la incapacidad de la persona para declararla judicialmente en el proceso de determinación de apoyos⁷⁹⁸. La STS, de 30 de junio de 2004⁷⁹⁹, dice que es necesaria *“una cumplida demostración de la deficiencia y su alcance (SS. 28 de junio de 1990⁸⁰⁰; 19 de mayo de 1998⁸⁰¹ —pruebas concluyentes y rotundas, dado que se priva a la persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial—; 16 de septiembre de 1999⁸⁰² —la situación de inidoneidad debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada—)”*.

La presunción de capacidad también opera a favor de la persona que posteriormente a la realización del acto o contrato es incapacitada judicialmente: es el

⁷⁹⁰ BOE-T-2002-20593

⁷⁹¹ TOL 1.667.422

⁷⁹² TOL 7.285

⁷⁹³ TOL 5.156.876

⁷⁹⁴ TOL 2.469

⁷⁹⁵ TOL 99.682

⁷⁹⁶ TOL 1.748.175

⁷⁹⁷ TOL 2.494.362

⁷⁹⁸ Así denominado por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD; y antes proceso de modificación de la capacidad de obrar por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el RC, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la LPPD; y antes, proceso de incapacitación.

⁷⁹⁹ TOL 483.303

⁸⁰⁰ RJ 1990\4942

⁸⁰¹ TOL 5.119.933

⁸⁰² TOL 5.120.338

caso de las SSTs, de 19 febrero de 1996⁸⁰³ y 10 de noviembre de 2005⁸⁰⁴, en las que no se admitió la nulidad de la venta hecha antes, pues no se demostró la incapacidad del vendedor en el momento de la venta, aunque luego fue incapacitado. Sin embargo, en la STS, de 14 de febrero de 2006⁸⁰⁵, se declara la nulidad de una donación efectuada por persona judicialmente incapacitada dos años después de hacerla porque se acreditó que carecía de capacidad suficiente cuando hizo la donación.

Habrà pues que valorarla en cada caso concreto, aunque las dudas han de solucionarse siempre en favor de la capacidad.

6.- Modalidades de la capacidad de obrar

6.1.- Capacidad natural y capacidad jurídica

Dentro de la capacidad de obrar podemos distinguir entre capacidad natural de obrar y capacidad jurídica de obrar.

– Existe capacidad natural de obrar cuando el sujeto sabe lo que está haciendo, es decir, tiene conocimiento de la trascendencia jurídica del acto que está realizando.

– Existe capacidad jurídica de obrar cuando el ordenamiento jurídico permite a un sujeto realizar un determinado negocio jurídico con eficacia. Es la regla general de los mayores no incapacitados.

6.2.- Capacidad de obrar suficiente

Como vimos, la capacidad jurídica es igual para todos los hombres, basta la existencia de la persona. Sin embargo, la capacidad de obrar es contingente y variable, no es igual en todos los hombres. La ley la niega unas veces y otras la limita y condiciona.

El concepto aparece en el art. 167 RN: *“El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”*.

⁸⁰³ TOL 216.861. Incapacitación declarada diez años después.

⁸⁰⁴ TOL 759.112. Incapacitación declarada siete años después.

⁸⁰⁵ TOL 846.273

La LPPD introdujo en el CC el término de “*capacidad de obrar suficiente*”. Así, el art. 223 párr. 2º CC, al regular la autotutela, dice: “*Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor*”⁸⁰⁶.

Según García Pons⁸⁰⁷ la capacidad de obrar de la persona con discapacidad será suficiente si tiene capacidad natural, es decir, la facultad de entender y querer el significado o alcance del acto concreto, lo que este representa para ella, y el carácter beneficioso o perjudicial que pueda suponerle.

Pero no todos los actos y negocios jurídicos que puede realizar una persona requieren la misma capacidad, hay cosas más sencillas y otras más complejas. Por eso podemos calificar la capacidad de obrar de suficiente, la que se necesita para que se pueda ejecutar un acto concreto y que sea eficaz jurídicamente, capacidad que habrá que precisar en cada supuesto determinado.

Así, la capacidad natural habrá que ponerla en relación con el acto o contrato que en cada caso pretenda otorgar la persona con discapacidad, pues no es igual para todo tipo de actos: no es lo mismo la capacidad necesaria para vender un bien inmueble que la requerida para aceptar una donación pura y simple⁸⁰⁸.

II.- CONSENTIMIENTO: VICIOS Y CONSECUENCIAS

1.- Los vicios del consentimiento

1.1.- El consentimiento

Dentro del capítulo “*De los requisitos esenciales para la validez de los contratos*”, establece el art. 1261 CC que: “*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

1.º Consentimiento de los contratantes.

2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.

⁸⁰⁶ Y también introdujo la expresión persona con discapacidad en los arts. 756, 822, 1041 y Disp. Adic. cuarta.

⁸⁰⁷ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., pp. 130-131.

⁸⁰⁸ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela...*, pp. 70-71; considera enigmático lo que ha querido decir el legislador con la expresión capacidad suficiente en el art. 223 CC, y opina que hay que interpretar la expresión legal en el sentido más favorable a la eficacia de la declaración, y en este sentido entiende que lo que debe comprobar el notario, en el juicio de capacidad, no es tanto si al otorgante la tiene, en general, plena, sino si sabe lo que quiere, entiende aquello que expresa y se da cuenta de las consecuencias de su manifestación.

3.º Causa de la obligación que se establezca.”.

El CC trata el consentimiento en relación con los contratos, si bien su regulación es aplicable a otros negocios jurídicos. Es un elemento esencial del mismo, de forma que, si no hay consentimiento, no hay contrato. Y para que el consentimiento sea válido hace falta que el sujeto tenga capacidad suficiente para ese acto que quiere otorgar. Si no la tiene, la capacidad está viciada y el consentimiento es nulo.

La STS, de 29 de septiembre de 2016⁸⁰⁹, indica que: *“El deterioro volitivo le impide prestar consentimiento valido para contratar de forma que el negocio celebrado es nulo y la acción imprescriptible”*.

El régimen de invalidez se aplica a los contratos que carezcan de alguno de sus requisitos esenciales del art. 1261 CC, luego si no concurren es inexistente. Pero puede haber causado algunos efectos o tener la apariencia de validez que habrá que revertir a través de alguno de los regímenes previstos en nuestro ordenamiento. La nulidad radical o inexistencia, o la anulabilidad del art. 1300 CC que supone existencia del contrato.

Dice el art. 1265 CC: *“Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.”*.

Se tutela que la voluntad que da lugar al consentimiento esté correctamente formada, que la decisión del contratante sea libre, que haya libertad contractual. Con el error y el dolo se afecta a la “libertad de saber” y con la violencia y la intimidación a la “libertad de querer”.

El CC se refiere o bien al consentimiento (*“nulo el consentimiento”* art. 1265 CC; *“invalide el consentimiento”* art. 1266 párr. 1º CC), o bien al contrato como fuente de obligaciones (*“invalidará el contrato”* art. 1266 párr. 2º CC; *“anularán la obligación”* art. 1268 CC; y *“produzca la nulidad de los contratos”*, art. 1270.1 CC). En ambos casos el contrato celebrado carece de fuerza de obligar.

Manifiesta García Vicente⁸¹⁰ que la concurrencia de los vicios del consentimiento produce la anulación del contrato, la indemnización de daños (art. 1270 párr. 2º CC); en ciertos casos, “la privación o pérdida de derechos, como sanción a la conducta ilícita del causante del vicio (art. 756. 5º y 6º CC)”. Por otro lado, el dolo, la violencia y la intimidación pueden suponer también responsabilidad penal. Así, “los arts. 169 a 172

⁸⁰⁹ Id Cendoj: 28079110012016100547

⁸¹⁰ GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1265”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9098.

ter CP, para los delitos de coacciones y amenazas; el art. 243 CP para el delito de extorsión, y los arts. 248 a 251 bis CP para el delito de estafa”.

1.2.- Error

1.2.1.- Requisitos

Art. 1266 CC: *“Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.*

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo.

El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.”.

El error es una representación falsa sobre las cosas o circunstancias que sirven de base para prestar el consentimiento al contrato, que puede provenir de ignorancia o de creencia equivocada.

A los requisitos del art. 1266 CC hay que añadir la buena fe y la diligencia del que la sufre, y tener en consideración criterios objetivos de distribución del riesgo de error (STS, de 9 de octubre de 1981⁸¹¹).

Para que un error invalide un contrato debe ser esencial, para determinar este carácter la jurisprudencia se fija en la conducta de las partes y en la naturaleza de la información. Porque en un contrato cada parte asume una serie de riesgos, si el error es casual lo asume quien lo sufre, para que perjudique a la otra parte y a la seguridad del tráfico, debe ser esencial y excluyente (STS, de 17 de julio de 2006⁸¹²).

El error es esencial, según la STS, de 17 de julio de 2006⁸¹³, cuando *“la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste”.*

El error debe ser excusable: *“esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su*

⁸¹¹ RJ 1981, 3595

⁸¹² RJ 2006, 6379

⁸¹³ RJ 2006, 6379

conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración” (SSTS, de 18 de febrero de 1994⁸¹⁴, 3 de marzo de 1994⁸¹⁵, 6 de noviembre de 1996⁸¹⁶ y 12 de noviembre de 2004⁸¹⁷). Se trata de decidir si el error lo debe soportar la parte errada o la otra a través de la anulabilidad del contrato.

1.2.2.- Clases de error

El error puede darse en la declaración o en los motivos:

1.2.2.1.- En la declaración

Consiste en una divergencia entre la voluntad expresada y la querida, en tal caso no hay consentimiento. Solo es relevante y puede fundarse la impugnación del contrato en él, si ha podido ser razonablemente reconocido por la otra parte.

Si se produce su impugnación en coherencia con lo dispuesto en los arts. 1261 y 1300 *a contrario* CC, su consecuencia debe ser la “nulidad” contractual, aunque también podría aplicarse la anulabilidad contractual en aquellos casos en que resulta difícil distinguirlo del error en los motivos⁸¹⁸. Como señala la STS, de 22 de diciembre de 1999⁸¹⁹: *“El error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente”*.

1.2.2.2.- En los motivos

Es el que aparece en el art. 1266 párr. 1º y 2º CC y para el matrimonio en el art. 73.4 CC⁸²⁰, así la STS, de 7 de enero de 1964⁸²¹. Es un error intrínseco, el contratante

⁸¹⁴ RJ 1994, 1096

⁸¹⁵ RJ 1994, 1645

⁸¹⁶ RJ 1996, 7912

⁸¹⁷ RJ 2004, 6900

⁸¹⁸ GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1266”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9103-9104. A favor de la nulidad contractual: SSTS, de 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9369) y 14 de abril de 2001 (RJ 2001, 2027).

⁸¹⁹ RJ 1999, 9369

⁸²⁰ Art. 73.4 CC: *“Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración:*

4.º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.”

⁸²¹ RJ 1964, 118

no contrata con las condiciones esenciales o con la contraparte que creía. En ambos casos afecta a la realidad esencial del contrato.

1.3.- Violencia e intimidación

En la violencia la fuerza es irresistible; en la intimidación la víctima tiene una disyuntiva: o bien se decide a doblegarse y celebra el contrato (art. 1267 CC) o bien arrastra el riesgo de padecer el mal con el que se le amenaza si no lo celebra⁸²².

1.3.1.- Configuración legal

Art. 1267 CC: *“Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible.*

Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona.

El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato.”

Art. 1268 CC: *“La violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato.”.*

Según García Vicente⁸²³, “la configuración legal de los requisitos que identifican la intimidación y la violencia en los arts. 1267 y 1268 CC sirve como disciplina general de un buen número de supuestos recogidos en el CC, ya sea expresa (arts. 75, 76, 141, 621, 756.5º y 6º, 997, 1080, 1335 y 1817 CC) o implícitamente”. Entre estos últimos, las SSTs, de 22 de febrero de 1934⁸²⁴ y 30 de junio de 1944⁸²⁵, admiten la intimidación como causa de impugnación del testamento, aunque no se mencione en los arts. 673 y 674 CC.

⁸²² GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1267”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9112. La distinción “reside en la presencia o no de voluntad imputable a quien la pronuncia. En la intimidación hay voluntad porque el intimidado elige contratar”, “mientras que en la violencia hay supresión total de la voluntad del violentado”.

⁸²³ GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1267”, cit., p. 9111.

⁸²⁴ RJ 1934, 274

⁸²⁵ RJ 1944, 948

Los arts. 1267 y 1268 CC se refieren a los contratos “onerosos”, en los gratuitos la intimidación supone ausencia de causa (falta el ánimo de liberalidad) o causa ilícita. Por lo que el régimen jurídico de su impugnación es la nulidad contractual, con la ventaja de su imprescriptibilidad. Así, las SSTs, de 24 de marzo de 1956⁸²⁶, 11 de diciembre de 1986⁸²⁷ y 5 de abril de 1993⁸²⁸.

1.3.2.- Requisitos

Los requisitos de la intimidación se establecen unos de forma expresa en los arts. 1267 y 1268 CC, y otros por la jurisprudencia⁸²⁹.

Siguiendo a García Vicente⁸³⁰ podemos señalar los siguientes:

1.- Infundir un temor racional y fundado, un miedo en la víctima que determine su voluntad de contratar.

En el temor racional “se entrelaza su consideración objetiva (verosimilitud y posibilidad) con la posición subjetiva de la víctima, incluso con la imputabilidad del temor”, y ambos “con su condición de determinante de la prestación del consentimiento contractual”.

2.- Que el mal con el que se amenaza sea inminente y grave. Puede proceder de la contraparte o de un tercero. Debe ser idóneo, para hacer peligrar el bien jurídico protegido, que es la libertad de elección contractual, y puede afectar al bien o a su titular.

3.- Que se produzca en la persona o bienes del interesado o de su cónyuge, ascendientes o descendientes. La identidad de los amenazados no es la misma en las normas privadas (art. 1267 párr. 2º CC) y penales, donde el art. 169 CP dice: “[...] a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado [...]”.

4.- Atender a la posición de la víctima, edad y condición de la persona.

En cuanto a las circunstancias personales de la víctima, hay que “construir un modelo abstracto de resistencia a la intimidación vinculando los males que objetivamente puedan infundir temor con su repercusión en el concreto intimidado. El estándar es el del hombre razonable (el buen padre de familia, art. 1104 párr. 2º CC),

⁸²⁶ RJ 1956, 1538

⁸²⁷ RJ 1986, 7432

⁸²⁸ RJ 1993, 2791

⁸²⁹ SSTs, de 15 de diciembre de 1966 (RJ 1967, 5), 24 de marzo de 1970 (RJ 1970, 1582), 31 de diciembre de 1979 (RJ 1979, 4499), 21 de julio de 1993 (RJ 1993, 6102), 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8548) y 20 de febrero de 2012 (RJ 2012, 4042).

⁸³⁰ GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1267”, cit., pp. 9111-9115.

modelo que debe atender “a la edad y a la condición” de la víctima, a tenor del art. 1267 párr. 3º CC”.

Dentro de las circunstancias subjetivas de la víctima habrá que considerar: su edad avanzada, estado de salud, ideario o posición social (SSTS, de 30 de junio de 1944⁸³¹ y 18 de noviembre de 1944⁸³²); su situación de necesidad vital o supervivencia, su experiencia, capacidad de resistencia y conocimientos (SSTS, de 13 de marzo de 1953⁸³³ y 16 de julio de 1991⁸³⁴).

“La intimidación es un concepto que se construye poniendo en relación a la víctima con quien infunde el temor; por ello, la debilidad, inexperiencia, desamparo o incultura de la víctima deben ponderarse a la vista de la superioridad (intelectual, cultural, social o afectiva) de quien intimida, así, la STS, de 21 de marzo de 1950”⁸³⁵.

5.- Considerar la naturaleza de los bienes o intereses amenazados. El mal puede afectar a la esfera personal y patrimonial “de modo que gozará de eficacia invalidante la amenaza de muerte o de privación de la libertad” (STS, de 13 de junio de 1935⁸³⁶) y “también la afección de los bienes de la persona, como puede ser el honor, la reputación, o la fama (caso de la STS, de 21 de junio de 1943⁸³⁷)”.

6.- Que el mal con el que se amenaza sea ilícito y antijurídico. No hay intimidación si el mal con que se amenaza es lícito, consistente en el ejercicio de un derecho o posibilidad reconocida por el ordenamiento⁸³⁸.

1.4.- Dolo

1.4.1.- Concepto

⁸³¹ RJ 1944, 948

⁸³² RJ 1944, 1266

⁸³³ RJ 1953, 589

⁸³⁴ RJ 1991, 5391. No parece probable la intimidación en los casos en que ambas partes son profesionales del tráfico o están suficientemente experimentadas en las relaciones patrimoniales. Ni tampoco, por una razón análoga, en aquellos casos en que concurren en la celebración del contrato letrados o asesores de las partes, así la STS, de 3 de junio de 1941 (RJ 1941, 736).

⁸³⁵ RJ 1950, 709.

⁸³⁶ RJ 1935, 1232

⁸³⁷ RJ 1943, 732

⁸³⁸ Este requisito “fue introducido por las SSTS, de 12 de febrero de 1915 (JC 132 (1915), nº 72) y 16 de diciembre de 1915 (JC 134 (1915), nº 142); así en la primera se afirma que “es doctrina jurídica establecida en nuestras antiguas leyes, y aceptada sin contradicción por la jurisprudencia, que el mal a que se refiere el 1267 ha de ser injusto, y de ninguna manera el que pueda producir el ejercicio de un derecho legítimo, cuyo carácter, en su caso, revestiría el derivado de la supuesta amenaza””.

Art. 1269 CC: *“Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.”.*

El engaño grave es el medio, son palabras o maquinaciones insidiosas empleadas por uno de los contratantes (arts. 1269 y 1270 párr. 1º CC) y el efecto es la captación de la voluntad que induce al otro a celebrar un contrato *“[...] que, sin ellas, no hubiera hecho.”* (art. 1269 CC).

La STS, de 1 de octubre de 1986⁸³⁹, indica que el dolo *“no implica [...] la intención deliberada de ocasionar perjuicios a la otra parte contratante, sino que nace de la conjunción de dos elementos: 1) el empleo de maquinaciones engañosas (que pueden perfectamente consistir en un comportamiento negativo o en una abstención de obrar o dar a conocer algún hecho); y 2) la inducción que esos comportamientos ejercen sobre la voluntad de la otra parte para determinarla a realizar el negocio, de manera que pueda racionalmente presumirse que, de no existir el comportamiento doloso del vendedor (del deceptor), el comprador (el deceptus) no hubiera efectuado la operación.”.*

En el dolo la conducta de una de las partes es ilícita, está encaminada a engañar y es imprescindible que tenga por efecto que el otro haya resultado engañado.

En el dolo, frente al error, el carácter reprochable de la conducta de un contratante relaja las exigencias de diligencia en el otro. Así, la STS, de 26 de octubre de 1981⁸⁴⁰ señala: *“Porque la noción del dolo carga su acento [...] en la conducta “insidiosa” (artículo 1269 CC) del agente, en la maquinación o astucia, activa o pasiva, por acción o por omisión, del que induce al otro a contratar, no en el error inducido de éste, independientemente de que esta situación psicológica se dé o no en él, dadas las diferencias y consecuencias distintas entre los dos vicios del consentimiento, error y dolo⁸⁴¹”.* En un sentido parecido, la STS, de 15 de julio de 1987⁸⁴².

⁸³⁹ RJ 1986, 5229

⁸⁴⁰ RJ 1981, 40010

⁸⁴¹ Continúa diciendo *“d) Porque en ese sentido la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada (en el recurso se habla de “candidez”); es decir, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe insita en el dolo so pretexto de la confianza ajena, calificando a ésta de ingenuidad (simplicitas), como si el Derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los confiados, concepto o conductas que no pueden equipararse a los de diligencia o negligencia (y ahí sí que vigilantiibus non dormientibus iure succurrunt) como pautas que el Derecho ha de valorar otorgando su protección al hombre cuidadoso frente al negligente, y evidente resulta aquí que no puede calificarse de negligencia o simplicidad la actitud de las compradoras, que se aquietan y confían, como cualquier hombre razonable, ante el dato de una escritura pública de propiedad, en sí constituyente de fe pública; [...]”.*

El dolo puede venir, indica García Vicente⁸⁴³, de diferentes conductas dolosas: “las afirmaciones falsas o insidias, la confabulación, el disimulo, el señuelo de procurar una situación ventajosa o desahogada, el clima de insistencia o cerco moral al *deceptus*, y la reticencia en sus diversas posibilidades de simple omisión y de ocultación”.

Hay circunstancias del perjudicado que aumentan su vulnerabilidad al engaño: cuando la ignorancia se basa en una relación previa de confianza, como una relación familiar entre las partes (STS, de 24 de enero de 1992⁸⁴⁴); cuando la persona está enferma o es tímida de carácter, de natural generosa o aislada de su familia (STS, de 27 de febrero de 1989⁸⁴⁵); si de condición humilde y confía en personas que, por su oficio, son merecedoras de crédito (STS, de 20 de diciembre de 1967⁸⁴⁶); si es fácilmente sugestionable (STS, de 9 de mayo de 1974⁸⁴⁷), o si tiene una depresión (STS, de 6 de noviembre de 1948⁸⁴⁸).

1.4.2.- Requisitos

García Vicente⁸⁴⁹ señala los requisitos del dolo:

1.- “Las conductas captatorias deben ser graves, capaces de inducir a celebrar un contrato”.

2.- Debe concurrir un elemento subjetivo, la intención de engañar, “aunque basta que se asuma la posibilidad del engaño y la voluntad de aprovecharse de él (STS, de 1 de octubre de 1986⁸⁵⁰) no siendo necesaria la intención deliberada de engañar”.

3.- “Debe haber sido empleado por uno solo de los contratantes (arts. 1268 y 1270 párr. 1º CC)” aunque también podrá provenir “de un tercero que el contratante tenga bajo su control o que conozca y se aproveche de su conducta ilícita”.

4.- Debe “tener eficacia captatoria, determinante de la voluntad, lo que la diferencia del dolo incidental” (1270 párr. 2º CC).

⁸⁴² RJ 1987, 5494

⁸⁴³ GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1269”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9124-1925.

⁸⁴⁴ RJ 1992, 1512

⁸⁴⁵ RJ 1989, 1403

⁸⁴⁶ RJ 1967, 5173

⁸⁴⁷ RJ 1974, 2016

⁸⁴⁸ RJ 1948, 1264

⁸⁴⁹ GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1269”, cit., pp. 9124-1925.

⁸⁵⁰ RJ 1986, 5229

1.4.3.- Consecuencias

Art. 1270 CC: *“Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.*

El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.”.

Una conducta captatoria para tener eficacia anulatoria debe ser grave (art. 1270 párr. 1º CC) y lo es cuando resulta determinante, sin ello el contrato no se hubiera celebrado o se hubiera celebrado en otras condiciones (STS, de 5 de mayo de 2009⁸⁵¹).

La gravedad del dolo no puede establecerse con facilidad, habrá que ver cada caso concreto, depende de las circunstancias y de la naturaleza del contrato. El dolo grave produce la nulidad (por la seguridad del tráfico); y el dolo incidental da derecho a una indemnización por el daño sufrido.

2.- Personas que no pueden prestar consentimiento

Según el art. 1263 CC: *“No pueden prestar consentimiento:*

1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.”.

Pero este art. tiene numerosas excepciones y si los menores pueden prestar el consentimiento en diversos actos, también los incapacitados judicialmente pueden en los actos que determine el juez y en el testamento del art. 665 CC.

Art. 1264 CC: *“Lo previsto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer.”.*

Ambos arts. fueron redactados según la LMSPIA.

Luego como regla general todas las personas naturales que no estén inmersos en esas circunstancias sí pueden prestar consentimiento y tienen capacidad para contratar.

2.1.- Capacidad para consentir y capacidad para contratar

⁸⁵¹ RJ 2009, 2907

GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1269”, cit., pp. 9122-9125.

El art. 1263 CC recoge las dos circunstancias que, en principio, impiden prestar consentimiento: la minoría de edad y la incapacidad natural de entender y querer, declarada judicialmente y aunque no dice nada para el caso de que no exista esta incapacidad judicial, es evidente que el incapaz natural tampoco podrá prestar consentimiento y que el régimen de impugnación de los contratos que celebre debe ser análogo al previsto para la incapacidad declarada.

Según Díez-Picazo⁸⁵², del art. 1263 CC “resulta que la capacidad para contratar se encuentra regulada en nuestro derecho positivo de un modo negativo, esto es, estableciendo quiénes son los que no pueden contratar. De esta regla negativa se desprende implícitamente otra de carácter positivo. Son capaces para contratar todas aquellas personas a quienes la ley no declare expresamente incapaces para ello. Esta regla puede reducirse todavía a otra aún más general: la capacidad para contratar coincide sustancialmente con la capacidad general de obrar”.

Continúa Díez Picazo afirmando que “no se trata de que el consentimiento pueda o no pueda ser prestado, sino de si el negocio jurídico generado por este consentimiento es o no es un negocio jurídico válido y eficaz. La capacidad no es un presupuesto de la existencia del consentimiento, sino un presupuesto de la validez y de la eficacia del negocio. Por ello, más que de capacidad para prestar el consentimiento, debe hablarse pura y simplemente de capacidad para contratar”.

Los contratos que no obstante lo dispuesto en los arts. 1263 y 1264 CC realice el menor no emancipado, el emancipado sin el complemento de capacidad previsto por la ley, o el incapacitado judicialmente, pueden ser anulados (art. 1301 CC) con los matices que respecto a los contratos de los incapacitados establecen los arts. 1304 y 1314 párr. 2º CC.

La CDPD en su art. 3 a) tiene como principio general “*El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas*”, y el art. 2.1 párr. 2º LOPJM dice con carácter imperativo: “*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.*”. Todo ello establece un principio general en favor del ejercicio autónomo de los derechos del menor o del incapaz. Siempre habrá que atender a las circunstancias concretas de

⁸⁵² DIEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, vol. 1º, ed. Tecnos, Madrid, 1979, pp. 100-101.

madurez o entendimiento de las personas menores o incapaces y a la sentencia de incapacitación (art. 760. 1 LEC).

2.2.- La capacidad de obrar del menor de edad

Aunque ya vimos la cuestión en el tema anterior, la trataremos de modo breve.

El art. 12 CE y el art. 315 CC fijan la mayoría edad en los 18 años de edad, con lo que se alcanza la plena capacidad de obrar (art. 322 CC).

Afirma García Vicente⁸⁵³ que dentro de la minoría de edad y en función de las aptitudes volitivas e intelectuales, de la naturaleza del acto y de la esfera, personal o patrimonial, que resulte afectada, se gradúa su capacidad. A consecuencia de lo cual tienen en unos casos ámbitos de actuación autónoma, en otros de actuación restringida o sujeta a control, y algunos en los que el menor actúa a través de su representante legal. En todo caso tienen derecho a ser oídos conforme al art. 9 LOPJM.

Las normas de la edad tratan de coordinar la seguridad del tráfico jurídico con la igualdad, la dignidad y la libertad de los menores y para ello establecen un elenco de edades concretas (12, 14, 16 años) para ejercitar ciertos derechos y un criterio general atendiendo a la madurez personal de cada menor.

2.2.1.- El menor de edad no emancipado

Respecto del ámbito personal, del art. 162 párr. 1º y 2º.1º CC se deduce que son las condiciones de madurez del menor, es decir, su capacidad natural la que rige en cuanto al ejercicio de sus derechos.

En el ámbito patrimonial, para decidir el círculo de actuación eficaz del menor o los casos en que su actuación se sujeta a control a través de su representante legal, se siguen los siguientes criterios⁸⁵⁴:

1.- La regla general es la sujeción a representación legal, sea la patria potestad (arts. 164 a 168 CC), o la tutela (arts. 267 y 271 CC). Eso justifica la falta de capacidad para contratar del art. 1263.1º CC.

2.- La realización de actos con eficacia a partir de edades concretas, la principal son los dieciséis años.

⁸⁵³ GARCÍA VICENTE, J.R., “Arts. 1263-1264”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9070.

⁸⁵⁴ GARCÍA VICENTE, J.R., “Arts. 1263-1264”, cit., pp. 9071-9072.

3.- Al hecho que tenga suficiente juicio aunque esto menoscabe la estabilidad del tráfico jurídico, como en el caso de las prestaciones personales.

Los menores pueden realizar actos de escasa entidad económica y de la vida cotidiana, por tanto, tienen capacidad de obrar; como reconoce la STS, de 10 de junio de 1991⁸⁵⁵.

Si el menor tiene capacidad natural, los actos que haga sin la concurrencia de su representante legal o sin autorización judicial son anulables (arts. 1160, 1163, 1304 y 1314 CC).

2.2.2.- El menor emancipado o con el beneficio de la mayor edad

Art. 323 párr. 1º CC: *“La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.”.*

Art. 321 CC: *“También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitar.”.*

Se corresponden con la patria potestad y la tutela y tienen un efecto jurídico común con algunas salvedades: se equipara al menor mayor de dieciséis años con el mayor de edad. Por ello, los menores emancipados pueden obligarse (art. 1263.1º CC) y comparecer en juicio (arts. 323 párr. 2º CC y 7 LEC). Y se extinguen las instituciones de protección (arts. 169.2º y 276.4 CC). Con su inscripción registral es oponible frente a terceros (art. 70 LRC).

Pero no hay una equiparación total con la mayoría de edad y algunos actos importantes necesitan el control previo de sus padres o curadores⁸⁵⁶.

2.3.- La capacidad de obrar del incapacitado judicialmente

García Vicente⁸⁵⁷ destaca que la incapacitación como declaración judicial de la falta o restricción de la capacidad se regula en los arts. 199 a 201 CC y 756 a 763 LEC,

⁸⁵⁵ RJ 1991,4434

⁸⁵⁶ GARCÍA VICENTE, J.R., “Arts. 1263-1264”, cit., pp. 9072-9074.

⁸⁵⁷ GARCÍA VICENTE, J.R., “Arts. 1263-1264”, cit., pp. 9074-9075.

está vinculada con la capacidad natural, como aptitud para entender y querer y es graduable, lo que es exigible desde la dignidad e igualdad que inspiran las normas vigentes, intensificadas por la CDPD que obliga a asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de los discapaces y su autonomía personal (art. 3 CDPD)⁸⁵⁸.

La sentencia de incapacitación es constitutiva ya que limita la libertad de decisión de la persona al sujetarla a una institución de protección. Por eso, “la sentencia debe adecuarse al criterio de la gradualidad (art. 760.1 LEC) y la incapacidad declarada es esencialmente modificable, en cuanto a su extensión y límites (art. 761. 3 párr. 2º LEC)”. Su propósito es la defensa del interés del incapacitado, protegiendo también la seguridad en el tráfico jurídico por lo que hay que publicarlo en los registros públicos correspondientes (arts. 72.1 LRC y 755 LEC).

“La sentencia deberá señalar el sistema de guarda que se establezca, cuya intensidad dependerá de la extensión de la propia incapacidad (art. 760.1 LEC)”. Se vincula, según su intensidad, a la representación legal (la tutela o la patria potestad rehabilitada o prorrogada) o a un instrumento de protección que permita el control del incapaz (la curatela). Con lo que se evita que la falta de la aptitud necesaria para ejercer por sí mismo sus derechos lo impida. Para determinar la capacidad para contratar del incapacitado judicialmente deberá atenderse, sobre todo, a la sentencia de incapacitación.

Si el incapacitado celebrase un contrato por sí mismo el contrato será anulable (arts. 293 y 1301 CC), salvo que carezca de capacidad natural, que será nulo.

2.4.- La capacidad del incapaz natural

Dice García Vicente⁸⁵⁹ que “el incapaz natural es aquella persona que carece del suficiente entendimiento y voluntad para gobernarse por sí mismo (art. 200 CC) y que no ha sido sometido a un proceso judicial de incapacitación. En sentido estricto, ni el art. 1263.2º ni el 1264 CC se refieren a él”.

⁸⁵⁸ Como dice la STC, de 9 de octubre de 2002 (BOE-T-2002-20593), FJ 5º: “*En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art.6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley [...]*”.

⁸⁵⁹ GARCÍA VICENTE, J.R., “Arts. 1263-1264”, cit., pp. 9075-9076.

Si carece de capacidad y celebra algún contrato habrá que determinar si es nulo porque falta consentimiento (art. 1261.1º CC) o anulable teniendo en cuenta que “la situación material del incapaz natural es análoga a la del incapacitado judicialmente”.

2.5.- El pródigo

Como indica García Vicente⁸⁶⁰, “la prodigalidad es una de las incapacidades especiales a que se refiere el art. 1264 CC”.

La prodigalidad se ha suprimido en los ordenamientos jurídicos de algunos países, considerando que su finalidad es la protección de los acreedores alimentarios actuales del declarado pródigo, o sea, de un tercero y no el beneficio del pródigo; y puede satisfacerse sin un mecanismo que afecta de modo tan intenso a la libertad de las personas.

El que ha sido declarado pródigo se sujeta a curatela, que le afecta solo en el aspecto patrimonial respecto de los actos que señale la sentencia (arts. 755, 756, 757.5, 758, 760.3 LEC). La sentencia se inscribirá en los registros públicos que correspondan (art. 755 LEC).

Así, la curatela no comporta representación legal, pero los actos del pródigo necesitan para su plena eficacia de la aprobación del curador (arts. 286.3, 288, 289, 293, 297 CC); si no existe, los contratos son anulables a instancia del propio curador. El pródigo no podrá hacerlo pese al tenor literal del art. 293 CC.

2.6.- El concursado

La declaración de concurso supone otra de las incapacidades especiales. El concursado tiene una serie de limitaciones que se contienen sobre todo en el art. 40 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC)⁸⁶¹, como efecto de tal declaración y que conciernen a sus facultades patrimoniales.

⁸⁶⁰ GARCÍA VICENTE, J.R., “Arts. 1263-1264”, cit., p. 9076

⁸⁶¹ Art. 40 LC: “*Facultades patrimoniales del deudor.*”

1. *En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.*

2. *En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales.*

3. *No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener.*

Las facultades patrimoniales del concursado pueden ser intervenidas si el concurso es voluntario o sustituidas si es necesario por el administrador concursal, aunque es posible invertir o modificar tal asignación (art. 40.3 y 4 LC).

Estas limitaciones gozan de publicidad registral, tanto de la singular concursal (Registro Público Concursal) como de la general contenida en los registros públicos pertinentes (art. 24 LC).

Los actos del concursado que contradigan el régimen de intervención o sustitución están sujetos a un régimen especial de impugnación según el art. 40.7 LC, con reglas específicas sobre la legitimación, confirmación y caducidad de la acción⁸⁶².

3.- Consecuencias jurídicas

De acuerdo con la distinción tradicional resulta que si el sujeto tiene capacidad civil y natural de obrar, el acto que realice será eficaz y producirá todos sus efectos jurídicos.

Si el sujeto carece de capacidad natural de obrar, el acto que realice será ineficaz porque no hay consentimiento conforme al art. 1261 CC que lo exige para que haya contrato. Luego será radicalmente nulo y no producirá efectos jurídicos.

Es ineficaz el acto realizado por el menor que no sabe lo que hace y también lo es el que haga el mayor de edad en un momento⁸⁶³ en el que carezca de capacidad.

4. A solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio.

El cambio de las situaciones de intervención o de suspensión y la consiguiente modificación de las facultades de la administración concursal se someterá al régimen de publicidad de los artículos 23 y 24.

5. En caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación.

6. La intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal.

El deudor conservará la facultad de testar, sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia.

7. Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta.

Los referidos actos no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme.”.

⁸⁶² GARCÍA VICENTE, J.R., “Arts. 1263-1264”, cit., pp. 9076-9077.

⁸⁶³ De embriaguez, enajenación mental transitoria, etc.

Si hay consentimiento del mayor, pero viciado, el acto será anulable según el art. 1300 CC, al igual que si el menor realiza un acto para el que no tiene capacidad civil, pero sí natural.

3.1.- Regulación

El CC en el Capítulo VI del Título II con la rúbrica *“De la nulidad de los contratos”* intercala normas de nulidad (radical o absoluta) y de anulabilidad (nulidad relativa). Realmente todos los arts. del 1300 a 1314 CC se refieren a la segunda con la excepción de los arts. 1305 y 1306 CC que lo hacen a la primera. Este Capítulo regula la acción de anulación (art. 1300 CC), su plazo (art. 1301 CC), quién puede ejercerla (art. 1302 CC), sus consecuencias (arts. 1303 a 1308 y 1314 CC), y la confirmación del contrato (arts. 1309 a 1313 CC) pero no regula las causas que permiten ejercitar la acción de nulidad, que están repartidas a lo largo del CC.

Partiremos del art. 1261 CC que establece: *“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

- 1.º Consentimiento de los contratantes.*
- 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.*
- 3.º Causa de la obligación que se establezca.”.*

Recoge la inexistencia del contrato, equiparable a la nulidad absoluta, no existe contrato si no tiene alguno de sus requisitos esenciales: consentimiento, objeto, causa ni si infringe normas imperativas o prohibitivas.

El art. 1300 CC recoge la anulabilidad, establece: *“Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.”.*

3.2.- Nulidad

El contrato es nulo si:

- Carece de algún requisito esencial (art. 1261 CC).
- Infringe normas imperativas.

Art. 6.3 CC: *“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”.*

– Es contrario a la ley, la moral o al orden público.

Art. 1255 CC: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.*”.

– No cumple los requisitos de forma si esta es esencial o *ad solemnitatem*.

En cuanto a la acción de nulidad, siguiendo a García Vicente⁸⁶⁴, podemos decir que basta ostentar un interés legítimo para impugnarlo, de modo que además de las partes y sus sucesores, están legitimados los terceros que obtengan ventajas o eviten perjuicios con la nulidad, que también puede apreciarse de oficio de la invalidez contractual.

Si el contrato es nulo no se puede convalidar⁸⁶⁵, en algunos casos se puede producir su conversión en otro contrato.

La acción de nulidad es imprescriptible (STS, de 23 de octubre de 1992⁸⁶⁶). El transcurso del tiempo no puede convalidar el contrato⁸⁶⁷.

La sentencia es declarativa de una nulidad ya existente. Destruye la apariencia de validez del contrato y supone el nacimiento de una relación obligatoria de liquidación que se somete a las reglas comunes de la anulación del contrato (arts. 1303, 1307, 1308 y 1314 párr. 1º CC) y que también puede conllevar indemnización por daños⁸⁶⁸.

3.3.- Anulabilidad

El contrato puede anularse:

– Si tiene vicios invalidantes (art. 1300 CC).

– En los casos de defectos de capacidad del art. 1263 CC (menores e incapacitados) si el otorgante tiene capacidad natural para el acto jurídico de que se trate, si no la tiene es nulo.

– En el supuesto especial de falta de poder de disposición del art. 1301 párr. 5º CC⁸⁶⁹.

⁸⁶⁴ GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1300”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9238-9241.

⁸⁶⁵ El art. 1310 CC se refiere solo a la confirmación a los contratos anulables.

⁸⁶⁶ RJ 1992, 8278

⁸⁶⁷ Salvo las limitaciones que derivan de la protección del tercero de buena fe.

⁸⁶⁸ Salvo ciertos casos de nulidad que tienen un régimen especial (arts. 1305 y 1306, 1666 párr. 2º, 1798 CC, y arts. 127 y 128 CP).

⁸⁶⁹ Art. 1301 párr. 5º CC: “*Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario [...]*”.

Indica García Vicente⁸⁷⁰ que al tratarse de una nulidad de protección (ordenada por tanto en atención a los intereses de uno de los contratantes), solo le corresponde la legitimación para impugnar al contratante que padece el vicio y a los obligados subsidiarios en virtud del contrato (art. 1302 CC). El primero puede confirmar el contrato (arts. 1309 a 1313 CC). El art. 1313 CC dice que “*la confirmación purifica al contrato*”, pero realmente solo impide la impugnación (art. 1312 CC). La sentencia que la declara es declarativa.

El art. 1301 párr. 1º CC establece que: “*La acción de nulidad sólo durará cuatro años. [...]*”⁸⁷¹.

La anulación supone la desaparición del contrato con carácter retroactivo, desde que se celebró (art. 1303 CC). Surge una relación obligatoria de restitución regulada en los arts. 1303, 1304, 1307, 1308 y 1314 CC. También puede pedirse una indemnización por los daños causados.

3.4.- Casos dudosos

3.4.1.- Incapaz no incapacitado

Según García Vicente⁸⁷², si el incapaz no incapacitado celebra un contrato “se discute si la ausencia de capacidad supone la falta de consentimiento y entonces el contrato es nulo (art. 1261 CC); o si, dado que materialmente la situación del incapaz es análoga a la del incapacitado, el contrato es anulable (arts. 1263, 1264 y 1301 CC)”.

La jurisprudencia del TS oscila entre ambos tipos de invalidez. Opta por la nulidad la STS, de 4 de abril de 1984⁸⁷³; mientras que se decanta por la anulabilidad la STS, de 9 de febrero de 1949⁸⁷⁴, que hoy parece la opción preferible.

“Su impugnación exige la acreditación de la falta de capacidad al tiempo de contratar (puesto que debe destruirse la presunción de plena capacidad de los mayores de edad, art. 322 CC) y deberá acreditarse por quien la niegue (art. 217 LEC) y la apreciación notarial de la capacidad, a pesar de su indudable peso, no tiene efectos impeditivos de la impugnación (STS, de 19 de noviembre de 2004⁸⁷⁵)”.

⁸⁷⁰ GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1300”, cit., pp. 9238-9241.

⁸⁷¹ Se duda si el plazo es de prescripción o de caducidad.

⁸⁷² GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1300”, cit., pp. 9244-9245.

⁸⁷³ RJ 1984, 1926

⁸⁷⁴ TOL 4.455.889

⁸⁷⁵ RJ 2004, 6910

3.4.2.- Representantes legales

También surgen dudas sobre los contratos celebrados por los representantes legales sin la autorización judicial en los casos en que esta sea preceptiva (arts. 166, 271 y 272 CC). El art. 1259 CC dice: *“Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.*

El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.”. Además, se puede exigir responsabilidad al representante legal.

Entre otras, la STS, de 9 de mayo de 1994⁸⁷⁶, establece la nulidad por inexistencia de los contratos celebrados sin autorización judicial.

3.5.- Plazo de acción

3.5.1.- Art. 1301 CC

Art. 1301 CC: *“La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:*

En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado.

En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela.

Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato.”.

Vemos que el art. 1301 CC no distingue entre la nulidad y la anulación (STS, de 6 de septiembre de 2006⁸⁷⁷). Lo cierto es que solo se puede aplicar a la anulación, porque la nulidad no está sujeta a ninguna limitación temporal y la acción para pedirla es

⁸⁷⁶ RJ 1994, 389

⁸⁷⁷ RJ 2006, 8008

imprescriptible (STS, de 29 de abril de 1987⁸⁷⁸). Pero produce el problema de las situaciones de hecho que se hayan podido producir en base al contrato nulo.

3.5.2.- Duración

El art. 1301 párr. 1º CC señala que: *“La acción de nulidad sólo durará cuatro años. [...]”*. Algunos consideran que el plazo es demasiado largo y perjudica la seguridad del tráfico. Otros lo ven razonable, ya que es el mismo plazo que se establece para la rescisión de los contratos (art. 1299 CC); y la decisión sobre la anulación corresponde a quien ha sufrido el vicio, por lo que no se sabe si el contrato se impugnará o no y hay que poner algún límite a la incertidumbre ya que el contrato anulable tiene apariencia de validez y es posible que los terceros confíen en esa apariencia⁸⁷⁹.

3.5.3.- Prescripción o caducidad

Como falta un pronunciamiento legal expreso, se discute sobre si el plazo es de caducidad o de prescripción, lo que supone importantes consecuencias prácticas.

La prescripción es interrumpible y solo puede apreciarse si es alegada por el que la disfruta; la caducidad no puede interrumpirse y puede ser apreciada de oficio.

La jurisprudencia oscila, unas sentencias la califican de prescripción (SSTS, de 27 de marzo de 1987⁸⁸⁰, 29 de abril de 1997⁸⁸¹ y 1 de febrero de 2002⁸⁸²); y otras de

⁸⁷⁸ RJ 1997, 3409. Esta sentencia resume la doctrina: “[...] el plazo “sanatorio” de cuatro años del art. 1301 CC, es aplicable solamente a los contratos en que concurran los requisitos del art. 1261” (art. 1300 CC). Menciona la STS, de 5 de noviembre de 1981 (Id Cendoj: 28079110011981100190): *“El artículo 1300 CC sólo es aplicable a los supuestos en que existe verdadero contrato por reunir los requisitos del artículo 1261 CC, pero no cuando por simulación absoluta hay inexistencia de causa y total privación de efectos contractuales según el artículo 1275 CC”*. Además, la STS, de 13 de febrero de 1985 (TOL 1.736.310) dice: *“La nulidad propiamente dicha, absoluta o de pleno derecho, que tiene lugar cuando el acto es contrario a las normas imperativas y a las prohibitivas (artículo seis, tres, del Código civil) o cuando no tiene existencia por carecer de alguno de sus elementos esenciales, como sucede en el caso del contrato, pues según el art. 1261 CC no existe (“no hay contrato”) si falta el consentimiento, el objeto o la causa; y al faltar aquí esta última, la consecuencia ineludible es la del art. 1275 CC a cuyo tenor “los contratos sin causa... no producen efecto alguno” estando consiguiente al margen de posibilidad sanatoria de todo plazo prescriptivo, justo por ser la expresión del nada jurídico, que siempre y en todo momento puede ser alegado.”*.

⁸⁷⁹ GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1301”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9251-9252.

⁸⁸⁰ RJ 1987, 1836

⁸⁸¹ RJ 1997, 3409

⁸⁸² RJ 2002, 1586

caducidad (SSTS, de 4 de abril de 1984⁸⁸³, 27 de febrero de 1995⁸⁸⁴ y 18 de octubre de 2005⁸⁸⁵).

Ambas instituciones se basan en la seguridad jurídica, de modo que despeja la incertidumbre y consolida las situaciones existentes al evitar la destrucción retroactiva de efectos ya producidos. Esta discusión se relaciona con la consideración sobre si el plazo atañe a la acción declarativa o a la restitutoria; y con la naturaleza declarativa y no constitutiva de la sentencia sobre la impugnación del contrato⁸⁸⁶.

Sea el plazo de caducidad o de prescripción, la carga de la prueba corresponde a quien lo alegue⁸⁸⁷.

3.5.4.- El *dies a quo* de cómputo

El cómputo de la acción en base al art. 1301 CC se diversifica dependiendo de la naturaleza del vicio o defecto del que adolezca el contrato, lo que resulta muy práctico. Así, el momento inicial del cómputo combina los elementos del supuesto de hecho que deben consumarse y su conocimiento, así como la cesación de la causa de nulidad que permita su ejercicio material. Lo que importa en todo caso es el conocimiento efectivo, en su defecto, se fijan criterios de los que cabe deducir razonablemente que ese conocimiento era posible⁸⁸⁸.

3.6.- Legitimación activa

Art. 1302 CC: *“Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato.”.*

Habla de obligado principal y subsidiarios, lo que incluye a los fiadores.

El art. 1302 CC se refiere en exclusiva a la anulación del contrato. La jurisprudencia otorga legitimación para impugnar el contrato no solo a las partes, sino también a cualquier tercero que tenga interés legítimo, es decir, que obtenga una ventaja

⁸⁸³ RJ 1948, 1926

⁸⁸⁴ RJ 1995, 1647

⁸⁸⁵ RJ 2005, 7218

⁸⁸⁶ Declara el vicio del contrato al tiempo de su celebración.

⁸⁸⁷ GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1301”, cit., pp. 9253-9254.

⁸⁸⁸ GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1301”, cit., p. 9256.

o evite un perjuicio sobre su propia esfera jurídica en caso de que se declare la invalidez del contrato. Entre otras, la STS, de 13 de abril de 1988⁸⁸⁹, afirma: “[...] la legitimación activa para obtener dicha declaración (de nulidad) corresponde a todo aquel que acredite un simple interés legítimo, con la amplitud de criterio de que es muestra la jurisprudencia de esta Sala (últimamente, SSTs 5 diciembre 1986⁸⁹⁰ y 22 diciembre 1987⁸⁹¹ que atribuye a la acción de nulidad por simulación además carácter de imprescriptible)”.

Es aplicable la doctrina de los actos propios (STS, de 21 de diciembre de 2010⁸⁹²) en razón de la consecuencia que produce, que es la consolidación o convalidación de los efectos del contrato nulo⁸⁹³. La STS, de 20 de junio de 1983⁸⁹⁴, indica que “No puede impugnar un contrato como nulo quien lo celebró creando el vicio de nulidad a que luego se acoge”.

Quien la alega debe ser quien ha confiado legítimamente en que la acción no se ejercería o quien se ve sorprendido con su ejercicio. Si a las dos partes les es imputable la simulación, ninguna de ellas disfruta de una confianza protegible “[...] son por igual conscientes y responsables de la ficción [...]”, STS, de 21 de diciembre de 2009⁸⁹⁵.

Señala García Vicente que “se repudia la impugnación por defectos formales cuando el que impugna consintió el defecto o se aprovechó de los efectos del negocio impugnado con su ejecución en las SSTs, de 6 de febrero de 1987⁸⁹⁶, 23 de mayo de 1987⁸⁹⁷ y 9 de mayo de 1994⁸⁹⁸”.

3.7.- Especialidades de los incapacitados

El CC establece reglas especiales de anulación si se origina por la incapacidad de alguno de los contratantes:

⁸⁸⁹ RJ 1988, 3146

⁸⁹⁰ Id Cendoj: 28079110011986100126

⁸⁹¹ Id Cendoj: 28079110011987101107

GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1302”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9259-9261.

⁸⁹² RJ 2010, 297

⁸⁹³ Habría que determinar primero el carácter disponible o no de los intereses protegidos por la norma, puesto que la voluntad de las partes no puede convalidar los efectos producidos por la infracción de una norma imperativa.

⁸⁹⁴ RJ 1983, 3634

⁸⁹⁵ RJ 2010, 297

⁸⁹⁶ RJ 1987, 685

⁸⁹⁷ RJ 1987, 3557

⁸⁹⁸ RJ 1994, 3894

GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1302”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9259-9261.

Art. 1301 párr. 1º y 4º CC: *“La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:*

Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela.”.

Art. 1304 CC: *“Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera.”.*

Art. 1314 CC: *“También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquélla.*

Si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad.”.

El CC tiene otros ej. que limitan la restitución al provecho efectivo (arts. 1163, 1765, 1698 párr. 2º y 1897 CC).

3.8.- Confirmación del acto anulable

Viene regulada en los arts. 1309 a 1313 CC, que establecen:

Art. 1309 CC: *“La acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente.”.*

Art. 1310 CC: *“Sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261.”.*

Art. 1311 CC: *“La confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.”.*

Art. 1312 CC: *“La confirmación no necesita el concurso de aquel de los contratantes a quien no correspondiese ejercitar la acción de nulidad.”.*

Art. 1313 CC: *“La confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración.”.*

Con lo que solo quien sufre el vicio puede impugnar el contrato⁸⁹⁹ o confirmarlo⁹⁰⁰ (STS, de 27 de octubre de 1980⁹⁰¹). Él decide si subsiste o no, en una declaración unilateral de voluntad. No concurre la otra parte (art. 1312 CC), aunque también produce efectos por ministerio de la ley sobre su esfera jurídica ya que elimina la incertidumbre sobre si el contrato está vigente o no.

Hace falta que la causa de nulidad sea conocida por el contratante que confirma (art. 1311 CC) y que haya cesado.

La confirmación aporta seguridad jurídica general y también al otro contratante, porque termina la incertidumbre sobre si el contrato es válido o no. Sería muy práctico que alguna norma permitiera efectuar un requerimiento para que en un plazo razonable se impugne o se confirme (como en el art. 40.7 LC)⁹⁰².

Los mismos efectos que la confirmación produce el transcurso del plazo de caducidad de la acción de impugnación que consolida, retroactivamente, la validez del contrato, la caducidad extingue la acción y opera *ope legis* sin necesidad de ninguna declaración de voluntad.

La confirmación tácita supone un acto que necesariamente implique la voluntad de renunciar a invocar la causa de nulidad, como sí se admite la validez del contrato, se ejecuta, se reclama su cumplimiento, o se aprovecha de sus ventajas⁹⁰³. En general, cualquier acto distinto al de negar efectos al contrato o resistirse a su eficacia (STS, de 4 de julio de 1991⁹⁰⁴) pero no tienen valor confirmatorio los actos que persiguen que subsista la utilidad del contrato celebrado (STS, de 12 de noviembre de 1996⁹⁰⁵).

En el contrato celebrado por error o dolo el cumplimiento del contrato no supone confirmación tácita si no se conoce la causa de nulidad (art. 1311 CC).

⁸⁹⁹ Es el único que tiene derecho a invocar la causa de nulidad (art. 1311 CC), o a quien le corresponde ejercer la acción (art. 1312 CC).

⁹⁰⁰ Puede purificar al contrato de los vicios de que adoleciera con su sola voluntad (art. 1313 CC).

⁹⁰¹ RJ 1980, 3639

⁹⁰² En el art. 40.7 LC la legitimación la ostenta la administración concursal, y dice: “7. *Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta.*”.

⁹⁰³ P. ej. el art. 1893 párr. 1º CC.

⁹⁰⁴ RJ 1991, 5326.

⁹⁰⁵ RJ 1996, 7919

Solo se pueden confirmar los contratos anulables (art. 1309 CC), no a los contratos nulos, que no pueden purificarse ni por la voluntad del que padece la causa de nulidad.

Diferente a la confirmación de un contrato anulable es la conversión de un contrato nulo en otro que sí cumple los requisitos esenciales de todo contrato y los de aquel en que se encaje⁹⁰⁶.

3.9.- Rescisión del contrato

En determinados supuestos previstos por la legislación, si un contrato produce perjuicios se puede dejar sin efecto. Así, el art. 1290 CC: “*Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley.*”.

Afirma De Castro y Bravo⁹⁰⁷ que los casos de rescisión se dan como medidas correctoras, para evitar una consecuencia injusta, resultante del juego normal del sistema jurídico. La rescisión del contrato opera sobre los contratos válidamente celebrados para reparar un perjuicio que sin ella sufrirían determinadas personas (arts. 1294, 1295, párr. 3º, 1297, 1077 CC).

Indica García Vicente⁹⁰⁸ que el CC “emplea el término rescindir en su sentido vulgar de deshacer o destruir el contrato, sin matiz técnico alguno. Se utiliza el término para designar acciones, derechos o facultades que, en sentido estricto, son de desistimiento unilateral de simple resolución por incumplimiento. Así ocurre, entre otros, en los arts. 1454, 1469, 1479, 1483, 1486 párr. 2º, 1556, 1558 párr. 3º, 1595, 1652, 1818 y 1819 CC. Este empleo técnicamente impropio también puede advertirse fuera del CC: así ocurre en los arts. 19.2 y 26 de la LAR o 12 y 35 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS)⁹⁰⁹”.

La rescisión produce la restitución de las prestaciones. El art. 1295 CC dice: “*La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado.*”.

⁹⁰⁶ GARCÍA VICENTE, J.R., “Arts. 1309-1313”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9278-9282.

⁹⁰⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., “El negocio jurídico”, en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, t. X, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 586.

⁹⁰⁸ GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1290”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9199.

⁹⁰⁹ BOE-A-1980-22501

Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe.

En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión.”.

La STS, de 21 de noviembre de 2005⁹¹⁰, señala que es un supuesto de ineficacia y no de invalidez del contrato, por lo que no se puede usar la acción rescisoria para impugnar negocios nulos.

El art. 1291 CC establece una serie de contratos rescindibles: “*Son rescindibles:*

1.º Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos.

2.º Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior.

3.º Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.

4.º Los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente.

5.º Cualesquiera otros en que especialmente lo determine la Ley.”.

En todos estos casos existe un perjuicio económico. En los dos primeros es lesivo para un contratante que actuó por representación.

En sentido estricto, los únicos supuestos de rescisión por lesión son los mencionados en el art. 1291.1º y 2º CC, como corrobora el art. 1293 CC: “*Ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo 1.291.”.*

En el caso de los tutores, solo se aplica a aquellos contratos que el tutor pueda celebrar sin autorización judicial previa y no si se somete a control o autorización judicial⁹¹¹. Lo que hará muy improbable que se promueva la rescisión por el pupilo.

Los contratos que se celebren por el tutor sin autorización judicial están afectados de invalidez del contrato⁹¹².

⁹¹⁰ RJ 2005, 7678

⁹¹¹ Por lo que se refiere a los contratos no incluidos en los arts. 271 y 272 CC.

La rescisión no se aplica a la patria potestad, si se produce un perjuicio podrán los hijos ejercitar las acciones de responsabilidad al término de la patria potestad (art. 168 CC).

Art. 1299 CC: “*La acción para pedir la rescisión dura cuatro años*”⁹¹³.

Para las personas sujetas a tutela y para los ausentes, los cuatro años no empezarán hasta que haya cesado la incapacidad de los primeros, o sea conocido el domicilio de los segundos”⁹¹⁴.

La acción rescisoria está sometida a un plazo de caducidad ya que afecta a la estabilidad de los contratos válidamente celebrados y a terceros. Así, las SSTs, de 27 de mayo de 2002⁹¹⁵, 30 de mayo de 2003⁹¹⁶, 31 de enero de 2006⁹¹⁷ y 6 de mayo de 2008⁹¹⁸.

III.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS

1.- Introducción

Las circunstancias modificativas de la capacidad jurídica pueden tomarse en un doble sentido:

– En el amplio, pueden referirse tanto a la capacidad jurídica (determinando más o menos derechos), como a la capacidad de obrar, suspendiendo algunas facultades o exigiendo para su efectividad formas complementarias.

– En sentido estricto o propio, limitan exclusivamente la capacidad de obrar o de ejercicio. Son supuestos legales de restricción de dicha capacidad.

Según la tesis expuesta por el profesor De Castro y Bravo⁹¹⁹, tales causas son circunstancias subjetivas que se dan en ciertas personas y que obligan a la ley a reducir o suprimir la capacidad de obrar, remediando esta carencia con instituciones o medios

⁹¹² Como señala el art. 1296 CC: “*La rescisión de que trata el número 2.º del artículo 1.291 no tendrá lugar respecto de los contratos celebrados con autorización judicial.*”, que hay que entender aplicable, también, al supuesto del n.º 1º.

⁹¹³ La acción dura cuatro años, como corrobora el art. 37 párr. 3º LH, por lo que a veces se pretende la impugnación del contrato por nulidad que no está sometida a plazo alguno.

⁹¹⁴ El art. 1299 párr. 2º CC establece una regla singular para los contratos celebrados por el tutor, considera como *dies a quo* de cómputo de la acción desde que haya cesado la incapacidad, aunque hay que interpretar que realmente es desde que se haya extinguido la tutela, ya que esta no solo atañe a los incapacitados (art. 222 CC).

⁹¹⁵ RJ 2002, 7251

⁹¹⁶ RJ 2003, 5324

⁹¹⁷ RJ 2006, 363

⁹¹⁸ RJ 2008, 4131

⁹¹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, cit., p. 54.

complementarios o supletorios. Circunstancias modificativas no serán más que aquellas que incluyan a una persona dentro de un concreto estado civil.

El CC establece⁹²⁰:

Art. 200 CC: *“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.”*.

Art. 201 CC: *“Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.”*.

Art. 1263 CC: *“No pueden prestar consentimiento:*

1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.”.

Art. 1264 CC: *“Lo previsto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer.”*.

Vemos que la regulación vigente centra las circunstancias modificativas de la capacidad en la edad y la incapacitación judicial.

2.- Clasificación

Castán Tobeñas⁹²¹ hace la siguiente clasificación:

1.- Circunstancias personales.

⁹²⁰ El CC las regulaba con un criterio totalmente superado en el antiguo art. 32 párr. 2º: *“La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero.”*. Hoy esta suprimido por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del CC en materia de tutela. Era un precepto criticable por hablar de restricciones de la personalidad, cuando solo lo eran de la capacidad de obrar.

La interdicción fue suprimida como pena por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del CP y del CC por la Ley 6/1984, de 31 de marzo, de modificación de determinados arts. de los CC y de Comercio y de las Leyes Hipotecaria, de Enjuiciamiento Criminal y de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, sobre interdicción.

⁹²¹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., pp. 232-350.

– Sexo. Históricamente tuvo gran importancia como causa modificativa de la capacidad de obrar, pero desde la Edad moderna ha sido constante la tendencia a la equiparación de sexos⁹²².

– Edad, que ya vimos.

– Enfermedad. Puede dar ocasión tanto a situaciones de incapacidad como de restricción (art. 200 CC).

– Prodigalidad. Históricamente fue causa de incapacidad (art. 32 párr. 2º CC hoy derogado). Actualmente solo constituye una causa restrictiva de la capacidad de obrar (art. 286.3 CC⁹²³).

– Condena penal. Daba lugar a la interdicción. Fue suprimida por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del CP.

– Concurso y quiebra. Inhabilitan para la administración de los bienes (art. 1814 CC) y para ejercer los cargos de tutor y curador (arts. 244.5 y 291 párr. 2º CC).

2.- Circunstancias derivadas de vínculos sociales permanentes.

– Que crean estados civiles:

a) Ciudadanía. Aunque actualmente las leyes tienden a equiparar la capacidad de ciudadanos nacionales y extranjeros (art. 13.1 CE⁹²⁴), no dejan de existir normas que diferencian en su trato a unos y a otros, con especial relevancia en materia de inversiones extranjeras.

b) Regionalidad. Lo mismo ocurre con la vecindad civil, en la que la sumisión a una u otra regionalidad permite o impide realizar determinados actos (testamento mancomunado, libertad de testar, sucesión contractual, etc.).

c) Parentesco. Unas veces amplía la capacidad de obrar y otras las restringe. Como ampliaciones podemos citar las legítimas, reservas, alimentos, patria potestad, tutela, ausencia, sucesión intestada, subrogaciones y cesiones en arrendamientos rústicos y urbanos, etc. Como restricciones, impedimento para contraer matrimonio,

⁹²² Los hitos fundamentales de la evolución en nuestro CC son las leyes de 2 de abril de 1958, 22 de junio de 1961, 22 de junio de 1972, 2 de mayo de 1975, art. 14 CE, que sienta el principio de la igualdad de sexos, y en su desarrollo las leyes de 13 de mayo de 1981, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y 7 de julio de 1981, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio; y el art. 14 CE, que dice: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*.

⁹²³ Art. 286.3 CC: *“Están sujetos a curatela: [...] 3. Los declarados pródigos.”*.

⁹²⁴ Art. 13.1 CE: *“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.”*.

incapacidad para ser testigo en testamento y en actos *inter vivos*, limitación a la posibilidad de donar y de testar, etc.

– Que no constituyen estados civiles, aunque históricamente sí lo hicieron: religión. En los estados modernos, proclamado el principio de libertad de conciencia (art. 16 CE⁹²⁵), el estado religioso no tiene trascendencia como causa modificativa de la capacidad obrar.

– Circunstancias derivadas de la relación de las personas con un lugar determinado: residencia y ausencia. La ausencia supone una situación de incertidumbre acerca de la residencia e incluso la existencia de la persona. Supone la adopción de una serie de medidas de protección del patrimonio del ausente, que hace que su posición sea parecida a la de quien tiene limitada la capacidad de obrar, aunque no supone incapacidad, pues el ausente sigue teniendo sus derechos y podrá ejercitarlos cuando reaparezca, si bien debe aceptar los actos que en su ausencia haya efectuado de su representante legal.

3.- El estado civil

El término estado civil aparece en varios arts. de nuestra legislación, en la LRC, de 8 de junio de 1957 y en la de 21 de julio de 2011 y en el CC, arts. 9.1⁹²⁶, 244.4⁹²⁷ y 1814⁹²⁸. Pero ninguno de ellos contiene un concepto de estado civil.

La doctrina tampoco tiene un criterio uniforme sobre el mismo.

De Castro y Bravo⁹²⁹, Díez-Picazo y Gullón Ballesteros⁹³⁰ lo definen como una determinada cualidad del individuo que es tomada por el ordenamiento como factor

⁹²⁵ Art. 16 CE: “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.”.

⁹²⁶ Art. 9.1 CC: “1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.”.

⁹²⁷ Art. 244 CC: “Tampoco pueden ser tutores: [...] 4. Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.”.

⁹²⁸ Art. 1814 CC: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.”.

⁹²⁹ DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, cit., p. 70.

⁹³⁰ DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, cit., pp. 276-277.

determinante de la posición y del trato jurídico de la persona dentro de la sociedad, y por ello, como determinante de su capacidad de obrar. Lo cual dependerá de las circunstancias políticas y sociales del momento por lo que el estado civil es un *numerus apertus* y cambiante.

De Castro y Bravo⁹³¹ señala como estados civiles los siguientes:

- Nacionalidad.
- Vecindad civil.
- Matrimonio.
- Edad: menor edad, menor emancipado, mayor edad.
- Incapacitación.

Todas las personas siempre tienen uno o varios estados civiles, por lo que son inherentes a la misma, imperativos, materia de derecho público, excluida de la autonomía de la voluntad (art. 1814 CC) y con eficacia general *erga omnes*.

4.- Incapacidades, limitaciones y prohibiciones

4.1.- Incapacidades

Las incapacidades son restricciones a la capacidad de obrar. Se fundamentan en circunstancias subjetivas que concurren en ciertas personas, que obligan a la ley a retardar o suspender por un cierto tiempo o por tiempo ilimitado la aptitud para realizar actos jurídicos, remediando, entre tanto, su defecto de capacidad con medios supletorios, como el de la representación (tutela, patria potestad).

En cuanto a sus efectos, determina la anulabilidad de lo hecho por un incapaz. Sin perjuicio de que si le falta absolutamente el uso de razón, provoque la nulidad o inexistencia.

4.2.- Limitaciones a la capacidad

Se refieren siempre a la capacidad de obrar, pero se diferencian de las incapacidades, propiamente dichas, en que el limitadamente capaz obra por sí, necesitando únicamente para la validez de ciertos actos que complementen su consentimiento, mientras que los incapaces no puedan actuar por sí y necesitan un representante legal, el concurso de otras personas o de la autoridad judicial.

⁹³¹ DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, cit., pp. 75-76.

P. ej. el menor emancipado respecto los actos de los arts. 323 y 324 CC.

4.3.- Prohibiciones

En el caso de las prohibiciones, la persona es en principio capaz pero no puede realizar válidamente actos concretos en atención a determinadas circunstancias.

Indica Álvarez Moreno⁹³² que “el sujeto tiene plena capacidad para celebrar el acto o el negocio de que se trate, pero no puede hacerlo en relación con determinadas personas o bienes. No carece de capacidad, sino que el ordenamiento le impide celebrarlo⁹³³, sea por razones de moral o de justicia”.

Se fundamentan en razones objetivas de moralidad y en la voluntad de quien las impone (la ley o el particular) y presuponen una capacidad tanto jurídica como de obrar considerada en abstracto. No pueden paliarse mediante la representación. Alcanzan solo al goce de determinados derechos.

Y en cuanto a sus efectos, determinan la nulidad radical del acto contrario a la prohibición, conforme al art. 6.3 CC. Como los actos son nulos de pleno derecho, la acción puede ejercitarla cualquiera y no prescribe.

Señala Álvarez Moreno⁹³⁴ que “se pueden dar en cualquier campo del derecho civil, y deben estar expresamente establecidas: así p. ej., en derecho de la persona (en relación con la tutela, art. 221 CC), en contratos (p. ej., art. 1459 CC, en relación con la compraventa) o en el ámbito familiar (como el art. 175 CC, o los impedimentos para contraer matrimonio⁹³⁵)”.

Son prohibiciones sobre temas determinados, los siguientes:

- Adopción (art. 175 CC).
- Tutela (arts. 221, 243 y 244 CC).
- Sucesiones (art. 754 CC).
- Albacea (art. 893 CC).
- Compraventa (art. 1459 CC).
- Sociedad (art. 1677 CC).

⁹³² ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 322”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2612.

⁹³³ GOMEZ LAPLAZA, M^a C., “Artículo 322”, cit., p. 2137.

⁹³⁴ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 322”, cit. p. 2612.

⁹³⁵ Que no dejan de ser prohibiciones, como indica MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Art. 316 CC” en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 1335.

4.4.- Supuestos dudosos

A veces diferenciar entre unas circunstancias u otras es complejo.

P. ej., el caso del testador o donante que impone a su heredero o donatario una limitación a la facultad de disponer. Puede hacerlo de diferentes modos, con carácter personal y que su infracción no produzca nulidad ni se transmita a sus sucesores; o con carácter real, como prohibición que recae sobre el bien transmitido, dentro de los límites del art. 781 CC, configurándose como una limitación a la facultad de disponer y siendo nulos los actos realizados en contra de lo prohibido y que se produzca la transmisión de esta limitación a quienes suceden al heredero o donatario.

Para suplir la capacidad pueden existir diversas formas. P. ej., si el testador o donante designa un administrador de los bienes distinto del donatario o heredero, puede regular esta administración más o menos detalladamente y puede que no prevea en qué casos la infracción de las normas que estableciera para administrar los bienes suponga la anulabilidad o la nulidad radical. En este caso habrá que acudir por analogía a las normas del CC para los supuestos de patria potestad o de tutela (RDGRN, de 1 de abril de 1993⁹³⁶).

5.- Incapacidad e incapacitación judicial

En las circunstancias modificativas propiamente hay que distinguir entre:

- Causas de incapacidad propiamente dicha, como la minoría de edad.
- Causas de incapacitación judicial, que no es más que el estado de incapacidad declarado judicialmente, con arreglo al art. 199 CC y que son las que figuran en el art. 200 CC.

Y desde este punto de vista, la distinción tiene una gran importancia, porque como observa Díez-Picazo⁹³⁷, hay que distinguir claramente entre los contratos celebrados por incapaces y los contratos celebrados por incapacitados judicialmente, puesto que los celebrados por los incapacitados judicialmente no son nulos sino meramente anulables y por lo tanto pueden ser anulados o pueden ser confirmados. Si son anulados, la acción de impugnación tendrá como fundamento la falta de capacidad. Pero los contratos celebrados por incapaces pueden ser declarados inexistentes, la acción de impugnación

⁹³⁶ BOE-A-1993-11319

⁹³⁷ DIEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...*, cit., pp. 101 y 102

ya no tendrá como fundamento la falta de capacidad, sino la falta de consentimiento, es decir: falta de discernimiento y falta de voluntad.

IV.- CDPD

1.- Idea general

Esta Convención supone un cambio radical de criterio en el tema de la capacidad. Sin perjuicio de su examen exhaustivo en el tema correspondiente, haremos ahora una breve exposición de la cuestión.

Fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008, o sea, que forma parte de nuestro derecho positivo. Se refiere a las personas señaladas en su art. 1 párr. 2º: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*.

Señala García Medina⁹³⁸ que la CDPD reconoce a todos los seres humanos la personalidad y la capacidad jurídica.

Inherente al concepto de persona y personalidad jurídica es el de capacidad jurídica, como aptitud para poder ser titular de derechos y deberes. Toda persona por el hecho de serlo tiene personalidad jurídica y también ha de tener capacidad jurídica sin ningún tipo de discriminación. Personalidad y capacidad son inherentes a la condición de persona, con independencia de cualquier circunstancia física, psíquica o sensorial que le afecte.

Tradicionalmente el derecho español distingue entre capacidad jurídica, que es la aptitud para ser titular de derechos y deberes; y la capacidad de obrar, que lo es para poder ejercitarlos con plenos efectos jurídicos y que varía en atención a las circunstancias personales. Y dentro de esta capacidad de obrar plena, que corresponde a todas las personas mayores de edad no incapacitadas, y capacidad de obrar limitada que varía en función de las circunstancias personales. Sin embargo, el art. 12.2 CDPD supone una novedad trascendental, ya que no diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, distinción que supera; solo recoge el concepto uniforme y general de capacidad jurídica que corresponde a todos por igual.

⁹³⁸ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., p. 120.

La CDPD utiliza exclusivamente el término capacidad jurídica, no habla de capacidad de obrar a la que sustituye por el término ejercicio de la capacidad jurídica.

Art. 12 CDPD: “Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. 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.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”.

Este art. ha generado un debate en la doctrina española. Algunos opinan que se cumplen las pautas de la CDPD con la legislación que tenemos, pero la mayoría cree que sus directrices y conceptos no se recogen en nuestro ordenamiento jurídico lo que

obliga a corregirlo tanto en la forma⁹³⁹ como en el fondo⁹⁴⁰. Siguiendo esta opinión, creemos que hace falta una reforma legal profunda, muchas veces anunciada pero nunca efectuada, que contemple las pautas de la CDPD que deben incorporarse a nuestro sistema legal y servir de base en su interpretación y aplicación.

Y ello porque conforme al art. 10.2 CE, la CDPD tiene rango de norma constitucional al ser un tratado internacional, ratificado por España.

En este sentido, las recomendaciones del Comité de NNUU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando se refieren al art. 12 CDPD, “*igual reconocimiento de la persona ante la ley*” y su aplicación en nuestro país, señalan:

“33. El Comité observa que la Ley N° 26/2011 establece un plazo de un año desde su entrada en vigor para la presentación de un proyecto de ley que regule el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención. Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica.

34. El Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes.”⁹⁴¹.

Rueda Díaz⁹⁴² indica que “hay que proporcionar medidas de apoyo para ejercitar la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, no privarles del ejercicio de esta capacidad. Frente al criterio actual, de pérdida de la capacidad de obrar, se impone otro de promoción de la misma”.

2.- Futura reforma

⁹³⁹ La terminología.

⁹⁴⁰ El procedimiento de incapacitación o las instituciones tutelares.

⁹⁴¹ NACIONES UNIDAS, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Sexto período de sesiones, 62ª sesión. 19 a 23 de septiembre de 2011, Observaciones n.º 33 y 34.

⁹⁴² RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., “Capacidad para testar y para otros actos jurídicos”, Ponencia presentada en las jornadas celebradas en Madrid, abril de 2012, AEquitas, Madrid, p. 6.
Consultado en: <http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=79c55779-269b-46bf-8108-1be6e30e1cc1&groupId=10228>

Entre las varias cuestiones que habría que reformar podemos señalar la terminología, el procedimiento de incapacitación y las instituciones tutelares.

Como veremos, la doctrina mantiene dos posturas:

La primera cree que en lo esencial nuestra legislación se adapta a los postulados de la CDPD, ya que a partir de la modificación que introdujo la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del CC en materia de tutela, el procedimiento de incapacitación tiene por principal finalidad la protección de la persona con discapacidad para el ejercicio de sus derechos, por lo que cumple los principios de protección de la CDPD. El procedimiento de los arts. 756 y ss. LEC, establece el principio de verdad material, legitima al interesado a instar el procedimiento, y le permite que se oponga a la demanda, exige el examen personal del demandado por parte del juez, al que obliga a graduar la extensión de la limitación de la capacidad.

La segunda entiende que nuestras leyes vulneran los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, que ignoran el nuevo modelo y que deben ser modificadas, como reflejan los informes que cada año elabora el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)⁹⁴³. Hay que reformar el procedimiento de modificación de la capacidad, que hoy acaba con la incapacitación total en la mayoría de los casos. Hay que implantar el modelo social de la discapacidad⁹⁴⁴.

El art. 4.1 CDPD establece: “*Obligaciones Generales*

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad [...]”.

Luego los Estados deben procurar los medios para que las personas con discapacidad ante las barreras que les provoca este hecho pueda superarlas y realizar el acto jurídico que deseen.

La Disp. fin. 1ª de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el RC, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la LPPD; anuncia que “*El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los*

⁹⁴³ Según su página web (<<http://www.cermi.es/ES-ES/QUEESCERMI/Paginas/Inicio.aspx>>) el CERMI es la plataforma de representación, defensa y acción de la ciudadanía española con discapacidad, que se agrupan, para avanzar en el reconocimiento de sus derechos y alcanzar la plena ciudadanía en igualdad de derechos y oportunidades con el resto de componentes de la sociedad.

⁹⁴⁴ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Foro de Justicia y Discapacidad, *Curso Discapacidad y Autonomía de la Voluntad*, Toledo, 18 a 20 de abril de 2012, Conclusión sexta.

procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.”. La Ley entró en vigor el 26 de junio de 2009.

Por su parte, la Disp. adic. 7ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD establece que *“El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen.”. La Ley entró en vigor el 3 agosto de 2011.*

Ninguno de estos proyectos de ley se ha efectuado, por lo que a la espera de la comprometida reforma, deberá aplicarse la regulación vigente, aplicando los principios recogidos en la CDPD, procurando la protección de la persona que lo necesite con respeto a sus DDHH, a su dignidad, a su autonomía individual y a su independencia.

3.- Situación actual

El art. 12 CDPD nos dice que estas personas *“[...] tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.”* (art. 12.2 CDPD), y que se les proporcionará el *“[...] apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.”* (art. 12.3 CDPD), con las salvaguardas del art. 12.4 CDPD, que: *“[...] asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona [...]”*.

Señala Rueda Díaz⁹⁴⁵ que “pasamos de la nulidad de los actos jurídicos por no poder acceder a la capacidad suficiente al apoyo para intentar llegar a ella. Con la utilización de estos apoyos se podrá llegar a juzgar con capacidad suficiente a la persona cuya discapacidad⁹⁴⁶ haya sido corregida por los medios de apoyo de que se trate,

⁹⁴⁵ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., “Capacidad para testar y para otros actos jurídicos”, cit., pp. 20-21.

⁹⁴⁶ “El impedimento para participar en la sociedad.”.

aunque la deficiencia, la causa, subsista. No obstante, si a pesar de los apoyos que se puedan recabar no se puede acceder a este nivel de capacidad, la respuesta del funcionario encargado de controlarla será la de denegar su autorización.

A la luz de la legislación aplicable (básicamente el CC, las legislaciones forales y la CDPD), la situación en cuanto a la capacidad de las personas ha cambiado. Tenemos como esquema clásico: quien no tenga capacidad, por haber sido privado de ella (incapacitado) o no superar el juicio de capacidad para cada caso, no puede hacer negocios jurídicos. Este esquema se puede considerar superado por imperativo de la CDPD: quien no tenga capacidad debe de ser apoyado, en lo posible, para poder hacer negocios jurídicos. Los documentos notariales ya contienen el germen de estos apoyos, la intervención notarial es determinante en la configuración (a través del análisis de la voluntad manifestada por el otorgante y el consejo jurídico) y la redacción del documento. Ya hay en el CC algún atisbo de medidas de apoyo que superan lo tradicionalmente permitido (p. ej. art. 697.2º CC⁹⁴⁷). La jurisprudencia acepta que, a través de estas ayudas, se superen los requisitos formales pensados para alguien sin ninguna discapacidad, p. ej. del testador.

V.- PRESUNCIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

1.- Presunción

Art. 322 CC: *“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.”*

Este art. establece una presunción *iuris tantum* de capacidad plena, se presume que el mayor de edad tiene capacidad mientras no se demuestre lo contrario, lo que supone la validez de todos los actos que realice mientras no sea incapacitado⁹⁴⁸.

Al llegar a la mayoría de edad (art. 315 CC) se adquiere la plena capacidad para todos los actos jurídicos personales o patrimoniales (salvo los sometidos a alguna regla especial).

La plena capacidad va unida a la plena responsabilidad. El mayor de edad es responsable de sus actuaciones con su patrimonio⁹⁴⁹.

⁹⁴⁷ “El testamento del enteramente sordo que no puede leer, en cuyo caso lo hacen los testigos que no sustituyen la voluntad sino que expresan que coincide con lo manifestado.”.

⁹⁴⁸ GOMEZ LAPLAZA, Mª C., “Artículo 322”, cit., p. 2134.

⁹⁴⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, Mª. C., *La nueva normativa en materia de capacidad obrar de la persona*, ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 160.

La capacidad de obrar es una condición natural de la persona. Por ello, como más probable y por favorecer la eficacia de sus actos y la libertad del tráfico, el derecho admite una serie de presunciones respecto de su existencia y de su mayor alcance⁹⁵⁰.

Siguiendo a De Castro y Bravo⁹⁵¹, nuestra jurisprudencia puede resumirse en las reglas siguientes:

1.- La capacidad del mayor de edad es la regla general, su incapacidad es una excepción; se presume su capacidad y hay, por tanto, que alegar y probar como excepción la limitación o falta de capacidad. SSTs, de 20 de mayo de 1911⁹⁵² y 30 de abril de 1920⁹⁵³.

2.- Las restricciones de la capacidad originadas por un estado civil (p. ej. incapacitación) requieren la alegación y prueba del estado civil que la origine. Mientras que no se produce el cambio jurídico de estado que la determina no se produce la restricción. SSTs, de 27 de febrero de 1914⁹⁵⁴ y 24 de noviembre de 1933⁹⁵⁵.

3.- Las incapacidades especiales y las prohibiciones han de ser expresas en la ley y no pueden inducirse ni presumirse. SSTs, de 8 de mayo de 1922⁹⁵⁶, 10 de abril de 1944⁹⁵⁷ y 3 de febrero de 1951⁹⁵⁸.

4.- Todos los preceptos limitativos de la capacidad son de interpretación restrictiva. SSTs, de 6 de mayo de 1944⁹⁵⁹ y 11 de febrero de 1946⁹⁶⁰.

5.- La presunción en favor de la capacidad es *iuris tantum*, o sea, que se presume la capacidad, mientras no se pruebe cumplida y evidentemente lo contrario.

La presunción de la existencia de la capacidad de obrar es reiterada por nuestra jurisprudencia. Así, la STS, de 26 de septiembre de 1988⁹⁶¹ dice que: *“esta sala tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser, y por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con*

⁹⁵⁰ ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., “Art. 322”, cit. pp. 2608-2609.

⁹⁵¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 57.

⁹⁵² TOL 5.053.185

⁹⁵³ TOL 5.043.739

⁹⁵⁴ TOL 5.050.937

⁹⁵⁵ TOL 5.029.621

⁹⁵⁶ TOL 5.042.232

⁹⁵⁷ TOL 4.458.646

⁹⁵⁸ TOL 4.449.665

⁹⁵⁹ TOL 4.458.658

⁹⁶⁰ TOL 4.455.732

⁹⁶¹ TOL 1.733.945

verdadera libertad de elección, postulado y presunción iuris tantum, que se ajustan a la idea tradicional del favor testamenti"; y en la de 28 de junio de 1990⁹⁶² que: *"la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa (Sentencias de esta sala de 10 de febrero de 1986⁹⁶³, 10 de abril de 1987⁹⁶⁴, 26 de septiembre de 1988⁹⁶⁵, 20 de febrero de 1989⁹⁶⁶ entre otras) por lo que no es posible que la referida presunción legal y jurisprudencial pueda ser destruida mediante otra presunción de las llamadas "de hombre" (presumptio hominis o presumptio facti), contempladas en el art. 1253 del Código Civil."*⁹⁶⁷.

Álvarez Moreno⁹⁶⁸ puntualiza que los contratos realizados por quienes carecen de las necesarias facultades de raciocinio y voluntad están viciados de nulidad, si bien su impugnación puede proceder, por falta de consentimiento (en cuyo caso serán nulos de pleno derecho) o por defecto de capacidad o por vicio de la voluntad en la perfección del mismo (y entonces serán anulables).

2.- Excepciones

Se refiere el art. 322 CC a que pueden existir excepciones a la plena capacidad del mayor de edad: *"[...] salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código."*

La verdad es que estos casos especiales pueden estar en el CC y también en otras normas jurídicas especiales.

Así, en materia de adopción, el art. 175.1 CC exige que el adoptante haya cumplido veinticinco años.

En caso de declaración judicial de prodigalidad, el pródigo está sometido a curatela (art. 286. 3 CC) y por tanto carece de plena capacidad en su ámbito patrimonial.

⁹⁶² TOL 1.729.552

⁹⁶³ TOL 228.282

⁹⁶⁴ TOL 1.736.916

⁹⁶⁵ TOL 1.734.590

⁹⁶⁶ TOL 228.283

⁹⁶⁷ Derogado por la Disposición derogatoria (Disp. derog.) única 2.1º LEC.

Para destruir esta presunción no basta el hecho de que en el RC conste como motivo del fallecimiento la demencia senil (STS, de 6 de junio de 1997, TOL 214.971) o el que existan informes periciales acreditando situaciones depresivas (STS, de 4 de noviembre de 1993, TOL 1.663.404).

⁹⁶⁸ ÁLVAREZ MORENO, Mª. T., "Art. 322", cit., p. 2609.

El supuesto principal es el de incapacitación judicial. Desde su firmeza destruye la presunción de capacidad y evidentemente la persona pierde la plena capacidad, habrá que estar a lo que determine la sentencia en cuanto a su régimen de tutela y curatela y a la capacidad que conserva el incapacitado por actuar para sí mismo.

VI.- JUICIOS DE CAPACIDAD

1.- Incapacitación social

A lo largo de la vida una persona se ve sometida, en los diferentes ámbitos de su quehacer cotidiano, a multitud de juicios de capacidad o incapacidad de alcance jurídico.

Y ello a pesar de la literalidad del art. 199 CC: *“Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.”*, lo que supone que para que se produzca esta declaración de incapacitación la persona debe tener una discapacidad previa, ya existente. Se encuentra en una situación de discapacitado no incapacitado judicialmente, podrá serlo en mayor o menor grado, y actuará en numerosos actos de la vida, incluso jurídicos. Puede permanecer así hasta el fin de sus días, porque depende lo que haga o quiera hacer o de las previsiones que hubiera tomado (autotutela), podrá llegar o no a los tribunales para ser incapacitado.

La realidad es que en su vida cotidiana tendrá que someterse y superar muchos juicios de diferentes personas o autoridades sobre su estado:

En las relaciones civiles privadas no unilaterales siempre hay algún dictamen sobre la aptitud de las partes intervinientes, que realiza una de la otra para que se reconozcan recíprocamente capacidad. Si en el contrato no hay intervención de ninguna autoridad, porque es privado y solo intervienen particulares, una parte no querrá celebrarlo o al menos tendrá suspicacias si aprecia en la otra signos de discapacidad, como comportamientos erráticos o aspecto externo llamativo como p. ej. Síndrome de Down.

Asimismo se juzga la capacidad en cualquier acto que deba realizarse personalmente ante cualquier autoridad o funcionario. Desde la presentación de una instancia en cualquier administración hasta la comparecencia judicial. Específicamente en los juicios penales es presupuesto de la imputabilidad del causado. Incluso se puede comprobar la capacidad en actos realizados por personas fallecidas, cuando se somete a resolución judicial la nulidad o validez del acto jurídico.

Y en especial, por el tema que nos ocupa. Los notarios deben juzgar que los otorgantes tienen capacidad suficiente para el acto o contrato que pretendan otorgar (art. 167 RN). Y si cree que no tienen capacidad deberá denegar su intervención, estén o no incapacitados judicialmente.

Si sabe que el compareciente esta judicialmente incapacitado se atenderá a la sentencia y a las prohibiciones legales expresas (salvo excepciones concretas como el testamento del incapacitado judicial del art. 665 CC).

Si no lo sabe o no lo está, se guiará por su apreciación personal.

En todos los casos el tema se centra en los indicadores que pueda observar la persona que realiza el juicio. Lo primero será la apariencia externa: los rasgos físicos o el comportamiento, más allá se fijara en el razonamiento o expresiones del sujeto y, en definitiva, en su cabal juicio.

Si la persona que carece de capacidad, esté o no incapacitada judicialmente, tiene un aspecto físico normal, se comporta correctamente durante el acto⁹⁶⁹, no resulta excesivamente extravagante ni errático y expresa su conformidad sin titubeos. En fin, si se da una total apariencia de normalidad y nadie comunica la incapacitación judicial, en caso de que existiera, pasará este estado desapercibido para el funcionario o persona que califica su capacidad.

En sentido contrario, si tiene un fenotipo extremo característico y llamativo como puede ser un Síndrome de Down, es también probable que se presuma su incapacidad sin examinar su capacidad real y sin realizar ninguna otra comprobación más específica.

Coloquialmente diríamos que la gente “le mira mal” y lo considera “tonto”. Esto podrá justificarse en base al antiguo art. 32 CC que asimilaba imbecilidad con incapacidad y en el mismo ramo incluía idiocia, subnormalidad, oligofrenia, retraso mental, etc. Y situaba a todo este grupo humano al margen de la vida social ordinaria. Era una especie de incapacitación social que, de modo genérico y sin más, les privaba de múltiples derechos y en base a la apariencia lo equiparaba a la incapacidad jurídica cuando quizás no estuviera realmente en tal situación. Hoy ya no debería ser así y hay que atender a la realidad de cada persona. Esa descalificación genérica no solo es inmoral sino que incluso es ilegal. Afortunadamente parece que la sensibilización va creciendo en el tema, aunque no todo lo rápido que sería de desear.

⁹⁶⁹ Sea *motu proprio* o por instrucción previa de alguien.

2.- Juicio notarial de capacidad

2.1- Concepto

El juicio de capacidad de los otorgantes hecho por el notario es una base fundamental de la seguridad jurídica. Es un juicio técnico-jurídico, no médico, hecho por el notario basándose en el sentido común, en su experiencia, su buen hacer, prudencia y deontología profesional.

Se refiere a una persona determinada, a un acto concreto y a un momento específico, y no todos los actos o contratos requieren la misma capacidad, por lo que deberá tener capacidad suficiente para ese acto, de un modo flexible adaptándose al nivel de discernimiento de la persona en relación al acto; que no significa que necesariamente sea plena.

Torres Escámez⁹⁷⁰ lo define como “la declaración que realiza el notario en todas las escrituras y en algunas actas, normalmente al final de la comparecencia y antes de la calificación del acto, por la cual expresa su creencia de que los otorgantes tienen las condiciones personales de aptitud e idoneidad con arreglo a la ley para que el acto o negocio documentado produzca sus efectos normales”.

En todo caso es manifestación del control de legalidad notarial.

Sostiene Rueda Díaz⁹⁷¹ que “no hay normas jurídicas de cómo se realiza este juicio. Las situaciones son tan variadas como actos jurídicos y personas intervengan”.

El notario tiene la obligación de asegurarse si los comparecientes son mayores de edad o tienen la edad exigida para el otorgamiento de que se trate y también que tienen capacidad natural que en principio se presupone, ya que como vimos, conforme al art. 1263 CC, los menores no emancipados y los que tienen capacidad modificada judicialmente no pueden prestar consentimiento. Normativa que tiene numerosas excepciones.

La capacidad se presume y solo el juez puede “incapacitar al incapaz” (art. 199 CC). Pero el notario tiene que emitir su propio y personal juicio de capacidad. La legislación notarial le atribuye competencia para juzgar si una persona es o no capaz, con lo que permite, solo para el acto concreto que se disponga a efectuar, considerar incapaz a una persona. Si la causa de incapacitación no fuese puntual deberá notificar al MF a los efectos oportunos de inicio de un procedimiento de incapacitación.

⁹⁷⁰ TORRES ESCÁMEZ, S., “Un estudio sobre el juicio de capacidad”, *Revista jurídica del notariado*, n° 34, 2000, pp. 211-212.

⁹⁷¹ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., “Capacidad para testar y para otros actos jurídicos”, cit., p. 17.

Cabello de Alba y Planells del Pozo⁹⁷² señalan que supone indagar si los comparecientes, en el concepto en que intervienen, comprenden la trascendencia de su actuación y quieren los efectos derivados de ella y la verificación, en la medida de lo posible, de la ausencia de vicios del consentimiento.

Este juicio es competencia exclusiva del notario, no es delegable, por lo que no tiene obligación de pedir informes o dictámenes médicos o psicológicos, aunque puede hacerlo; si bien no limitan ni condicionan su obligación de emitir bajo su responsabilidad su juicio de capacidad y en su caso, de prestar los apoyos que fueran necesarios.

La trascendencia del juicio notarial de capacidad, según Torres Escámez⁹⁷³, “radica en que esta es el soporte del consentimiento que, a su vez, constituye la esencia del negocio jurídico”, es la base de la manifestación de voluntad o consentimiento, sin el que no existe el acto o negocio jurídico.

2.2.- Legislación

2.2.1.- Escrituras públicas

Como señala Rodríguez Adrados⁹⁷⁴, históricamente la apreciación de la capacidad fue considerada ajena a la función notarial. El juicio de capacidad en las escrituras públicas no lo cita en su origen la LN ni sus reglamentos hasta el de 1921, pero sí las Instrucciones de 1861 y 1874 sobre la forma de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro. Posteriormente se recoge para los testamentos en el CC de 1889 y en las reformas de la LN y los sucesivos Reglamentos Notariales.

El registrador no puede calificar ni revisar el juicio de capacidad natural del otorgante, salvo que la apreciación notarial resulte contradicha por lo que resulte del documento o de los asientos del Registro⁹⁷⁵.

⁹⁷² CABELLO DE ALBA, F., y PLANELLS DEL POZO, M^a C., “Función notarial y discapacidad”, en P. Aguirre Zamorano/M. Torres Vela (dir.), *Guía de buenas práctica sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia*, Consejo General del Poder Judicial, ed. Lual Ediciones, 2011, pp. 57-58.

⁹⁷³ TORRES ESCÁMEZ, S., “Un estudio sobre el juicio de capacidad”, cit., p. 215.

⁹⁷⁴ RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “El documento en el Código Civil”, en *Escritos Jurídicos*, t. III, ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pp. 37-42.

⁹⁷⁵ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., y FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A., *Legislación Notarial*, ed. Civitas, Navarra, 2013, p. 156.

Cabe destacar en materia de testamentos los arts. 685 párr. 1º, 696 y 707.4ª CC, que veremos luego. También la Sección Primera titulada *“De la capacidad para disponer por testamento”*, arts. 662 a 666 CC, del Capítulo *“De los testamentos”*, Título III *“De las sucesiones”*, del Libro III CC.

Art. 17 bis. 2 párr. 2º a) LN: *“En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:*

a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.”.

Art. 145 párr. 1º RN: *“La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes.*

Art. 153 párr. 1º RN: *“[...] Sólo el Notario autorizante podrá subsanar la falta de expresión en el documento de sus juicios de identidad o de capacidad o de otros aspectos de su propia actividad en la autorización.”.*

Así, el art. 156.8º RN: *“La comparecencia de toda escritura indicará:*

8º La afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación.”.

Art. 164 párr. 1º RN: *“La intervención de las otorgantes se expresará diciendo si lo hacen por su propio nombre o en representación de otro [...]”; y párr. 3º “También se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que sólo comparezcan al efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato.”.*

Art. 167 RN: *“El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará*

constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate.”.

2.2.2.- Documentos mercantiles

Respecto de los documentos mercantiles, establece el RN:

Art. 197 quater c) RN: *“Como consecuencia del artículo 17 bis de la Ley del Notariado, la expresión "Con mi intervención" implica [...] en particular:*

[...]

c) El juicio de capacidad de los otorgantes para el acto o contrato intervenido y, en su caso, que los poderes relacionados son suficientes para el acto o contrato intervenido. Será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 164 de este Reglamento.”.

Art. 197 sexiens párr. 1º RN: *“Los notarios podrán intervenir o autorizar las distintas declaraciones cambiarias, asegurándose de la identidad, capacidad y declaración de voluntad de los otorgantes, así como de sus facultades si actuasen en representación de otras personas [...]”.*

2.2.3.- Actas

En las actas, en principio no es necesario afirmar la capacidad de los requirentes sino el interés legítimo en relación a la licitud de la actuación notarial.

Art. 198.1.1º RN: *“[...] Serán aplicables a las actas notariales los preceptos de la sección segunda, relativos a las escrituras matrices, con las modificaciones siguientes:*

1.º En la comparecencia no se necesitará afirmar la capacidad de los requirentes, ni se precisará otro requisito para requerir al notario al efecto, que el interés legítimo de la parte requirente y la licitud de la actuación notarial, salvo que por tratarse del ejercicio de un derecho el notario deba hacer constar de modo expreso la capacidad y legitimación del requirente a los efectos de su control de legalidad.”.

Pero algunas actas tienen normas especiales sobre el juicio de capacidad.

Art. 73.1 LN: *“El Notario, a requerimiento de persona legitimada para instar la venta de un bien, mueble o inmueble, o derecho determinado, procederá a convocar la subasta, previo examen de la solicitud, dando fe de la identidad y capacidad de su promotor y de la legitimidad para instarla. [...]”.*

Art. 205 RN: “*En caso de tratarse de requerimientos o notificaciones de carácter urgente por referirse a plazos próximos a terminar, revocación de poderes u otros de carácter perentorio, el Notario si fuere requerido por medio de carta cuya firma le sea conocida o aparezca legitimada, podrá prestar su intervención.*”

Si la aceptare, levantará el acta correspondiente, uniendo la carta recibida a la matriz, actuando en los términos que resulten de su texto, pero sin responsabilidad alguna por lo que se refiere a la identidad del firmante de la carta y a su capacidad.”.

Art. 207 RN: “*En las actas de exhibición de cosas, el Notario describirá o relacionará las circunstancias que las identifiquen [...].*”

Este tipo de acta será utilizable, entre otros supuestos: [...]

2. Para hacer constar la existencia de un documento no notarial cuyas firmas legitime el propio Notario autorizante, que vaya a surtir efectos solamente fuera de España en país que prevea o exija dicha forma documental.

En estas actas, el Notario identificará a los interesados [...]. El Notario, además, deberá emitir en cuanto le sea posible el juicio de capacidad legal o civil a que se refiere el artículo 156, 8., de este Reglamento, y cumplir lo dispuesto en el mismo respecto de la intervención y representación de los otorgantes. [...].”.

Art. 101.1 RRM: “*El Notario que hubiese sido requerido por los administradores para asistir a la celebración de la Junta y levantar acta de la reunión, juzgará la capacidad del requirente y, salvo que se trate de Junta o Asamblea Universal, verificará si la reunión ha sido convocada con los requisitos legales y estatutarios, denegando en otro caso su ministerio.”.*

2.2.4.- Testimonios

Respecto a los testimonios, la exigencia del juicio de capacidad es excepcional; solo la presuponen los documentos que contienen una declaración de voluntad (art. 259 párr. 2º RN), como la venta a plazos de bienes muebles, o den lugar a ellas, como los de acuerdos sociales.

2.3.- Juicio técnico-jurídico y lógico

El Ilustre Colegio Notarial de las Islas Canarias, en Circular aprobada por acuerdo adoptado en la sesión de la Junta Directiva el día 18 de enero de 2019⁹⁷⁶, que resulta novedosa en este tema, resalta que el notario realiza un control técnico jurídico cuando comprueba, en función de la normativa vigente y de determinadas circunstancias, la capacidad de los otorgantes.

Antes de emitir el juicio de capacidad, el notario además de un control técnico jurídico de legalidad objetivo, hará una valoración, que es un control subjetivo, “cuyo objeto va dirigido a la indagación y apoyo de la capacidad natural de la persona en el momento del otorgamiento, o como dice el art. 193 RN, *“la aptitud para el cabal conocimiento del alcance y efectos del instrumento público”*. No se trata de un juicio de carácter médico, psiquiátrico, es un juicio de un funcionario público y un jurista, basado en la experiencia, imparcialidad, independencia, seriedad y prestigio del notario, que, tras una labor de indagación, didáctica y de apoyo, llega a averiguar la voluntad de la persona”.

La citada Circular del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Canarias⁹⁷⁷, sobre el juicio notarial, destaca que “podemos afirmar que, los juicios que emite el notario, son juicios lógicos con valor jurídico, como actos de pensamiento por medio de los cuales el Notario llega a una conclusión o convencimiento, que dotan de seguridad al acto o negocio, y del que derivarán efectos jurídicos.

Desde el punto de vista de la lógica, el juicio favorable del notario es afirmativo, singular, categórico y asertórico.

- Afirmativo (tiene capacidad, legitimación, libertad, información). Solo así podrá autorizar el instrumento. Si fuera negativo ha de negar el otorgamiento.
- Singular, pues se refiere a una persona concreta en un momento determinado.
- Categórico, sin que quepan condicionantes, juicios hipotéticos o disyuntivos.
- Asertórico, pues afirma “una cosa (el otorgante tiene capacidad) a diferencia de los juicios problemáticos, en los que se emite una opinión o probabilidad (el otorgante probablemente tiene capacidad natural) y de los juicios apodícticos o juicios

⁹⁷⁶ ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE LAS ISLAS CANARIAS, Circular sobre el juicio notarial de capacidad de las personas con discapacidad, aprobada en la Sesión celebrada por la Junta Directiva el día 18 de enero de 2019, pp. 12-13.

⁹⁷⁷ ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE LAS ISLAS CANARIAS, Circular sobre el juicio notarial de capacidad ..., cit., p. 9.

demostrativos (como el otorgante responde a todas mis preguntas con acierto)”. Lo que el notario afirma debe ser cierto para él, aunque podrá ser acertado o no.

Además el notario, para realizar su juicio de capacidad y la calificación de la comprensión suficiente del acto y sus consecuencias jurídicas por el titular, debe tener en cuenta diversas consideraciones: el estado intelectual del interesado, la voluntad de la persona con discapacidad, las circunstancias concretas del supuesto particular, la complejidad del negocio jurídico, la trascendencia y consecuencias económicas del acto, la consumación previa de prestaciones por las partes, la constitución de prestaciones futuras que obliguen a la persona con discapacidad, la opinión de la contraparte y la inexistencia de influencias indebidas⁹⁷⁸.

2.4.- Inmediatez

Para emitir el juicio de capacidad es fundamental la inmediatez del notario con el cliente.

Debe interactuar con el cliente, preguntarle directamente si existe alguna circunstancia que pueda afectar a su capacidad y no es suficiente un simple asentimiento de la persona ante lo que se le lee, sino que deberá expresar con palabras lo que quiere y por qué, y que lo ha entendido. También debe controlar que no existan influencias indebidas.

En la práctica, es esencial el contacto directo con el interesado, mantener con él una conversación, en la que pueden tocarse temas generales junto con los que se refieren a la perfecta comprensión de qué se quiere hacer, con quién y las consecuencias que suponga y de las posibles alternativas⁹⁷⁹.

El notario debe dialogar con el otorgante y efectuarle preguntas de carácter general y también no rutinarias; lo que hará necesariamente para comprobar su voluntad. Comprobará si su comportamiento y expresiones son normales u observa algún tipo de anomalía que le haga surgir alguna duda sobre su capacidad.

⁹⁷⁸ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, nº 4-5, 2015-2016, pp. 105, 115.

⁹⁷⁹ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., “Capacidad para testar y para otros actos jurídicos”, cit., p. 17.

Así, Romero Coloma⁹⁸⁰ señala que el notario formulará una serie de preguntas “trampa”, para, a la vista de las respuestas de este, intentar deducir si sus facultades mentales son las requeridas para este tipo de actos.

El juicio de capacidad no se realiza usando un procedimiento rígido y formal, no existen reglas preestablecidas ni siquiera como orientación. El notario puede, por propia iniciativa y si lo considera conveniente, realizar un test psicológico o psiquiátrico a los comparecientes⁹⁸¹, pero ninguna norma lo establece.

Como expresa Gómez Taboada⁹⁸², para emitir el juicio de capacidad, el notario no tiene herramientas especializadas, solo dispone “en principio, de su sentido común y de su experiencia, tanto personal como profesional”.

Para Ballarín Marcial⁹⁸³, “el examen por el notario, mediante una conversación de cierta envergadura con el interesado, bastará en la mayoría de los casos para cerciorarse de que sabe lo que va a firmar y conoce sus consecuencias jurídicas y prácticas”.

Según Cavallé Cruz⁹⁸⁴, “es el resultado del diálogo y atención personalizada del notario con el otorgante, siendo el norte de su actuación el respeto y defensa de los derechos de las personas”.

Apunta Martínez Díe⁹⁸⁵ que “el juicio notarial de capacidad debe sujetarse a los principios de inmediación, de legalidad y de responsabilidad”.

La inmediación es el presupuesto del juicio de capacidad. En la comparecencia de los otorgantes ante el notario, este los examinará por sí mismo, interactuará con ellos, conversará, les escuchará y les preguntará, explorará su voluntad y se asegurará de que pueden manifestarla, que sea real y libre. Tras este proceso, decidirá si tienen capacidad, y si cree que no la tienen plena, determinará qué facultades pueden ejercitar, su grado de autonomía y sus preferencias. Una persona puede tener algún tipo de discapacidad intelectual que le impida comprender y otorgar escrituras complejas (sociedades,

⁹⁸⁰ ROMERO COLOMA, A. M^a., “Capacidad e incapacidad para testar”, *Revista Jurídica del Notariado*, n° 88-89, 2014, pp. 429-468.

⁹⁸¹ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., p. 630.

⁹⁸² GÓMEZ TABOADA, J., “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento”, en L. B. Pérez Gallardo/I. Lora-Tamayo Rodríguez (coord.), *Derecho Notarial*, t. II, ed. Félix Varela, La Habana, 2007, p. 334.

⁹⁸³ BALLARÍN MARCIAL, A., “Naturaleza y clases de ‘juicios’ del notario”, *Anales de la Academia matritense del Notariado*, t. XXXV, 1996, p. 532.

⁹⁸⁴ CAVALLÉ CRUZ, A., *El notario como garante de los derechos de las personas*, cit., p. 415.

⁹⁸⁵ MARTÍNEZ DIE, R., “El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias”, *La Notaría*, n° 2, mayo 2002, p. 65.

hipotecas, etc.), pero no otras más sencillas (autotutelas o aceptación de donaciones puras)⁹⁸⁶.

El negocio jurídico se perfecciona y produce sus efectos en el momento de la prestación del consentimiento, en ese instante es cuando el notario deberá apreciar la capacidad. Por seguridad jurídica, si la persona que comparece ante el notario tiene su capacidad modificada por una resolución judicial o carece de la capacidad natural, el notario solo autorizará la escritura cuando esta tenga los medios de apoyo necesarios⁹⁸⁷.

2.5.- Procedimiento judicial previo

El notario juzga la capacidad en todos los actos y negocios jurídicos en que intervenga cualquier persona, exista o no un procedimiento judicial previo que haya modificado la capacidad de la persona afectada.

Si se ha producido un proceso de modificación de la capacidad, el notario está vinculado por la sentencia.

Pero si a su juicio, para un acto en concreto, la persona sabe y entiende lo que quiere y conforme a la sentencia no puede hacerlo, debería sugerir que se revise la misma y la medida de apoyo y que se modifique el grado de restricción del ejercicio de la capacidad.

Si la resolución judicial no dice nada sobre el acto concreto que pretende realizar la persona con discapacidad y el notario la juzga con capacidad suficiente para el mismo, creemos, compartiendo la opinión de Pérez Gallardo⁹⁸⁸, que sería posible su autorización por el principio pro capacitate.

2.6.- Presunción iuris tantum

El juicio notarial positivo, previo y necesario para el otorgamiento, crea una especial relevancia de certidumbre que supone una presunción *iuris tantum*⁹⁸⁹, que admite prueba en contrario y por tanto es susceptible de destruirse a través de un proceso judicial. En este sentido, la STS, de 21 de marzo de 1952⁹⁹⁰, señala que “*La fe pública ampara la creencia del Notario de que el otorgante es capaz, pero no la*

⁹⁸⁶ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., p. 631.

⁹⁸⁷ CABELLO DE ALBA, F., y PLANELLAS DEL POZO, M^a C., “Función notarial...”, cit., p. 59.

⁹⁸⁸ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., pp. 631-632.

⁹⁸⁹ Presunción de validez, legalidad, efectos probatorios y ejecutivos. PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., p. 627.

⁹⁹⁰ RJ 504/1952

realidad de que lo sea, por tratarse de una apreciación psíquica y no de un hecho que se exteriorice siempre por signos perceptibles por el jurista, pues para constatar la veracidad en estos casos suelen ser precisos conocimientos científicos propios del psiquiatra, y así la afirmación por el fedatario de que, a su juicio, es capaz el compareciente ante él, constituye una presunción 'iuris tantum' de exactitud, que los Tribunales pueden y deben revisar mediante prueba suficiente en contrario".

Es vinculante *erga omnes* y obliga a pasar por ese juicio mientras no sea revisado judicialmente⁹⁹¹. Es fundamental para dar seguridad jurídica al instrumento público.

Si el juicio es favorable, se crea una presunción *iuris tantum*, que exigirá para su desvirtuación "*pruebas cumplidas y convincentes*" (STS, de 15 de marzo de 2018⁹⁹²).

La RDGRN, de 29 de abril de 1994⁹⁹³, dice que el TS ha destacado "*la especial relevancia de certidumbre*" que reviste tal aseveración notarial de capacidad, que alcanza el rango de "fuerte presunción *iuris tantum*"; y que, consiguientemente, vincula *erga omnes* y "obliga a pasar por ella", en tanto no sea revisada judicialmente."

El juicio notarial de que el otorgante tiene capacidad suficiente admite prueba en contrario. Este juicio es una "*enérgica y vigorosa presunción*" (RDGRN, de 7 de enero de 1992⁹⁹⁴), que solo puede destruirse en juicio con una prueba concluyente en contrario, que no deje "*margen racional de duda*" (RDGRN, de 12 de abril de 2002⁹⁹⁵). Así lo ha exigido siempre el TS (STS, de 22 de enero de 1913⁹⁹⁶, y muchas otras).

La incapacidad se puede declarar con posterioridad a la realización de un acto jurídico, lo que lo anularía por una sentencia judicial con pruebas concluyentes, que pueden ser muy diversas: informes médicos, documentación, testigos, etc.

Calcedo Ordoñez⁹⁹⁷ nos señala que "la DGRN, en sintonía con la jurisprudencia, ha establecido doctrina sobre la relevancia y límites de juicio de capacidad que emiten los notarios:

⁹⁹¹ CABELLO DE ALBA, F., y PLANELL DEL POZO, M^a C., "Función notarial...", cit., p. 58.

⁹⁹² Id Cendoj: 28079119912018100009

⁹⁹³ TOL 920.856

⁹⁹⁴ TOL 920.896

⁹⁹⁵ TOL 511.423

⁹⁹⁶ TOL 5.050.068. Señala que "*la manifestación de los Notarios [...] constituye una presunción de verdad que sólo por prueba en contrario puede desvirtuarse*".

⁹⁹⁷ CALCEDO ORDÓÑEZ A., "La evaluación médico-legal en la impugnación de testamento", *Revista El Notario del Siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, n° 58, noviembre-diciembre 2014. Consultado en: <<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-58/3923-la-evaluacion-medico-legal-en-la-impugnacion-de-testamento>>

– El juicio notarial de capacidad no constituye un dictamen pericial ni técnico, de modo que la observancia de la normativa notarial no asegura que el otorgante realmente tuviera capacidad para otorgar la escritura.

– No obstante, constituye una fuerte presunción *iuris tantum* de aptitud que vincula a todos y obliga a pasar por ella, salvo que sea revisada judicialmente por medio de prueba que no deje margen racional de duda sobre la falta de capacidad del otorgante.

– En consecuencia, en el juicio de capacidad, el notario se limita a emitir un juicio, no una declaración de verdad, y la fe pública solo ampara la declaración de que tal parecer ha sido formulado” (RRDGRN, de 29 de abril de 1994⁹⁹⁸, 25 de julio del 2000⁹⁹⁹ y 12 de diciembre de 2001¹⁰⁰⁰).

2.7- Error

El notario debe emitir un juicio de capacidad y decidir si concurre o no capacidad en el otorgante del documento público, evidentemente puede equivocarse puesto que no es medico ni psicólogo, por lo que carece de conocimientos específicos. Se basa solo en su sentido común, experiencia y en los indicios que le puedan hacer sospechar, y como todo ser humano, puede incurrir en un error.

Este error del notario al apreciarla no supone por sí solo su responsabilidad civil, así la STS, de 4 de octubre de 2007¹⁰⁰¹, refiriéndose a supuestos de error en disposiciones *mortis causa*, indica que su apreciación de buena fe no tiene por qué coincidir con la realidad.

Es evidente que si el notario autoriza el acto sabiendo que el otorgante es un incapaz procede con dolo, y lo hará con culpa si no lo sabe, pero pudo ser de su conocimiento. No puede responsabilizarse al notario por vicios del acto jurídico que no sean aparentes y manifiestos, pero sí si el acto es nulo por vicios que pudo o debió conocer al ser manifiestos. Por tanto, el notario solo tendrá responsabilidad si otorga actos inválidos o ineficaces y si conoce o puede conocer actuando con la debida prudencia la causa de esa invalidez.

⁹⁹⁸ TOL 920.856

⁹⁹⁹ TOL 920.555

¹⁰⁰⁰ TOL 921.143

¹⁰⁰¹ TOL 1.156.485

Algunos propugnan que solo puedan responder los fedatarios en caso de dolo o culpa grave y otros no comparten esta opinión¹⁰⁰².

El notario que se equivocase al llevar a cabo el juicio de capacidad, puede tener que responder de los daños y perjuicios que pudiera causar a consecuencia de su negligencia, pero se debate si es responsabilidad civil o contractual (con su consecuencia del plazo de prescripción).

El notario tendrá responsabilidad si autoriza el acto y existe falta de capacidad de algún otorgante, pero también si se niega a otorgarlo sin motivo¹⁰⁰³, privando al interesado de sus derechos y a los demás otorgantes de sus expectativas y contrariando el RN.

2.8.- Juicio negativo

Si a juicio del notario alguno de los otorgantes carece de capacidad, deberá abstenerse de autorizar, esté o no incapacitado judicialmente. Si no lo está, esa incapacitación notarial no debe suponer ninguna incapacidad para otros actos. Se refiere a esa persona, en ese momento, para ese acto y para el notario concreto que emite el juicio, que puede ser diferente para otro profesional.

Pero no debe negarse al otorgamiento ante la más mínima duda, solo cabe hacer esto si comprueba que los defectos intelectuales del otorgante son trascendentes para el acto pretendido, puesto que cualquier alteración de la capacidad no es suficiente para viciar la voluntad de quien la sufre. La postura contraria supondría una injustificada o inaceptable incriminación de la persona, como señala Bergman¹⁰⁰⁴. Para ello hay razones jurídicas y morales.

Hay que tener en cuenta que como indica Llorens¹⁰⁰⁵, “ni desde la moral ni desde el derecho resulta una obligación del notario el negarse a autorizar el acto ante la más mínima duda, sino solo ante la comprobación de trascendentes alteraciones intelectuales del otorgante”. Lo contrario supondría, como señala Bergman¹⁰⁰⁶, una incriminación a la persona, inaceptable, injustificada y violatoria de la CDPD, de la reserva judicial de

¹⁰⁰² DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, t. IV, 3ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 1983, p. 348.

¹⁰⁰³ Y no lo hay si tiene capacidad suficiente para el acto concreto.

¹⁰⁰⁴ BERGMAN, S., *Celebrar la diferencia: Unidad en la diversidad*, Ediciones B., Buenos Aires, 2009, pp. 220 y 232.

¹⁰⁰⁵ LLORENS, L. R., “El notario ante la persona discerniente”, ponencia presentada en la *XIV Jornada notarial iberoamericana*, celebrada en junio de 2010, en República Dominicana.

¹⁰⁰⁶ BERGMAN, S., *Celebrar la diferencia: Unidad en la diversidad*, cit., pp. 220 y 232.

la incapacitación del art. 199 CC y del carácter obligatorio de su actuación que fija el art. 3 párr. 3º RN: *“La prestación del ministerio notarial tiene carácter obligatorio siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida.”*.

2.9.- Ausencia

La falta del juicio de capacidad en la escritura o documento notarial que lo requiera produce una serie de efectos.

En general, la inexpressión documental del juicio de capacidad no supone la nulidad del acto ya que puede entenderse implícito en la autorización, y puede subsanarse por el notario autorizante conforme al art. 153 párr. 1º RN: *“[...] Sólo el Notario autorizante podrá subsanar la falta de expresión en el documento de sus juicios de identidad o de capacidad [...]”*.

Sin embargo, tratándose de un testamento, la cuestión cambia porque el CC impone al notario la obligación de “asegurarse” siempre de la capacidad del testador (arts. 685, 696 y 707 CC), juicio y constancia documental que son indispensables, y como solemnidad del acto es insubsanable. Si falta se produce la nulidad total del testamento (STS, de 18 de noviembre de 1915¹⁰⁰⁷).

3.- Asistencia de terceros

Cuando el notario juzga que existe plena capacidad no hay ningún problema al igual que si aprecia claramente la incapacidad, donde evidentemente no otorga el documento, los problemas surgen en los casos dudosos.

3.1.- Norma especial testamentaria

Si la duda surge en actos *mortis causa* hay que distinguir si hay incapacitación judicial o no:

– Si la hay, el art. 665 CC establece una regla especial: *“Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.”*.

¹⁰⁰⁷ TOL 5.048.751

Teniendo en cuenta que la responsabilidad sigue siendo del notario, aun en el caso de que el dictamen de los facultativos sea favorable, puede negarse a otorgar el testamento si considera que no existe capacidad.

– Si no la hay, en el otorgamiento de un testamento de una persona no incapacitada judicialmente si el notario tiene dudas sobre la capacidad de la misma, por analogía, podrá pedir un certificado médico que establezca que el otorgante es capaz. Y los facultativos (o terceros) podrán comparecer, como ha admitido el TS en vía testamentaria¹⁰⁰⁸. Por lo demás, vale aquí todo lo que digamos respecto de las reglas generales.

Luego analizaremos este tema con más extensión.

3.2.- Reglas generales

No existe con carácter general ninguna fórmula de asistencia al juicio de capacidad notarial similar al art. 655 CC. Podría deducirse que por ello, si hay dudas, hay denegar la firma, pero no es así.

Nada impide que el notario autorizante pueda asesorarse por los facultativos que estime pertinentes, incluso parece una actitud prudente y aconsejable que en la práctica se hace con frecuencia y que en ningún caso perjudica la escritura.

También podrían comparecer terceros particulares a los solos efectos de manifestar que consideran capaz al otorgante, lo que produce la consecuencia de que en el futuro no podrán impugnar el documento por incapacidad de quien lo otorgó, pues actuarían contra sus propios actos¹⁰⁰⁹.

Puede que el notario no tenga dudas sobre la capacidad de los otorgantes, pero ellos si dudan¹⁰¹⁰ y piden un dictamen facultativo que el notario aceptará o no, en el primer caso lógicamente no perjudicará al acto y sí le dará más garantías.

Para Ávila Álvarez¹⁰¹¹ el juicio de capacidad en el instrumento, puede ser:

- Del notario compartido con los testigos.
- Del notario compartido con los otorgantes.
- Del notario exclusivamente (sistema del art. 156.8º RN).

¹⁰⁰⁸ SSTs, de 14 de febrero de 2006 (TOL 846.273), 11 de noviembre de 1999 (TOL 172.144) y 27 de enero de 1998 (TOL 7.285).

¹⁰⁰⁹ P. ej. donación a un hijo, si los demás hijos comparecieran para declarar que consideran a su ascendiente capaz, no podrán impugnarla por esta causa en el futuro.

¹⁰¹⁰ Bien de la suya propia, bien de la de otro otorgante.

¹⁰¹¹ ÁVILA ÁLVAREZ P., *Estudios de Derecho notarial*, 5ª ed., ed. Montecorvo, Madrid, 1982, p. 180.

También puede solicitar dictámenes o certificaciones administrativas sobre discapacidad que habiendo sido obtenidas a efectos sociales y no siendo en principio vinculantes para el notario, sí serán muy indicativas si especifican algún tipo de enfermedad psíquica que determine el grado de incapacidad que le otorga la administración¹⁰¹².

3.3.- Certificado médico

El notario a la hora de realizar su juicio de capacidad tratará de hacerlo con el mayor acierto posible como es su obligación y para ello, si duda de la capacidad de algún otorgante, puede servirse y de hecho es el sistema más frecuente, de valoraciones y certificados médicos o psicológicos que le aseguren la capacidad mental del otorgante.

Lo cual no significa que el notario traspase su responsabilidad al profesional de la salud¹⁰¹³, ya que siempre juzga la capacidad bajo su propia responsabilidad. Al acudir a peritos prueba su diligencia, precaución y buena fe ante un supuesto dudoso que presenta dificultades, en el que lo fácil será abstenerse y evitar posibles problemas, pero lo más profesional, conforme a su ministerio, es implicarse y emitir un juicio, que estará mejor fundado con un informe médico, psiquiátrico o psicológico.

A la hora de designar el profesional, es mejor que sea un especialista de confianza del notario y no uno cualquiera aportado por las partes que pudiera estar mediatizado por los intereses de aquellos. También es útil un informe del médico de cabecera del paciente que probablemente habrá seguido su evolución y conocerá cualquier enfermedad que pudiera alterar su capacidad y en ese caso podrá establecer en qué medida.

3.3.1.- Juicio médico

La persona debe comprender la situación, las posibilidades y consecuencias de sus opciones para tomar, expresar y difundir una decisión coherente con su escala de

¹⁰¹² ROMERO COLOMA, A. M^a., “Capacidad e incapacidad para testar”, cit., pp. 429-468.

¹⁰¹³ Con excepción de los supuestos legalmente previstos, como son los de testamentos del incapacitado en intervalo lúcido y anteriormente los poderes electorales.

valores. Ante la incertidumbre de la situación, desde el punto de vista médico, surge la bioética, que según Bassy Iza¹⁰¹⁴, tiene cuatro principios básicos:

- Beneficencia: “se entiende como la obligación de hacer el bien y prevenir y evitar el daño”.

- No maleficencia: “es el deber de no hacer mal al enfermo”.

- Justicia: “derecho de la persona a la no discriminación y a la distribución equitativa de los recursos”.

- Autonomía: “supone que los valores, criterios y preferencias del enfermo son lo primordial desde el punto de vista ético”.

Indica que es difícil “valorar la capacidad. No existen respuestas protocolizadas y uniformes, debiendo individualizarse para cada paciente y cada situación”. Deberían hacerse estudios multidisciplinarios para consensuar criterios y fijar protocolos que faciliten la valoración de la capacidad. Un consentimiento requiere una serie de estándares legales para que sea válido.

Algunos de estos estándares pueden ser medidos en términos neuropsicológicos, pero también intervienen elementos afectivos y conductuales. Es decir, la capacidad de una persona se mide por dos criterios: uno cognitivo (el entendimiento) y otro volitivo afectivo (voluntad), pero no se establece cómo se miden, dejándose, por tanto, al juicio profesional de los peritos, médicos, psicológicos, etc.

No obstante, Bassy Iza¹⁰¹⁵ establece una serie de conclusiones generales que debemos tener en cuenta a la hora de valorar la capacidad:

- La evaluación de la capacidad “consiste en la valoración de un cierto número de aptitudes o habilidades psicológicas (criterios) que el paciente ha de poseer en un grado suficiente (estándares).

- “La incapacidad está relacionada con un estado mental alterado, pero no es sinónimo del mismo”.

- “La capacidad mental depende del contexto (está relacionada con un acto en concreto)”.

- “La incapacidad depende de los requerimientos de una situación concreta y de las posibles consecuencias que pueda tener”. Añade que “la incapacidad no es asunto de

¹⁰¹⁴ BASSY IZA, N., “Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad”, en AA.VV., *Jornadas Fundación AEquitas*, Colección la Clave, ed. Fundación AEquitas, Madrid, 8 y 9 de marzo de 2004, pp. 115-123.

¹⁰¹⁵ BASSY IZA, N., “Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad”, cit., pp. 115-123.

todo o nada, y no se requiere el mismo grado de capacidad para todas las decisiones”. “La determinación de la capacidad varía en función de la relación riesgo-beneficio”.

– La incapacidad puede cambiar a lo largo del tiempo. Por ello, la evaluación de la capacidad debe ser un proceso continuo.

Probablemente, para Bassy Iza¹⁰¹⁶, “más que los test para determinar la capacidad, la decisión acerca de si una persona es capaz para ejercitar un derecho debe ser el resultado de un estudio complejo y detallado de muchos parámetros”. Así, “deberá hacerse una exploración de estas dos áreas:

- Área cognitiva (entendimiento).
- Área afectivo-volitiva (voluntad)”.

En toda exploración psicopatológica debemos incluir los siguientes aspectos:

“1.- Apariencia, actitud y actividad.

2.- Ánimo y afecto.

3.- Lenguaje y habla.

4.- Pensamiento (proceso y contenido) y percepción.

5.- Cognición: orientación, atención y concentración, memoria, capacidad constructiva (praxias), abstracción y conceptualización.

6.- Introspección y juicio”.

Para Franco Yagüe¹⁰¹⁷, “comprender, apreciar, razonar y elegir son claves para determinar la capacidad o incapacidad de un paciente.”. Afirma que “es el médico responsable el que debe valorar la capacidad”. “El MacCAT-T¹⁰¹⁸ es una herramienta recientemente validada en nuestro país que nos puede ayudar a evaluar la capacidad. Se realiza mediante una entrevista estructurada. No obstante hay que tener en cuenta y no podemos olvidar que:

1.- La evaluación de la capacidad será para una decisión específica.

2.- Los pacientes psiquiátricos pueden tomar decisiones.

¹⁰¹⁶ BASSY IZA, N., “Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad”, cit., pp. 115-123.

¹⁰¹⁷ FRANCO YAGÜE, J.A., “El problema de la evaluación de la capacidad”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, nº 58, noviembre-diciembre 2014. Consultado en: <<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-58/3922-el-problema-de-la-evaluacion-de-la-capacidad>>

¹⁰¹⁸ *MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment*, traducida como Herramienta MacArthur de Evaluación de la Capacidad para Tratamiento, es una entrevista estructurada proyectada para evaluar las habilidades en la toma de decisiones relevantes para hacer juicios sobre la capacidad de los pacientes para consentir un tratamiento. GRISIO, T., y APPELBAUM, P. S., *Herramienta de Evaluación de la Capacidad para Tratamiento (MacCAT-T)*, adaptación española realizada por el Grupo de Investigación Sernet, ed. Médica Panamericana, Madrid, 2014, p. 8.

3.- El Mac es útil pero no da un punto de corte, es decir no nos informa desde que puntuación un paciente es capaz.

4.- El Mac no sirve para determinar de manera absoluta la capacidad.

5.- En casos complejos, es útil consultar con un experto.

6.- Para evaluar la capacidad hay que tener en cuenta las circunstancias, los valores personales, creencia, etc.

La escala mide la capacidad que tiene el paciente para tomar una decisión concreta.”.

Sánchez Castellano¹⁰¹⁹ destaca que “para una evaluación exhaustiva de los aspectos neurológicos y neuropsicológicos que influyen en la toma de decisiones habría que valorar el nivel de conciencia, la percepción de estímulos, las funciones cognitivas, las funciones ejecutivas, el estado psicoafectivo, la ideación espontánea y la conciencia de enfermedad”.

3.3.2.- Test

Para emitir un diagnóstico sobre si la persona presenta o no un deterioro cognitivo de importancia que suponga falta de capacidad y la inhabilite para la firma de un consentimiento notarial, se pueden realizar muy diversos estudios y test en los que es conveniente usar un lenguaje comprensivo y claro, dando las explicaciones necesarias.

Los más usuales son:

3.3.2.1.- Test cognoscitivo de Lobo¹⁰²⁰

Es un test que se puede hacer en unos minutos para el estudio de las capacidades cognitivas. La recogida de información es a través de un cuestionario y puede ser utilizado con cualquier persona que requiera de una valoración cognitiva.

¹⁰¹⁹ SÁNCHEZ CASTELLANO, C., “Valoración de la capacidad en las personas mayores”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, nº 85, mayo-junio 2019. Consultado en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-85/9399-valoracion-de-la-capacidad-en-las-personas-mayores>

¹⁰²⁰ GOBIERNO DE ARAGÓN, *Programa de atención a enfermos crónicos dependientes. Anexo IX. Escalas de valoración funcional y cognitiva*, pp. 325-327. Consultado en: <https://www.aragon.es/estaticos/ImportFiles/09/docs/Ciudadano/InformacionEstadisticaSanitaria/InformacionSanitaria/ANEXO+IX+ESCALA+DE+VALORACION+FUNCIONAL+Y+COGNITIVA.PDF>

ORIENTACIÓN	Puntos
¿En qué día de la semana estamos?	1
¿Qué día (n.º) es hoy?	1
¿En qué mes estamos?	1
¿En qué estación del año estamos?	1
¿En qué año estamos?	1
¿Dónde estamos?	
Provincia	1
País	1
Ciudad o pueblo	1
Lugar, centro	1
Planta, piso	1

FIJACIÓN	Puntos
Repita estas tres palabras: peseta – caballo – manzana (repetirlas hasta que las aprenda)	3

CONCENTRACIÓN Y CÁLCULO	Puntos
Si tiene 30 pesetas y me las va dando de 3 en 3, ¿cuántas le van quedando? Hasta 5	5
Repita 5-9-2. Hasta que los aprenda. Ahora hacia atrás	3

MEMORIA	Puntos
¿Recuerda las tres palabras (objetos) que le he dicho antes?	3

LENGUAJE Y CONSTRUCCIÓN	Puntos
Señalar un bolígrafo y que el paciente lo nombre. Repetirlo con el reloj.	2
Que repita: “En un trigal había cinco perros”	1
“Una manzana y una pera son frutas, ¿verdad?” ¿Qué son el rojo y el verde?	1
¿Qué son un perro y un gato?	1
Coja este papel con su mano derecha, dóblelo por la mitad y	3

póngalo en la mesa.	
“Lea esto, haga lo que dice: CIERRE LOS OJOS”	1
“Escriba una frase cualquiera”	1
Copie este dibujo.	1

Valoración: 35 puntos máximo. Dispone de dos puntos de corte en función de la edad del paciente para sugerir deterioro cognitivo:

- Adultos no geriátricos: 29 puntos.
- Mayores de 65 años: 24 puntos.

Puntuación:

- 30-35 normal.
- 24-29 borderline.
- 19-23 leve.
- 14-18 moderado.
- Menos de 14 severo.

Los rendimientos están muy influenciados por el nivel cultural del paciente, por lo que los puntos de corte deben estar adaptados a las características sociodemográficas de estos.

3.3.2.2.- Test escala cognitiva Isaacs¹⁰²¹

Indicado para población general mayor de 65 años, especialmente con un grado de instrucción bajo o pacientes con déficits sensoriales. Es un cuestionario que consta de 4 ítems.

Se pide al paciente que nombre sin parar hasta que se le diga basta una serie de colores, de animales, de frutas y de ciudades. Se le da un minuto para cada serie o se pasa a la siguiente pregunta cuando haya hecho 10 elementos de la misma sin repetir ninguno aunque no haya agotado el minuto de tiempo.

¹⁰²¹ SERVICIO ANDALUZ DE SALUD, CONSEJERÍA DE SALUD, *Cribado de Demencias - Set Test de Isaacs*.

Consultado en: <http://www.hvn.es/enfermeria/ficheros/cribado_de_demencias_set_test_de_isaacs.pdf>

COLORES	
ANIMALES	
FRUTAS	
CIUDADES	
ERRORES/REPETICIONES	
PUNTUACIÓN TOTAL	

Valoración: se obtiene 1 punto por cada ítem correcto, con un máximo de 10 ítems puntuables en cada set. La puntuación oscila entre 0 y 40 puntos.

El punto de corte para detectar una demencia es igual o menor de 29 en los adultos, e igual o menor a 27 en los ancianos. Además, se propone un punto de corte de 25 para considerar como probable demencia tipo Alzheimer.

3.3.2.3.- Cuestionario de Pfeiffer¹⁰²²

Es un cuestionario que detecta la existencia y el grado de deterioro cognitivo. Puede ser realizado en cinco minutos a cualquier persona que requiera de una valoración de su capacidad mental.

Realice las preguntas 1 a 11 de la siguiente lista y señale con una X las respuestas incorrectas.

¿Qué día es hoy? (Mes, día, año)	
¿Qué día de la semana es hoy?	
¿Cómo se llama este sitio?	
¿En qué mes estamos?	
¿Cuál es su número de teléfono? (Si no hay teléfono, dirección de la calle)	
¿Cuántos años tiene usted?	
¿Cuándo nació usted?	

¹⁰²² GOBIERNO DE ARAGÓN, *Programa de atención a enfermos crónicos dependientes. Anexo IX. Escalas de valoración funcional y cognitiva*, pp. 323-324. Consultado en: <<https://www.aragon.es/estaticos/ImportFiles/09/docs/Ciudadano/InformacionEstadisticaSanitaria/InformacionSanitaria/ANEXO+IX+ESCALA+DE+VALORACION+FUNCIONAL+Y+COGNITIVA.PDF>>

¿Quién es el actual presidente (del País)?	
¿Quién fue el presidente antes que él?	
Dígame el primer apellido de su madre	
Empezando en 20 vaya restando de 3 en 3 sucesivamente	
TOTAL ERRORES	

Valoración: puntúan los errores, 1 punto por error. Una puntuación igual o superior a tres indica deterioro cognitivo. En ese caso, deben valorarse criterios de demencia.

- Puntuación máxima: 8 errores.
- 0-2 errores: normal.
- 3-4 errores: leve deterioro cognitivo.
- 5-7 errores: moderado deterioro cognitivo, patológico.
- 8-10 errores: importante deterioro cognitivo

Si el nivel educativo es bajo (estudios elementales) se admite un error más para cada categoría. Si el nivel educativo es alto (universitario), se admite un nivel menos.

VII.- ESTUDIO ESPECIAL DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR

1.- Idea general

El art. 667 CC dice: *“El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento.”*

El testamento lo veremos en profundidad en el Tema XII, ahora nos limitaremos a estudiar la capacidad para otorgarlo.

La capacidad para testar tiene sus propias normas y plantea una extensa problemática. La capacidad que se exige para otorgar testamento es inferior a la exigida para contratar. Por ello, puede que una persona que no podría celebrar un contrato sí pueda otorgar testamento.

La jurisprudencia del TS y de las Audiencias Provinciales (AAPP) es muy numerosa. De ella podemos inferir una serie de conclusiones:

- La capacidad del testador se presupone.
- El notario debe asegurarse de la capacidad del otorgante, y por ello se le impone una extremada atención.

– El juicio notarial conforma una presunción *iuris tantum*, por lo que admite prueba en contrario.

– El testador ha de estar en su cabal juicio en el momento de otorgar testamento.

– La capacidad para gobernarse se ha de aplicar no solo a quien por resolución judicial ha sido declarado incapaz, sino también a los afectados por una incapacidad de hecho.

– La revisión del juicio de capacidad notarial del testador compete al juez. El juicio de capacidad del notario y de los testigos presenciales en su caso, se supone de buena fe, pero en el proceso, con sus garantías de dualidad y contradicción procesal, podría demostrarse que ese juicio está equivocado lo que acarrearía la nulidad del testamento.

Entre otras, podemos citar la STS de 22 de enero de 2015¹⁰²³, que recuerda sobre el juicio de capacidad en testamentos, la doctrina del TS (SSTS, de 29 de marzo de 2004¹⁰²⁴ y 26 de abril de 2008¹⁰²⁵), basada en los siguientes postulados:

“ a) que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario;

b) Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento;

c) que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre, y

d) que por ser una cuestión de hecho la relativa a la sanidad del juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia.”.

Rueda Díaz¹⁰²⁶ plantea lo que ha de hacer una persona para testar: comprender y querer una determinada voluntad, y transmitir su contenido a otros. Quien no sea capaz de entender y querer su contenido, o de transmitirlo a otro, será incapaz de testar.

El sujeto ha de comprender el tipo de acto que va a hacer, sus consecuencias, características y efectos; a quiénes ha de afectar, los sujetos a los que puede referirse¹⁰²⁷, sobre qué bienes se va a aplicar y su alcance económico.

¹⁰²³ TOL 4.708.541

¹⁰²⁴ Id Cendoj: 28079110012004100256

¹⁰²⁵ TOL 1.324.483

¹⁰²⁶ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., “Capacidad para testar y para otros actos jurídicos”, cit., p. 18.

Toda la doctrina es unánime en que habrá de tener un conocimiento suficiente de lo que hace, lo que dependerá del nivel intelectual del testador, de la complejidad de lo que quiera hacer y de las relaciones económico-jurídicas afectadas¹⁰²⁸.

Además está el requisito de una edad mínima, por debajo de la cual no se entra a analizar la habilidad para otorgar el acto. Es una prohibición.

2.- *Favor testamenti*. Art. 662 CC

2.1.- Significado

Art. 662 CC: “*Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente.*”.

Este art. establece el principio general de la capacidad para testar o *favor testamenti*. Solo aquellos a los que la ley se lo prohíba expresamente no podrán hacer testamento.

Nuestro CC se posiciona con las tendencias modernas al determinar que la capacidad para testar o testamentifacción activa es la regla general y las incapacidades la excepción, que solo existe en los casos taxativamente fijados por la ley. Y ello es así por ser la facultad de testar un elemento inherente a los derechos fundamentales de la persona, incardinado en el derecho a la propiedad privada y a la herencia, que se reconocen en el art. 33.1 CE, y como una expresión en la libertad civil que reconoce el art. 10 CE.

El principio tradicional del *favor testamenti* que rige en derecho español es un tránsito del *favor capacitatis* o presunción de capacidad de toda persona. Luego se presume la capacidad de testar y su incapacidad deberá ser probada de modo evidente, razonado y completo y, en caso de duda, el testamento se considera válido. Lo que ratifica el empleo de la palabra “expresamente” en el art. 662 CC.

Este principio obedece a la primacía que la sucesión voluntaria, respetando los derechos legitimarios, tiene sobre la sucesión legal.

La capacidad debe tenerse para el otorgamiento del testamento concreto que quiere realizar. El contenido del mismo será importante, no es igual algo sencillo que algo complejo. En línea con el RN, que pide la capacidad necesaria para el acto o

¹⁰²⁷ No solo los mencionados en el testamento, sino especialmente los no mencionados.

¹⁰²⁸ Si es una persona con familia cercana, con un patrimonio normal, la voluntad de dejárselo a alguien es simple. Si se plantean cosas más complicadas, como mejoras, fiducias sucesorias, colación de donaciones, fideicomisos, o un patrimonio de valor cuantioso y composición compleja, ya no será tan sencillo. La capacidad para testar será diferente en uno y otro caso.

contrato a que la escritura se refiere (art. 156.8º RN). Luego no hay una capacidad estándar, no es necesaria la misma capacidad para cualquier tipo de testamento, y el notario deberá apreciar si tiene la capacidad necesaria para lo que manifiesta, y que esto sea lo que de verdad quiere.

2.2.- Jurisprudencia

La presunción de capacidad de testar no es *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, o sea, que admite prueba en contrario. Mientras no se dé una prueba cumplida de la ausencia de cabal juicio para testar, ha de entenderse que el testador sabía perfectamente lo que hacía y quería hacer lo que hizo. SSTs, de 3 de febrero de 1951¹⁰²⁹, 1 de febrero de 1956¹⁰³⁰, 16 de abril de 1959¹⁰³¹, 26 de septiembre de 1988¹⁰³² y 31 de marzo de 2004¹⁰³³; y RDGRN, de 20 de diciembre de 2016¹⁰³⁴.

La STS, de 12 de mayo de 1998¹⁰³⁵, que posteriormente repiten muchas, resume la jurisprudencia sobre este punto: *“En este tema, es interesante reproducir el completo resumen de la doctrina jurisprudencial que se contiene en la sentencia de 27 de enero de 1998¹⁰³⁶: a) que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sent. 25-IV-1959¹⁰³⁷); b) no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacción y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que*

¹⁰²⁹ RJ 195, 252

¹⁰³⁰ RJ 1956, 680

¹⁰³¹ RJ 1959, 1552

¹⁰³² TOL 1.734.590. Examinó un motivo de casación que decía que, acreditada la enfermedad del testador al tiempo de testar, correspondía dar la prueba de la capacidad a quienes sostuvieran la validez del testamento. El TS consideró que esta tesis es inaceptable: *“Pues esta sala tiene declarado que todo persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse lo capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar lo declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción iuris tantum que se ajustan a lo idea tradicional del favor testamenti y que imponen el mantenimiento de lo disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental”*. En el mismo sentido, la STS, de 1 de junio de 1994 (TOL 1.666.660).

¹⁰³³ TOL 365.393

¹⁰³⁴ TOL 7.211.089

¹⁰³⁵ TOL 5.156.876

¹⁰³⁶ Id Cendoj: 28079110011998101312

¹⁰³⁷ RJ 1959, 1974

la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (Sent. 25-X-1928¹⁰³⁸); c) que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (Sent. 18-IV-1916¹⁰³⁹); d) que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador, "pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso..., ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a esta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sent. 25-X-1928¹⁰⁴⁰); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sent. 25-X-1928¹⁰⁴¹); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sent. 28-XII-1918¹⁰⁴²); e) la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sent. 1-II-1956¹⁰⁴³), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sent. 25-IV-1959¹⁰⁴⁴); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción iuris tantum que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario "evidente y completa" (Sent. 8-V-1922¹⁰⁴⁵; 3-II-1951¹⁰⁴⁶), "muy cumplida y convincente" (Sent. 10-IV-1944; 16-II-1945¹⁰⁴⁷), "de fuerza inequívoca" (Sent. 20-II-1975¹⁰⁴⁸), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto (Sent. 25-IV-1959¹⁰⁴⁹), pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia

¹⁰³⁸ TOL 5.036.540

¹⁰³⁹ TOL 5.047.602

¹⁰⁴⁰ TOL 5.036.540

¹⁰⁴¹ TOL 5.036.540

¹⁰⁴² TOL 5.045.482

¹⁰⁴³ RJ 1956, 680

¹⁰⁴⁴ TOL 4.349.558

¹⁰⁴⁵ TOL 5.042.232

¹⁰⁴⁶ RJ 1951, 252

¹⁰⁴⁷ TOL 4.458.402

¹⁰⁴⁸ TOL 4.250.988

¹⁰⁴⁹ TOL 4.349.558

que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (23-II-1944; 1-II-1956¹⁰⁵⁰); f) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre "cumplidamente" en vía judicial su incapacidad, destruyendo la "enérgica presunción iuris tantum" (Sent. 23-III-1894; 22-I-1913¹⁰⁵¹; 10-IV-1944¹⁰⁵²; 16-II-1945¹⁰⁵³), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (Sent. 23-III-1944¹⁰⁵⁴); g) restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, --lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (Sent. 18-IV-1916¹⁰⁵⁵; 16-XI-1918¹⁰⁵⁶)- pues el artículo 665 del Código Civil, no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (Sent. 27-VI-1908¹⁰⁵⁷). ”.

La STS, de 1 de febrero de 1956¹⁰⁵⁸ indica: “ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, requiere la Ley y consagra la jurisprudencia, que la incapacidad que se atribuya a un testador, tenga cumplida demostración”¹⁰⁵⁹.

La RDGRN, de 6 de julio de 2016¹⁰⁶⁰, dice que el contenido del testamento se presume *iuris tantum* válido y eficaz.

La STS, de 7 de julio de 2016¹⁰⁶¹, resume la doctrina de este tribunal respecto del principio *favor testamenti*: “nuestro Código Civil sitúa el contexto del debate en la necesaria prueba, por parte del impugnante, de la ausencia o falta de capacidad mental del testador en el momento de otorgar el testamento.

¹⁰⁵⁰ RJ 1956, 680

¹⁰⁵¹ TOL 5.050.068

¹⁰⁵² TOL 4.458.646

¹⁰⁵³ TOL 4.458.402

¹⁰⁵⁴ TOL 4.458.637

¹⁰⁵⁵ TOL 5.047.602

¹⁰⁵⁶ TOL 5.045.639

¹⁰⁵⁷ TOL 5.056.991

¹⁰⁵⁸ RJ 1956, 680

¹⁰⁵⁹ En la STS, de 26 de abril de 1995 (TOL 1.667.422), el informe pericial de un psiquiatra indica que es imposible determinar *a posteriori* el grado de lucidez de un enfermo diagnosticado de un proceso de demencia senil en su inicio, y menos en relación con un día concreto.

¹⁰⁶⁰ TOL 5.806.679

¹⁰⁶¹ Id Cendoj: 28079110012016100428

Esta carga de la prueba deriva del principio de favor testamenti, que acoge nuestro Código Civil, y de su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTS de 26 de abril de 2008¹⁰⁶², de 30 de octubre de 2012¹⁰⁶³, de 15 de enero de 2013¹⁰⁶⁴, y 19 de mayo de 2015¹⁰⁶⁵). Con lo que el legitimado para ejercitar la acción de nulidad del testamento debe probar, de modo concluyente, la falta o ausencia de capacidad mental del testador respecto del otorgamiento del testamento objeto de impugnación y destruir, de esta forma, los efectos de la anterior presunción iuris tantum de validez testamentaria.”.

Rubio Garrido¹⁰⁶⁶ indica que “la presunción de capacidad y de volición exenta de vicios aumenta su vigor siempre que el testamento haya sido notarial (SSTS, de 18 de diciembre de 1958¹⁰⁶⁷, 7 de octubre de 1982¹⁰⁶⁸, 26 de septiembre de 1988¹⁰⁶⁹ y 18 de mayo de 1998¹⁰⁷⁰), pudiendo, en tal caso, solo destruirse mediante “una completa y clara prueba en contrario” (STS, de 21 de marzo de 1974¹⁰⁷¹) “que no deje margen racional de duda” (STS, de 7 de octubre de 1982¹⁰⁷²), “una prueba no sólo completa, sino evidente” (STS, de 10 de abril de 1987¹⁰⁷³)”.

2.3.- Voluntad libre

Hay que distinguir entre la capacidad para testar y la libertad de la voluntad testamentaria, que en algún caso podría estar viciada por error, violencia, intimidación o dolo. Así, el art. 673 CC establece: “Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude.”, en línea con el art. 1265 CC respecto a los vicios del consentimiento en materia de contratos. Para la validez del testamento deben coincidir ambos conceptos. La voluntad testamentaria puede ser libre y consciente, y el testador incapaz, y viceversa.

¹⁰⁶² Id Cendoj: 28079110012008100262

¹⁰⁶³ Id Cendoj: 28079110012012100786

¹⁰⁶⁴ Id Cendoj: 28079119912013100006

¹⁰⁶⁵ Id Cendoj: 28079110012015100378

¹⁰⁶⁶ RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 662-666” en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5118.

¹⁰⁶⁷ RJ 1958, 4200

¹⁰⁶⁸ TOL 1.739.050

¹⁰⁶⁹ TOL 1.734.590

¹⁰⁷⁰ RJ 1998, 3376

¹⁰⁷¹ RJ 1974, 1058

¹⁰⁷² TOL 1.739.050

¹⁰⁷³ TOL 1.736.916

El que otorga un testamento determinado debe tener capacidad para ello, querer testar, darse cuenta y entender lo que está haciendo, lo que recoge su testamento, las consecuencias y efectos que produce, y tener su voluntad libremente formada y manifestada con claridad. Roca-Sastre¹⁰⁷⁴ señala que el testador debe querer testar y debe entender y comprender lo que quiere testar.

Solo quien tiene una conciencia convenientemente conformada comprenderá, como indica Yzquierdo Tolsada¹⁰⁷⁵, las consecuencias de sus declaraciones de voluntad, ya que el testador necesita saber qué es un testamento y cuál es su trascendencia y hacer una valoración de los efectos de ese testamento.

La libertad y voluntad del testador hay que respetarla, no se trata de que el testamento sea justo, sino el querido. Puede que la voluntad se guíe por determinados afectos, una cierta captación de voluntad existe muchas veces. Dice Manresa y Navarro¹⁰⁷⁶ que el testador se mueve por afectos y simpatías, y simplemente debe darse cuenta de lo que hace y de las consecuencias inmediatas.

3.- Incapacidad para testar

3.1.- Art. 663 CC

Art. 663 CC: “*Están incapacitados para testar:*

1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.”.

Ya hemos visto que en nuestro CC rige el *favor testamenti*. La capacidad para testar se presume legalmente y la incapacidad hay que probarla.

La capacidad para testar es un derecho de naturaleza privada y lo puede ejercitar toda persona física o natural, siempre que reúna los requisitos legales. Esta regla general se excepciona con las incapacidades para testar: ser menor de catorce años y no estar en su cabal juicio, que se justifican, como señala Roca-Sastre¹⁰⁷⁷, en razones de orden privado y natural, y no de carácter público y civil.

¹⁰⁷⁴ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, t. I, ed. Bosch, Barcelona, 1989, p. 104.

¹⁰⁷⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., “La planificación hereditaria: El testamento”, ponencia ofrecida en el *Congreso La herencia*, El Puerto de Santa María, noviembre, 2003.

¹⁰⁷⁶ MANRESA Y NAVARRO, J, M^a., “Comentario a los arts. 609 a 743”, en *Comentarios al Código Civil español*, t. V, 2ª ed. (revisada por Pascual Marín Pérez), ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, pp. 352-356.

¹⁰⁷⁷ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 100.

Como afirma Rubio Garrido¹⁰⁷⁸, “las inhabilidades para testar han de ser interpretadas en sus términos estrictos, no pueden ser susceptibles de extender sus mandatos, por vía analógica, a supuestos de hecho distintos de los por ella contemplados, en tanto que normas de excepción (art. 4.2 CC) (STS, de 10 de abril de 1987¹⁰⁷⁹)”.

3.2.- Catorce años

3.2.1.- Edad

Art. 663.1º CC: “*Están incapacitados para testar:*

1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo.”.

El testador debe tener al menos catorce años cumplidos. Se presume que a tal edad se tiene la capacidad natural para este acto personalísimo, si así no fuera se aplicaría la causa de incapacidad del art. 663.2º CC. La edad es un hecho fáctico, no es interpretable, se tiene o no se tiene.

Afirma De Castro y Bravo¹⁰⁸⁰ que la cortedad de la edad, distinta de la normal a la que se adquiere la mayoría de edad¹⁰⁸¹ es otra muestra del *favor testamenti*, que se justifica adicionalmente porque por el testamento no pueden darse efectos perjudiciales para el testador, que, además, siempre podrá revocar el testamento en el futuro (art. 737 CC), ni para los legitimarios, que tienen sus derechos concedidos por la ley, ni para los acreedores, suficientemente protegidos, y porque, dado que dicha edad se refiere a los testamentos notariales, se confía en que los fedatarios advertirán suficientemente al menor acerca de la trascendencia del acto.

Obviamente, la alusión que aparece en el precepto a “*de uno y otro sexo*” recoge el mandato constitucional de igualdad de sexo (art. 14 CE) y para separarse del derecho histórico que fijaba edades diferentes para testar según el sexo¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁸ RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 662-666”, cit., p. 5119.

¹⁰⁷⁹ TOL 1.736.916

¹⁰⁸⁰ DE CASTRO Y BRAVO F., *Derecho civil de España*, t. II, vol. 1, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, (Civitas, reimpresión 1984), p. 182, nota 1. Se ha expuesto el tratamiento favorable que se le da a la sucesión voluntaria en un contexto de economía de mercado y la inercia de la simpatía por el testamento que se arrastra desde el derecho medieval y el influjo de la Iglesia católica.

¹⁰⁸¹ Arts. 12 CE y 315 párr. 1º CC.

¹⁰⁸² Catorce años en los varones y doce en las mujeres, lo que se justificaba por GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. II, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852, p. 51; indicando que la edad señalada para el acto más importante de la vida (el matrimonio) no podía menos de bastar para el testamento. En las Partidas (Partida Sexta, Título Primero, Ley 13) se exigía la edad señalada.

Excepcionalmente se exigen dieciocho años para otorgar testamento ológrafo, donde no hay fedatario público que asesore y controle la capacidad del testador. Y dada la dicción terminante del art. 688 párr. 1º CC, que dice: “*El testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad.*”. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma. No es admisible que lo otorgue el menor emancipado.

El límite mínimo de catorce años es un imperativo, el testamento otorgado por un menor de esta edad es nulo de pleno derecho, aunque este muera después de alcanzada y aunque se probara que el testador había perseverado en su voluntad o que era una persona sagaz, maduro e incluso superdotado. Señala Rubio Garrido¹⁰⁸³ que es significativo que el legislador del CC no haya establecido una norma de convalidación.

3.2.2.- Edad para testar *versus* edad para negocios jurídicos

Se discute por la doctrina la relación entre la edad para testar con la que se pide para los negocios jurídicos *inter vivos*.

La mayoría de la doctrina considera correcto que la edad para testar sea más baja que para hacer negocios jurídicos, porque obedecen a razones diferentes.

Manresa y Navarro¹⁰⁸⁴ considera que no se trata de crear relaciones jurídicas recíprocas entre el heredero y el causante, sino de actos voluntarios que responden más a los sentimientos del corazón y a los dictados de la conciencia que a los consejos de reflexión, y, por lo tanto, no teniendo que quedar obligado el testador por el ordenamiento de su última voluntad, no es necesario que para ello tenga la capacidad y la edad necesarias para obligarse en virtud de contrato.

Mucius Scaevola¹⁰⁸⁵ manifiesta que el CC español es uno de los que señala una edad más baja para testar, y no es partidario de que se pida menos edad para hacer testamento que para contratar, ya que el contrato puede referirse a cualquier cosa y el testamento incluye todo el patrimonio.

¹⁰⁸³ RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 662-666”, cit., pp. 5121-5122.

¹⁰⁸⁴ MANRESA Y NAVARRO, J, M^a., “Comentario a los arts. 609 a 743”, cit., pp. 352-356.

¹⁰⁸⁵ MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Miguel Moreno Mocholi*, t. XII, 2ª ed., ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, pp. 86-87.

En el mismo sentido, Fernández Hierro¹⁰⁸⁶ afirma que no se ve una clara diferenciación entre el testamento y otros negocios jurídicos, y no se entiende por qué alguien que puede hacer testamento no puede concluir un contrato¹⁰⁸⁷.

Albaladejo García¹⁰⁸⁸ cree que debería pedirse la mayoría de edad o la emancipación, ya que el acto de testar es muy importante para dejarlo en manos de párvulos.

Ossorio Morales¹⁰⁸⁹ señala que algunos autores critican la poca edad exigida para testar y el hecho de que es inferior a la de diversas legislaciones y a la que fija el mismo CC para las disposiciones *inter vivos*, y afirma que esta diferencia suele justificarse, no obstante, con la observación de que mientras estos últimos producen efectos inmediatos y pueden ocasionar graves perjuicios a quien impremeditadamente los celebra, el testamento, en cambio, como acto *mortis causa*, solo produce efectos después de la muerte del otorgante, cuando ya este no puede resultar perjudicado; además el testamento es revocable en cualquier momento anterior a la muerte, quedando garantizado en todo caso el derecho de los parientes por la institución de la legítima.

Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida¹⁰⁹⁰ justifican la diferencia entre la edad exigida para testar y la capacidad negocial desde diversos puntos de vista: de una parte, el testamento (no así la disposición *mortis causa* contractual) es revocable y no produce efectos sino desde el fallecimiento del testador, de modo que no podría causar daño al que lo otorga, ni tampoco a los acreedores o legitimarios, que tienen sus derechos garantizados en diversos preceptos legales; tampoco arrebatada al menor la posibilidad de cambiar de opinión con juicio más maduro; finalmente, si el menor no otorga el testamento, no puede otorgarlo nadie por él¹⁰⁹¹.

3.3.- Cabal juicio

¹⁰⁸⁶ FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Los Testamentos*, ed. Comares, Granada, 2000, pp. 32-38.

¹⁰⁸⁷ Y si se trata de un testamento muy complejo, habría que pensar que la capacidad del testador debía ser, al menos, la equivalente a la necesaria para hacer otros negocios jurídicos, esto es, la mayoría de edad.

¹⁰⁸⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 662 y 666”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IX, vol. 1º-A, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, p. 70.

¹⁰⁸⁹ OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión Testada*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 44-45.

¹⁰⁹⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil...*, cit., p. 335.

¹⁰⁹¹ DE DIEGO GUTIÉRREZ, F.C., *Instituciones de Derecho Civil español*, Nueva ed. revisada por A. Cossio y Corral/A. Gullón Ballesteros, t. III, Madrid, 1959, pp. 35-36.

3.3.1.- Concepto

Art. 663.2º CC: “*Están incapacitados para testar:*

2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.”.

La clave del art. es qué quiere decir o significa “cabal juicio”.

Con arreglo al diccionario de la RAE¹⁰⁹², cabal significa: “*Completo, exacto, perfecto.*”; y juicio: “*Estado de sana razón opuesto a locura o delirio.*”.

Podemos concluir que es un “completo estado de sana razón”.

Al respecto, la STS, de 11 de diciembre de 1962¹⁰⁹³ considera cabal juicio como “*expresión legal empleado sin pretensión científica, pero con intuitiva comprensión práctica, y aun cuando el término «cabal» es sinónimo de lo completo, justo, acabado o exacto y en tal sentido no parece pueda predicarse de la salud mental que como la física, es raramente perfecta, también por cabal se entiende lo normal, en cuya acepción indudablemente, la ley en este caso, la emplea, refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos propios del acto verdaderamente humano, caracterizado por que se realice con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance, y con voluntad propia de querer lo que con el mismo se persigue [...] voluntad que la falta de inteligencia vicia de por sí, por no poderse querer verdaderamente lo que no es antes conocido y, por ello, el estado patológico mental, por vía de amencia o demencia, impide al testador hallarse en su cabal juicio*”¹⁰⁹⁴.

Para Roca-Sastre¹⁰⁹⁵ cabal juicio significa capacidad natural o suficiente discernimiento del testador acerca de la finalidad, contenido y trascendencia del negocio testamentario.

El testador debe estar en su cabal juicio, lo que es equivalente a tener capacidad natural, tener plena facultad de entender (cognitiva) y de querer (volitiva) las disposiciones que plasma en el testamento y ha de conocer el significado y alcance del acto de testar y tener voluntad de querer los efectos que se produzcan.

El art. se refiere a la capacidad natural, a la real situación emocional, psíquica y volitiva de la persona, de modo independiente de su estado civil, de declaraciones

¹⁰⁹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., 2014. Consultado en <<http://www.rae.es/rae.html>>

¹⁰⁹³ TOL 4.333.810

¹⁰⁹⁴ BELTRAN DE HEREDIA DE ONÍS, P., “Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”, *Revista de Derecho Privado*, Tomo L, marzo 1966, p. 249, critica la expresión por su imprecisión médica, pero destaca cómo engloba deliberadamente a infinidad de supuestos distintos, caracterizados por la ausencia de la capacidad natural exigible para testar.

¹⁰⁹⁵ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 102.

judiciales o administrativas. La tenencia o no de cabal juicio es independiente de que haya sido declarado incapacitado judicialmente ya que es una situación fáctica que no depende del *status* del incapacitado. Si no tiene capacidad, no puede testar.

La STS, de 19 de septiembre de 1998¹⁰⁹⁶ sostiene: *“El precepto (el art. 663) se ha de aplicar no sólo a quien por resolución judicial ha sido declarado incapaz (Sentencia de 22 junio 1992¹⁰⁹⁷), sino también a los afectados de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada”*.

Para quedar incurso en esta causa de incapacidad basta que la persona se encuentre en una situación de anomalía psíquica o de trastorno patológico transitorio que sea lo suficientemente grave como para que pueda asegurarse que no se halla en su cabal juicio, es decir, que no está en razonables condiciones de entender o querer el negocio testamentario independientemente de la causa de tal situación como pudieran ser: alcoholismo, toxicomanía, enfermedad, demencia febril, sonambulismo, etc. y de que sea una situación habitual o transitoria. Si bien no se puede, en muchos de estos supuestos, catalogar a esa persona como un enfermo mental, o sea, que es independiente de que tal situación sea transitoria o habitual¹⁰⁹⁸.

Rubio Garrido¹⁰⁹⁹ señala que esta misma aproximación realista a la capacidad natural y verdadera de la persona hace que sea enormemente difícil dar una definición cerrada o apriorística de la capacidad que se requiere para testar (y de la incapacidad para ello) y explica el abigarrado casuismo que aparece en la jurisprudencia.

La STS, de 4 de octubre de 2007¹¹⁰⁰, señala que: *“La capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presume asiste a todo testador. Ahora bien, la situación de no encontrarse en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el artículo 663, no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de*

¹⁰⁹⁶ TOL 2.469

¹⁰⁹⁷ TOL 1.655.068

¹⁰⁹⁸ ROMERO COLOMA, A. M^a., “Capacidad e incapacidad para testar”, cit., pp. 429-468.

¹⁰⁹⁹ RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 662-666”, cit., pp. 5124-5125.

¹¹⁰⁰ TOL 1.156.485

conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue”.

En todo caso, ha de partirse de la presunción general de capacidad, que no se ve destruida por el hecho de haberse dado casos de enfermedad mental en la familia del testador, tal como declaró la STS, de 10 de abril de 1944¹¹⁰¹. Como indica Romero Coloma¹¹⁰², la “casi seguridad”, o “casi certeza” de que una persona no se halla en su cabal juicio no limita su capacidad para testar. La seguridad o la certeza ha de ser absoluta, completa, sin ninguna duda.

En la práctica para determinar si se tiene o no cabal juicio confluyen dos ramas, la jurídica y la médica, y en concreto la psiquiátrica, incluso la psicológica, ya que son estas a las que les corresponde definir de modo claro y preciso estos conceptos. Comprender el mundo de las enfermedades mentales y aplicar conceptos médicos al sector jurídico es complejo. Desde esta perspectiva el concepto cabal juicio es impreciso, y es la jurisprudencia la que intenta fijarlo.

En consecuencia, la capacidad de testar en nuestro ordenamiento requiere tener edad suficiente, tener capacidad mental, entendida como capacidad intelectual y volitiva, de entender y de querer; carecer de defecto orgánico cerebral; y ausencia de tipos nosológicos que afecten a la mente.

3.3.2.- Casuística

3.3.2.1.- Enfermedad

La denominación de la enfermedad o situación que se padezca no es importante, lo que importa es la incidencia que tenga sobre la capacidad intelectual y volitiva, o sea, de entender y querer (STS, de 11 de diciembre de 1962¹¹⁰³).

Veremos algunos casos concretos.

– Psicosis.

Impide al testador diferenciar lo verdadero de lo falso, o el bien del mal. Supone que carece de cabal juicio y no puede testar.

– Depresión.

¹¹⁰¹ TOL 4.458.646

¹¹⁰² ROMERO COLOMA, A. M^a., “Capacidad e incapacidad para testar”, cit., pp. 429-468.

¹¹⁰³ TOL 4.333.810

La padece el 10% de la población española, porcentaje que crece al 20% entre los ancianos. Como regla general, no incapacita salvo que sea muy grave y afecte intensamente al estado del afectado, distorsionando la realidad.

La STS, de 14 de julio de 2004¹¹⁰⁴, sostiene que *“la depresión grave es potencialmente tributaria de la incapacitación, pues impide al sujeto que la sufre el gobierno de sí mismo al quedar afectadas su inteligencia y voluntad, pues en esta patología el pensamiento nihilista, las ideas de ruina, los pensamientos de muerte o suicidio, imposibilitan al enfermo la gestión de los propios intereses”*.

– Esquizofrenia.

Con síndrome delirante o alucinatorio. A veces incluso con voces que ordenan el testamento. Quien la sufre es incapaz de testar.

La STS, de 30 de noviembre de 1968¹¹⁰⁵, indica refiriéndose al testador *“que en el momento del otorgamiento, no sólo carecía de cabal juicio, sino que estaba afectada por la esquizofrenia que padecía y por todas las alucinaciones absurdas derivadas de su enfermedad, siendo muestra de su delirio amoroso, el mismo testamento en el que, con un trastorno completo de la afectividad, se supone casada y menciona a su inexistente esposo, con designación de nombre y apellidos, toda lo cual comporta de manera inequívoca que el testamento fue otorgado bajo el completo desgobierno de la razón y del juicio”*.

– Oligofrenia.

Tiene carácter permanente e irreversible por lo que incapacita para testar.

– Neurastenia.

Que supone un simple comportamiento extravagante, la STS, de 28 de diciembre de 1918¹¹⁰⁶, señala que no comporta un vicio de capacidad.

– Alzheimer.

Se da en el 40% de los mayores de 85 años. Hay que atender a la evolución de la enfermedad. En su inicio suele haber una capacidad suficiente para testar, a medida que evoluciona la cosa se complica. Lo conveniente será que el notario solicite un informe médico de quien trate al testador y de fecha inmediata al otorgamiento.

– Delirium.

¹¹⁰⁴ TOL 483.505

¹¹⁰⁵ RJ 1968, 5708

¹¹⁰⁶ TOL 5.045.482

Propio de las enfermedades terminales, la persona puede tener capacidad o que se produzca un intervalo lúcido, tendrá que determinarlo el notario.

– Dolor.

Que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos es insuficiente para establecer la incapacidad, si estos no afectan a su estado mental de modo que le priven de razón (STS, de 25 de octubre 1928¹¹⁰⁷).

– Retraso mental.

Habrà que estar a lo que determina la sentencia de incapacitación si la hay. En caso contrario tendrá que juzgar el notario, si el retraso no es profundo y el testamento simple, podría otorgarse.

3.3.2.2.- La vejez

Indica Miguel Alhambra¹¹⁰⁸ que “el envejecimiento supone un declive progresivo de distintas funciones biológicas, incluidas las mentales. El anciano es titular de derechos en la misma medida que cualquier otro adulto mayor de 18 años pero dicho proceso de envejecer y la mayor prevalencia de enfermedades que causan discapacidad colocan a la persona de edad avanzada en una situación de vulnerabilidad”.

La edad senil del testador, por sí misma no es causa de incapacidad. Los déficits cognitivos pueden afectar a personas de todas las edades. Pero es cierto que la mayor incidencia de enfermedades neurológicas degenerativas, la existencia de pluripatología y polimedicación o las limitaciones funcionales hacen que se produzca con más frecuencia en las personas mayores.

Así, la STS de 25 de octubre de 1928¹¹⁰⁹, declara capaz a un anciano “*decrépito y achacoso*” que además tenía deprimidas sus facultades mentales por ingestión de bebidas alcohólicas, ya que: “*ni el derecho civil ni la medicina consienten que por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad, se haya de considerar demente [...]*”.

Si la persona mayor sufre demencia senil que le va privando de razón, en función de su estado si es causa de incapacidad.

¹¹⁰⁷ TOL 5.036.540

¹¹⁰⁸ MIGUEL ALHAMBRA, L., “La valoración de la capacidad como instrumento de protección de la autonomía del anciano. Congreso notariado 2020”, *El Notario del siglo XXI*, n.º 86, julio-agosto 2019. Consultado en: < <http://www.elnotario.es/opinion/9515-la-valoracion-de-la-capacidad-como-instrumento-de-proteccion-de-la-autonomia-del-anciano> >

¹¹⁰⁹ TOL 5.036.540

3.3.2.3.- La incapacidad física

a).- CC

Como vimos, para otorgar testamento hay que efectuar determinadas actividades físicas.

Art. 695 CC: *“El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.*

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.”.

Art. 697 CC: *“Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:*

1.º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.

2.º Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.

Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.

3.º Cuando el testador o el Notario lo soliciten.”.

Art. 698 CC: *“Al otorgamiento también deberán concurrir:*

1.º Los testigos de conocimiento, si los hubiera, quienes podrán intervenir además como testigos instrumentales.

2.º Los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado.

3.º El intérprete que hubiera traducido la voluntad del testador a la lengua oficial empleada por el Notario.”.

Todos estos arts. implican que el testador debe realizar ciertas actividades físicas que no siempre serán posibles porque hay incapacidades físicas que impiden o dificultan estos actos, p. ej. expresar oralmente o por escrito su última voluntad al notario, leer el testamento, o escuchar la lectura del notario y manifestar su conformidad. Nuestro ordenamiento intenta hacer una enumeración de estas circunstancias y recoger los medios de apoyo que pueden complementarlas o suplirlas, básicamente a través de testigos, facultativos o intérpretes. O en su caso, incluirlas en

las prohibiciones para testar¹¹¹⁰ o como formalidades cuyo incumplimiento suponga la nulidad del testamento (art. 687 CC). Si bien la jurisprudencia y la doctrina han superado la interpretación literal de las normas que establecen los requisitos de forma y se interpretan de modo amplio permitiendo los más diversos medios de comunicación, y evitando que un problema físico suponga pérdida de derechos de la persona, como la STS, de 11 de diciembre de 2009¹¹¹¹.

b).- RN

Respecto de los documentos notariales, el art. 150 RN establece: *“Cuando se trate de extranjeros que no entiendan el idioma español, el Notario autorizará el instrumento público si conoce el de aquéllos, haciendo constar que les ha traducido verbalmente su contenido y que su voluntad queda reflejada fielmente en el instrumento público.*

También podrá en este caso autorizar el documento a doble columna en ambos idiomas [...] Podrá sustituirse la utilización de la doble columna por la incorporación de la traducción en idioma oficial al instrumento público.

Los notarios podrán intervenir pólizas redactadas en lengua o idioma extranjero a requerimiento de las partes, si todas ellas y el notario conocen dicho idioma. En estos casos, la diligencia de intervención y las restantes manifestaciones del notario se redactarán en el idioma oficial del lugar del otorgamiento.

Cuando los otorgantes, o alguno de ellos, no conocieren suficientemente el idioma en que se haya redactado el instrumento público, y el Notario no pudiere por sí comunicar su contenido, se precisará la intervención, en calidad de intérprete, de una persona designada al efecto por el otorgante que no conozca el idioma, extremo que se expresará en la comparecencia y la autorización del documento, que hará las traducciones necesarias, declarando la conformidad del original con la traducción y que suscribirá, asimismo, el instrumento público. [...]”.

Este art. previsto para solventar problemas de comunicación notario-otorgante por motivos idiomáticos es totalmente aplicable a esos mismos problemas pero derivados de

¹¹¹⁰ O contratar.

¹¹¹¹ TOL 1.757.028. Se pedía la nulidad del testamento por haberse incumplido la formalidad legal del art. 697.2º CC que exige testigos cuando el testador, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. Se trataba de una persona con visibilidad reducida, y el TS alega el principio *favor testamenti*, y determina que, tras la lectura por el notario, el testador se mostró conforme con su voluntad, firmándolo.

motivos físicos, que se solucionan con un intérprete designado por el otorgante que sí puede comunicarse con él. P. ej. en el lenguaje de signos.

El art. 193 RN establece: *“Los notarios darán fe de haber leído a las partes y a los testigos instrumentales la escritura íntegra o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que la firmen, y a los de conocimiento lo que a ellos se refiera, y de haber advertido a unos y a otros que tienen el derecho de leerla por sí.*

A los efectos del artículo 25 de la Ley del Notariado, y con independencia del procedimiento de lectura, se entenderá que ésta es íntegra cuando el notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes.

Igualmente darán fe de que después de la lectura los comparecientes han hecho constar haber quedado debidamente informados del contenido del instrumento y haber prestado a éste su libre consentimiento.

Si alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leerla por sí; si no pudiere o supiere hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el notario y que suscribirá, asimismo, el documento; si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el notario.”. Ya prevé expresamente la solución para los sordos o sordomudos y los ciegos. En cuanto al sordomudo analfabeto, algunos entienden que no cabe que otorgue ninguno de los testamentos previstos en el CC, no siendo tanto una causa de incapacidad legal, como de imposibilidad legal¹¹¹². Por ello, al no tratarse de una incapacidad, se admite la aplicación analógica de las reglas del testamento otorgado en lengua extranjera (en este caso, alguien que traduzca los gestos que hace), lo cual parece contar, sin duda, con el respaldo de la orientación general que dio a esta materia el CC al derogar las tradicionales prohibiciones que se imponían a pródigos y sordomudos¹¹¹³.

El art. 182.1º RN establece *“Son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura:*

¹¹¹² RODRIGUEZ GUITIÁN, A. Mª., “Comentario al artículo 662”, en en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, libro III, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 261-262.

¹¹¹³ RODRIGUEZ GUITIÁN, A. Mª., “Comentario al artículo 662”, cit. p. 262. En contra, OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 53.

1.º Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere.”¹¹¹⁴.

Rueda Díaz¹¹¹⁵ se centra “en el conocimiento (capacidad psíquica) y la posibilidad de declarar, de expresar la realización del acto o contrato del que ha sido testigo (capacidad física o sensorial). En ambos casos, si es posible, bien directamente, bien con los apoyos que hayan suprimido las barreras que lo impedían, se puede intervenir como testigos. Esta norma podemos considerarla como referencia para la capacidad para contratar; quien sea capaz, por sí solo o con los apoyos disponibles, de hacer estas actuaciones (en suma, comprender algo y poder comunicarlo y a su vez recibir comunicaciones), puede contratar”. La solución de las discapacidades serán los apoyos para superar las barreras.

c).- Aplicación expansiva

Además, el TS ya ha empezado a considerar una aplicación directa de la CDPD, conforme a la cual entre las prácticas a modificar o derogar están las que no permitan a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos, con utilización de los apoyos disponibles.

La incapacidad física, en principio, no debe afectar a la capacidad de testar ya que se conserva la capacidad volitiva. Pero algunas enfermedades producen parálisis total o pérdida de sentidos y pueden implicar la cuasi imposibilidad de mostrar la voluntad del causante. Pero una cosa es la voluntad y capacidad de testar y otra su exteriorización, para la que valdrán gestos, signos y cualquier medio que en ese aspecto pueda ser útil.

Al respecto tienen mucho que aportar las nuevas tecnologías y medios técnicos que permiten comunicarse a personas físicamente discapacitadas, p. ej. con los movimientos de los ojos a través de un programa informático.

¹¹¹⁴ La redacción originaria de este art. del RN era: “*Son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura:*

1.º Los locos o dementes, los ciegos, los sordos y los mudos.”

Este art. fue modificado por el RD 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el RN, estableciendo: “*Son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura:*

1.º Las personas con discapacidad psíquica, los invidentes, los sordos y los mudos.”. Esta redacción fue muy criticada desde el ámbito de la discapacidad. Finalmente, el RD 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la CDPD, cambia la redacción, se abandona la lista de discapacidades y se concreta en sus consecuencias.

¹¹¹⁵ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., “Capacidad para testar y para otros actos jurídicos”, cit., p. 10.

La jurisprudencia y la CDPD proporcionan base para permitir el uso de estos medios, medidas de apoyo, aunque no se ajusten a la literalidad de la ley. Si conseguimos comunicar el acto es válido a pesar de la redacción literal de las normas. Si caben varias interpretaciones, habrá que seguir la que permite a las personas con discapacidad ejercitar sus derechos.

La comunicación puede ser difícil, pero, si se alcanza, la redacción literal de las normas no puede ser obstáculo para no utilizarla.

En este sentido, las SSTS, de 30 de noviembre de 1991¹¹¹⁶ y la de 24 de noviembre de 2004¹¹¹⁷.

3.3.2.4.- El suicidio

Si el testador se suicida inmediatamente después de otorgar el testamento no significa por sí solo que le falte capacidad o tenga perturbadas sus facultades volitivas. Es más, podría ser que quien hace tal cosa, sea cuidadoso, y ante el desenlace previsto, redacte un testamento que seguramente ha meditado y planificado. En ningún caso el testamento puede ser equiparado a un seguro de vida¹¹¹⁸.

3.3.2.5.- El enfadado

Si el testador está enfadado o dominado por la ira habrá que estar a la graduación de ese enfado porque si está totalmente fuera de sus casillas no se deberá otorgar el testamento hasta que no se calme un poco.

Si en ese estado quiere desheredar a alguien o nombrar un heredero extravagante para perjudicar a aquellos contra los que dirige su ira, es el notario el que podrá atemperar su estado y explicarle las consecuencias de su acto y creemos que se debe aconsejar sosiego, aunque él tendrá sus motivos. Pero si persiste, habrá que otorgar el testamento, ya que es su voluntad, no carece de cabal juicio y si luego cambia de opinión puede otorgar otro testamento que dejará este inoperante.

¹¹¹⁶ TOL 1.728.502. Esta STS consideró hecho probado que el testador había sufrido un accidente vascular antes del día del otorgamiento que le impedía hablar. Pero entendió que no afectó a su lucidez, y que las instrucciones las había dado al notario antes de sufrir el accidente. Asistió a la lectura del testamento, por lo que, de no haberse correspondido a su voluntad, habría hecho gestos de desaprobación, entre otros.

¹¹¹⁷ TOL 527.627. Esta STS consideró que había capacidad en el acto de testar, aunque el testador no podía ni hablar ni escribir, pero sí expresarse por la manera de comportarse y por su gestualidad perfectamente comprensible ante el testamento (máxime cuando el testamento era de gran simplicidad).

¹¹¹⁸ RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 662-666”, cit., p. 5126.

3.3.2.6.- El indeciso

Respecto del indeciso que no sabe lo que quiere exactamente o que no sabe expresarlo, Garrido de Palma¹¹¹⁹ señala que el drama del notario es saber qué es lo que quiere quien no sabe lo que quiere. Pero también es su misión asesorarle y orientarle, como recoge el art. 1 párr. 3º RN: “*Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.*”. Y como está en su sano juicio, si se aclara su voluntad puede otorgar testamento.

3.3.2.7.- Vicios del consentimiento

Los vicios del consentimiento tienen rasgos específicos en materia testamentaria, como expone Rubio Garrido¹¹²⁰:

Al ser el testamento un negocio formal “solo puede valer como voluntad testamentaria aquella que tenga alguna plasmación en el testamento y nunca una no expresada en él, aunque se sepa seguro cuál fue la auténtica última voluntad del causante”.

“Cuando el testamento produce su eficacia para con terceros el testador ya ha muerto”, aunque se demuestre que padeció vicio de consentimiento, es imposible saber su voluntad inmaculada. “Eso hace que casi siempre la incidencia de un vicio de consentimiento sea en esta materia irreparable”¹¹²¹.

Con las cautelas propias “de la diferencia de naturaleza, negocio unilateral o bilateral, las normas sobre los vicios de consentimiento en materia de contratos pueden colmar muchas de las lagunas que el CC presenta en esta materia (STS, de 10 de mayo de 1972¹¹²²)”.

Al respecto, el CC dice:

Art. 673 CC: “*Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude.*”.

En esta línea, para la generalidad de los negocios jurídicos, establece el art. 1265 CC: “*Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.*”.

¹¹¹⁹ GARRIDO DE PALMA, V. M. y VELAYOS JORGE, J.L., “La capacidad para testar: su valoración médica y su consideración jurídica”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 95-96, julio-diciembre 2015, p. 427.

¹¹²⁰ RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 673-674”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5192-5207.

¹¹²¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil*, t. V: *Derecho de sucesiones*, cit. p. 225.

¹¹²² RJ 1972, 2135

Como en cualquier acto jurídico, la voluntad del testador debe estar exenta de vicios del consentimiento, STS, de 22 de febrero de 1934¹¹²³. Si se producen, suponen la nulidad del testamento o negocio jurídico en el que incidan.

Art. 674 CC: *“El que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestado, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido.”*

Entre los supuestos de indignidad está el del art. 756.5º y 6º CC *“Son incapaces de suceder por causa de indignidad:*

5.º *El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.*

6.º *El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterar otro posterior.”*, o sea, que además, el que lo causó es indigno para suceder (incluso por título distinto del testamento, legítima o abintestato).

Para que estos vicios sean apreciados se requiere una prueba cumplida (STS, de 16 de abril de 1959¹¹²⁴), no bastan las meras presunciones.

Señala Rueda Díaz¹¹²⁵ que una vez probados los hechos, sí que podrá presumirse la consecuencia¹¹²⁶. *“Las circunstancias que hay que probar incluirán múltiples factores que dependen de cada persona (el testador u otorgante y los causantes de la influencia indebida), que constituyen criterios para justificar un nexo de causalidad entre la actuación probada y la consecuencia: edad, salud, estado psíquico, la relación con el*

¹¹²³ RJ 1934, 274. *“el testamento [...] constituye un acto volitivo que, como tal germina en el campo reservado por la ley a la autonomía de la libertad individual, cuyo orden casual se quiebra cuando la interferencia de un fenómeno insólito, intrínseco o extrínseco, opera sobre la determinación interna del querer, dando a la declaración humana una materia o inclinación radicalmente distinta de las motivadas en génesis moral por la colaboración de la libertad y del medio, que si obedeciera, de contrario, al estímulo o presión de otros poderes extraños, se desvaría o desnaturalizaría la sustancia del propio ser, porque donde no hay deliberación ni acción autónomas tampoco existe decisión personal libremente realizada y desaparece toda solidaridad interna y toda unidad dominante de la vida, por la yuxtaposición de elementos ajenos a la coherencia de los que integran la personalidad inteligente, y de ahí que las anomalías de la voluntad, reflejada a veces en las formas plásticas del consentimiento dentro de los negocios jurídicos que lo requieren, cuales la menor edad y el trastorno mental, por una parte, la violencia —material y moral— el dolo y el fraude de la otra, aquéllos en concepto de factores endógenos y éstos externos, han sido acogidos en todas las legislaciones como agentes de instituciones defectuosas o coartadas sin más valor ni prestigio que el de meras apariencias, relevantes y condenadas a sucumbir cuando la ley reobra contra ellas”*.

¹¹²⁴ RJ 1959, 1552

¹¹²⁵ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *“Capacidad para testar y para otros actos jurídicos”*, cit., p. 15.

¹¹²⁶ Pues en otro caso nos encontraríamos frente a una prueba diabólica.

causante del vicio y los medios empleados. La jurisprudencia ha utilizado también situaciones de debilidad mental, incapacidad, pobreza de ánimo y depresión de la voluntad, lejanía, soledad y desarraigo, estrecha convivencia o aislamiento, etc.”.

a).- La violencia e intimidación

En principio se definen como en el contrato, art. 1267 CC: *“Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible.*

Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona.

El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato.”.

Sin embargo, para apreciarlos se requiere menor rigor que en el contrato.

Se duda si la intimidación es propiamente un vicio del consentimiento en materia testamentaria ya que no es mencionada por el art. 673 CC, por el criterio restrictivo de las causas de nulidad y por la literalidad del art. 743 CC¹¹²⁷. Pero todo el mundo lo acepta por sentido común. Se considera que el término violencia tiene dos modalidades. La violencia absoluta o ablativa, que elimina el consentimiento de modo total y absoluto; y la violencia viciante o moral, que comprende todos los casos en los que, aun bajo la presión o el temor, se emite la declaración de voluntad por el coaccionado o intimidado¹¹²⁸. En este sentido las SSTs, de 22 de febrero de 1934¹¹²⁹ y 8 de junio de 1944¹¹³⁰.

¹¹²⁷ Art. 743 CC: *“Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código.”.*

¹¹²⁸ GORDILLO CAÑAS, A., “Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual”, *Revista de Derecho Privado*, 1983, pp. 214 y ss. VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de sucesiones, II, Perspectiva dinámica*, ed. Civitas, Madrid, 1984, pp. 206 y ss.; CAPILLA RONCERO, F. de S., “Nulidad e impugnabilidad del testamento”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 40, nº 1, 1987, p. 14, nota 23.

¹¹²⁹ RJ 1934, 274. Su razonamiento es emblemático: *“Que la violencia “in genere” en sus dos aspectos de violencia material, “vis”, y violencia moral, “metus”, asume el primer lugar en la jerarquía de los vicios que aniquilan o perturban la libertad de querer, puesto que la primera, en su sentido de constricción material, de fuerza física irresistible y la segunda, como amenaza grave e injusta de un mal temido, quitan toda posibilidad de obtener un movimiento propio y sujetan los motivos racionales de la volición frente a la conciencia rectora así encadenada”.*

¹¹³⁰ RJ 1944, 948

La violencia absoluta o fuerza bruta se da pocas veces en los testamentos y es prácticamente imposible en testamentos notariales.

La STS, de 13 de julio de 1981¹¹³¹, indica “*que, al igual que el dolo, la violencia ha de ser probada por quien la invoca, como hecho impeditivo de los efectos jurídicos normales atribuidos a las declaraciones emitidas en forma legal*”.

Si se produce, el testamento es nulo y el autor de la violencia o intimidación incurre en causa de indignidad (arts. 674 y 756.5º y 6º CC).

b).- El dolo o fraude

Tiene una doble faceta, si obliga al causante a otorgar un testamento o si se lo impide.

En cuanto al concepto de dolo o fraude¹¹³², cierta doctrina intenta dar una noción diferente de uno y otro¹¹³³. Pero hoy es pacífico, por analogía, con los arts. 1269 y 1270 CC; y por sentido común, que de ambos hay que dar noción unitaria y, por supuesto, invalidatoria en ambos casos del testamento confeccionado bajo su influencia¹¹³⁴.

Para apreciarlo habrá de tenerse en cuenta las circunstancias personales del testador (estado mental, edad, etc.). Cabe el empleo de todos los medios de prueba admitidos en derecho para acreditar estos vicios de consentimiento, incluyendo las presunciones de hecho.

Ha de ser grave y ha de poder apreciarse una relación de causalidad entre el hecho doloso y el testamento¹¹³⁵.

El autor del dolo o fraude incurre en causa de indignidad (arts. 674 y 756.5º y 6º CC).

En los testamentos notariales, tenemos la presunción de capacidad que da el juicio notarial, pero puede que comparezca con el fraude ya maquinado pues el notario solo da fe de lo que ante sí se expresa y él oye y entiende (STS, de 1 de junio de 1962¹¹³⁶).

¹¹³¹ TOL 1.739.553

¹¹³² DE COSSÍO CORRAL, A., “Dolo y captación en las disposiciones testamentarias”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 1962, pp. 277 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de sucesiones*, cit., pp. 205 y ss.

¹¹³³ P. ej., DE COSSÍO CORRAL, A., “Dolo y captación en las disposiciones testamentarias”, cit., pp. 277 y ss., diferencia entre el fraude o engaño malicioso, que provoca un error en el testador, y el dolo simple captación de la voluntad para que se incline en un determinado sentido.

¹¹³⁴ CAPILLA RONCERO, F. de S., “Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona; o la autonomía personal en el Derecho privado”, *La Ley*, nº 7675, 2011, p. 282.

¹¹³⁵ RODRIGUEZ GUITIÁN, A. Mª., “Comentario al artículo 662”, cit. p. 265.

¹¹³⁶ RJ 1962, 2619

La prueba de estos hechos es una *probatio diabolica*, STS, de 8 de octubre de 2004¹¹³⁷.

c).- El error en el consentimiento

El error en el consentimiento no aparece en el art. 673 CC, por lo que algunos opinan que no tiene aplicación en materia testamentaria, en base a la literalidad del art. 743 CC¹¹³⁸. Albaladejo García¹¹³⁹ señala que no pudo ser olvido del legislador el silencio respecto del error que se aprecia elocuentemente el art. 673 CC, puesto que recoge otros vicios e incluso algún caso de error concreto, como en el art. 767 CC. Sin embargo, parece más fundada la posición contraria, por las siguientes razones, enunciadas por Gordillo Cañas¹¹⁴⁰:

1.- El silencio del art. 673 CC se explica por qué dicha norma trata solo de los vicios provocados por tercero, mientras el error es un vicio sufrido por un testador¹¹⁴¹ y es espontáneo en su producción. Es decir, la norma trata de sancionar agresiones a la libertad del testador, mientras que en el error en que incurre el testador no las hay.

2.- Es lógico que el error no se enumere como un vicio que afecte a todo el testamento. Lo normal es que el error sea parcial y se deje sentir solamente en la redacción de disposiciones testamentarias concretas. Y en la regulación legal de los tipos concretos de disposiciones sí es contemplado por el legislador expresamente (arts. 757, 767 párr. 1º, 773 párr. 1º, 796 párr. 2º, 814 párr. 2º, 861, 862 CC)¹¹⁴².

3.- El CC manda tener en cuenta la voluntad del testador para hacerla prevalecer en todo caso (arts. 675 párr. 1º, 668 párr. 2º, 772 párr. 2º y 773 párr. 1º CC), voluntad que sería ignorada si se atribuyera eficacia a una disposición errónea.

4.- Por último, se puede recurrir a la analogía con los contratos (arts. 1265 y 1266 CC)¹¹⁴³ o al juego de los principios generales en materia de la autonomía privada, del

¹¹³⁷ TOL 514.218

¹¹³⁸ OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., p. 469.

¹¹³⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., “De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 2, 1954, pp. 319-344.

¹¹⁴⁰ GORDILLO CAÑAS, A., “Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual”, cit., p. 775.

¹¹⁴¹ Si tratáramos de un error sufrido por un testador como consecuencia de los ardides o maquinaciones o influjos de captación llevados a cabo por tercero estaremos en el vicio específico del fraude o dolo.

¹¹⁴² MANRESA Y NAVARRO, J, Mª., “Comentario a los arts. 609 a 743”, cit., p. 572.

¹¹⁴³ Es la vía que parece preferir GORDILLO CAÑAS, A., “Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual”, cit., pp.770-780, entiende que el art. 767 párr. 1º CC debe entenderse como norma que, rectamente interpretada, hace innecesaria la invocación por analogía de los arts. 1265 y 1266

negocio jurídico y de las declaraciones de voluntad; y en esta línea debe ser interpretado el art. 743 CC.

Como en las obligaciones y contratos, para que haya alcance anulatorio de un error, debe ser este esencial, es decir, determinante de la declaración testamentaria. La voluntad que dio vida al testamento fue determinada por tal error que, si este no hubiese existido, aquella no se habría manifestado (no lo habría hecho en los términos en que lo hizo).

El mayor problema práctico será el de la prueba, ya que no tenemos la opinión del autor de la declaración que ya habría fallecido.

d).- Consecuencias

El art. 673 CC habla claramente de nulidad (como los arts. 687, 715 y 688 párr. 2º CC), aunque son proverbiales las dudas que presenta la regulación del CC sobre la ineficacia del testamento, y, más aún, sobre el régimen jurídico de la ineficacia de los actos jurídicos y contratos en general (arts. 1300 y ss. CC).

Según Rubio Garrido¹¹⁴⁴, no parece defendible que en relación con los vicios de consentimiento en materia testamentaria haya un régimen de anulabilidad, como en los contratos, o un régimen singular, como el previsto para el matrimonio en el art. 76 párr. 1º CC.

Capilla Roncero¹¹⁴⁵ considera que hay nulidad radical, y no anulabilidad

La protección para el testador se encauza por la esencial revocabilidad del testamento.

En el caso de los testamentos se habla de nulidad (el acto no vale), pero parece más adecuado aplicar la anulabilidad (el acto vale pero hay un plazo en el que pueden impugnarse), como hace el CC en relación con los contratos. Si no se anula, el testamento es válido. Si bien podrá impugnarlo todo interesado en su anulación.

Cosa diferente es que no puede tener legitimación activa para la acción de nulidad la persona que haya inducido o creado el vicio. Y que se le niegue *a posteriori* por el órgano jurisdiccional a la persona que hubiera cumplido ya el testamento¹¹⁴⁶.

CC, tanto por la amplitud de su ámbito, como por el tratamiento que dispensa al error. Para él, ese art. 767 párr. 1º CC sería la norma *princeps* en esta materia.

¹¹⁴⁴ RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 673-674”, cit., pp. 5192-5207.

¹¹⁴⁵ CAPILLA RONCERO, F. de S., “Nulidad e impugnabilidad del testamento”, cit., pp. 20 y 36.

¹¹⁴⁶ Iría contra la prohibición de ir contra los actos propios.

3.3.2.8.- Influencia indebida o testador vulnerable

Rueda Díaz¹¹⁴⁷ destaca que “no solamente hay que conocer las cosas, también hay que quererlas. Conocimiento y voluntad. Esto implica que la decisión sea propia del testador y no de otros”.

Para Calcedo Ordoñez¹¹⁴⁸ “la vulnerabilidad a la influencia indebida es una condición mental caracterizada por el incremento de la posibilidad de que una persona sea manipulada por otra. Combina conocimientos de psiquiatría, psicología y sociología respecto de los mecanismos de la manipulación humana con acomodo en la doctrina jurídica, códigos y jurisprudencia. Y se manifiesta por serias dificultades de la persona en su relación con el medio en que se desenvuelve por enfermedad, discapacidad u otras circunstancias”.

Hay que tener especial prudencia en los casos de dependencia de otra persona, sobre todo si es destinataria de las disposiciones. En todo caso, indica Rueda Díaz¹¹⁴⁹, lo mejor “es el control por el funcionario encargado de autorizar el documento. Es habitual la práctica notarial de recibir y establecer la comunicación con el otorgante, sin que estén presentes otras personas que le hayan acompañado”, muy especialmente si son beneficiarios en el documento.

El testador puede ser influido por alguien cercano, cuidador, asistente, asesor, profesional, etc., que puede captar su voluntad. Se puede influir decisivamente en el testador, lo que se denomina influencia indebida y es misión del notario percatarse y evitarla en la medida de sus posibilidades.

Y en este sentido se pueden presentar minutas ya elaboradas, normalmente por un profesional, para redactar el testamento. Requieren una comprobación directa y personal del notario con el testador, y por supuesto pueden ser modificadas si así lo estima el notario y lo aprueba la voluntad del testador.

En el caso de la acción de testar la vulnerabilidad a la influencia indebida es cuestión relevante por cuanto puede derivar en la sustitución de la voluntad del testador por la de otra persona. Su evaluación sistemática utiliza modelos que dan cuenta de las dimensiones psicosociales más significativas al respecto. El modelo de Blum las

¹¹⁴⁷ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., “Capacidad para testar y para otros actos jurídicos”, cit.

¹¹⁴⁸ CALCEDO ORDÓÑEZ A., “La evaluación médico-legal en la impugnación de testamento”, cit.

¹¹⁴⁹ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., “Capacidad para testar y para otros actos jurídicos”, cit.

distribuye en dependencias, aislamiento, manipulación emocional, aquiescencia y pérdidas financieras¹¹⁵⁰.

4.- Juicio notarial de capacidad testamentaria

Vale lo dicho al referirnos a este juicio con carácter general, pero señalamos singularidades que existen en materia testamentaria, que además ha sido la que ha dado lugar a la jurisprudencia más numerosa en lo relativo al juicio notarial de capacidad.

4.1.- Notario

El juicio sobre la capacidad para otorgar testamento le corresponde al notario autorizante que la apreciara en el momento del otorgamiento, lo que resulta fundamental en el sistema de seguridad jurídica. El notario lo debe consignar en el testamento y su afirmación tiene un importante valor probatorio que refuerza la presunción *iuris tantum* de capacidad del testador.

Según Romero Coloma¹¹⁵¹, el notario cumple con su deber, según la doctrina mayoritaria, mediante una diligente, atenta, seria y fundada formación de su juicio sobre la capacidad del otorgante.

La apreciación del notario de las condiciones del testador es subjetiva, y como vimos técnico-jurídica, no médica.

¹¹⁵⁰ Calcedo Ordoñez, basándose en el modelo de Blum, las comenta: “1.- La dependencia es un estado permanente de la persona por razones de enfermedad, ligada a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o sensorial. Se caracteriza por la necesidad de atención o ayudas importantes de otra/s personas/s para realizar actividades básicas de la vida diaria.

2.- El aislamiento comporta la privación o reducción de información pertinente, visitas de parientes, amigos y de otros medios de comunicación (móvil, etc.) motivada por enfermedades, historia de pobres relaciones sociales, cambios geográficos, etc. Puede ser percibida como amenazadora o impuesta por otros.

3.- La manipulación emocional comporta la generación de sentimientos de miedo, culpa, falsa tranquilidad, confianza, etc. en la persona escondiendo los verdaderos fines que persigue el manipulador. Supone un continuo que oscila desde las promesas de compañía y seguridad hasta las amenazas (rechazos, intimidaciones), o la combinación de ambas (chantaje emocional). Propio de la manipulación, cualesquiera sean sus tácticas, es el muy importante papel de la sutileza para el éxito manipulativo (“silencios hábiles”). La facilitan las demencias y el retraso mental a cuenta de la debilidad de juicio y de sentido crítico, los trastornos afectivos graves en consonancia con la polarización de su estado mental y las personalidades insuficientes (inseguras, dependientes, etc.).

4. - La aquiescencia supone el consentimiento o aceptación de una decisión tomada por otra persona. Se manifiesta en formas de credulidad, aprobatividad y sugestibilidad entendidas respectivamente como facilidad para creer o confiar, asentir y ser receptivo a la influencia de otros. La facilitan los trastornos ya señalados respecto de la manipulación emocional.

5.- Las pérdidas financieras, finalmente, se reflejan en activos financieros y otros bienes que redundan en beneficio del abusador o intermediarios.”.

¹¹⁵¹ ROMERO COLOMA, A. M^a., “Capacidad e incapacidad para testar”, cit., pp. 429-468.

Esta obligación notarial en sede testamentaria presenta un doble contenido:

4.1.1.- Hacer el juicio de capacidad

Art. 685 CC: “[...] También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad.”.

O sea, que el notario “deberá” y los testigos “procurarán”, lo que evidencia diferentes grados de exigencia.

Antes de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del CC en materia de testamentos, este art. en su redacción original señalaba que “[...] También procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. [...]”.

Con la redacción actual, el juicio de capacidad corresponde solo al notario, sin que en ningún caso deban los testigos apreciar la capacidad del testador en un testamento abierto notarial. Solo en los supuestos previstos en el párr. 2º de este precepto (testamentos especiales) deben los testigos asegurarse de la capacidad del testador.

Las SSTs, de 18 de mayo de 1998¹¹⁵² y 19 de septiembre de 1998¹¹⁵³ y 19 de septiembre de 1998¹¹⁵⁴, analizan las novedades introducidas por la Ley 30/1991: “La reforma operada por Ley de 20 de diciembre de 1991, llevó a cabo un cambio semántico, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a la primera edición del Código Civil, en cuanto establece que el Notario deberá asegurarse de la capacidad, lo que resulta más imperativo, pues ya le obliga y compromete, adquiriendo mayor preponderancia, toda vez que ha de emitir un juicio jurídico y controlar debidamente las condiciones que presenta el testador, y que necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido. El juicio del Notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas, como ocurre con el supuesto del artículo 665”.

¹¹⁵² RJ 1998, 3376

¹¹⁵³ RJ 1998, 6399

¹¹⁵⁴ RJ 1998, 6399

4.1.2.- Hacerlo constar

Según el art. 696 CC, en el testamento abierto, y el art. 707.4ª CC, en el cerrado. En ambos, el juicio sobre la capacidad se le encomienda en exclusiva al notario.

Art. 696 CC: “El Notario [...] También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.”.

Art. 707.4ª CC: “En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

4.ª Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, y dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.”.

Esta obligación del notario también se contiene en el RN, así el art. 167 RN establece: “El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate.”. Al respecto, indica Rubio Garrido¹¹⁵⁵ que siendo esta norma de *ius cogens*, o de ineludible acatamiento para el notario autorizante del testamento abierto, en el que la forma en este negocio jurídico es presupuesto *ad solemnitatem* y, tal disciplina y de inexcusable observancia no se puede flexibilizar. La STS, de 21 de junio de 1986¹¹⁵⁶, dice: “[...] para la validez de todo testamento, es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos establecidos en la normativa contenida en el artículo 695 del Código Civil, que establece los requisitos de orden formal que determinan la validez del testamento abierto, inobservancia de formalidades, que determina, conforme el art. 687 la nulidad de la disposición testamentaria, así lo tiene dicho esta Sala en sus SS. 28-10-1965¹¹⁵⁷, 27-9-1968¹¹⁵⁸ y 8-3-1975¹¹⁵⁹, que declaran que el cumplimiento de los requisitos de forma es ineludible, sin que quepa la convalidación posterior [...]”.

¹¹⁵⁵ RUBIO GARRIDO, T., “Art. 696”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5354.

¹¹⁵⁶ RJ 1986, 3788

¹¹⁵⁷ RJ 1965, 4747

¹¹⁵⁸ RJ 1968, 5163

¹¹⁵⁹ RJ 1975, 986

Tiene pues que hacer constar en el testamento el juicio de capacidad, si bien no hace falta que se consigne con una forma precisa e invariable y con determinadas palabras (STS, de 14 de abril de 1925¹¹⁶⁰)”.

4.2.- Facultativos

Como establecen los arts. del CC y del RN, el notario decidirá a su juicio, es una valoración subjetiva, y para formarla debe actuar de modo personalísimo, con diligencia y con la máxima prudencia y responsabilidad, aplicando todo su sentido común y la experiencia que va acumulando en estos supuestos.

Puede tenerlo claro o albergar dudas sobre el cabal juicio del testador ya que el notario normalmente tendrá que juzgar en una situación de inmediatez, no es médico y hay un enorme número de enfermedades mentales. Por supuesto puede equivocarse.

Hay situaciones que pueden resultar sospechosas y la responsabilidad del notario debe hacerle tomar medidas de aseguramiento. Como cuando el otorgante tiene una edad muy avanzada, sufre una enfermedad terminal o por su patología no puede expresarse. O cuando el testador carece de movilidad y hay que ir a su domicilio, o si está internado en un centro sanitario o en un asilo o incluso en un centro psiquiátrico, lo cual es muy desincentivador. También el contenido de la disposición testamentaria puede resultar sospechoso si es extravagante o muy complejo, o el hecho de que el beneficiario no tenga una relación clara con el testador o tenga una posición que pueda captar su voluntad. Además, la tendencia social es que se incremente el envejecimiento de la población, lo que producirá más casos y más complejos.

Así indica Romero Coloma¹¹⁶¹ que en la práctica, algunas personas no se encuentran en su cabal juicio cuando proceden a redactar sus disposiciones de última voluntad y a veces, es muy difícil que el notario autorizante del testamento perciba la “incapacidad sutil” del testador para llevar a cabo un acto de tanta trascendencia jurídica como lo es el testamento.

Luego si el notario tiene dudas, lo más sensato es acudir a informes o dictámenes de peritos o facultativos, expertos en psiquiatría o neurología, o al médico de cabecera del otorgante que lo conoce y sigue su evolución, y que están preparados para emitir un diagnóstico. La colaboración interdisciplinar ayuda a que el juicio de capacidad se

¹¹⁶⁰ TOL 5.038.696

¹¹⁶¹ ROMERO COLOMA, A. M^a., “Capacidad e incapacidad para testar”, cit., pp. 429-468.

realice lo más acertadamente posible ya que determinar si alguien está o no en su cabal juicio es un tema médico. Cuestión que está prevista en el art. 665 CC para el caso de un incapacitado, pero que no se prevé en la legislación para otros supuestos, o sea, que no hay en el CC ningún art. que exija al notario expresamente algún tipo de medida de control para otorgar un testamento de una persona sobre la que existen dudas sobre su capacidad. Para reforzar el juicio de capacidad del notario es muy conveniente que un médico evalúe la capacidad, lo que además tiene un claro valor preventivo frente a posibles impugnaciones futuras.

La STS, de 27 de junio de 1908¹¹⁶², admitió que los facultativos interviniesen no a petición del notario sino de parte interesada, aun siendo su dictamen superfluo por no caber duda sobre la capacidad del testador.

El dictamen debe emitirse con anterioridad al otorgamiento del testamento, y lo correcto será que se firme lo más inmediatamente posible a dicha emisión, si los facultativos se decantan por la capacidad de testar, para que en el tiempo transcurrido no se produzca una modificación de la capacidad del otorgante. Incluso nada obsta a que firmen en el propio testamento.

El dictamen de los facultativos puede ser positivo o negativo. La cuestión práctica es si vincula al notario que disiente de ese dictamen.

Al no existir ninguna regulación normativa que determine lo que debe hacer el notario, entendemos que podrá tomar la decisión que estime oportuna, ya que es él el que emite el juicio y la asistencia de facultativos la solicita voluntariamente, él decide y consecuentemente asume la responsabilidad.

Los facultativos deben intervenir como tales y no como meros testigos, SSTS, de 15 de octubre de 1957¹¹⁶³ y 19 de septiembre de 1998¹¹⁶⁴.

En cuanto a modos de realizar la evaluación de la capacidad de testar por los facultativos, al igual que en otras capacidades de obrar, señala Calcedo Ordoñez¹¹⁶⁵ que dos son las aproximaciones a seguir: una clínica y otra funcional.

La aproximación clínica descansa en el diagnóstico de la enfermedad y las observaciones generales de los efectos de la sintomatología, sobre el conocimiento y voluntad del individuo, en orden a la acción de testar.

¹¹⁶² TOL 5.056.991

¹¹⁶³ RJ 1957, 3007

¹¹⁶⁴ RJ 1998, 6399

¹¹⁶⁵ CALCEDO ORDÓÑEZ A., “La evaluación médico-legal en la impugnación de testamento”, cit.

La aproximación funcional gira en torno a la habilidad de testar considerada en cuanto a sus posibles aspectos deficitarios al tiempo de otorgar testamento. Tiene como objetivo final determinar la presencia o no de incongruencias mediante la comparación entre el estado de la habilidad de testar y las disposiciones que se plasman en el testamento. Se inspira en el “modelo de competencias” de Grisso, considerado en la actualidad como el referente teórico y práctico más extendido y aceptado en orden a las evaluaciones que se suscitan en el ámbito de la capacidad de obrar. Supone un constructo complejo con la pretensión de sistematizar la multiplicidad de datos a tener en cuenta y servir de guía para su evaluación¹¹⁶⁶.

4.3.- Intentos de clasificación

Hay intentos para clasificar la capacidad. Nos aclara al respecto Rueda Díaz¹¹⁶⁷ que “el Documento Sitges 2005¹¹⁶⁸ cataloga el testamento como una “*Decisión*

¹¹⁶⁶ Recoge Calcedo Ordoñez los componentes que comporta el modelo de competencias de Grisso:

“1.- El componente funcional remite a la habilidad de testar entendida esta como la posibilidad de otorgar testamento con el conocimiento, reflexión y puesta en práctica necesarios al respecto.

Presupone niveles de información, enjuiciamiento y procedimiento relativos al acto de testar, cada uno de ellos a su vez referible a determinadas funciones mentales.

a) El nivel de información comprende el conjunto de conocimientos conceptuales y factuales que la persona maneja en orden al acto de testar. Conceptuales sobre lo que significa testamento, legítima, revocabilidad, etc. Factuales en relación a cuestiones de hecho tales como bienes propios en concreto, familiares próximos, herencias vividas, testamentos previos, etc. Es función relevante en este nivel la memoria en su faceta semántica.

b) El nivel de enjuiciamiento enfatiza los procesos de deliberación y elección a efectos del acto de testar. Descansa sobre el nivel de información e imbrica estimaciones y anticipaciones. Estimaciones en relación a quienes y en qué grado considera a cada uno objeto de su generosidad. Anticipaciones incorporando cláusulas con objetivos psicológicos más profundos (controles, vindicaciones, etc.). Son funciones psicológicas relevantes en este nivel la memoria en su variante episódica (biográfica) y, entre las funciones cognitivas superiores, la solución de problemas, el razonamiento y la reversibilidad del pensamiento.

c) El nivel de procedimiento supone la puesta en práctica de la decisión tomada por la persona. Comporta una serie de acciones al respecto: selección de notaría, petición de cita, elaboración de minuta, etc. En suma, orientación, destrezas psicomotoras y comunicativas orientadas a la realización del acto de testar.

2.- El componente interactivo remite a la interacción testador-notario en el acto de testar, salvo en el caso de testamento ológrafo. Cuestiona si la habilidad de testar fue la suficiente en dicho acto, tal como aseveró el notario mediante el correspondiente juicio de capacidad del testador. Supone la confrontación entre las disposiciones testamentarias y la habilidad de testar en cuanto a si se corresponden o, por el contrario, trascienden incongruencias. Disposiciones consideradas desde su contenido, complejidad y novedades, habilidad de testar entendida en función de sus déficits trasunto de la causalidad médica. Las incongruencias así entendidas constituyen evidencias de la falta de correspondencia o lógica entre el déficit de la habilidad de testar y las disposiciones testamentarias. Fuera de dichos presupuestos pierden sentido, pues caben explicaciones que las invalidan.

En efecto, un testamento puede ser caprichoso, imprevisto, arbitrario y resultar igual de efectivo que otro prudente y justo. No necesariamente debe ser racional en algún sentido abstracto. Bien podría responder a motivos anidados y escondidos en la intimidad del testador dignos de respeto.”

¹¹⁶⁷ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., “Capacidad para testar y para otros actos jurídicos”, cit., p. 17.

¹¹⁶⁸ Documento Sitges 2005, “Análisis y reflexiones sobre la capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia”. Elaborado por un grupo de neurólogos, juristas y trabajadores sociales para

relacionada con el patrimonio personal de grado mayor”, acabando en una tabla en la que se mide el nivel que debe alcanzarse para poder hacerlo en cada uno de los aspectos neurológicos (nivel de conciencia, 1; percepción de estímulos, 3; atención, 2; gnosis, 3; comprensión de lenguaje, 2; expresión de lenguaje, 3; etc.). El Documento Sitges 2009¹¹⁶⁹ lo cataloga como “*acto de importancia patrimonial*”¹¹⁷⁰.

Estos sistemas, que pueden ser muy precisos desde un punto de vista médico, no son admisibles en el campo de la capacidad jurídica. P. ej., el nivel de comprensión de lenguaje no puede ser aplicado a la explicación de una sustitución fideicomisaria de residuo con la misma exigencia que el deseo de que “todos mis bienes sean para mi hijo”. No sirve “medirlo” médicamente. Un efecto secundario sería un aumento considerable de la inseguridad jurídica, ante peticiones de anulación de algo que conocía y quería un testador que, sin embargo, no da el nivel “x” en el preciso test al que puede haber sido sometido, siendo así que ese “x” ha sido establecido tanto para unos bienes por valor de 10.000 euros, cantidad que mentalmente controla, como para una patrimonio de 10.000.000 de euros, que puede no controlar. La medida que se maneje no puede ser la misma, tanto en relación con los bienes, como la complejidad de esa “*Decisión relacionada con el patrimonio personal de grado mayor*” con que todos ellos se califican”.

4.4.- Presunción *iuris tantum*

El notario por su situación, su impresión personal, su sentido común y su experiencia y de un modo justificado y razonable, efectúa un juicio que puede coincidir con la realidad o no y por tanto no es irrefutable.

Afirma Rubio Garrido¹¹⁷¹ que “el juicio notarial de la capacidad de testar, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los notarios, no conforma jamás presunción *iuris et de iure*, sino

la Sociedad Española de Neurología donde se establecen los criterios para la incapacitación de personas con demencia, presentado el 7 de abril de 2005, ed. Glosa.

¹¹⁶⁹ Documento Sitges 2009, “Capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia, con reflexiones, derechos y propuestas de evaluación.”. Elaborado por un grupo de expertos bajo la dirección de Mercè Boada Rovira y Alfredo Robles Bayón, presentado el 26 de noviembre de 2008 en la XL Reunión Anual de la Sociedad Española de Neurología, ed. Glosa.

¹¹⁷⁰ Lo que depende también de determinados valores de los bienes afectados (ignorando que para un patrimonio cuantioso una determinada cantidad puede ser algo de escasa relevancia, pero que podrá alcanzar la totalidad de los bienes de otro sujeto), y luego continúa con las mismas clasificaciones (aunque el nivel en alguna de ellas se ha modificado) para terminar estableciendo una nueva tabla con la alteración máxima permisible.

¹¹⁷¹ RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 662-666”, cit., p. 5131.

solo *iuris tantum*, que cabe destruir mediante prueba en contrario, que debe ser clara y completa, lo que es reiteradísima doctrina jurisprudencial (entre otras, las SSTs, de 26 septiembre 1988¹¹⁷², 24 de julio 1995¹¹⁷³ y 27 de noviembre 1995¹¹⁷⁴)”.

La dación de fe no blindará un testamento. Son numerosísimos los casos de anulación pese a la intervención notarial, a menudo negligente, y alguna vez no exenta de malicia (STS, de 24 de julio de 1995¹¹⁷⁵, 27 de noviembre de 1995¹¹⁷⁶, 27 de enero de 1998¹¹⁷⁷, 12 de mayo de 1998¹¹⁷⁸ y 18 de mayo de 1998¹¹⁷⁹).

El juicio de capacidad del notario y su fe pública no ampara en todo caso la capacidad ni la salud mental del otorgante, aunque tiene especial relevancia de certidumbre, no supone que sea capaz en todo caso. Es un juicio subjetivo, una apreciación psíquica y no de hecho sobre la que se tenga certeza absoluta. El fedatario no da fe de un acto hecho por él, sino que emite una opinión, tal como declaró la STS, de 21 de junio de 1969¹¹⁸⁰, *“la fuerza probatoria del documento notarial, se extiende a lo que el fedatario presencie pero no a lo que opine, ni a la verdad intrínseca de las declaraciones que ante el mismo se hagan”*.

No es una verdad indiscutible o un dogma. La STS de 21 de marzo de 1952¹¹⁸¹, declaró que *“la fe pública ampara la creencia del fedatario de que el otorgante es capaz”*.

En conclusión, en base al principio *pro capacitate*, la capacidad del testador se presume mientras no se pruebe fehacientemente lo contrario, refiriéndose siempre al momento del otorgamiento. La afirmación del notario sobre la capacidad tiene especial valor de certidumbre, pero puede ser destruida mediante pruebas cumplidas y convincentes que demuestren que el otorgante no estaba en su cabal juicio y será el juez el que aprecie en última instancia la capacidad mental del testador.

5.- Momento en que ha de apreciarse la discapacidad

5.1.- Art. 666 CC

¹¹⁷² TOL 1.734.590

¹¹⁷³ TOL 1.667.598

¹¹⁷⁴ TOL 1.667.568

¹¹⁷⁵ TOL 1.667.598

¹¹⁷⁶ TOL 1.667.568

¹¹⁷⁷ TOL 7.285

¹¹⁷⁸ RJ 1998, 3570

¹¹⁷⁹ RJ 1998, 3376

¹¹⁸⁰ TOL 4.274.987

¹¹⁸¹ RJ 504, 1952

Art. 666 CC: “*Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.*”.

Lo esencial es la condición psíquica de la persona en el momento mismo del otorgamiento del testamento. Así lo han afirmado muchísimas SSTs, como las de 7 de octubre de 1982¹¹⁸², 10 de abril de 1987¹¹⁸³ y 30 de noviembre de 1991¹¹⁸⁴.

Por tanto, el notario debe apreciar la capacidad para testar en el preciso momento del otorgamiento, sin que tengan relevancia momentos posteriores o anteriores que en todo caso pueden valer como datos indiciarios para valorar la capacidad que se tenía en el instante del otorgamiento (SSTs, de 1 de febrero de 1956¹¹⁸⁵ y 25 de abril de 1959¹¹⁸⁶).

Por ello el testamento notarial debe expresar incluso la hora de otorgamiento (art. 695 CC), so pena de nulidad (art. 687 CC), STS, de 21 de junio de 1986¹¹⁸⁷.

Lógicamente, la capacidad ha de tenerse durante todo el tiempo que dure el otorgamiento del testamento desde el principio de su lectura hasta que lo firme.

5.2.- Art. 664 CC

Art. 664 CC: “*El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.*”.

Hay que atender al tiempo del otorgamiento (art. 666 CC) y si entonces tenía capacidad, el perderla después no afecta a la validez del testamento. O sea, que el testamento de una persona capaz que luego deviene incapaz no se ve afectado por esta declaración. Lo que si ocurrirá es que ya no podrá revocarlo y por tanto sus disposiciones tendrán que respetarse.

Por tanto, la incapacitación posterior al testamento o la caída en incapacidad manifiesta aunque no esté declarada judicialmente, e incluso el suicidio, no influye en la validez del testamento hecho por una persona capaz en el momento del otorgamiento.

La STS, de 5 de noviembre de 1968¹¹⁸⁸, dice que: “*el testamento hecho, una vez existente la deficiencia mental y antes de que, judicialmente, se declare, [...] es ineficaz, en aplicación, precisamente del [art. 664 CC]*”.

¹¹⁸² TOL 1.739.050

¹¹⁸³ Id Cendoj: 28079110011987100371.

¹¹⁸⁴ Id Cendoj: 28079110011991100595.

¹¹⁸⁵ RJ 1956, 680

¹¹⁸⁶ RJ 1959, 1974

¹¹⁸⁷ TOL 4.822.072

¹¹⁸⁸ RJ 1968, 5708

La STS, de 1 de febrero de 1956¹¹⁸⁹ señala que es válido el testamento otorgado después de la curación de un enfermo mental y antes de su recaída.

La STS, de 18 de marzo de 1988¹¹⁹⁰, recoge una sentencia de incapacitación dictada en el año 1975, y dice que no puede tener eficacia retroactiva hasta alcanzar a un testamento de 1973, y menos cuando en el 1972 ya se intentó incapacitar al testador, y la sentencia fue desestimatoria.

Sin embargo, la STS 19 de septiembre de 1998¹¹⁹¹, entiende que, aunque la testadora no fue incapacitada judicialmente sino tiempo después de otorgar el testamento, este hecho es sintomático de que ya estaba afecta de la anomalía del consentimiento en el momento de testar, puesto que la enfermedad era de desarrollo y evolución y no puntual.

El testamento hecho en un momento en que no se tiene capacidad no queda validado por la posterior recuperación de esta.

6.- Prueba de incapacidad

6.1.- Carga de la prueba

El testamento es uno de los negocios jurídicos que más se impugnan ante los tribunales¹¹⁹² “y, de entre las causas de impugnación que se esgrimen, con diferencia la más extendida es la falta de capacidad y discernimiento en el testador, no faltando voces doctrinales que propugnan la eliminación, o mayor control, para el testamento ológrafo, y la necesidad de acompañar al testamento notarial un certificado acreditativo de hallarse la persona en su cabal juicio para intentar cortar la litigiosidad sobre este punto”, según indica Rubio Garrido¹¹⁹³.

La capacidad es requisito *sine qua non* para la validez del testamento, pero esta capacidad se presume *iuris tantum*, mientras no se pruebe fehacientemente que en el momento del otorgamiento del testamento el testador careciera de su cabal juicio.

La carga de la prueba de la incapacidad atañe a quien la alegue (STS, de 1 de febrero de 1956¹¹⁹⁴ y 10 de febrero de 1984¹¹⁹⁵).

¹¹⁸⁹ RJ 1956, 680.

¹¹⁹⁰ TOL 1.732.856

¹¹⁹¹ RJ 1998, 6399

¹¹⁹² RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 403, nota 535.

¹¹⁹³ RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 662-666”, cit., p. 5115.

¹¹⁹⁴ TOL 4.379.128

¹¹⁹⁵ RJ 1984, 848

Art. 217.2 LEC: *“Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.”*

Así, la STS, de 29 de abril de 2009¹¹⁹⁶ indica: *“Tal como afirma la sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 2009¹¹⁹⁷, la regla del art. 217.2 LEC debe interpretarse en el sentido que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos en los que “ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”, mientras que el párrafo 3º del propio art. 217 LEC impone al demandado la carga de probar los que “impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a los que se refiere el apartado anterior”. Así ha sido interpretado por esta Sala en sentencia de 17 de julio de 2008¹¹⁹⁸ (ver asimismo la de 9 de julio de 2008¹¹⁹⁹).”*

La STS, de 15 de octubre de 1990¹²⁰⁰ sostiene que: *“la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad”*.

6.2.- Prueba clara

La prueba de la incapacidad debe ser clara y convincente. Al respecto es básico el principio de *favor testamenti* que supone que ante la duda el testamento debe considerarse válido, que hay una presunción de capacidad del testador y de validez del testamento por lo que para que se declare judicialmente su nulidad es necesario probar concluyentemente el defecto o falta de capacidad del testador en el momento del otorgamiento. Sobre el tema hay numerosísima jurisprudencia.

Como afirma la STS, de 21 de marzo de 1974¹²⁰¹: *“si bien el notario ha de hacer constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento, dicha afirmación hecha por el notario no supone que necesariamente tenga que ser aceptada como verdad indiscutible, o sea, que dicha*

¹¹⁹⁶ TOL 1.514.778

¹¹⁹⁷ Id Cendoj: 28079110012009100114

¹¹⁹⁸ Id Cendoj: 28079110012008100583

¹¹⁹⁹ Id Cendoj: 28079110012008100777

¹²⁰⁰ TOL 1.736.916

¹²⁰¹ TOL 4.253.235

afirmación puede ser revisada por el Juez [...], siempre que las pruebas de que disponga para ello sean convincentes". En el mismo sentido, las SSTs, de 16 de abril de 1959¹²⁰², 7 de febrero de 1967¹²⁰³, 21 de junio de 1986¹²⁰⁴ o 10 de abril de 1987¹²⁰⁵.

La STS, de 15 de octubre de 1990¹²⁰⁶ recoge que *"La aseveración notarial respecto de la capacidad de la testamentificación del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción "iuris tantum" de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario"*.

La STS, de 26 de abril de 1995¹²⁰⁷, indica: *"según constante doctrina jurisprudencial [...] toda persona debe suponerse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, en consecuencia, ha de presumirse la capacidad el testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción iuris tantum que se ajustan a la idea tradicional de favor testamenti y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con seguridad que el testador estaba aquejado de insania, b) Tiene esta Sala igualmente declarado [...] que la afirmación hecha por el notario autorizante sobre la capacidad del testador, si bien puede ser desvirtuada por ulteriores pruebas demostrativas de que, en el acto del otorgamiento no se hallaba éste en su cabal juicio, es necesario para ello que dichas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial de que se trata reviste, especial relevancia de certidumbre [...]"*.

Conforme a la STS, de 27 de noviembre de 1995¹²⁰⁸: *"la prueba de que el testador no se hallaba en su cabal juicio no deberá dejar margen a la duda. También es cierto que no basta una casi seguridad en los facultativos."*

La STS, de 22 de enero de 2015¹²⁰⁹, citando la STS, de 19 de septiembre de 1998¹²¹⁰, señala que *"el juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dados el prestigio y la confianza social que*

¹²⁰² TOL 4.349.174

¹²⁰³ TOL 4.300.906

¹²⁰⁴ TOL 4.822.072

¹²⁰⁵ TOL 1.739.186

¹²⁰⁶ TOL 1.736.916

¹²⁰⁷ TOL 1.667.422

¹²⁰⁸ TOL 1.667.568

¹²⁰⁹ Id Cendoj: 28079110012015100023

¹²¹⁰ Id Cendoj: 28079110011998101558

merecen en general los Notarios, no conforma presunción iuris de iure, sino iuris tantum, que cabe destruir mediante prueba en contrario”.

La STS, de 26 de junio de 2015¹²¹¹, declara que el juicio del notario es controvertible por pruebas convincentes y declara la nulidad del testamento por falta de capacidad.

En la STS, de 8 de abril de 2016¹²¹², *“para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar, de modo concluyente (entre otras, STS de 26 de abril de 2008¹²¹³), la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación; sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos «ex tunc» de la sentencia de incapacitación. [...] ante la ausencia de una prueba concluyente de la incapacidad del testador, al tiempo de otorgar el testamento, la sentencia de la Audiencia aplica correctamente el principio de «favor testamenti» y su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTS de 26 de abril de 2008¹²¹⁴, de 30 de octubre de 2012¹²¹⁵, de 15 de enero de 2013¹²¹⁶, y 19 de mayo de 2015¹²¹⁷)”.*

Con posterioridad al otorgamiento el que se sienta perjudicado puede impugnar el testamento, aunque no hubiera estado presente en su otorgamiento. Tiene una ventaja y es que para encontrar pruebas dispone de tiempo.

En la práctica es muy difícil destruir la presunción de capacidad y presentar pruebas claras, además hay muchas enfermedades mentales que no se muestran o están ocultas. Y contra más medidas de precaución haya adoptado el notario, menores posibilidades tendrá nadie de impugnar el testamento.

6.3.- Medios de prueba

¹²¹¹ Id Cendoj: 28079110012015100394. Así, *“la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes”.*

¹²¹² TOL 5.694.636

¹²¹³ Id Cendoj: 28079110012008100262

¹²¹⁴ Id Cendoj: 28079110012008100262

¹²¹⁵ Id Cendoj: 28079110012012100786

¹²¹⁶ Id Cendoj: 28079119912013100006

¹²¹⁷ Id Cendoj: 28079110012015100378

Vale cualquiera de los medios de prueba hábiles en derecho. Normalmente se utiliza algún tipo de prueba pericial psiquiátrica o médica, o se trata de acreditar síntomas clínicos o indicios objetivos de patologías de la comprensión concurrentes en el momento de testar (STS, de 7 de octubre de 1982¹²¹⁸). La STS, de 22 de junio de 1992¹²¹⁹, se basa en la autopsia que ponía de manifiesto alteraciones físicas en el cerebro que necesariamente implicaban trastorno mental.

La prueba adoptará la mayoría de las veces aspecto de pericial o testifical-pericial sobre aspectos de la volición y estado mental del testador. Así, en la STS, de 1 de febrero de 1956¹²²⁰ se enfatiza el valor eminentemente científico que ha de tener la prueba del estado mental de una persona.

Caben, por supuesto, otros medios probatorios: testificales de personas cercanas (para acreditar, p. ej., sus problemas mentales, sus adicciones alcohólicas o a sustancias estupefacientes, sus delirios u obsesiones paranoides, etc.) (así, expresamente, la STS, 8 de junio de 1994¹²²¹), la testifical de otro notario que rechazó en fechas cercanas autorizar el testamento del causante (STS, de 16 de febrero de 1945¹²²²), presunciones de hecho, como la de ser el testamento endiabladamente teórico, propio de un notario con ínfulas dogmáticas e inverosímil en los deseos y voluntad de una persona normal en su cabal juicio (SSTS, de 19 de septiembre de 1998¹²²³ y 5 de noviembre de 2009¹²²⁴), o por los actos anteriores, coetáneos y posteriores de la testadora (STS, de 19 de septiembre de 1998¹²²⁵).

A veces un informe pericial retrospectivo no puede ser suficiente; sobre todo, si es un informe de parte. Así, la STS, 26 de septiembre de 1988¹²²⁶ no dio peso a tres certificados médicos expedidos a instancias del impugnante y familiares sobre patologías padecidas unos quince años antes de otorgarse el testamento, y no unívocos ni determinantes. Igualmente, no sirven informes periciales meramente conjeturales o hipotéticos.

¹²¹⁸ TOL 1.739.050

¹²¹⁹ TOL 1.659.946

¹²²⁰ RJ 1956, 680

¹²²¹ TOL 1.664.934

¹²²² RJ 1945, 138

¹²²³ RJ 1998, 6399

¹²²⁴ TOL 1.748.175

¹²²⁵ TOL 2.469

¹²²⁶ TOL 1.734.590

La STS, de 1 de febrero de 1956¹²²⁷, rechaza que se pueda esgrimir como indicio el mero cambio de un testamento anterior, que haya tenido un aspecto algo sorpresivo o inesperado, pues *“por ser mudable, hasta la muerte, la voluntad humana, la modificación de la institución testamentaria, es siempre posible, y este cambio como expresión de la intención del causante, no puede significar que la mente del testador no esté sana”*. Tampoco acepta el cambio en el testamento como prueba la STS, de 1 de junio de 1994¹²²⁸.

En la STS, de 24 de julio de 1995¹²²⁹, se anula el testamento no solo por los datos médicos, hartos significativos, sino porque quienes fueron testigos instrumentales declararon que el testador permaneció callado durante todo el otorgamiento en su propio domicilio, en la cama, sin asentar ni siquiera al final.

La STS, de 27 de enero de 1998¹²³⁰ advierte que puede emplearse como prueba importante las declaraciones testificales de los notarios que hubieran autorizado escrituras públicas otorgadas por el testador antes de morir y, señaladamente, la del propio notario que autorizó el testamento, en relación con las indicaciones recibidas y conversaciones mantenidas con el testador y con el comportamiento habido en el acto del otorgamiento¹²³¹.

Señala Garrido de Palma¹²³² que esencial es el componente causal a considerar ante el testamento otorgado: reconstrucción panorámica de la enfermedad o enfermedades que el testador padeció al tiempo de otorgar testamento. Aquí es donde hay que ver hasta qué punto influyó en el “cabal juicio” la enfermedad padecida. Y, confrontar las disposiciones testamentarias y la habilidad de testar, ante el caso real en que el notario ha dado fe de la capacidad para otorgar testamento.

6.4.- Competencia

Rubio Garrido¹²³³ indica que “dada la índole fáctica de la cuestión de la capacidad, la jurisprudencia señala que al respecto tiene plena competencia la

¹²²⁷ RJ 1956, 680

¹²²⁸ TOL 1.666.660

¹²²⁹ TOL 1.667.598

¹²³⁰ TOL 7.285

¹²³¹ La STS, de 30 de noviembre de 1991 (TOL 1.728.502) expone que el notario autorizante puede tener interés directo (es obvio que el resultado del juicio puede influirle en cuanto a su responsabilidad), pero defiende que ello no ha de impedir su declaración, sino valorarla adecuadamente.

¹²³² GARRIDO DE PALMA, V. M. y VELAYOS JORGE, J.L., “La capacidad para testar: su valoración médica y su consideración jurídica”, cit. pp. 403-404.

¹²³³ RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 662-666”, cit., pp. 5125-5126.

jurisdicción de instancia, estándole vedada al TS entrar a conocer de ese punto, salvo que se hubiera producido una valoración de la prueba practicada en la instancia irracional o absurda (las SSTs, de 18 de diciembre de 1958¹²³⁴, 30 de noviembre de 1968¹²³⁵, 22 de junio de 1992¹²³⁶, 27 de noviembre de 1995¹²³⁷ y 26 de abril de 2008¹²³⁸)”¹²³⁹. Una vez establecida la capacidad o no del testador es muy difícil que el TS case dicha sentencia por esta causa.

La apreciación conjunta de la prueba amplía notablemente el arbitrio judicial, pero dificulta el ejercicio al derecho de recurso¹²⁴⁰.

Y esta decisión judicial en ocasiones se toma por una pequeña diferencia en base a algún mismo elemento, incluso azaroso, o por una mayor pericia forense de una parte respecto de la otra. Lo que se demuestra porque sin añadir ningún nuevo elemento probatorio con cierta frecuencia varían las resoluciones de primera y segunda instancia.

7.- Nulidad del testamento

Las dos excepciones del art. 663 CC a la capacidad para otorgar testamento, es decir, tener menos de catorce años y no tener cabal juicio en el momento del otorgamiento, son verdaderas prohibiciones y su infracción produce la nulidad del testamento, mientras que en materia contractual las limitaciones a la capacidad de obrar solo producen la anulabilidad conforme al art. 1300 y ss. CC.

Demostrada la incapacidad por cualquier medio de prueba, el testamento es nulo de pleno derecho, está afectado de nulidad radical, o incluso podría decirse que es un testamento inexistente, por ausencia de aptitud o discernimiento natural, que impide ser titular de la facultad de testar, tal como destacó Puig Ferriol¹²⁴¹.

Rubio Garrido¹²⁴² sostiene que aquí no tiene sentido hablar de nulidad relativa o anulabilidad (STS, de 12 de noviembre de 1964¹²⁴³), ni parece que pueda tener cabida

¹²³⁴ RJ 1958, 4200

¹²³⁵ RJ 1968, 5708

¹²³⁶ TOL 1.655.068

¹²³⁷ TOL 1.667.568

¹²³⁸ TOL 1.324.483

¹²³⁹ “Al margen quedan las posibilidades de elevar a cognición del TS a través del recurso extraordinario por infracción procesal.”

¹²⁴⁰ Principalmente si la sentencia de instancia se blindo, como hacen usualmente los jueces con exponiendo tales como practicados todos los medios de prueba, valorados con inmediación por este juez, y sopesados en conjunto atendiendo a su grado de vehemencia y verosimilitud, etc., o análogos.

¹²⁴¹ PUIG FERRIOL, L., “La capacidad para testar en Cataluña después de la compilación”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 68, nº 1, 1969, pp. 7-33.

¹²⁴² RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 662-666”, cit., pp. 5136-5137.

ratificación o confirmación alguna¹²⁴⁴. El testamento es un acto personalísimo en el que la capacidad de obrar; insustituible e incompletable, actúa como presupuesto *sine qua non* de validez negocial¹²⁴⁵.

Por los mandatos normativos extraíbles de los arts. 664¹²⁴⁶ y 666¹²⁴⁷ CC, resulta que el testamento otorgado sin cabal juicio será nulo. Y ello es así aunque después el testador hubiera recuperado la capacidad de querer y entender y aunque haya manifestado querer mantener el testamento otorgado. Debe otorgar otro con el mismo contenido si así es su voluntad.

Tampoco en estos casos tiene sentido hablar de nulidad parcial. Por todas, la STS, de 12 de noviembre de 1964¹²⁴⁸.

La nulidad judicialmente declarada del testamento supone que si hay otro testamento anterior otorgado por el testador con capacidad en el momento de aquel, recobre su validez y si no, que se abra la sucesión intestada. Ante un testamento de sospechosa legalidad, puede el juez resolver que es preferible una sucesión *abintestato*.

Además, el testamento puede resultar nulo por la falta de las formalidades exigidas. Art. 687 CC: “*Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.*”.

Que el testamento devenga nulo no tiene ninguna consecuencia, por sí solo, sobre la responsabilidad del notario autorizante o de los testigos, la STS, de 22 de junio de 1992¹²⁴⁹.

¹²⁴³ RJ 1964, 5080

¹²⁴⁴ RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, cit., p. 405; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, ed. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 226 y 232.

¹²⁴⁵ RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, cit., p. 405.

¹²⁴⁶ Art. 664 CC: “*El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.*”.

¹²⁴⁷ Art. 666 CC: “*Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.*”.

¹²⁴⁸ RJ 1964, 5080. Habla de nulidad general, pues afecta al testamento, considerado como un todo orgánico indivisible. En un testamento otorgado por persona incapaz o con ausencia de consentimiento no cabe aislar una parte negocial que haya sufrido el vicio o defecto de capacidad y que haya de ser unilateralmente protegida, pues la única parte negocial en el testamento es el testador que, por definición, ya no existe, pues ha fallecido en el momento en que el testamento puede ser eficaz o ineficaz.

¹²⁴⁹ TOL 1.659.946. Dice la STS que: “*los juzgadores de instancia han tenido muy en cuenta la presunción de capacidad del testador, siempre destacada por la jurisprudencia (Sentencia de 30 de abril de 1920 (TOL 5.043.739) aunque con valor “iuris tantum” (Sentencia de 8 de mayo de 1922 (TOL 5.042.232), 25 de octubre de 1928 (TOL 5.036.540) y 23 de marzo de 1944 (TOL 4.458.637), que admite, por propia definición, pese a su rango de fuerte presunción, que se destruya por pruebas, cumplidas y convincentes, demostrativas de que en el acto de otorgar testamento el testador no se hallaba en su cabal juicio, pues la declaración que en este sentido revisorio, hagan los tribunales no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieron formar el notario y los testigos sobre la dicha capacidad en el acto del otorgamiento (S 16 de Febrero de 1945 (RJ 1945, 138), conforme además, resulta, según destaco la sentencia 23 de Marzo de 1940, de la misma dicción, del Código, que, en su segunda edición sustituyó la*

El notario autorizante solo será responsable en caso de negligencia, no afectándole en principio cualquier otro caso en que se litigue sobre el significado de cláusulas, modalidades de partición, o validez o nulidad en sí del testamento, etc. (SSTS, de 18 de abril de 1965¹²⁵⁰, 22 de octubre 1974¹²⁵¹ y 10 de noviembre de 1979¹²⁵²).

8.- Incapacitado. Art. 665 CC

Art. 665 CC: *“Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.”*¹²⁵³.

Es una normativa respetuosa con la CDPD al mantener la capacidad para testar.

Haremos un análisis detallado del art. y de las circunstancias que deben concurrir para otorgar este testamento.

8.1.- Incapacitado por sentencia

El art. se refiere al incapacitado judicialmente. Como indica Garrido de Palma¹²⁵⁴, el actual art. 665 CC no es el que era antes de la redacción Ley 30/1991, de 20 de diciembre. Antes su literalidad llevaba a considerarlo aplicable al supuesto de que ante la duda por el notario de si la persona, no declarada judicialmente incapaz, estaba o no en su cabal juicio, acudía al reconocimiento y dictamen de dos facultativos. Lo que hoy, si ese es el caso, también puede y casi diríamos debe hacer, por analogía indudable y como medida de precaución, por tratarse de un testador del que pudieran alegarse en el futuro anomalías psíquicas, en este sentido se pronunciaron las STS, de 18 de abril de 1916¹²⁵⁵ y 16 de noviembre de 1918¹²⁵⁶.

expresión "deberán de asegurarse" (de la capacidad), referida al notario y los testigos, por la de "procuraran asegurarse"”.

¹²⁵⁰ RJ 1965, 3743

¹²⁵¹ RJ 1974, 3899

¹²⁵² TOL 1.740.951

¹²⁵³ Sistema similar al establecido en el art. 56 párr. 2 CC para contraer matrimonio: *“Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.”*

¹²⁵⁴ GARRIDO DE PALMA, V. M. y VELAYOS JORGE, J.L., “La capacidad para testar: su valoración médica y su consideración jurídica”, cit., pp. 434-435.

¹²⁵⁵ TOL 5.047.602

¹²⁵⁶ TOL 5.045.639

Con arreglo a la redacción actual del art. 665 CC, a diferencia de la anterior, el art. no es aplicable si el testador no está judicialmente incapacitado aunque su estado sea dudoso, lo que refuerza la seguridad jurídica. En estos casos el notario que aprecie alguna anomalía o tenga alguna duda podrá abstenerse por prudencia de autorizar el testamento o podrá pedir el dictamen de uno o varios facultativos para cumplir su deber de asegurarse de la capacidad del causante (art. 685 párr. 1º CC) que ya vimos. Pero no en base al art. 665 CC, que no vale para los casos en que el testador tiene un estado que no ha abocado, por las razones que fueren, a resoluciones de incapacitación (SSTS, de 12 de mayo de 1962¹²⁵⁷, 24 de febrero de 1981¹²⁵⁸, 7 de octubre de 1982¹²⁵⁹ y 10 de abril de 1987¹²⁶⁰)¹²⁶¹.

8.2.- Intervalo lúcido

Supone una persona con discapacidad que está judicialmente incapacitada, pero en un estado o por una causa tal que excepcionalmente y con carácter temporal se puede salir en el denominado intervalo lúcido. Supone un enfermo mental en el que a veces remite su enfermedad.

Lo que deben dictaminar los facultativos es la capacidad de querer y entender del testador conforme a la doctrina del intervalo lúcido.

La STS, de 1 de febrero de 1956¹²⁶², recuerda que el estado de demencia mental no impide la testamentifacción, si sobreviene algún intervalo lúcido.

Hay muchos tipos de enfermedades mentales, algunos son definitivos y permanentes, otros van evolucionando y pueden tener fluctuaciones en el estado del afectado y consecuentemente en su capacidad.

En los momentos en los que el sujeto presenta alteraciones mentales su capacidad de juicio está limitada o anulada, pero pueden existir otros momentos en los que sí tenga integridad de las funciones cognitivas y en esos debe presumirse la capacidad legal. Si se produce un intervalo lúcido y así lo confirman los facultativos, se puede otorgar testamento porque en ese momento si tiene lucidez y consecuentemente capacidad lo

¹²⁵⁷ RJ 1962, 2245

¹²⁵⁸ TOL 1.740.158

¹²⁵⁹ TOL 1.739.050

¹²⁶⁰ TOL 1.736.916

¹²⁶¹ RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 662-666”, cit., p. 5133.

¹²⁶² RJ 1956, 680

que es acorde con el respeto a los derechos fundamentales, a la libertad y dignidad de la persona que sufre algún trastorno.

Rubio Garrido¹²⁶³ señala que “la realidad psicopatológica que está en la base de la misma doctrina legal tradicional del intervalo lúcido, que nos muestra el carácter cíclico o fásico de muchos cuadros psiquiátricos, que si bien no pueden considerarse médicamente curados en los periodos de remisión sintomática (y por ello no procede alzar la incapacitación), sí deben considerarse civilmente relevantes para los efectos testamentarios, constituyendo la fase de normalidad una manifestación de capacidad natural del sujeto por expresa disposición de la ley (arts. 665 y 663.2º CC)”¹²⁶⁴.

Y también especifica que parece evidente que un testamento otorgado por un incapacitado, pero en intervalo lúcido, deja sin efecto la sustitución ejemplar que hubiera previsto cualquier ascendiente en relación con él (art. 776 párr. 2º CC).

8.3.- Contenido de la sentencia sobre la capacidad de testar

El juez puede en la sentencia pronunciarse expresamente sobre la capacidad de testar de la persona con discapacidad.

a) Si la sentencia no dice nada, se aplica el art. 665 CC, se mantiene la testamentifacción activa, pero sometida a unas cautelas¹²⁶⁵.

Pero si la sentencia no se pronuncia expresamente sobre esta posibilidad y se basa en el hecho de tener el incapacitado una edad mental inferior a los catorce años, tampoco podría otorgarlo, pues en tal supuesto la incapacidad para testar aunque no esté prevista explícitamente en la sentencia, deriva del art. 663 CC.

b) Si la sentencia tiene un pronunciamiento sobre la capacidad para testar, habrá que estar a lo que determine la sentencia. Su contenido puede ser negativo, positivo o cautelar.

1.- Si la sentencia dice específicamente que no tiene capacidad para testar no se puede otorgar el testamento ni siquiera en intervalo lúcido¹²⁶⁶.

Algunos autores dudan de la conveniencia de la privación total porque puede darse aun un intervalo lúcido¹²⁶⁷. La doctrina más moderna rechaza esta privación¹²⁶⁸.

¹²⁶³ RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 662-666”, cit., p. 5135.

¹²⁶⁴ RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, cit., p. 405.

¹²⁶⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 266.

¹²⁶⁶ PUIG FERRIOL, L., “Comentario a los arts. 662 a 666 CC”, *Comentario del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1674.

No establecerla es “más acorde con la aplicación del principio de interpretación restrictiva de la incapacidad y con el favor testamenti” y evita la discordancia entre el art. 663.2 y el 665 CC.

La STS, de 20 de mayo de 1994¹²⁶⁹ afirma que la persona siempre ha de tener a su alcance el cauce del art. 665 CC.

2.- El juez puede permitir al incapacitado la testamentifacio activa, en cuyo caso, podrá testar conforme al régimen general: no hará falta el dictamen de los dos facultativos y podrá otorgar testamento ológrafo.

3.- Gete Alonso¹²⁷⁰ afirma que la sentencia puede establecer unos controles distintos de los previstos en el art. 665 CC y que habrá de estarse a lo prevenido en la sentencia, aunque es discutido.

Señala Garrido de Palma¹²⁷¹ que el esfuerzo del legislador en favor del *favor testamenti* llega aquí como punto máximo: abarca todo supuesto en que el judicialmente incapacitado quiere testar y la sentencia no le niega capacidad, o porque no dice o dice que sí puede, o lo dice indirectamente al declarar que es incapaz para algunas cosas y no se incluye el otorgar testamento.

8.4.- El notario designa dos facultativos

El nombramiento de los facultativos atañe al notario que designará a los que considere oportuno y no necesariamente a los que le indiquen los interesados.

El CC no precisa si se refiere a dos psiquiatras o basta con la simple cualidad de ser médicos y ello en base a que la posible demencia puede ser provocada por enfermedades tanto de origen psíquico como físico. Si su origen fuera exclusivamente psíquico se duda sobre si caben no solo los psiquiatras sino también los psicólogos, entendemos que no porque solo es competente la clase médica.

¹²⁶⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, cit., p. 266.

¹²⁶⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos”, *Revista de derecho privado*, año n.º 76, mes 9, 1992, pp. 719-721.

¹²⁶⁹ TOL 1.665.440

¹²⁷⁰ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, cit., p. 267.

¹²⁷¹ GARRIDO DE PALMA, V. M. y VELAYOS JORGE, J.L., “La capacidad para testar: su valoración médica y su consideración jurídica”, cit., p. 435.

Indica Rubio Garrido¹²⁷² que “los facultativos no han de ser necesariamente especialistas mentales, pero se les han de aplicar las incapacidades para ser testigos en los testamentos, para alejar toda sospecha de confabulación”¹²⁷³.

8.5.- Que previamente le reconozcan

El tenor literal del art. 665 CC habla de que el examen médico habrá de ser previo al otorgamiento, pero es evidente que los facultativos pueden dictaminar en el mismo acto notarial¹²⁷⁴, al menos en los casos en que pueda emitirse un juicio inmediato y nítido, por ser clara la situación que presenta el que quiere testar (art. 698.2º CC y la exigencia de unidad de acto del art. 699 CC). Pero como señala Rubio Garrido¹²⁷⁵, parece normal sobreentender que el examen psiquiátrico de una persona requiera un cierto estudio, algunas pruebas, y el control de su evolución con un lapso, más o menos prolongado de tiempo.

Los facultativos han de firmar no solo su dictamen sino el propio testamento pues el momento al que se refiere su dictamen sobre la capacidad es precisamente el del otorgamiento, por ello o bien en el testamento se incluye el dictamen de los facultativos o bien hay que unirlo como documento a la correspondiente matriz.

Art. 698.2º CC: *“Al otorgamiento también deberán concurrir:*

[...]

2.º Los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado.”.

La presencia de los dos médicos en el otorgamiento de testamento notarial del incapacitado no es solo necesaria como medio de prueba de la capacidad, sino como requisito formal exigido por los arts. 665 y 698.2º CC. Por ello, de no observarse esta solemnidad, podría pedirse y lograrse la declaración de nulidad del testamento (art. 687 CC)¹²⁷⁶, con la consiguiente responsabilidad del notario. Dicha nulidad se logrará si solo intervino un facultativo; obviamente, pueden intervenir más de dos¹²⁷⁷, pudiendo inferirse, como presunción de hecho, que mientras más intervengan, dando un juicio

¹²⁷² RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 662-666”, cit., p. 5134.

¹²⁷³ PUIG FERRIOL, L., “Comentario a los arts. 662 a 666 CC”, cit., p. 1671.

¹²⁷⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil...*, cit., p. 179.

¹²⁷⁵ RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 662-666”, cit., p. 5134.

¹²⁷⁶ PUIG FERRIOL, L., “Comentario a los arts. 662 a 666 CC”, cit., p. 1671.

¹²⁷⁷ BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., “Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”, cit., p. 253.

favorable de capacidad, más difícil hacen una eventual sentencia estimatoria de la nulidad del testamento por incapacidad del testador¹²⁷⁸.

8.6.- No lo autorizará, sin que los facultativos respondan de su capacidad

Como asevera Rueda Díaz¹²⁷⁹, el art. 665 CC obliga a que intervengan dos facultativos que respondan de la capacidad. “Requisito necesario pero no suficiente, pues no eximen al notario de emitir su propio juicio. La intervención facultativa es una ayuda imprescindible (puesto que el dictamen debe ser favorable), pero no suficiente, la apreciación de la capacidad, su adecuación al caso, debe ser también apreciada por el notario”.

Aun con el juicio afirmativo de los dos facultativos, este no es vinculante para el notario, quien debe asumir la decisión de autorizar o no el testamento ya que decide a su juicio (arts. 696 y 985 CC). Si el notario considera que el otorgante no tiene capacidad, puede negar su intervención¹²⁸⁰.

Cuando el juicio de los facultativos es negativo, vincula al notario que en ningún caso podrá autorizar el testamento del incapacitado, conforme a la literalidad del art. que dice “no lo autorizará”.

Es reiteradísima la doctrina de que la afirmación de los facultativos implica una presunción *iuris tantum* de capacidad, no es prueba irrefutable y es desvirtuable mediante prueba en contrario, así las SSTs, de 10 de abril de 1944¹²⁸¹, 11 de noviembre de 1972¹²⁸² o 21 de marzo de 1974¹²⁸³, entre otras muchas. Por lo que podrán aportarse otras pruebas sobre la capacidad o incapacidad natural del que testa. P. ej., que el dictamen fue inexacto porque el estado psíquico del sujeto al testar fue ya distinto del dictaminado (STS, de 16 de febrero de 1945¹²⁸⁴).

Resulta relevante la STS, de 15 de marzo de 2018¹²⁸⁵, que dice: “*hay que aclarar que la finalidad de las normas que regulan la capacidad para otorgar testamento es garantizar la suficiencia mental del testador respecto del propio acto de testar. En consecuencia, con independencia de cuál sea la causa de la discapacidad que da lugar*

¹²⁷⁸ RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 662-666”, cit., p. 5133.

¹²⁷⁹ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., “Capacidad para testar y para otros actos jurídicos”, cit., p. 12.

¹²⁸⁰ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 2, ed. 2ª, ed. Bosch, Barcelona, 1977, p. 1675.

¹²⁸¹ TOL 4.458.646

¹²⁸² TOL 4.262.198

¹²⁸³ TOL 4.253.235

¹²⁸⁴ RJ 1945, 138

¹²⁸⁵ Id Cendoj: 28079119912018100009

a la modificación de la capacidad de obrar, y con independencia de que la enfermedad se mantenga estable o evolucione, de manera que la persona recupere sus facultades, el art. 665 CC ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar”. Por otro lado, “El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC), ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”; “el art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. [...] “Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente el art. 665 CC impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos.”.

También destaca que todo lo anterior *“no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes”.*

TEMA V.- LA INCAPACITACIÓN

I.- PRINCIPIOS GENERALES

1.- Concepto

Toda persona, por el hecho de serlo, tiene capacidad jurídica o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Y también toda persona tiene un ámbito concreto de capacidad de obrar o aptitud para realizar válidamente actos jurídicos, el que le reconozca el ordenamiento jurídico.

Pero si concurren determinadas circunstancias especiales y en función de la mayor o menor capacidad natural derivada de la menor edad o de enfermedades o deficiencias que influyan en la capacidad de autogobierno de una persona, el derecho puede modificar esa capacidad, limitándola, disminuyéndola o suprimiéndola.

La CE en su art. 49 establece que “*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*”.

La redacción inicial del CC regulaba la incapacidad en forma dispersa, fundamentalmente entre los arts. dedicados a la tutela. La Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma del CC en materia de tutela, introdujo un nuevo epígrafe, con el número IX del Libro I, denominado “*De la incapacidad*”, y el Título X “*De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados*”.

Esta Ley introduce las siguientes novedades:

1. Una mayor flexibilidad judicial para apreciar cuándo hay causa de incapacidad y para graduar la extensión y régimen de la misma, pudiendo modificarla o extinguirla si hay cambio de circunstancias.

2. Suprime las anteriores causas de incapacidad reduciéndolas a una sola, la enfermedad, entendida en sentido amplio.

3. La prodigalidad pasa a ser un estado intermedio, la regula en el Título X, en el capítulo de la curatela. Pero al reducir la capacidad del declarado pródigo, se puede considerar también como una causa de incapacidad¹²⁸⁶.

¹²⁸⁶ LETE DEL RÍO, J. M., “Sección Segunda. De la curatela en casos de prodigalidad”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, p. 454.

4. La interdicción civil es aludida en las Disposiciones transitorias, pero su eliminación como pena por la Ley 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del CP le hace desaparecer como causa de incapacitación y ha sido suprimida del CC por la Ley 6/1984, de 31 de marzo, de modificación de determinados arts. de los Códigos Civil y de Comercio y de las Leyes Hipotecaria, de Enjuiciamiento Criminal y de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, sobre interdicción.

La Ley no contiene ninguna definición de incapacitación, pero sí una relación de los requisitos necesarios para que se pueda declarar incapaz a una persona. En base a los mismos, García Garnica¹²⁸⁷ señala que “la incapacitación se configura legalmente como aquel estado civil, en virtud del cual se limita la capacidad de obrar de una persona, a través de una sentencia judicial y en virtud de una de las causas establecidas en la ley”.

El Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) y la Fundación AEQUITAS¹²⁸⁸ definen la incapacitación como “un procedimiento judicial por el que un juez decide que una persona no tiene capacidad para gobernarse por sí misma, por lo que la somete a un régimen especial de protección de su persona y/o bienes”.

Lete del Río¹²⁸⁹ define la incapacitación como aquel acto jurídico en cuya virtud se suprime o reduce la capacidad de obrar a un sujeto en el que concurren determinadas circunstancias anormales, modificando su estado civil, e incluyéndolo en uno nuevo, de acuerdo con la situación en que se encuentre.

Y en su consideración de estado civil, es para Díez Picazo¹²⁹⁰ aquel que se constituye en virtud de resolución judicial, de donde deduce los siguientes caracteres:

- La sentencia es el título constitutivo del estado civil de incapacitado.
- Los negocios jurídicos anteriores solo podrán ser impugnados mediante la alegación y prueba de la existencia del vicio que lo invalide.
- El contrato hecho por un incapacitado puede impugnarlo su representante legal sin más fundamento que la incapacidad misma. El contrato es confirmable y la acción de impugnación dura cuatro años (art. 1301 CC).

Podemos concluir que la incapacitación es un estado civil de la persona que se declara judicialmente cuando en ella concurre alguna de las causas señaladas en la ley.

¹²⁸⁷ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 199”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2041.

¹²⁸⁸ IMSERSO y FUNDACIÓN AEQUITAS, “Cuaderno 5. Incapacitación: ¿Qué es y para qué sirve?”, *Derechos de las personas mayores. Cuadernos prácticos*, ed. IMSERSO, Madrid, 2009, p. 44.

Consultado en: <http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO25527/derechos_personas_mayores.pdf>

¹²⁸⁹ LETE DEL RÍO, J. M., “Título XI”, cit., pp. 159 y ss.

¹²⁹⁰ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, t. I, 3^a ed., ed. Tecnos, Madrid, 1980, p. 307.

Como consecuencia de la incapacitación, el incapacitado quedará sometido a tutela, curatela o patria potestad prorrogada, todo ello con más o menos amplitud, según estime el juez que conozca del procedimiento.

La STS, de 31 de diciembre de 1991¹²⁹¹, sostiene que *“Los procesos sobre incapacitación imponen un especial tratamiento y exigen una concentrada y directa atención de los juzgadores, ya que el objeto de los mismos no son las cosas ni las controversias derivadas de las relaciones jurídicas, sino la persona misma y mediante dichos trámites procesales se declara si se les reconoce o priva de la capacidad jurídica de obrar, que es la aptitud innata para ser sujeto de derechos y obligaciones, determinada por el nacimiento (art. 29 del Código Civil) e inherente a la condición de ciudadanos que desarrollan su actividad vital en una comunidad organizada, por ser consustancial a su dignidad y proyectar el ejercicio y libre desarrollo de cada personalidad, conforme al art. 10 de la Constitución.”*.

La incapacitación tiene un aspecto negativo, que es la limitación de la capacidad que sufrirá el incapacitado; y otro positivo, que es la determinación de un órgano de guarda¹²⁹², que buscará el interés, beneficio y protección del incapacitado.

El art. 199 CC modificado por la Ley 13/1983, establece el principio general de que *“Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.”*.

Se parte de la presunción de la plena capacidad de obrar de una persona mayor de edad conforme al art. 322 CC¹²⁹³, lo que es el principio general, y de que la incapacitación es una medida excepcional sujeta a control judicial y a reserva de ley en sus causas.

Según García Garnica¹²⁹⁴, la reforma legal tenía dos objetivos prioritarios en este tema: “asegurar la protección de aquellas personas que carezcan o tengan limitada su capacidad de autogobierno” y “adecuar la incapacitación jurídica a la limitación real de la capacidad natural de la persona”. E infiere tres consecuencias fundamentales:

1.- Que “no se puede confundir discapacidad con falta o limitación de la capacidad de obrar. Una persona puede padecer (por edad o enfermedad) una

¹²⁹¹ TOL 1.728.595

¹²⁹² Lo que supone la intervención de otra persona para actuar en su nombre o para completar su capacidad.

¹²⁹³ Art. 322 CC: *“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.”*.

¹²⁹⁴ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 199”, cit., pp. 2041-2042.

discapacidad física, psíquica o sensorial, sin que sea preciso limitar su capacidad de obrar”.

2.- Que la incapacitación es y debe ser graduable. “El alcance de la incapacitación judicial de una persona dependerá del grado en el que se encuentre limitada en el caso concreto, su capacidad de autogobierno”.

3.- “La sentencia que declare la incapacidad de una persona deberá precisar la medida de protección a la que se sujete”. Si establece la falta absoluta de capacidad de obrar, se sujetará a la persona incapacitada a patria potestad prorrogada o rehabilitada o tutela; mientras que si se reconoce que sí tiene capacidad de obrar designará un curador.

Tiene las siguientes ventajas, según el IMSERSO y la Fundación AEquitas¹²⁹⁵: “la finalidad que suele buscarse en una incapacitación es la protección de la persona incapacitada, así la persona que tiene una incapacitación no podrá realizar contratos que le perjudiquen”. Por lo que “podrán ser anulados todos los contratos o actos jurídicos, en general, que no le sean beneficiosos.

Por otro lado el discapacitado tiene ciertos posibles derechos en la herencia de sus parientes más próximos, p. ej., la posibilidad de mejorarle más allá de la legítima de sus hermanos y el derecho de habitación en la casa en la que convivió, entre otros.

Además, la sentencia de incapacitación tiene ciertos efectos administrativos, de forma que se equipara a una discapacidad del 33% de forma automática”.

La realidad es que la mayoría de las personas con discapacidad no son incapacitados, se calcula que solo un 3% de ellas lo son, quizás porque ya tienen una protección de hecho adecuada, normalmente familiar; porque no necesitan formalizar ningún acto jurídico y porque hay cierta desconfianza ante un acto judicial no siempre agradable.

2.- Terminología

Debemos diferenciar entre los siguientes términos:

– Discapacitado, que es aquella persona con un cierto grado de minusvalía, física, psíquica o sensorial, o sea, es una persona con algún tipo de enfermedad que le priva de la autonomía necesaria para el desarrollo de ciertas actividades de la vida cotidiana. No todo discapacitado es incapaz ni tiene por qué ser incapacitado.

– Incapaz, que es el que carece de capacidad.

¹²⁹⁵ IMSERSO y FUNDACIÓN AEQUITAS, “Cuaderno 5. Incapacitación...”, cit., p. 46.

– Incapacitado, que es quien mediante sentencia judicial firme ha sido declarado tal. Todo incapacitado es discapacitado.

La terminología usada hasta ahora en el mundo de la discapacidad, tanto por la sociedad como por el ordenamiento jurídico, no se corresponde con el modelo social de discapacidad que hoy es el predominante; y a veces resulta negativa, inadecuada e incluso ofensiva. Por ello, las nuevas normas dejan de usar términos como minusválidos, deficientes, locos, dementes, subnormales, imbéciles o incapaces. Hablan de discapacidad o de personas en situación de dependencia; sin que necesariamente deban tener limitada su capacidad de obrar¹²⁹⁶ y el concepto de incapacitación se sustituye por el de limitación o modificación de la capacidad de obrar. Si bien la terminología de nuestro derecho privado, en términos generales, aún no se ha ajustado a los postulados del modelo social de atención a la discapacidad.

El concepto más usual en la materia sigue siendo el de “incapacidad” e “incapacitación”. A ella se refiere el art. 200 CC, al señalar que “*Son causas de incapacitación [...]*”. En consecuencia, la atención de las personas con discapacidad, que es el término que se debería usar, se sigue haciendo a través de su incapacitación, con una concepción paternalista, en la que la prioridad es la limitación de su capacidad de obrar para tutelar su persona y patrimonio y no la que debería ser, que es la integración social de las personas con discapacidad y la promoción y salvaguarda de su autonomía.

A este respecto, hay que destacar que la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la LRC, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos¹²⁹⁷, en su Disp. fin. primera establece: “*El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un*

¹²⁹⁶ Como indica GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 199”, cit., pp. 2043-2045; “hasta los años ochenta, la terminología de nuestro derecho privado era clara muestra del “modelo médico o asistencial” de atención jurídica a la discapacidad: el punto de partida de la incapacitación era la “enfermedad” y la consecuencia la “incapacitación total”. El CC, además, aludía de forma taxativa a ciertas discapacidades, resultando claramente insuficiente para cubrir todos los casos en que una persona mayor de edad necesita ser asistida y protegida. Concretamente, el CC solo aludía a los locos y dementes y a la sordomudez, admitiendo la graduabilidad de la incapacitación solo en relación a esta última (art. 218 CC). Por expresa disposición del art. 200.2 CC, los locos o dementes estarían sujetos a tutela, en todo caso, incluso aunque tuvieran intervalos lúcidos.

Frente a ello, la Ley 13/1983, introdujo importantes novedades, entre las que hay que destacar que, desde entonces, lo relevante no es la enfermedad, sino la incidencia de la enfermedad o de deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico en la capacidad de autogobierno de la persona. Además, y en coherencia con ello, se contempla la graduabilidad de la incapacitación, y se procura adecuar la protección, a través de la tutela o la curatela, y según lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, a las circunstancias y necesidades de cada individuo”.

¹²⁹⁷ BOE-A-2009-5028

Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.”. La denominación escogida de procedimiento de modificación de la capacidad de obrar no es coherente con la CDPD. La Ley 26/2011 habla de “*proceso judicial para la determinación de apoyos*” y no de modificación de la capacidad.

Esta reforma está impuesta por la necesidad de adaptación de estos procedimientos a las previsiones de la CDPD y es una reclamación del colectivo de las personas con discapacidad y sus organizaciones¹²⁹⁸. No se ha efectuado todavía.

En la misma línea, más recientemente, la LRC, tras declarar en su Preámbulo que se incorpora a ella “*tanto la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, como la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007*”, y en lugar del término de incapacitación, emplea el de “*declaración judicial de modificación de la capacidad*” (art. 72 LRC). Lo más lógico hubiera sido unificar la terminología empleada por el CC y la LEC, al modificar ambos textos legales.

Junto a los términos de incapaz o incapacitación tradicionalmente empleados por el CC, este ha venido considerando la discapacidad solo en la medida en que incidiera en la capacidad de obrar; la LPPD en el año 2003 introdujo en el CC el término discapacitado, lo que es un avance ya que se puede dispensar a estas personas protección patrimonial, sin que sea precisa su previa incapacitación.

La reforma del CC de la Ley 13/1983 fue un gran avance y supuso una mejora en el tratamiento de la incapacitación, aunque no en la terminología.

3.- Causas

¹²⁹⁸ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 199”, cit., p. 2045; señala que “en respuesta a estas demandas, el Consejo de Ministros aprobó el 10 de julio de 2009 la creación de un grupo de trabajo interministerial para realizar un estudio integral de la normativa española con el objetivo de adaptarla a las previsiones de la CDPD. Entre tales cuestiones, está la de revisar la incapacitación, ya que el objetivo de los procesos de modificación de la capacidad de obrar debe ser tratar de salvaguardar en la medida de lo posible un efectivo acceso a la capacidad de obrar por parte de las personas con discapacidad, como presupuesto del ejercicio de sus derechos fundamentales”.

Tras la Ley 13/1983, el actual art. 200 CC establece: “*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.*”.

El primer proyecto de reforma remitido al Congreso daba a este art. una redacción con más supuestos, al comprender la enfermedad y las deficiencias mentales, las anomalías orgánicas o funcionales persistentes y el alcoholismo y la toxicomanía habituales. La actual redacción es más genérica y flexible, ampliando al arbitrio judicial. Se trata de una norma abierta que evita tipificar las causas de incapacidad de modo cerrado y con exhaustividad, como hacía el antiguo art. 200 CC antes de la reforma de la Ley 13/1983¹²⁹⁹.

Por tanto, y aunque la determinación de la existencia de la incapacitación será apreciada discrecionalmente por el juez que conozca el procedimiento, el CC exige una serie de condiciones que veremos a continuación.

3.1.- Enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas

Como indica García Garnica¹³⁰⁰, son enfermedades “aquellas afecciones o patologías que alteran el estado de salud de una persona”. Por tanto, es la ciencia médica la que debe decidir si existe una enfermedad, cuál es, y determinar su gravedad y efectos. Lo que se acredita en el proceso de modificación de la capacidad a partir del dictamen médico que preceptivamente debe aportarse ya que el art. 759.1 *in fine* LEC dispone que “*Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.*”.

Las deficiencias son más indeterminadas. Comprenden algunas patologías o alteraciones de la personalidad que no son enfermedades, pero que limitan la capacidad de obrar de aquellos a quienes afectan, como las toxicomanías, el alcoholismo o el lavado de cerebro y manipulación que sufren algunas personas debido a la influencia de grupos o sectas¹³⁰¹, gurús o embaucadores.

¹²⁹⁹ Art. 200 CC (hoy derogado): “*Están sujetos a tutela:*

1º Los menores de edad no emancipados legalmente.

2º Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir.

3º Los que por sentencia firme hubiesen sido declarado pródigos.

4º Los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil.”.

¹³⁰⁰ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 200”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2050-2051.

¹³⁰¹ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., en GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 200”, cit., pp. 2050-2051.

El CC solo menciona las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, pero también se incluyen las deficiencias sensoriales.

Las deficiencias físicas y sensoriales generalmente no afectan a la capacidad de obrar. Influyen en casos determinados que no son propiamente supuestos de incapacitación, sino más bien incapacidades concretas para actos determinados¹³⁰².

Las psíquicas abarcan los estados que el CC llamaba locura, demencia e imbecilidad. Y además todos aquellos que condicionen o alteren de modo persistente la capacidad de comprender y por tanto de consentir (toxicomanía y alcoholismo graves y habituales, etc.) impidiendo de modo persistente el autogobierno de la persona.

Las personas sobre las que recaen más modificaciones de capacidad son las que tienen discapacidad intelectual, enfermedad mental o personas mayores con deficiencias.

3.2.- Persistentes

Las enfermedades o deficiencias deben ser actuales y persistentes. Pues si la incapacidad psíquica es meramente transitoria solo determinará la nulidad de lo realizado en tal estado; y la incapacidad física accidental solo impedirá hacer alguna cosa.

Como recoge García Garnica¹³⁰³, la persistencia implica cierta duración o continuidad en el tiempo que justifique la creación de un mecanismo de protección de carácter estable, sin que sea preciso que se trate de una situación crónica permanente, incurable o irreversible. Persistente es la presunción de que razonablemente se prolongará en el tiempo, supone permanencia hacia el futuro (SSTS, de 31 de diciembre de 1991¹³⁰⁴, 31 de octubre de 1994¹³⁰⁵, 19 de febrero de 1996¹³⁰⁶ y 19 de mayo de 1998¹³⁰⁷). Luego será posible la reintegración o la modificación de la capacidad, en atención al agravamiento, mejora o recuperación de las condiciones físicas, sensoriales o psíquicas del incapacitado, sin que rijan al respecto el principio de cosa juzgada (art. 761 LEC).

¹³⁰² P. ej., la ceguera, sordera o mudez impedía ser testigo en los testamentos, según el antiguo art. 681.2º CC, hoy derogado por la LJV.

¹³⁰³ GARCÍA GARNICA, Mª. C., “Art. 200”, cit., pp. 2051-2052.

¹³⁰⁴ TOL 1.728.595

¹³⁰⁵ RJ 1994, 8004

¹³⁰⁶ RJ 1996, 1413

¹³⁰⁷ RJ 1998, 13378

No son causa de incapacitación las anomalías físicas o psíquicas intermitentes (hipnosis, sonambulismo, delirio febril, etc.) aunque los actos realizados en estas condiciones pueden impugnarse por falta de consentimiento (p. ej. arts. 663 CC y 56 CC).

Sí se consideran persistentes las enfermedades de carácter cíclico, generalmente trastornos mentales, que no se manifiestan constantemente aunque sí de modo continuado en el tiempo, por una reiterada jurisprudencia, así las SSTs, de 10 de febrero de 1986¹³⁰⁸, 20 de mayo de 1994¹³⁰⁹ y 26 de julio de 1999¹³¹⁰. La STS, de 10 de febrero de 1986¹³¹¹ afirma que *“no es óbice para apreciar el requisito de persistencia el hecho de que nos encontremos ante una enfermedad que no se manifieste de forma continuada, sino de forma cíclica; de suerte que los periodos en los que se acusa con más gravedad o intensidad la enfermedad, y la consiguiente limitación de la capacidad de obrar de una persona, se alternen con intervalos de menor gravedad o ausencia de manifestaciones externas de la patología.”*.

Además, la STS, de 15 de junio de 2018¹³¹², citando la STS, de 26 de julio de 1999¹³¹³, basada en la doctrina sentada por la STS, de 10 de febrero de 1986¹³¹⁴, señaló que *“no consideró obstáculo para la aplicación del artículo 200 CC el que la situación de incapacidad no fuese constante o permanente, sino esporádica, cuando las fases clínicas o críticas se produjesen [...] lo que de ningún modo es viable es no incapacitar al enfermo sino sólo en cada una de las fases críticas. Si la enfermedad es persistente con posibilidad de repetición, han de adoptarse las medidas necesarias en defensa de su persona y bienes de modo continuo y estable”*.

El informe del médico especialista debe versar sobre la naturaleza persistente de la enfermedad, es decir, sobre su duración y alcance temporal.

3.3.- Que incidan en el autogobierno

El autogobierno supone conciencia suficiente de la propia actuación tanto en el plano personal como patrimonial.

¹³⁰⁸ Id Cendoj: 28079110011986100808

¹³⁰⁹ RJ 1994, 3723

¹³¹⁰ RJ 1999, 7845

¹³¹¹ RJ 1986, 520

¹³¹² Id Cendoj: 28079110012018100339

¹³¹³ RJ 1999, 7845

¹³¹⁴ Id Cendoj: 28079110011986100808

Esto es lo relevante a la hora de decidir sobre la incapacitación, no la existencia de enfermedades o deficiencias que puedan ser importantes a otros efectos pero no en este, sino que incidan en la facultad de autogobierno.

Por ello, las pruebas practicadas en el procedimiento irán dirigidas a constatar este extremo, ya que es la aptitud de autogobernarse la razón final que legitima y fundamenta la modificación de la capacidad de obrar de una persona con la finalidad de protegerla.

El grado de ineptitud para el autogobierno ha de reflejarse en el informe del médico especialista que debe distinguir entre ineptitud para la esfera personal e ineptitud para la esfera patrimonial. Criterios médicos que tendrá en cuenta el juez cuando determine la extensión y límites de la incapacitación declarada así como cuando fije la institución tuitiva que corresponda.

3.4.- La graduación de la limitación de capacidad

La reforma del CC de la Ley 13/1983 consagra en nuestro derecho “la posibilidad de graduar la limitación de la capacidad de obrar y de adecuar a las circunstancias de cada caso concreto la medida de protección a adoptar” (art. 215 CC).

La graduación de la modificación de la capacidad de obrar resulta coherente con el carácter excepcional de la incapacitación ya que la plena capacidad del mayor de edad se presume y con la finalidad protectora que persigue toda incapacitación.

Además de con el principio general que, por imperativo de la CDPD, debe informar nuestro ordenamiento: el respeto de la dignidad inherente a toda persona, la autonomía individual y la independencia de las personas con discapacidad¹³¹⁵.

Con estas premisas, el art. 760 LEC dispone que *“La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.”*.

4.- Motivo

¹³¹⁵ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 200”, cit., p. 2051.

Además de las causas que hemos visto, para que se produzca una modificación de la capacidad de obrar debe de existir un motivo.

Hay casos de personas enfermas o deficientes en los que hay causa suficiente para modificar su capacidad, pero si no se da ningún motivo, puede que nunca se inicie ese proceso judicial.

En este sentido se manifiestan las teorías de la “doble vía” y la “causa y motivo de la incapacitación” del fiscal de la AP de Córdoba, Santos Urbaneja¹³¹⁶.

La teoría de la “causa y motivo” dice que junto a la causa de la incapacitación que expresa el art. 200 CC se tiene que dar “el motivo, que es el desencadenante, problema, necesidad u objetivo que se ha presentado (vender un bien, poner una demanda, la esterilización, etc.)”. O sea, que determinaremos la capacidad cuando además de causa exista motivo. Y con la teoría de la “doble vía” propone que “se arbitre un procedimiento-tipo para evaluar la capacidad de decidir de la persona respecto de actos concretos y que se mantenga el actual procedimiento de evaluación general de la capacidad para los casos más complejos”.

II.- PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

1.- Introducción

Antiguamente denominado procedimiento de incapacitación. El cambio de denominación se debe a la influencia de la CDPD, y concretamente a la Ley 1/2009, de 25 de marzo, que reforma la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el RC; y la LPPD. Así, la Disp. fin. primera dispone que “[...] *los procedimientos de incapacitación judicial [...] pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.*”.

Según el art. 199 CC: “*Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*”.

Como la limitación de la capacidad de obrar de una persona solo puede establecerse por sentencia, la Ley 13/1983 reguló algunas especialidades del proceso

¹³¹⁶ SANTOS URBANEJA, F., “Teoría de la doble vía, realidad actual de los procesos de incapacitación. alternativas a su regulación”, *Jornadas Fundación Aequitas - Madrid 9 y 10 de Marzo de 2009*, Ilustre Colegio de Notarios de Madrid, 2009, pp. 6-7.

judicial, en los arts. 202 a 214 CC. No obstante, estos arts. fueron derogados por la LEC, modificada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, que incluyó en su articulado entre los procesos especiales, la regulación de los procesos sobre la capacidad de las personas (el Capítulo I, arts. 748 a 755, relativo a “*De los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores*”, “*De las disposiciones generales*”; y el Capítulo II, arts. 756 a 763, relativo a “*De los procesos sobre la capacidad de las personas*”, del Título I del Libro IV LEC).

Conforme a lo establecido en la LEC, los procedimientos relativos a la capacidad de obrar “[...] *se sustanciarán por los trámites del juicio verbal* [...]” (art. 753.1 LEC), previéndose que “[...] *serán de tramitación preferente siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.*” (art. 753.3 LEC).

Las partes deberán actuar “[...] *con asistencia de abogado y representadas por procurador.*” (art. 750.1 LEC). En todo caso, “[...] *será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada.*” (art. 749.1 LEC). Asimismo, “[...] *será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.*” (art. 749.2 LEC). Conforme a la STC, 85/2017, de 3 de julio de 2017¹³¹⁷, que recoge la doctrina de la STC, de 27 de febrero de 2017¹³¹⁸, en los procesos de incapacitación la presencia del MF es necesaria, si no se vulnera el derecho fundamental a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Por ello, el proceso de incapacitación quedará en suspenso mientras no conste la intervención del MF.

En la medida en que la determinación de la capacidad de obrar afecta a los derechos y libertades fundamentales de las personas, es una cuestión de orden público que afecta a su estado civil, el objeto del proceso es indisponible. Por lo cual no rige el principio dispositivo ni el de aportación de parte, que son los que ordinariamente rigen

¹³¹⁷ BOE-A-2017-8470

¹³¹⁸ BOE-A-2017-3872

el proceso civil, y son sustituidos por los principios de oficialidad y de investigación de oficio¹³¹⁹.

Como singularidades del proceso sobre la capacidad de las personas podemos señalar que:

– El juez queda desvinculado de la iniciativa de las partes en la actividad procesal, puede decretar de oficio las pruebas que estime pertinentes, sin perjuicio de las pruebas practicadas a instancia de parte. Tiene una amplia actividad investigadora y puede proceder a la libre apreciación de la prueba.

– El interés público impide cualquier declaración de incapacidad al margen del proceso (art. 199 CC) y la voluntad de las partes no puede condicionar la decisión judicial, por lo que se excluyen los actos de disposición, conforme al art. 751.1 y 2 LEC que establece: *“1. En los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción.*

2. El desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal [...]”.

Tampoco se puede transigir (art. 1814 CC), sin perjuicio de que las partes puedan disponer libremente de las pretensiones formuladas en estos procesos sobre materias que sí sean disponibles conforme a la legislación civil aplicable (art. 751.3 LEC).

2.- Juez competente

Art. 756 LEC: *“Será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite”.*

3.- Legitimación pasiva

Pueden ser incapacitadas todas las personas físicas en quienes concurra una causa de incapacitación, art. 200 CC *“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.”.*

El presunto incapaz es el sujeto en el que concurre una enfermedad o deficiencia y cumple los demás requisitos del art. 200 CC y que adopta la posición procesal de demandado en el procedimiento que pretende su declaración de incapacidad.

¹³¹⁹ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., pp. 123-124.

Su interés y protección constituye el fundamento de todas las precauciones y garantías que conforman el proceso de incapacitación¹³²⁰.

El presunto incapaz intervendrá en el proceso, así, la STS, de 30 de diciembre de 1995¹³²¹, y el art. 758 LEC que establece: *“El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.*

Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Secretario judicial les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.”.

La incapacitación afecta a mayores y menores de edad, así el art. 201 CC dice: *“Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.”.*

Los menores de edad tienen capacidad de obrar evolutiva, que se va ampliando a medida que lo hace su capacidad natural, conforme a lo establecido en las leyes¹³²². En coherencia con lo cual, el art. 2.1 párr. 2º LOPJM, dispone que *“Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva [...]”.*

Como afirma García Garnica¹³²³, *“la constatación de la capacidad de obrar, aunque limitada, de los menores de edad, es lo que permite que puedan ser incapacitados”.* Esta incapacitación la incorporó la Ley 13/1983 al CC, si bien anteriormente ya se admitía implícitamente la incapacitación de un menor. Así se infiere del art. 776 párr. 1º CC: *“El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.”.* En este sentido, la STS, de 5 de diciembre de 1935¹³²⁴.

La incapacitación del menor de edad protege su persona y patrimonio y además logra *“que esa protección se mantenga sin solución de continuidad cuando alcance la mayoría de edad”*¹³²⁵.

¹³²⁰ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., pp. 125-126.

¹³²¹ Id Cendoj: 28079110011995101902

¹³²² GARCÍA GARNICA, Mª. C., “Art. 201”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2053. STS, de 10 de junio de 1991 (RJ 1991, 4434) y RDGRN, de 3 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2380).

¹³²³ GARCÍA GARNICA, Mª. C., “Art. 201”, cit., p. 2053.

¹³²⁴ TOL 5.025.638.

¹³²⁵ SAP de Asturias, de 12 de noviembre de 2004 (JUR 2004, 30810).

4.- Legitimación activa

4.1.- Art. 757 LEC

Art. 757 LEC: *“Legitimación en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad.*

1. La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz.

2. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado.

*3. Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*¹³²⁶

4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

5. La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.”.

Siguiendo a García Medina¹³²⁷, hay que distinguir diversos supuestos:

4.2.- Facultad de denuncia

La tiene cualquier persona, también las que están legitimadas para promover el procedimiento que, en este caso, pondrán en conocimiento del MF los hechos, con lo que se ahorran el esfuerzo y las costas del proceso que serán de oficio.

La denuncia es una declaración de conocimiento del estado de salud del presunto incapaz y no se necesita que quien lo haga tenga interés legítimo en la declaración.

¹³²⁶ Art. 230 CC: *“Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela.”.*

¹³²⁷ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., pp. 124-125.

Tras la comunicación, será el MF quien decida si procede o no promover la declaración de incapacidad del presunto incapaz.

4.3.- Obligación de denuncia

Se trata de una obligación que compete a las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conozcan de la existencia de una posible causa de incapacidad en una persona.

Es un deber de carácter público y puede dar lugar a responsabilidad cuando es incumplido de manera dolosa o culposa.

4.4.- Facultad de promover

Le corresponde al presunto incapaz, al cónyuge o pareja de hecho; a los descendientes, cualquiera que sea su grado, hijos, nietos, biznietos, etc.; a los ascendientes sin límite de grado, padres, abuelos, bisabuelos, etc., y a los hermanos del presunto incapaz, la línea colateral sí está limitada y quedan excluidos los tíos y sobrinos.

La legitimación para instar la declaración de incapacidad de un menor edad, se restringe a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 201 CC). Es una norma restrictiva, que establece una legitimación de carácter privado exclusivamente, de modo que el MF no podrá promover la declaración ante la inactividad de los titulares de la patria potestad o la tutela.

4.5.- Obligación de promover

Corresponde el deber de promover la declaración de incapacidad al MF si el cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz no la han solicitado o no existen.

Esta legitimación se atribuye al MF en exclusiva por el interés público presente en el proceso de incapacidad. Dice la STS, de 24 de mayo de 1991¹³²⁸, que el legislador *“no desea que otras personas ajenas, sin perjuicio de la función que les incumbe como denunciantes se mezclen o intervengan directamente en una cuestión de tanta trascendencia para el estado civil de la persona como es la relativa a su capacidad”*.

¹³²⁸ TOL 1.726.963

5.- Medidas cautelares

Art. 762 LEC: *“Medidas cautelares.*

1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.

2. El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.

Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación.

3. Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas afectadas. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley.”.

Luego las medidas puede adoptarlas el juez competente, y puede solicitarlas el MF, a instancia de parte o de oficio.

Se trata de medidas previas al proceso de incapacitación, pero pueden acordarse también en cualquier estado del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, y que solo están vigentes mientras dura el proceso, al finalizar la sentencia debe pronunciarse sobre su extinción, sustitución por otras medidas o mantenimiento, con lo que estarían anticipando alguno de los efectos de la sentencia.

Tienen como finalidad atender con urgencia las necesidades de la persona y del patrimonio del presunto incapaz y evitarle perjuicios.

Pueden ser de tipo personal o patrimonial, en realidad cualquier medida que el juez estime oportuna.

5.1.- Personales

Se podrá ordenar el reconocimiento, el internamiento o ingreso del presunto incapaz en un centro adecuado (art. 763 LEC), tratamiento médico, intervención quirúrgica, cuidados especiales, nombramiento de un defensor judicial con la atribución de facultades que el juez considere convenientes o incluso sacar al presunto incapaz de

la zona de influencia de determinadas personas o colocarlo bajo la dependencia directa de otras.

5.2.- Patrimoniales

5.2.1.- Administración o intervención judicial de bienes

El juez puede nombrar un administrador para que gestione los bienes del presunto incapaz, sin perjuicio de que la representación y defensa del mismo corra a cargo del MF. El art. 299 bis CC establece: *“Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Secretario judicial podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.”*.

Su fin es proteger el patrimonio del presunto incapaz. Esta gestión de los bienes del presunto incapaz necesita la designación de una figura de guarda a la que se le atribuya la facultad de administrar los bienes e ingresos del presunto incapaz. Esta administración judicial provisional no es una tutela patrimonial anticipada, las facultades del administrador son más limitadas que las del tutor. Así, no representa al presunto incapaz, por lo que no podrá enajenar ni realizar actos dispositivos de los bienes, ni siquiera con autorización judicial. Su gestión se limita a la administración ordinaria de conservación del patrimonio mientras se decide acerca de la capacidad del titular.

El nombramiento suele recaer en algún pariente próximo del presunto incapaz.

5.2.2.- Anotación preventiva de la demanda

La anotación de la demanda en los Registros Públicos (Civil, de la Propiedad o Mercantil) se requiere para que la existencia de un procedimiento de incapacitación sea pública para terceros, para que no contraten con él y que no les ampare el principio de la buena fe si lo hacen antes de dictarse la sentencia de incapacitación.

5.2.3.- Otras

– Formación de inventario. Si el presunto incapaz tiene un patrimonio considerable, será la primera medida a adoptar. Puede ser una medida autónoma o accesoria a una administración judicial.

– Depósito de bienes muebles. Si el presunto incapaz tiene dinero, títulos y objetos de valor que corran peligro. El dinero puede ingresarse en la Cuenta Provisional de Consignaciones o en una cuenta a nombre del presunto incapaz intervenida judicialmente. Para el resto de bienes, debe nombrarse un depositario.

– Bloqueo de cuentas corrientes. Para que no se disponga de la misma por parte de terceros. Puede ser total o parcial, solo para determinados movimientos.

– Autorización para la venta de algún bien. Si es preciso hacerlo urgentemente para atender sus necesidades.

– Establecer prohibiciones de disponer. Para asegurar que no enajenará o venderá bienes en su propio perjuicio.

6.- Procedimiento

Art. 753 LEC: “*Tramitación.*

1. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero el Secretario judicial dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente ley.

2. En la celebración de la vista de juicio verbal en estos procesos y de la comparecencia a que se refiere el artículo 771 de la presente ley, una vez practicadas las pruebas el Tribunal permitirá a las partes formular oralmente sus conclusiones, siendo de aplicación a tal fin lo establecido en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 433.

3. Los procesos a los que se refiere este título serán de tramitación preferente siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.”.

7.- Prueba

7.1.- General

Art. 752.1 y 2 LEC: “1. Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento.

Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.

2. La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.”.

Art. 759 LEC: “Pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación.

1. En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.

2. Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno.

3. Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.”.

En la práctica de estas pruebas se sigue una gran libertad formal, sin sujeción a un interrogatorio de preguntas, ni a un pliego de posiciones; tales actuaciones deben practicarse por medio de un examen libre del órgano jurisdiccional, concediendo intervención a los litigantes y al MF, de modo que puedan solicitar aclaraciones o

realizar las observaciones que estimen oportunas al objeto de lograr el cabal conocimiento por el juez del estado del presunto incapaz¹³²⁹.

Luego hay pruebas de carácter discrecional que son todas aquellas que el juez estime pertinentes, y pruebas de carácter preceptivo que son las que citamos a continuación.

7.2.- Audiencia a los parientes más próximos

Por tales no hay que entender los de un grado de parentesco más cercano, sino los de más próxima convivencia, pues obviamente son los que mejor conocen la existencia de la deficiencia o enfermedad y su influencia en los distintos ámbitos de la vida del presunto incapaz.

Se les pregunta sobre la situación del presunto incapaz y sobre la persona que consideran idónea para ejercer las funciones tuitivas.

Esta prueba ayuda a formar la opinión del juez sin que sea vinculante para él.

Se trata de un trámite esencial y previo a toda declaración de incapacidad y su falta puede ser apreciada de oficio por el tribunal por ser cuestión de orden público e incluso de trascendencia constitucional (STS, de 4 de marzo del 2000¹³³⁰).

7.3.- Examen del presunto incapaz

La STS, de 15 de octubre de 2001¹³³¹, contiene la doctrina jurisprudencial consolidada en este tema.

“A) El artículo 208 del Código Civil (actualmente derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de Enero, pero cuyo contenido ha sido sustancialmente incorporado al artículo 759 de la misma) [...] imponía a los Tribunales, sin distinción, la precisión de examinar por sí mismos al denunciado como incapaz, antes de declarar su incapacidad.

B) Este elemento interpretativo ha de entenderse reforzado por el hecho de que el precepto tenía alcance constitucional, pues al referirse a litigios en que se impugnaba la presunción legal de capacidad de obrar que a todas las personas mayores de edad reconoce el artículo 322 del Código Civil, afectaba al derecho fundamental al

¹³²⁹ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., pp. 126-128.

¹³³⁰ TOL 4.926.846

¹³³¹ TOL 4.924.371

desarrollo de la personalidad, proclamado por el artículo 10 de la Constitución española.

C) En consecuencia, el examen o inspección personal del demandado, constituye, de una parte, un valioso dato probatorio y, sobre todo, una garantía en prevención de abusos y maquinaciones, y, en otro aspecto, una importante ayuda al pronunciamiento de meditadas decisiones constitutivas en una materia que no se halla estrictamente reservada a la Medicina o la Psiquiatría, sino que presenta carácter multidisciplinar y ha de tener en cuenta criterios sociales carentes de rigurosa fijación.

D) Por todo ello, puede afirmarse que la norma de que se trata recae sobre materia de orden público, cuya conculcación tendría que ser examinada incluso de oficio, como imponen los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”.

7.4.- Dictamen pericial

El juez puede acordar libremente los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda. Pero nunca puede decidir acerca de la incapacitación sin previo dictamen pericial médico acordado por el tribunal; es este el dictamen médico preceptivo y no los elaborados por los peritos de las partes.

El dictamen del facultativo nombrado por el tribunal versará sobre la existencia de enfermedad o deficiencia, su carácter persistente y su influencia en la capacidad de autogobierno personal, familiar y patrimonial, del presunto incapaz.

El juez tiene la obligación de oír un dictamen, pero por la discrecionalidad concedida a la autoridad judicial podrá recabar cuantos informes médicos precise para determinar la existencia y alcance de la causa de incapacitación y también podrá el juez solicitar informe psicológico sobre el entorno familiar y social del presunto incapaz, con el fin de determinar quién es la persona más idónea para desempeñar el cargo tutelar.

El juez no está obligado a dar valor decisorio a un concreto dictamen pericial, solo “[...] valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica.” (art. 348 LEC) ya que por muy alta que sea su calidad, “*siempre envuelven juicios técnicos*” (STS, de 10 de febrero de 1988¹³³²).

8.- Sentencia

¹³³² TOL 1.732.900

8.1.- Art. 760 LEC

Art. 760 LEC: “Sentencia.

1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.

2. En el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él.

3. La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.”.

Si la sentencia declara la incapacitación, es constitutiva, ya que sitúa al demandado en el estado civil de incapacitado. Los efectos de la incapacitación empiezan desde su firmeza¹³³³ y, en consecuencia, no puede tener efectos retroactivos, lo que afirma la jurisprudencia de forma prácticamente unánime (SSTS, de 19 de febrero de 1996¹³³⁴ y 27 de enero de 1998¹³³⁵). Por lo cual, todos los actos y negocios jurídicos realizados por el incapaz antes de la firmeza de la sentencia son válidos, salvo que se impugne, por falta de consentimiento, o por estar viciado.

Las SSTS, de 28 de abril de 2003¹³³⁶ y 20 de mayo del 2003¹³³⁷, entienden que puede nombrarse tutor en la misma sentencia que se declara la incapacitación de una persona, siempre que se hubiere solicitado expresamente en la demanda, en beneficio del incapacitado y por economía procesal.

8.2.- Extensión y límites de la incapacitación

8.2.1.- Extensión

El juez determina la extensión y los límites de la incapacitación en función del grado de discernimiento que tenga el presunto incapaz para que la protección al interesado sea proporcional a la misma.

¹³³³ Sin perjuicio de las medidas cautelares previas del art. 762 LEC.

¹³³⁴ RJ 1996, 1413

¹³³⁵ RJ 1998, 552

¹³³⁶ TOL 274.450

¹³³⁷ TOL 276.095

Tal y como apunta la Instrucción núm. 3/2010 de la Fiscalía General del Estado¹³³⁸, punto 4.2, hay que tener en cuenta la capacidad de decisión y de ejercicio acerca de una serie de habilidades vitales que deben ser objeto de prueba, entre las que pueden señalarse:

“— Habilidades para el desarrollo de la vida cotidiana personal e independiente, como asearse, usar medios de comunicación, limpiar, etcétera.

— Habilidades de índole patrimonial, como el control de cuentas bancarias, manejo del dinero de bolsillo, gastos cotidianos.

— Habilidades de índole sanitaria, referidas al propio autocuidado y en relación con tratamientos médicos, farmacológicos, rehabilitadores.

— Habilidades de tipo social: pasear, decidir el lugar de residencia.”.

Si bien no se impone la obligación de graduar la incapacitación en todo caso, es conveniente individualizar la declaración, huyendo de formularios y automatismos.

Puede suceder:

a) Que la sentencia declare la incapacitación total, lo que afecta a la esfera personal y patrimonial, y someta, sin más, al incapacitado a tutela; el tutor será el representante legal y el administrador de su patrimonio y se aplicarán las normas reguladoras del ejercicio de la tutela (arts. 259 a 275 CC).

b) Que la sentencia declare la incapacitación parcial y someta al incapacitado a una tutela patrimonial o a una curatela y nombre un tutor patrimonial o un curador. Estima que el demandado puede realizar algunos actos por sí solo, y es capaz de adoptar decisiones que atañen a su persona. Pero para actos más complejos necesita de la representación (tutor patrimonial) o del auxilio y asistencia de otra persona (curador). Supuesto del art. 290 CC que establece: “*Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial.*”¹³³⁹. El juez podrá excluir alguno de los supuestos del art. 271 CC o incluir otros actos no contemplados.

La determinación de sujetar al incapacitado a tutela o a curatela ya supone una determinación de la extensión de la incapacitación. Pero el juez, conforme al art. 760.1

¹³³⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción nº 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas. Consultada en:

<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Instruccion_3_10.pdf?idFile=389240c8-6daa-45be-8f72-613866093664>

¹³³⁹ Los del art. 271 CC.

LEC podrá modificar, dentro de cada declaración de incapacitación, el régimen previsto en la ley para así adecuar la protección a la incapacidad apreciada. Puede hacer un listado de los actos afectados por la incapacitación, con lo que quedará limitada a estos y para todos los demás se mantendrá una presunción de capacidad.

8.2.2.- Actos concretos

Hay diversas normas dispersas por el ordenamiento jurídico que autorizan al juez a pronunciarse sobre determinados actos.

8.2.2.1.- Derecho de sufragio

a).- LOREG

El art. 3.1 b) LOREG, hasta la modificación de esta Ley por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad¹³⁴⁰; establecía: “1. *Carecen de derecho de sufragio:*

b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.”. Si la sentencia no declaraba lo contrario, el incapaz podía ejercer su derecho al voto.

La Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado, en ese sentido, indicó que “el sufragio tiene el carácter de derecho fundamental y su limitación afecta al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10.1 CE, su privación únicamente puede realizarse en virtud de sentencia judicial, siendo preciso que en la misma así se declare expresamente.”.

La STS, de 24 de junio de 2013¹³⁴¹, expone: “*el artículo 3.1 b y 2 de La Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o*

¹³⁴⁰ BOE-A-2018-16672

¹³⁴¹ Id Cendoj: 28079110012013100370

necesaria de la incapacidad, [...] Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental”.

La Ley Orgánica 2/2018 ha modificado la LOREG:

– Suprime los párrafos b) y c) del art. 3.1 LOREG.

– Da nueva redacción al art. 3.2 LOREG, así: *“Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera.”.*

– Añade una Disp. adic. octava que dice: *“A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1. b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley.”.*

Por ello, a partir del 7 de diciembre de 2018¹³⁴², han quedado eliminados de nuestro ordenamiento electoral los dos supuestos de incapacidad electoral de naturaleza civil que preveía el art. 3.1 a) y b) LOREG.

Sin embargo, como indican las Instrucciones 5/2019, de 11 de marzo¹³⁴³, y 7/2019, de 18 de marzo¹³⁴⁴, ambas de la Junta Electoral Central, “la nueva redacción del art. 3.2 LOREG, en la que se señala que el derecho de sufragio activo debe ejercerse de forma “consciente, libre y voluntariamente”, así como la referencia a las formas de comunicar el ejercicio de este derecho y los medios de apoyo que se requieran, suscita problemas interpretativos que no han quedado resueltos por el legislador”. Problemas que intenta resolver la última Instrucción, estableciendo “la Oficina del Censo Electoral deberá incorporar a dicho censo a todas aquellas personas que hubieren sido excluidas

¹³⁴² Fecha de entrada en vigor de la LO 2/2018.

¹³⁴³ Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre aplicación de la modificación de la LOREG llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE-A-2019-3566), derogada por la Instrucción 7/2019.

¹³⁴⁴ Instrucción 7/2019, de la Junta Electoral Central, de 18 de marzo, que da nueva redacción a la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo de 2019, sobre aplicación de la modificación de la LOREG llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE-A-2019-4084).

como consecuencia de resoluciones judiciales de naturaleza civil de privación del derecho de sufragio activo. [...]

Las Mesas Electorales deberán admitir el voto de cualquier persona que se encuentre inscrita en el censo electoral correspondiente a dicha Mesa. Las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral.

En el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifestación de constancia, el acta identificará al elector únicamente por el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte. [...]

Las personas que deseen ejercer su derecho de sufragio por correspondencia, si se encuentran en una situación en que por enfermedad o por su incapacidad no puedan realizar la formulación personal del voto, deberán seguir lo dispuesto en el artículo 72.c) de la LOREG y en la Instrucción de la Junta Electoral Central de 10 de febrero de 1992.”, o sea, otorgar un poder electoral para emitir el voto por correo.

b).- Poderes electorales

La Junta Electoral Central, el 16 de abril de 2019¹³⁴⁵, adoptó un acuerdo en respuesta a la consulta realizada por el CGN sobre la actuación que ha de seguir el notario al autorizar poderes electorales a personas afectadas por una discapacidad física o que carezcan de capacidad de obrar. La LO 2/2018 ha suprimido las causas de incapacidad del art. 3.1 LOREG, pero no se ha modificado el art. 72 c) LOREG, que establece el procedimiento del voto por correo de personas que sufran enfermedad o incapacidad que les impida la formulación personal de la solicitud de este voto.

Dice: “En caso de enfermedad o incapacidad que impida la formulación personal de la solicitud, cuya existencia deberá acreditarse por medio de certificación médica oficial y gratuita, aquella podrá ser efectuada en nombre del elector por otra persona autorizada notarial o consularmente mediante documento que se extenderá

¹³⁴⁵ JUNTA ELECTORAL CENTRAL, “Acuerdos de la Junta Electoral Central”, sesión JEC: 16/04/2019, núm. acuerdo: 208/2019, núm. expediente: 320/327. Autor: Sr. Director General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia. Consultado en: http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/doctrina/acuerdos?packedargs=anyosesion=2019&idacuerdoinstruccion=67435&idsesion=932&template=Doctrina%252FJEC_Detalle

individualmente en relación con cada elector y sin que en el mismo pueda incluirse a varios electores, ni una misma persona representar a más de un elector. La Junta Electoral comprobará, en cada caso, la concurrencia de las circunstancias a que se refiere este apartado.

Por otra parte el artículo 8 del Anexo IV del RN, señala que la prestación para dar fe de actos u operaciones relacionadas con la materia electoral se regirá por la legislación notarial general. En dicha normativa se establece que el notario, en el ejercicio de su función pública, debe comprobar que el otorgante dispone de capacidad, dando fe de tal extremo en la comparecencia de la escritura pública de poder electoral (artículos 145, 156.8 y 167 RN).

El criterio de esta Junta Electoral Central es que, conforme a una interpretación más favorable al derecho de sufragio, como sugiere el CGN y en línea con lo aprobado por el legislador en la LO 2/2018, el juicio notarial de capacidad debe orientarse a la constatación del deseo de votar del elector, así como de designar a una persona que le preste su apoyo en la formulación y recepción de la documentación electoral, sin exigir otras valoraciones que pudieran limitar el ejercicio de su derecho.”.

Por todo ello, a los notarios se les plantea un problema, cuando personas que no tienen capacidad natural de entender y querer, y que no pueden desplazarse a votar, quieran otorgar un poder electoral.

Tras la modificación de la LO 2/2018, toda persona puede ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente. Con lo que en la actualidad, solo carecen del derecho de sufragio los condenados por sentencia judicial firme a esta pena (art. 3 LOREG).

Luego, la persona con discapacidad que no puede entender ni querer, pero sí puede votar, ¿puede otorgar un poder electoral notarial? (art. 8 del Anexo 4º del RN).

A favor de la posición negativa se puede aducir:

El juicio de capacidad que debe hacer el notario al autorizar un acto jurídico, dando fe de que a su juicio, la persona tiene capacidad suficiente (arts. 17 bis LN y 145 RN). La persona con discapacidad, si no tiene la capacidad para otorgar un poder porque no comprende su significado y no puede prestar un consentimiento válido, si otorga el poder, este estará afectado de nulidad radical.

Además, el art. 3 LOREG exige que el derecho a voto se ejerza “*consciente, libre y voluntariamente*”; y la persona con estas circunstancias no lo ejerce de esta manera.

Se puede producir un fraude de ley ya que según el art. 4.2 LOREG: “*Nadie puede votar más de una vez en las mismas elecciones.*”, y podría ser que la persona más cercana a la persona con discapacidad la manipulara para que votara según sus indicaciones, con lo que votaría dos veces.

Y a favor de la posición positiva:

La capacidad de las personas se presume siempre (arts. 10 CE y 322 CC). Si se tiene dudas hay que optar a favor de que la persona es capaz.

El principio general de que quien puede lo más, puede lo menos, con arreglo al cual quien puede votar, puede realizar los actos previos o necesarios para ello, o sea, otorgar un poder para votar por correo.

La reforma de la LOREG reconoce el derecho de voto sin excepciones a todas las personas con discapacidad, lo que se debe interpretar en el sentido de favorecer el efecto final de la norma, o sea, el otorgamiento del poder para votar.

El n.º 2º de la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, establece que si una persona con discapacidad va a votar y algún miembro de una Mesa Electoral y de los interventores o apoderados cree “que el voto no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna”, con lo que sería válido, aunque al no poder individualizarlo no se comprende la utilidad de esta constancia.

De modo que, si hay dudas, en principio habrá que autorizar el poder, ya que la capacidad se presume y el fin de la norma es favorecer el voto. Aunque si la persona se puede desplazar a votar, lo normal será no autorizar el poder, que se prevé a los solos efectos de subsanar la imposibilidad del desplazamiento.

Si la discapacidad es manifiesta y es imposible que la persona se desplace a votar, la autorización dependerá del criterio de cada notario. Si autoriza el poder, en el juicio de capacidad que efectuará, puede hacer constar que considera a la persona con capacidad para el otorgamiento, según lo dispuesto en la LOREG, e incluso podría añadir su opinión sobre si el voto va a ejercerse “*consciente, libre y voluntariamente*”.

8.2.2.2.- Esterilización del incapaz

Art. 156 párr. 2º CP: “*No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de*

supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.”.

Este art. fue modificado por la Disp. adic. primera de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP¹³⁴⁶.

Además, la Disp. adic. primera LO 1/2015, dice: *“La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento.”.*

Lo que es conforme con lo dispuesto por el Comité CDPD examinó los informes periódicos segundo y tercero combinados de España¹³⁴⁷ en sus sesiones 445^a y 446^a¹³⁴⁸, celebradas los días 18 y 19 de marzo de 2019. En su 463^a sesión, celebrada el 29 de marzo de 2019, aprobó las observaciones finales, tituladas “Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España”¹³⁴⁹, que veremos en el Tema VIII. En cuanto al art. 156 párr. 2º CP, indica:

“Preocupa profundamente al Comité que se siga obligando a abortar y se siga esterilizando por la fuerza a mujeres y niñas con discapacidad. Le preocupa, además, que en el Estado parte se administren tratamientos médicos sin el consentimiento libre e informado del afectado. [...]

El Comité reitera la recomendación que formuló en sus observaciones finales anteriores (CRPD/C/ESP/CO/1, párr. 38) e insta al Estado parte a que derogue el artículo 156 de la Ley Orgánica núm. 10/1995 a fin de acabar por completo con la

¹³⁴⁶ BOE-A-2015-3439. Su redacción original era: *“Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.”.*

¹³⁴⁷ CRPD/C/ESP/2-3

¹³⁴⁸ Vid. CRPD/C/SR.445 y 446

¹³⁴⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, aprobadas por el Comité en su 21er período de sesiones (11 de marzo a 5 de abril de 2019. CRPD/C/ESP/CO/2-3), 13 de mayo de 2019, Nueva York, NNUU, 2019. Consultado en:

<https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=4&DocTypeID=5>

práctica de la esterilización forzada de personas con discapacidad, así como con los tratamientos médicos y las investigaciones que se administren o realicen sin el consentimiento pleno e informado del afectado.”.

8.2.2.3.- Testamento notarial

Art. 665 CC: *“Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.”.*

8.2.2.4.- Contraer matrimonio

El art. 56 CC, tras la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria¹³⁵⁰, establece que: *“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código.*

El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.”¹³⁵¹.

¹³⁵⁰ BOE-A-2017-7483

¹³⁵¹ Art. 56 CC antiguo: *“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código. Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.”.*

La interpretación de este art. generó alguna duda respecto al término discapacidad. Por ello, la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016 de la DGRN, sobre la interpretación y aplicación del art. 56 CC, relativo a la forma de celebración del matrimonio, aclaró que *“la exigencia [...] de dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento”*, se debe entender necesariamente limitada

Luego la declaración de incapacidad por sí misma no impide la celebración del matrimonio civil. Es más, la intención de esta reforma es favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad. La previsión del art. 56 párr. 2º CC pretende dar cobertura plena a la exigencia prevista en el art. 12.3 CDPD y a lo dispuesto en el art. 23.1 a) CDPD: *“Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:*

a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”.

Y en el mismo sentido, el art. 58.5 LRC, con la redacción de la Ley 4/2017 establece: *“5. El Letrado de la Administración de Justicia, Notario o Encargado del Registro Civil oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento. Asimismo, se podrán solicitar los informes y practicar las diligencias pertinentes, sean o no propuestas por los requirentes, para acreditar el estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios para apreciar la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio. [...]*

De la realización de todas estas actuaciones se dejará constancia en el acta o expediente, archivándose junto con los documentos previos a la inscripción de matrimonio. [...]”.

Como señala Díaz Martínez¹³⁵², “el expediente se inicia con un escrito con los datos de identidad de los futuros contrayentes y sus declaraciones sobre la inexistencia de impedimentos para celebrar el enlace”. Si han estado casados con anterioridad deben indicar la fecha de disolución del matrimonio. “A él se aportarán certificaciones de nacimiento y, en su caso, de defunción o declaración de fallecimiento del anterior cónyuge o de la inscripción del divorcio”. La ratifican los futuros contrayentes y se da publicidad a su intención de contraer matrimonio a través de edictos.

exclusivamente a aquellos casos en los que la deficiencia afecte de forma sustancial a la prestación del consentimiento por el interesado en cuestión.

¹³⁵² DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Art. 56”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 714.

Se termina el expediente con un auto favorable o denegatorio de la celebración del matrimonio pretendido¹³⁵³.

La inexistencia de prohibiciones y la capacidad para contraer matrimonio se controlan en varios momentos diferentes, uno previo a la celebración, en el correspondiente expediente, otro por la autoridad que celebre el matrimonio, y otro en la inscripción en el Registro. Si no se hiciera correctamente podría suponer la celebración de un matrimonio nulo.

Así, el art. 46 CC: *“No pueden contraer matrimonio:*

1.º Los menores de edad no emancipados.

2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial.”. Con lo que hay que acreditar la edad y la libertad de estado, o sea, no estar ligado con otro vínculo matrimonial.

No es necesario acreditar la inexistencia de otros impedimentos como los del art. 47 CC: *“Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:*

1. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.

2. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.

3. Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.”. Aunque el instructor puede hacer averiguaciones de oficio o exigir las explicaciones que considere convenientes si tiene sospechas.

Determinar si los contrayentes tienen la capacidad psíquica necesaria para prestar consentimiento es lo más peliagudo del expediente matrimonial ya que no hay reglas generales y hay que apreciarlo caso por caso.

El art. 45 párr. 1º CC establece: *“No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial.”*.

Para prestar consentimiento matrimonial hay que entender y querer lo que se va a hacer, por ello, el art. 56 párr. 2º CC prevé que se recabe de las Administraciones o entidades que se ocupan de la promoción o protección de los derechos de las personas con discapacidad los apoyos humanos, técnicos y materiales que facilitan la emisión, interpretación y recepción del consentimiento de los contrayentes y solo cabe el apoyo

¹³⁵³ VENTURA VENTURA, J.M., “Com. arts. 51 a 58 CC”, en J. Rams Albesa/R. Mª. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 1º, ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 555-563; indica las siguientes fases del expediente matrimonial: “alegaciones iniciales y principio de prueba de las mismas, trámite de ratificación y advertencia de posibles defectos de prueba en relación con las alegaciones, publicación de edictos o proclamas o práctica de diligencias sustitutorias, práctica de las pruebas propuestas o acordadas de oficio, en la que destaca el trámite de audiencia separada a los futuros contrayentes y la petición de dictamen de facultativo, si uno de ellos estuviera afectado por deficiencias psíquicas y, finalmente, resolución.”.

excepcional de facultativos¹³⁵⁴, que emiten dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento. Ello es aplicable a los que “están afectados por enfermedades psíquicas y también a personas de edad avanzada con trastornos propios de ella, como demencia senil o alzhéimer”¹³⁵⁵.

“La existencia de deficiencia o anomalía psíquica no es motivo suficiente por sí misma para impedir la celebración del matrimonio del interesado”¹³⁵⁶. Así, la RDGRN, de 18 de septiembre de 2008¹³⁵⁷.

El informe médico del art. 56 párr. 2º CC no es vinculante para el instructor del expediente matrimonial, que si no lo sigue al autorizar o no la celebración del matrimonio, ha de fundamentar las razones en que se apoya, que normalmente será la entrevista exploratoria directa y personal con el futuro contrayente y la audiencia de testigos. Si piensa que los futuros contrayentes tienen un conocimiento suficiente sobre lo que supone el matrimonio y sus consecuencias y en base al art. 322 CC; puede autorizar el matrimonio, pese al dictamen médico contrario a la existencia de tal capacidad y a la inversa. Puig Ferriol¹³⁵⁸ considera que si el dictamen es favorable, vinculará al instructor. Otra cosa es el procedimiento judicial de nulidad que podría plantearse si el matrimonio fue autorizado.

A los incapacitados por sentencia judicial firme ya no les es aplicable la presunción general de capacidad (art. 322 CC), pero ello no supone “que los incapacitados no puedan celebrar válidamente determinados actos jurídicos, como el testamento o el matrimonio, pero habrá que tomar garantías previas para cerciorarse de la capacidad natural suficiente de la persona afectada”¹³⁵⁹.

La sentencia de incapacitación puede determinar que el sujeto incapacitado tiene capacidad matrimonial, y compartiendo la opinión de Díaz Martínez¹³⁶⁰, no es óbice para que el instructor del expediente, si lo cree necesario, pueda someter al interesado al

¹³⁵⁴ El art. 378 RRC dispone que las funciones que LRC atribuye a los médicos del RC serán desempeñadas por funcionarios del Cuerpo de Médicos Forenses.

¹³⁵⁵ RDGRN, de 29 de enero de 2004 (RJ 2004, 2790), sobre falta de capacidad matrimonial de un anciano, que padece un grave deterioro cognitivo, que finalmente desiste del expediente matrimonial.

¹³⁵⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Art. 56”, cit., p. 714.

¹³⁵⁷ TOL 2.000.336

¹³⁵⁸ PUIG FERRIOL, L., “Comentario a los arts. 56 a 58 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, t. I, 2ª ed., ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, p. 293. Ello por el principio *favor matrimonii* y porque el instructor del expediente difícilmente estará en condiciones de poder fundamentar, con las debidas garantías, su criterio contrario al dictamen médico.

¹³⁵⁹ VENTURA VENTURA, J.M., “Comentario al art. 56”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 394.

¹³⁶⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Art. 56”, cit., p. 714.

dictamen médico del art. 56 párr. 2º CC. Si la sentencia de incapacitación no dice nada del matrimonio, habrá que acudir al dictamen del médico de modo excepcional si el instructor observa una condición de salud que de modo evidente, categórico y sustancial pueda impedirle prestar el consentimiento. Si la sentencia judicial decreta la incapacitación total, el instructor del expediente, tras recabar el dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento, puede autorizar el matrimonio¹³⁶¹, lo que aceptan la RDGRN, de 18 de marzo de 1994¹³⁶² o la de 2 de junio de 1999¹³⁶³. Como pone de manifiesto Ramos Chaparro¹³⁶⁴, la sentencia de incapacitación no puede desvirtuar la naturaleza personalísima del matrimonio sometiénolo a una intervención representativa o meramente asistencial del tutor o de otra persona.

Para el matrimonio de un incapacitado en intervalo lúcido habrá que recabar dictamen médico y que el instructor del expediente decidiera sobre esa base y sus propias averiguaciones sobre la autorización o no del matrimonio, en aplicación del art. 56 párr. 2º CC, pero a diferencia del testamento, que es un negocio que se agota en su otorgamiento, desde el punto de vista de la capacidad del autor (art. 665 CC), en el matrimonio no solo ha de analizarse la capacidad natural actual de entender y querer, sino también la aptitud para asumir el *status* conyugal en el futuro.

Se puede relacionar la capacidad psíquica de uno de los futuros contrayentes con la edad mínima para contraer matrimonio si los informes médicos dicen que padece un retraso en su desarrollo u oligofrenia que determina una edad mental inferior a los dieciséis años, que como mínimo, exige el art. 46 CC para contraer matrimonio¹³⁶⁵. Así pueden verse, entre otras, las RRDGRN, de 17 de diciembre de 1993¹³⁶⁶, 20 de enero de 1995¹³⁶⁷ y 2 de junio de 1999¹³⁶⁸.

Se puede ejercitar la acción de nulidad matrimonial en base al art. 73.1º CC que establece: “*Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración:*

1.º *El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.*”, impugnabile por el propio cónyuge¹³⁶⁹ o por tercero legitimado. Se valora en el proceso judicial la

¹³⁶¹ De una persona totalmente incapacitada.

¹³⁶² RJ 1994, 2957

¹³⁶³ RJ 1999, 10119

¹³⁶⁴ RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 410.

¹³⁶⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Art. 56”, cit., pp. 719-720.

¹³⁶⁶ RJ 1994, 564

¹³⁶⁷ RJ 1995, 1606

¹³⁶⁸ RJ 1999, 10119

¹³⁶⁹ RDGRN, de 7 de julio de 1988 (RJ 1988, 6109).

capacidad de los contrayentes en el momento de celebración del matrimonio y no en la fecha de presentación de la demanda¹³⁷⁰.

8.2.2.5.- Contrato de trabajo

Art. 7 a) ET: *“Podrán contratar la prestación de su trabajo:*

a) Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil.”. Ahora bien, indica en el apartado b) párr. 2º que “Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda esta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.”.

8.3.- Régimen de tutela o guarda

Al nombrar un órgano de guarda se protege al incapacitado, cumpliendo la función tuitiva de la incapacitación. Esta protección ha de ser proporcional a la extensión y límites de la incapacidad que presenta el incapacitado y que han sido fijados en la sentencia.

El juez debe atender al grado de discernimiento que presenta el incapacitado:

– Si lo tiene alto, optará por un régimen de asistencia, en cuyo caso el órgano de guarda habrá de ser la curatela.

– Si lo tiene bajo, optará por un régimen de sustitución y habrá que fijar la patria potestad rehabilitada o prorrogada o la tutela.

El alcance de las facultades de quienes ocupen tales cargos vendrá determinado en la sentencia de incapacitación y, en su defecto, por la ley.

8.4.- Internamiento

Se autoriza al juez a decidir acerca de la necesidad de internamiento, con lo que no hay que usar el procedimiento del art. 763 LEC cuando se compruebe en atención a las circunstancias que concurran la oportunidad del internamiento en el procedimiento de incapacitación.

Puede ser objeto de impugnación por el otro contrayente, invocando su error sobre una cualidad esencial de su cónyuge, determinante de la prestación del consentimiento matrimonial, el equilibrio o normalidad psíquica (art. 73.4º CC).

¹³⁷⁰ SAP de Málaga, de 5 de abril de 2006 (TOL 1.005.918).

8.5.- Inscripción

8.5.1.- RC

Por su incidencia en la capacidad de las personas, la resolución judicial de incapacitación debe inscribirse en los Registros públicos, especialmente en el RC. Respecto al acceso de las sentencias a Registros públicos, el art. 755 LEC establece: *“Acceso de las sentencias a Registros públicos.*

Cuando proceda, el Secretario judicial acordará que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este Título se comuniquen de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan.

A petición de parte, se comunicarán también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso procedan.”.

Y el art. 177 RRC: *“La inscripción de la incapacitación expresará la extensión y límites de ésta, así como si el incapacitado queda sujeto a tutela o curatela, según la resolución judicial.*

En la inscripción de la declaración de prodigalidad se expresarán los actos que el pródigo no puede realizar sin consentimiento del curador.”.

8.5.2.- RP

Las resoluciones judiciales que afectan a la capacidad civil de las personas son inscribibles en el RP. El art. 2.4º LH dice: *“Cuarto. Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.”*, luego se inscriben las sentencias de incapacitación y prodigalidad¹³⁷¹.

Así, el art. 42.5 LH establece que *“Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:*

Quinto. El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número cuarto del artículo segundo de esta Ley.”.

¹³⁷¹ Art. 10 RH: *“Las resoluciones judiciales que deben inscribirse conforme a lo dispuesto en el número cuarto del artículo segundo de la Ley, no son sólo las que expresamente declaren la incapacidad de alguna persona para administrar sus bienes o modifiquen con igual expresión su capacidad civil en cuanto a la libre disposición de su caudal, sino también todas aquellas que produzcan legalmente una u otra incapacidad, aunque no la declaren de un modo terminante.”.*

El juez puede ordenar de oficio la práctica de la anotación, en el marco de la adopción de medidas cautelares, conforme al art. 762 LEC, que permite adoptar “[...] las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio [...]”.

Conforme al art. 165 RH, para la anotación, hará falta la “[...] presentación en el Registro del mandamiento del Juez o Tribunal, en el que se insertará literalmente la resolución respectiva con su fecha y se hará constar, en su caso, que es firme.”¹³⁷².

Presentado el mandamiento, y calificado positivamente, conforme a los arts. 73.2 LH y 171 RH, el registrador practicará la anotación en el folio de cada uno de los bienes que aparezcan inscritos a favor del sujeto demandado¹³⁷³.

Mientras dure el proceso no se produce el cierre registral y el demandado puede disponer de sus bienes, la anotación es para informar a los posteriores adquirentes de que su adquisición pende de resolución definitiva. Dictada la sentencia firme, si es favorable al demandado, se cancela la anotación (art. 206.4 RH); si es favorable al demandante, se realiza la inscripción y se cancelarán los actos dispositivos posteriores a la anotación preventiva, si se hubieran producido.

Las resoluciones del art. 2.4º LH se inscribirán en los bienes y derechos inscritos a favor del sujeto, debe practicarse la inscripción correspondiente en el libro de inscripciones y además en el libro de incapacitados, aunque no tengan bienes (arts. 386 a 391 RH). Si posteriormente realiza adquisiciones, tras la inscripción de la adquisición se extenderá la de incapacidad, referenciándose el citado libro¹³⁷⁴.

9.- Modificación de la incapacitación

9.1.- Art. 761 LEC

Art. 761 LEC: *“Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación.*

¹³⁷² JORDANA DE POZAS GONZÁLBEZ, J. A., “La protección de los derechos de las personas con discapacidad en el registro de la propiedad”, en P. Aguirre Zamorano/M. Torres Vela (dir.), *Guía de buenas práctica sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia*, Consejo General del Poder Judicial, ed. Lual Ediciones, 2011, pp. 72-73.

¹³⁷³ También podrán practicarse la inscripción previa de bienes no inscritos a nombre del demandado, si el juez o tribunal lo ordena.

¹³⁷⁴ JORDANA DE POZAS GONZÁLBEZ, J. A., “La protección de los derechos...”, cit., pp. 74-76.

1. La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.

2. Corresponde formular la petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior, a las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y al propio incapacitado.

Si se hubiera privado al incapacitado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo.

3. En los procesos a que se refiere este artículo se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el artículo 759, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda.

La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta.”.

No es un procedimiento para subsanar posibles vicios o defectos del procedimiento inicial, para lo que existen otras vías, sino para adecuar la nueva situación del incapacitado a la declaración oficial de incapacitación.

Este proceso se justifica porque la incapacitación es graduable, art. 760.1 LEC, y por la existencia de diferentes órganos de guarda. Supone la aparición de nuevas circunstancias que afecten al grado de discernimiento del incapacitado para mejor o para peor.

9.2.- Legitimación

Legitima a aquellos que estando cerca del incapacitado conocen más directa y exactamente la evolución médica de la enfermedad o deficiencia.

Están legitimadas las personas del art. 757.1 LEC, es decir, el propio incapacitado, cónyuge, conviviente de hecho, descendientes, ascendientes y hermanos.

Al MF se le elimina el carácter subsidiario que tenía en el procedimiento inicial, no tiene que esperar a la inactividad de los parientes del incapacitado, sino que, desde el momento en que se entere de la aparición de nuevas circunstancias, podrá y deberá promover la modificación de la incapacitación o su extinción (art. 749 LEC).

Pueden asimismo promover el proceso de modificación y extinción las personas que ejerzan cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado. Para ellos, es un deber que recoge el art. 269.3 CC, en cuya virtud el tutor está obligado “*A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.*”.

Igualmente se legitima a quienes tuvieran bajo su guarda al incapacitado, expresión que la mayoría de la doctrina considera reiterativa de la precedente (cargo tutelar) pero que, según García Medina¹³⁷⁵, puede servir para legitimar a los facultativos y directores de los establecimientos en los que se halle internado el incapacitado, pues no hay que desconocer que en muchos casos serán estos y no el tutor quienes aprecien la evolución de la enfermedad o deficiencia en el incapacitado. Se refiere a la guarda independiente pero paralela a la existencia del cargo tutelar.

9.3.- Sentencia

La sentencia puede:

- Dejar sin efecto la incapacitación, si queda patente la recuperación del incapacitado y su aptitud para gestionar su persona y patrimonio.

- Mantener la incapacitación con igual extensión y límites. Si el grado de discernimiento del incapacitado y su capacidad de autogobierno permanece inalterado.

- Fijar nueva extensión y límites de la incapacitación si el grado de discernimiento ha tenido alguna variación, y en su caso, la modificación del órgano de guarda. Puede establecer:

- a) Variaciones de los límites establecidos en la sentencia inicial.

Reconociendo al incapacitado un mayor o menor ámbito de actuación, aumentando o disminuyendo los actos que el incapacitado puede realizar por sí solo.

- b) Variaciones que afectan al régimen, al sistema de guarda.

En el CC solo se contempla, de forma expresa, la sustitución de la tutela por la curatela, así, de un lado, el art. 277.2 CC establece que la tutela se extingue “*Al dictarse la resolución judicial que pongan fin a la incapacitación, o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela.*”; y, de otro, el art. 287 CC dispone: “*Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la*

¹³⁷⁵ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., pp. 132-134.

sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.”.

La doctrina es unánime al admitir que, igualmente, la resolución puede sustituir la curatela por la tutela, por la agravación de la enfermedad o deficiencia, o la aparición de una nueva.

10.- Internamiento. Art. 763 LEC

Art. 763 LEC: *“Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.*

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la

medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.”.

Este internamiento es posible independientemente de que haya o no procedimiento de incapacitación, pero lo normal es que exista.

El párr. 1º del antiguo art. 763.1, ha sido declarado inconstitucional por STC, de 2 diciembre de 2010¹³⁷⁶, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, tal medida solo puede regularse mediante ley orgánica.

Como afirma García Garnica¹³⁷⁷, el TC, conforme a la doctrina establecida en su STC, de 1 de julio de 1999¹³⁷⁸, ha declarado que “este precepto infringe la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81 CE en cuanto regula la posibilidad de acordar el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico; porque, en tanto que esa medida es constitutiva de una privación de libertad, afecta al derecho fundamental consagrado en el art. 17.1 CE y solo puede regularse mediante ley orgánica. Sin embargo, precisa el TC que la reserva de ley orgánica no alcanza a la regulación de los aspectos estrictamente procesales relativos a la conformación de tal decisión judicial”.

¹³⁷⁶ BOE-A-2011-274

¹³⁷⁷ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 199”, p. 2049.

¹³⁷⁸ BOE-T-1999-16571

Continúa indicando que “la inconstitucionalidad solo alcanza al primer inciso del párr. 1º del señalado art. 763.1 LEC, según el cual *“el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial”*, así como al primer inciso del párr. 2º del mismo art., que establece *“la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”*.”

Pero no al resto del precepto. No obstante, y en aplicación nuevamente de la doctrina ya establecida en la STC, de 1 de julio de 1999¹³⁷⁹, el TC precisa que en este caso a la declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse la declaración de nulidad, en la medida en que ello crearía un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, máxime cuando no se ha cuestionado el contenido material del art”. Concluye que estamos *“en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica”*¹³⁸⁰.

III.- EFECTOS DE LA INCAPACITACIÓN

1.- Efectos

El efecto general que produce la declaración de incapacidad es el nacimiento de un nuevo estado civil: el de incapacitado, cuyo régimen vendrá determinado por la sentencia que lo constituyó.

El juez, atendiendo a las peculiaridades del supuesto, en su sentencia determinará la extensión y los límites de la incapacitación. Suprimirá o disminuirá en el grado correspondiente la capacidad del afectado que deberá por tanto ser suplida o completada y fijará el régimen de tutela o guarda a que se somete el incapaz.

El art. 215 CC dice: *“La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante:*

1. La tutela.

¹³⁷⁹ BOE-T-1999-16571

¹³⁸⁰ Sobre esta cuestión, MORETÓN SANZ, F., “Dos nuevos pronunciamientos del TC sobre el internamiento forzoso en establecimiento de salud mental como medida privativa de libertad: cuestiones sobre ingresos no voluntarios en centros geriátricos”, *Revista de Derecho de la Uned*, nº 7, 2010, pp. 461 y ss.

2. La curatela.

3. El defensor judicial.”.

El tutor es el representante del incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición legal expresa o de la sentencia de incapacitación y los que tengan carácter personalísimo (267 CC); mientras que la curatela tendrá por objeto, según los arts. 289 CC y 290 CC, la asistencia para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido, y si esta no los especificó, serán aquellos para los que el tutor debe pedir autorización judicial (arts. 271 y 272 CC). El defensor judicial se nombrará si hay conflicto de intereses entre el interesado y su representante o curador.

Con lo que el juez puede establecer:

- Una tutela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, en cuyo caso se priva al incapacitado de casi toda la capacidad y los actos los debe realizar el representante legal del incapacitado con autorización judicial en ciertos supuestos.
- Una curatela, en la que el incapacitado sigue teniendo capacidad, aunque atenuada, puesto que actúa él mismo, aunque para algunos actos precisará el complemento del curador.

El contenido específico de cada una de estas instituciones deberá ser fijado por el juez y, en su defecto, corresponderá la aplicación de la normativa general de las mismas, previsto en el CC.

2.- Actos anteriores a la incapacitación

La sentencia de incapacidad es constitutiva, a partir de ella se producen sus efectos. Los actos del incapacitado anteriores a la incapacitación no devienen ineficaces porque la incapacitación, por sí misma, no produce efectos retroactivos.

No obstante, pueden impugnarse siempre que se demuestre que el incapacitado carecía de capacidad en el momento en que se ejecutaron aunque todavía no se hubiera declarado la incapacitación, con arreglo al régimen establecido en los arts. 1300 a 1304 CC.

Para evitar que en el periodo de tramitación del procedimiento el presunto incapacitado realice actos que puedan dañar a su patrimonio, se permite la anotación preventiva de la demanda en el RP y el juez podrá tener las medidas cautelares que estime oportunas.

3.- Actos posteriores a la incapacitación

Los actos que el incapacitado realice después de la incapacitación, pero que le han sido permitidos por la sentencia, indudablemente son eficaces por aplicación de las reglas generales.

También serán eficaces los actos que realicen sus legítimos representantes de conformidad con lo ordenado por el juez o el CC.

La duda se presenta en los actos que el incapacitado realice en contra de lo establecido en la sentencia:

– Un primer sector doctrinal considera que son radicalmente nulos, por violar lo establecido en la sentencia.

– Pero otro sector doctrinal¹³⁸¹ mayoritario considera que son solo anulables, siempre que los haga con capacidad natural, porque si carece de ella, serían nulos por faltar el consentimiento. Lete del Río¹³⁸² señala que los actos o negocios jurídicos celebrados por el declarado incapaz más allá del ámbito de capacidad que le reconocen la ley o la sentencia son anulables; es decir, producen todos sus efectos en tanto no sea declarada su invalidez. Así se desprende del art. 1301 CC al que se refiere el art. 293 CC sobre la curatela, que establece: *“Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código.”*. Por tanto, producen todos sus efectos mientras no se declare su invalidez y son confirmables a menos que antes no se haya instado su anulación.

Excepcionalmente el ordenamiento jurídico permite ciertas actuaciones en intervalos lúcidos, como hace el art. 665 CC con los testamentos.

También según el art. 56 párr. 2º CC, los incapacitados podrían celebrar el matrimonio: *“Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá [...] dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.”*

En materia de responsabilidad extracontractual, los daños causados por los incapaces deberán ser reparados o indemnizados por el tutor que lo tenga en su

¹³⁸¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, cit., pp. 312-314.

¹³⁸² LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 210”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, p. 198.

compañía y bajo su autoridad, como responsable de culpa *in vigilando*¹³⁸³, pero quedará exento de dicha responsabilidad cuando pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. En este caso, por analogía con lo dispuesto por el CP, parece que responderán los incapacitados con sus mismos bienes. Hay que tener en cuenta que, a pesar de la obligación de reparar el daño causado, los incapaces no son responsables criminalmente, aunque ello dependerá del grado de incapacitación del mismo.

IV.- LA DECLARACIÓN DE PRODIGALIDAD

1.- Concepto

De Castro y Bravo¹³⁸⁴ considera la prodigalidad como la conducta socialmente condenable de quien pone en peligro injustificado la situación patrimonial de su familia más cercana.

El CC no ha recogido un concepto de la institución, por ello se ha ido construyendo con la jurisprudencia sobre la materia. Así, la STS, de 8 de marzo de 1991¹³⁸⁵, indica que es *“pródigo el que malgasta su caudal con ligereza tanto por la cuantía de los gastos como por el destino de los mismos, poniendo en peligro los alimentos de sus deudos.”*; y la STS de 25 de marzo de 1942¹³⁸⁶, establece que *“la prodigalidad no entraña perturbación alguna de las facultades intelectuales, sino un desequilibrio y desorden que hace referencia sólo al orden económico y en relación a la familia”*. Esto se ha ido reiterando en varias sentencias del TS, como las SSTs, de 23 marzo de 1962¹³⁸⁷ y 19 enero de 2010¹³⁸⁸.

La prodigalidad se caracteriza por ser una conducta:

- Desordenada y ligera en la gestión y uso del propio patrimonio, a causa de un espíritu desordenado o desarreglo de costumbres, la STS, de 25 de septiembre de 1958¹³⁸⁹, hablaba de *“irracional complacencia en el despilfarro”*.
- Habitual, aunque en la actualidad se discute.

¹³⁸³ Arts. 1902 CC: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”*; y 1903 párr. 3º CC: *“Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”*.

¹³⁸⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 338.

¹³⁸⁵ TOL 1.728.227

¹³⁸⁶ RJA 1942, 333

¹³⁸⁷ TOL 4.333.920

¹³⁸⁸ TOL 3.441.610

¹³⁸⁹ TOL 4.350.886

– Que ponga en injustificado peligro la conservación del patrimonio, con perjuicio de su familia más cercana, a quienes se reserva el ejercicio de la acción.

El CC reguló inicialmente la prodigalidad como causa de constitución del organismo tutelar. Sin embargo, la Ley 13/1983 desdibuja su configuración como incapacitación ya que no encaja en los supuestos del art. 200 CC y coloca al declarado pródigo bajo curatela, art. 286.3 CC, que establece: “*Están sujetos a curatela:*

3. Los declarados pródigos.”.

Lo que supone que el pródigo no tiene ya representante legal que actúe en su nombre, sino que el mismo actúa en nombre propio en toda clase de actos, con el consentimiento del curador en aquellos que la sentencia haya determinado.

Esta Ley cambió la finalidad de la prodigalidad, ya que, en la antigua legislación la prodigalidad defendía expectativas hereditarias de los herederos forzosos, y por eso les facultaba para controlar actos dispositivos de los ascendientes en vida de los mismos, a partir la misma ya no defiende expectativas futuras sino el derecho a alimentos actual, del cónyuge, descendientes o ascendientes. No hay ya ningún patrimonio familiar que defender para que pueda transmitirse a los hijos (STS, de 17 de diciembre de 1996¹³⁹⁰).

Hoy el procedimiento es el mismo que hemos visto para la declaración de incapacitación, regulado en la LEC, aunque con alguna particularidad. Así, el art. 757.5 LEC: “*La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.*”.

Fuera de este supuesto no es parte el MF.

Es posible el desistimiento sin la conformidad del MF, pero siguen sin ser posibles, la renuncia, el allanamiento y la transacción.

2.- Efectos

Antes la prodigalidad originaba la tutela del pródigo, ahora se le somete a curatela. Pero según el art. 760.3 LEC: “*La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.*”.

¹³⁹⁰ TOL 1.658.545

Según el art. 293 CC: “*Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código.*”.

El CC prevé una serie de supuestos:

– El cónyuge del pródigo puede solicitar judicialmente la cesación del régimen de gananciales, si el prodigo estaba casado bajo dicho régimen (art. 1393 párr. 1º 1º CC¹³⁹¹).

– El mandato se acaba por declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario (art. 1732 párr. 1º 3º CC¹³⁹²).

– El nombramiento de contador partidor dativo del art. 1057 párr. 3º *in fine* CC se observará aunque entre los coherederos haya alguno sometido a curatela por prodigalidad, “[...] *pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.*”.

– La sociedad civil se extingue por la declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios (art. 1700 párr. 1º 3º CC¹³⁹³).

Respecto a los actos anteriores a la prodigalidad, dice el art. 297 CC que: “*Los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa*”.

Sí podrán serlo los realizados con posterioridad a la iniciación del procedimiento.

Según de Castro y Bravo¹³⁹⁴, podrán impugnarse mediante la anulabilidad todos los actos que haya realizado desde tal momento aunque un sector doctrinal dice que solo si los actos están viciados de prodigalidad.

V.- LA CAPACIDAD DEL CONCURSADO Y DEL QUEBRADO

¹³⁹¹ Art. 1393 párr. 1º 1º CC: “*También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:*

1.º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.

Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.”.

¹³⁹² Art. 1732 párr. 1º 3º CC: “*El mandato se acaba por:*

3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.”.

¹³⁹³ Art. 1700 párr. 1º 3º CC: “*La sociedad se extingue:*

3.º Por muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios, y en el caso previsto en el artículo 1.699.”.

¹³⁹⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, cit., p. 347.

La materia sufre un importante giro a raíz de la publicación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; reformada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

La nueva normativa se rige por el principio de unidad legal, ya que se establece un solo régimen para todos los deudores, comerciantes o no, derogando, entre otros, los arts. 1912 a 1920 del CC relativos a la quita y espera.

Por lo que respecta a los efectos de la declaración de concurso sobre la capacidad del deudor, se distingue según este sea persona física o jurídica. Si el deudor es persona física del articulado de la LC podemos destacar lo siguiente:

Art. 172.2.2º LC: *“2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:*

2.º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos. [...]”.

Art. 40 LC: *“Facultades patrimoniales del deudor.*

1. En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.

2 Caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener.

4. A solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio.

[...]

5. *En caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación.*

6. *La intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal.*

El deudor conservará la facultad de testar, sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia.

7. *Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta.*

Los referidos actos no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme.”.

El art. 43 LC respecto de las facultades patrimoniales del deudor: “1. *En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin, los administradores concursales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario.*

2. *Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez.*

3. *Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior:*

1.º *Los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso. [...]*

2.º Los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. [...]

3.º Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor [...]”.

Art. 44.1 LC: “*Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial.*

1. La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor.”.

Si el concursado reclamase alimentos, el juez le señalará los que, atendidas las circunstancias, considere necesario; pero solo en el caso de que existan más bienes que deudas (art. 47.1 LC). Caso contrario, debe alimentarle la persona a quien corresponda a los arts. 142 y ss. CC.

Además, la declaración de insolvencia de una persona afecta a otras situaciones jurídicas en las que pueda encontrarse. Así:

- Se extingue el mandato por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario (art. 1732 CC).

- Es causa de extinción de la sociedad civil (art. 1700 párr. 1º 3º CC). También de la sociedad colectiva y comanditaria de la que el insolvente formara parte (art. 222 CCom¹³⁹⁵).

- Quedan excluidos de la posibilidad de ser tutores, salvo que la tutela sea solo de la persona (art. 244.5 CC).

- El cónyuge del concursado o quebrado puede solicitar judicialmente la cesación del régimen de gananciales, si el concursado estaba casado bajo dicho régimen (art. 1393 párr. 1º 1º CC).

VI.- DISCAPACIDADES ADMINISTRATIVAS

1.- Introducción

¹³⁹⁵ Art. 222 CCom: “*Las compañías colectivas y en comandita se disolverán, además, totalmente por las siguientes causas:*

1.ª La muerte de uno de los socios colectivos, si no contiene la escritura social pacto expreso de continuar en la sociedad los herederos del socio difunto o de subsistir ésta entre los socios sobrevivientes.

2.ª La demencia u otra causa que produzca la inhabilitación de un socio gestor para administrar sus bienes.

3.ª La apertura de la fase de liquidación en el concurso de cualquiera de los socios colectivos.”.

En la práctica nos encontramos con tres procesos de calificación de la incapacidad (discapacidad), ante diferentes instituciones que trabajan con diferentes especialistas.

Uno es para la incapacitación judicial, que es el que hemos visto. Los otros dos son administrativos, el reconocimiento administrativo del grado de discapacidad a efectos principalmente sociales, que depende del Departamento de Asuntos Sociales de cada Comunidad Autónoma y del IMSERSO; y el de la incapacidad laboral que compete a la Seguridad Social (SS).

Con lo que existen diversas instancias de un Estado que dictan calificaciones de tipo similar sobre una misma persona pero con muy poca o ninguna conexión entre ellas, lo que desde luego no parece lógico ni eficiente.

Las personas judicialmente incapacitadas no tienen ningún derecho a prestaciones públicas si no siguen el correspondiente proceso administrativo, si bien la sentencia de incapacitación se equipara de modo automático al 33% de discapacidad. Y la declaración administrativa de discapacidad y la incapacidad laboral por causas psíquicas no solo no equivalen a la incapacitación legal del interesado, sino que ni siquiera provocan la apertura automática del proceso judicial correspondiente.

Destaca Bolás Alfonso¹³⁹⁶ que “existe la vergüenza de incapacitar al familiar y la desconfianza de parte de los familiares hacia los jueces y los Tribunales, la insuficiencia de medios en el poder judicial y la descoordinación de los medios asistenciales de la administración”. Así, Morales Ferrer¹³⁹⁷ considera “que es necesario la unificación de los equipos de valoración, y que una persona que esté en un procedimiento declarativo de incapacitación civil tenga las mismas opciones, que una persona que tenga un grado de minusvalía por otro órgano de la Administración, con atención a las ayudas que le puedan corresponder” y que “es interesante que en un futuro se unifiquen la incapacidad judicial con la discapacidad¹³⁹⁸, puesto que beneficiaría a la persona discapacitada que es a su vez incapacitada judicial y a sus familiares, a efectos de trámites legales y ayudas”.

¹³⁹⁶ BOLÁS ALFONSO, J., “Inauguración del seminario”, en AA.VV., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales: seminario organizado bajo la presidencia de honor de S.M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP*, R. Martínez Die (dir.), ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 22.

¹³⁹⁷ MORALES FERRER, S., *El concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, tesis doctoral, L. M., Martínez Velencoso/R. Guillén Catalán (dir.), Universitat de Valencia, Valencia, 2012, pp. 54, 71.

¹³⁹⁸ CORDERO CUTILLAS, I., “La discapacidad e incapacitación judicial”, *Actualidad Civil*, n.º 10, 2º quincena de mayo de 2006, p. 1187, dice que sería deseable “que se unificaran ambos conceptos y que la discapacidad sea subsumida por la incapacidad judicial”.

2.- Reconocimiento administrativo del grado de discapacidad (a efectos sociales)

2.1.- Antecedentes

Nagi¹³⁹⁹, en la década de los 70 elaboró los primeros modelos teóricos sobre el desarrollo de la incapacidad, que conceptualizó a través de un proceso de cuatro estadios.

El primero es una patología o enfermedad que lleva al siguiente estadio de deficiencia o deterioro fisiológico, que al limitar la habilidad individual tanto física como emocional, conduce al tercero que es el de limitación funcional, lo que produce inhabilidad para efectuar las tareas y roles asociados al trabajo y a la vida independiente, que es el cuarto estadio, la incapacidad.

En 1980, la Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM)¹⁴⁰⁰ con un modelo semejante al de Nagi, aunque con algunas diferencias conceptuales, ya que de la deficiencia pasa directamente a la incapacidad y de esta, a la invalidez.

La CIDDM distingue entre deficiencia, discapacidad y minusvalía:

– Deficiencia: es toda “pérdida o anormalidad de una estructura o una función psicológica, fisiológica o anatómica”. Puede ser temporal o permanente y en principio afecta solo al órgano. Puede ser intelectual, psicológica, del lenguaje, del órgano de la audición, del órgano de la visión, visceral, músculo-esquelética, desfiguradora, generalizada, sensitiva y otras deficiencias.

– Discapacidad: es toda “restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad, en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano”. Establece nueve grupos: de la conducta, de la comunicación, del cuidado personal, de la locomoción, de la disposición del cuerpo, de

¹³⁹⁹ NAGI, S. Z., “An epidemiology of disability among adults in the United States”, *Milbank Memorial Fund Qly/Hlth sot.* 54, 439-467, Milbank, 1976, pp. 39-68; en VICENTE-HERRERO, M.T., TERRADILLOS GARCÍA, M.J., AGUADO BENEDÍ, M.J., CAPDEVILA GARCÍA L., RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, M.V., AGUILAR JIMÉNEZ, E. “Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas”, p. 3.

Disponible en:

<http://www.aeemt.com/contenidos/grupos_trabajo/Incapacidad_Discapacidad_AEEMT/DOCUMENTO%20INCAPACIDAD%20Y%20DISCAPACIDAD.pdf>.

¹⁴⁰⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*, Ginebra, 1980. Es la versión oficial en inglés que supuso un intento serio de unificación internacional de los términos especializados utilizados para definir situaciones producidas por la enfermedad y sus efectos. En 1983, el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) publicó la versión en castellano de la CIDDM, aprobada por la OMS como versión oficial en nuestro idioma.

la destreza, de situación, de una determinada aptitud y otras restricciones de la actividad.

– Minusvalía: toda situación desventajosa para un individuo determinado, producto de una deficiencia o una discapacidad, que “limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso, en función de la edad, sexo, y factores sociales y culturales”. Se caracteriza por la discordancia entre el rendimiento o estatus de la persona en relación con sus propias expectativas o las del grupo al que pertenece. Representa la “socialización de una deficiencia o discapacidad”.

En 2001 la OMS aprobó la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)¹⁴⁰¹ que vino a sustituir a la anterior CIDDm.

El término “minusvalía” se abandona porque la OMS reconoce que los términos utilizados pueden estigmatizar, y tiene connotaciones peyorativas, y el de “discapacidad” pasa de ser las dificultades de un individuo para realizar una actividad a ser utilizado como un término genérico global en las tres perspectivas: corporal, individual y social, haciendo más referencia a la actividad que a la capacidad.

La CIF define la discapacidad como “las deficiencias, limitaciones en la actividad, o restricciones en la participación” y se contempla como una interacción multidireccional entre la persona y el contexto socioambiental en el que se desenvuelve, “entre los estados de salud (enfermedades, trastornos, lesiones, traumas, etc.) y los factores contextuales” que “incluyen tanto factores personales como factores ambientales”¹⁴⁰².

Así, en la CIF, la discapacidad es un término genérico, que incluye deficiencias en las funciones y estructuras corporales, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Se entiende como una interacción dinámica entre la condición de salud y los factores contextuales.

Según la CIF, la enfermedad y la incapacidad son conceptos independientes y que no siempre tienen la misma relación de uno con respecto del otro. Dos personas con la

¹⁴⁰¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, aprobada el 22 de mayo de 2001, para poder ser empleada a nivel internacional.

¹⁴⁰² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)*, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), Madrid, 2001, pp. 9, 15.

misma enfermedad pueden tener diferentes estados funcionales, y dos personas con el mismo estado funcional no necesariamente tienen la misma enfermedad¹⁴⁰³.

2.2.- Normativa aplicable

La regulación legal sobre la discapacidad (anteriormente “minusvalía”) se funda en la CE.

– La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI)¹⁴⁰⁴, hoy derogada, estableció en el art. 7.2 que se entendía como minusválido *“toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.”*. Fue derogada por el RD Leg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social¹⁴⁰⁵ (TRLGDPD).

La Ley 13/1982 en sus arts. 10 y 11, estableció la creación de equipos multiprofesionales atribuyéndoles funciones relativas al diagnóstico, a la orientación terapéutica, a la valoración y calificación y al seguimiento y la revisión.

– RD 1971/1999, de 23 de diciembre de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía¹⁴⁰⁶, hoy de discapacidad. Es la norma que actualmente regula en España el proceso de valoración de la discapacidad, recogiendo los baremos aplicables y los órganos competentes.

La determinación del grado de discapacidad corresponde a los equipos técnicos llamados Equipos de Valoración y Orientación (EVO), que estarán formados por médicos¹⁴⁰⁷, psicólogos¹⁴⁰⁸ y trabajadores sociales¹⁴⁰⁹. Los hay dependientes de las CCAA (Departamentos de Asuntos Sociales) y del IMSERSO, que ejercen su función en Ceuta y Melilla y en relación con residentes en el extranjero.

¹⁴⁰³ VICENTE-HERRERO, M.T., TERRADILLOS GARCÍA, M.J., AGUADO BENEDÍ, M.J., Capdevila GARCÍA L., RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, M.V., AGUILAR JIMÉNEZ, E. “Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas”, cit., pp. 3-5.

¹⁴⁰⁴ BOE-A-1982-9983

¹⁴⁰⁵ BOE-A-2013-12632

¹⁴⁰⁶ BOE-A-2000-1546. Esta norma pasó a denominarse RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, según establece el art. único del RD 1856/2009, de 4 de diciembre (BOE-A-2009-20891).

¹⁴⁰⁷ Que preguntarán sobre la medicación y el estado actual del interesado y solicitarán ver sus informes.

¹⁴⁰⁸ Que preguntarán sobre cómo afecta la enfermedad en la vida diaria.

¹⁴⁰⁹ Que preguntarán sobre la situación económica, familiar y social.

Fija en los baremos I, II y III los criterios técnicos para la valoración de la discapacidad y del grado de minusvalía, así como los que van a determinar la necesidad del concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida y las dificultades para utilizar transportes colectivos.

Estos baremos establecen normas para la evaluación de las consecuencias de la enfermedad, de acuerdo con el modelo propuesto por la CIF de la OMS, y el criterio fundamental para estos baremos es la severidad de las limitaciones para las actividades. El Capítulo 1 del Anexo 1 contiene las pautas generales que han de ser aplicadas en la evaluación. Los restantes capítulos establecen normas para la calificación de deficiencias y discapacidades de cada uno de los aparatos o sistemas. La calificación viene expresada en porcentaje de discapacidad. El grado de minusvalía se determinará sumando al porcentaje de discapacidad resultante de la aplicación del baremo específico para cada aparato o sistema, el que se deduzca de aplicar el baremo de factores sociales. El porcentaje mínimo de valoración de la discapacidad sobre el que se podrá aplicar el baremo de factores sociales no podrá ser inferior al 25%¹⁴¹⁰.

– Orden de 2 de noviembre de 2000, por la que se determina la composición, organización y funciones de los EVO dependientes del IMSERSO y se desarrolla el procedimiento de actuación para la valoración del grado de minusvalía dentro del ámbito de la Administración General del Estado¹⁴¹¹.

– RD 1169/2003, de 12 de septiembre, por el que se modifica el anexo I del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía¹⁴¹².

– RD 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹⁴¹³ (LIONDAU), hoy derogada por el TRLGDPD.

– RD 1197/2007, de 14 de septiembre, por el que se modifica el RD 504/2007, de 20 de abril, en materia de reconocimiento de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo y de reconocimiento de la necesidad de asistencia de tercera

¹⁴¹⁰ IMSERSO, *Valoración de las situaciones de minusvalía*, Colección de Manuales y Guías, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Secretaría General de Asuntos Sociales, 1ª ed., Madrid, 2000, pp. 13, 17.

¹⁴¹¹ BOE-A-2000-20804

¹⁴¹² BOE-A-2003-18428

¹⁴¹³ BOE-A-2006-22080

persona en las prestaciones no contributivas¹⁴¹⁴; implícitamente derogado por el RD 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 dependencia¹⁴¹⁵ (LAAD).

– RD 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el RD 1971/1999, de 23 de diciembre¹⁴¹⁶, acomodándolo al mandato de la LAAD.

– RD 1364/2012, de 27 de septiembre, por el que se modifica el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad¹⁴¹⁷.

– RD Leg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el TRLGDPD.

2.3.- Cambio terminológico

Hasta la entrada en vigor de la LAAD, conocida como Ley de Dependencia, se utilizaba en España el término minusvalía.

La Disp. adic. octava de la LAAD establece: *“Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas.”*, con lo que estableció el cambio de terminología con carácter general y consecuentemente el que debía llevarse a cabo en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, lo que se hizo en el RD 1856/2009, de 4 de diciembre, que en su art. único punto tres realiza las siguientes actualizaciones terminológicas:

“1. Todas las referencias hechas en la redacción original de este real decreto al término “minusvalía» quedan sustituidas por el término «discapacidad”.

¹⁴¹⁴ BOE-A-2007-17277

¹⁴¹⁵ BOE-A-2011-3174

¹⁴¹⁶ BOE-A-2009-20891

¹⁴¹⁷ BOE-A-2012-12686

2. Todas las referencias hechas en la redacción original de este real decreto a los términos "minusválidos" y "personas con minusvalía" quedan sustituidas por el término "personas con discapacidad".

3. Todas las referencias hechas en la redacción original de este real decreto al término "discapacidad" quedan sustituidas por "limitaciones en la actividad".

4. Todas las referencias hechas en la redacción original de este real decreto al término "grado de minusvalía" quedan sustituidas por "grado de discapacidad".

5. Todas las referencias hechas en la redacción original de este real decreto al término "grado de discapacidad" quedan sustituidas por "grado de las limitaciones en la actividad".

A los efectos anteriores, se entenderá por "grado de las limitaciones en la actividad", las dificultades que un individuo puede tener para realizar actividades, expresadas en porcentaje. Una "limitación en la actividad" abarca desde una desviación leve hasta una grave, en términos de cantidad o calidad, en la realización de la actividad, comparándola con la manera, extensión o intensidad en que se espera que la realizaría una persona sin esa condición de salud.”.

El TRLGDPD en su art. 2 define la discapacidad como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”, y en su art. 4.1 a las personas con discapacidad como “aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.”¹⁴¹⁸.

Verbrugge y Jete¹⁴¹⁹ definen la incapacidad como “la dificultad para hacer las actividades en cualquier ámbito de la vida”. Distinguen entre incapacidad intrínseca (sin ayuda de personas o aparatos) e incapacidad actual (con la correspondiente asistencia). Y también en base a la forma de presentarse la incapacidad, entre personas que adquirieron las condiciones anómalas en etapas tempranas de la vida o entre las que las adquirieron en la edad adulta o en la vejez

¹⁴¹⁸ VICENTE-HERRERO, M.T., TERRADILLOS GARCÍA, M.J., AGUADO BENEDÍ, M.J., Capdevila GARCÍA L., RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, M.V., AGUILAR JIMÉNEZ, E. *Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas*, cit., pp. 11-12.

¹⁴¹⁹ VERBRUGGE, L.M., JETTE, A.M., “The Disablement Process”, *Social Science & Medicine*, vol. 38, n. 1, 1994, p. 1-14.

La CIF incorpora la definición de limitaciones en la actividad, como dificultades que un individuo puede tener en el desempeño/realización de actividades¹⁴²⁰.

2.4.- Evaluación de la discapacidad

2.4.1.- Normas generales

Las normas de carácter general para proceder a la determinación de la discapacidad están recogidas en el Capítulo 1, ANEXO 1A del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, que fija: *“las normas de carácter general para proceder a la determinación de la discapacidad originada por deficiencias permanentes:*

1.º El proceso patológico que ha dado origen a la deficiencia, bien sea congénito o adquirido, ha de haber sido previamente diagnosticado por los organismos competentes, han de haberse aplicado las medidas terapéuticas indicadas y debe estar documentado.

2.º El diagnóstico de la enfermedad no es un criterio de valoración en sí mismo. Las pautas de valoración de la discapacidad que se establecen en los capítulos siguientes están basados en la severidad de las consecuencias de la enfermedad, cualquiera que ésta sea.

3.º Debe entenderse como deficiencias permanentes aquellas alteraciones orgánicas o funcionales no recuperables, es decir, sin posibilidad razonable de restitución o mejoría de la estructura o de la función del órgano afectado.

En las normas de aplicación concretas de cada capítulo se fija el tiempo mínimo que ha de transcurrir entre el diagnóstico e inicio del tratamiento y el acto de la valoración. Este periodo de espera es imprescindible para que la deficiencia pueda considerarse instaurada y su duración depende del proceso patológico de que se trate.

4.º Las deficiencias permanentes de los distintos órganos, aparatos o sistemas se evalúan, siempre que es posible, mediante parámetros objetivos y quedan reflejadas en los capítulos correspondientes. Sin embargo, las pautas de valoración no se fundamentan en el alcance de la deficiencia sino en su efecto sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, es decir, en el grado de discapacidad que ha originado la deficiencia.

¹⁴²⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)*, cit., p. 19.

La deficiencia ocasionada por enfermedades que cursan en brotes debe ser evaluada en los periodos intercríticos. Sin embargo, la frecuencia y duración de los brotes son factores a tener en cuenta por las interferencias que producen en la realización de las actividades de la vida diaria.

Para la valoración de las consecuencias de este tipo de enfermedades se incluyen criterios de frecuencia y duración de las fases agudas en los capítulos correspondientes.

La evaluación debe responder a criterios homogéneos. Con este objeto se definen las actividades de la vida diaria y los grados de discapacidad a que han de referirse los Equipos de Valoración.”.

2.4.2.- Actividades de la vida diaria

También en el Capítulo 1, ANEXO 1A del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, destaca que “*Se entiende por actividades de la vida diaria aquellas que son comunes a todos los ciudadanos. Entre las múltiples descripciones de AVD existentes, se ha tomado la propuesta por la Asociación Médica Americana en 1994:*

1. Actividades de autocuidado (vestirse, comer, evitar riesgos, aseo e higiene personal...)

2. Otras actividades de la vida diaria:

2.1 Comunicación

2.2 Actividad física:

2.2.1 Intrínseca (levantarse, vestirse, reclinarse...)

2.2.2 Funcional (llevar, elevar, empujar...)

2.3 Función sensorial (oír, ver...)

2.4 Funciones manuales (agarrar, sujetar, apretar...)

2.5 Transporte (se refiere a la capacidad para utilizar los medios de transporte)

2.6 Función sexual

2.7 Sueño

2.8 Actividades sociales y de ocio.”.

2.4.3.- Grado de discapacidad

2.4.3.1.- Concepto

La CIF-2001 de la OMS define la discapacidad como término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una (condición de salud) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)”¹⁴²¹.

La fijación del grado de discapacidad, consiste en el reconocimiento por el órgano competente de la Comunidad Autónoma o del IMSERSO, declaración y calificación del grado de discapacidad de la persona con una minusvalía física o psíquica, dentro de los grados establecidos en la normativa vigente, y cuyos derechos se concretan en el TRLGDPD¹⁴²².

2.4.3.2.- Grados de discapacidad

Los grados de discapacidad quedan recogidos en el en el Capítulo 1, ANEXO 1A del RD 1971/1999, de 23 de diciembre:

“Grado 1: discapacidad nula.

Los síntomas, signos o secuelas, de existir, son mínimos y no justifican una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria.

Grado 2: discapacidad leve.

Los síntomas, signos o secuelas existen y justifican alguna dificultad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, pero son compatibles con la práctica totalidad de las mismas.

Grado 3: discapacidad moderada.

Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar algunas de las actividades de la vida diaria, siendo independiente en las actividades de autocuidado.

Grado 4: discapacidad grave.

Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las A.V.D., pudiendo estar afectada alguna de las actividades de autocuidado.

Grado 5: discapacidad muy grave.

¹⁴²¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)*, cit., p. 231.

¹⁴²² VICENTE-HERRERO, M.T., TERRADILLOS GARCÍA, M.J., AGUADO BENEDÍ, M.J., CAPDEVILA GARCÍA L., RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, M.V., AGUILAR JIMÉNEZ, E. *Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas*, cit., p. 12.

Los síntomas, signos o secuelas imposibilitan la realización de las A.V.D.”.

2.4.3.3.- Determinación del porcentaje de discapacidad

Para determinar el porcentaje de discapacidad, en el el Capítulo 1, ANEXO 1A del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, se establecen las clases ordenadas de menor a mayor porcentaje según la importancia de la deficiencia y el grado de discapacidad que origina.

“Tanto los grados de discapacidad como las actividades de la vida diaria descritos constituyen patrones de referencia para la asignación del porcentaje de discapacidad.

Este porcentaje se determinará de acuerdo con los criterios y clases que se especifican en cada uno de los capítulos.

Con carácter general se establecen cinco categorías o clases, ordenadas de menor a mayor porcentaje, según la importancia de la deficiencia y el grado de discapacidad que origina.

Estas cinco clases se definen de la forma siguiente:

CLASE I

Se encuadran en esta clase todas las deficiencias permanentes que han sido diagnosticadas, tratadas adecuadamente, demostradas mediante parámetros objetivos (datos analíticos, radiográficos, etc., que se especifican dentro de cada aparato o sistema), pero que no producen discapacidad.

La calificación de esta clase es 0 por 100.

CLASE II

Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad leve.

A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 1 por 100 y el 24 por 100.

CLASE III

Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los sistemas o aparatos, originan una discapacidad moderada. A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 25 por 100 y 49 por 100.

CLASE IV

Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los aparatos o sistemas, producen una discapacidad grave.

El porcentaje que corresponde a esta clase está comprendido entre el 50 por 100 y 70 por 100.

CLASE V

Incluye las deficiencias permanentes severas que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad muy grave.

A esta categoría se le asigna un porcentaje del 75 por ciento.

El capítulo en el que se definen los criterios para la evaluación de la discapacidad debida a Retraso Mental constituye una excepción a esta regla general, debido a que las deficiencias intelectuales, por leves que sean, ocasionan siempre un cierto grado de interferencia con la realización de las AVD.

Las particularidades propias de la patología que afecta a cada aparato o sistema hacen necesario singularizar las pautas de evaluación. Por ello, en las distintas secciones de estos baremos se establecen también normas y criterios que rigen de forma específica para proceder a la valoración de las deficiencias contenidas en ellas y para la estimación del porcentaje de discapacidad consecuente.

Cuando coexistan dos o más deficiencias en una misma persona –incluidas en las clases II a V– podrán combinarse los porcentajes, utilizando para ello la tabla de valores que aparece al final de este anexo, dado que se considera que las consecuencias de esas deficiencias pueden potenciarse, produciendo una mayor interferencia en la realización de las A.V.D. y, por tanto, un grado de discapacidad superior al que origina cada uno de ellas por separados.

Se combinarán los porcentajes obtenidos por deficiencias de distintos aparatos o sistemas, salvo que se especifique lo contrario.

Cuando se trata de deficiencias que afectan a diferentes órganos de un mismo aparato o sistema, los criterios para determinar en qué supuestos deben ser combinados los porcentajes que figuran en los capítulos correspondientes.”.

Como indica el art. 5 del RD 1971/1999, “Para la determinación del grado de minusvalía, el porcentaje obtenido en la valoración de la discapacidad se modificará, en su caso, con la adición de la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales

complementarios en la forma prevista en el párrafo siguiente y sin que ésta pueda sobrepasar los 15 puntos.

El porcentaje mínimo de valoración de la discapacidad sobre el que se podrá aplicar el baremo de factores sociales complementarios no podrá ser inferior al 25 por 100.”¹⁴²³.

2.5.- Certificado de discapacidad

El Certificado de Discapacidad es un documento oficial, expedido por la Administración Pública, mediante el cual se acredita el grado de la discapacidad y si esta es temporal o definitiva. Tiene validez en todo el territorio nacional, y es el resultado de una valoración multiprofesional (médica, psicológica y de trabajo social).

Es el reconocimiento administrativo de la discapacidad. Su propósito es compensar las desventajas sociales que la discapacidad implica proporcionando acceso a derechos y prestaciones de distinto tipo con vistas a equiparar oportunidades. Conlleva diversos beneficios fiscales, laborales y sociales, como deducciones en los impuestos, reservas de puestos de trabajo, fomento de la contratación de personas discapacitadas y las ayudas establecidas en la legislación vigente en cada momento.

El Certificado de Discapacidad no supone *per se* el reconocimiento de una incapacidad laboral ni la prestación de una pensión.

2.5.1.- Procedimiento

a) Solicitud. La solicitud y la documentación requerida se presenta en los centros de valoración y orientación de discapacitados de las direcciones territoriales de Bienestar Social de las CCAA, y en las Direcciones Provinciales del IMSERSO en Ceuta y Melilla, que serán competentes para la instrucción de los procedimientos y realizarán de oficio las actuaciones necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos que sirven de base para dictar la resolución.

b) Notificación. La Administración notificará al interesado el día, hora y lugar en que tendrá que personarse para llevar a cabo los reconocimientos y pruebas oportunas de acuerdo a los criterios y baremos establecidos.

¹⁴²³ IMSERSO, *Valoración de las situaciones de minusvalía*, cit., pp. 25-26.

c) Reconocimiento. La valoración del Grado de discapacidad se realiza por los EVO, compuestos por médicos, psicólogos, trabajadores sociales.

Para la formulación de sus dictámenes, el EVO podrá solicitar cuantos informes, reconocimientos o pruebas estime necesarios. Puede pedirlos incluso de otros profesionales que podrán ser del propio centro de valoración o de servicios ajenos, ya que pueden valorar los informes médicos, psicológicos o sociales emitidos por profesionales autorizados. Serán objeto de valoración tanto las discapacidades que presente la persona como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos entre otros a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural que dificulten su integración social¹⁴²⁴.

Los EVO se entrevistarán con la persona con discapacidad y su familia, harán las pruebas que consideren necesarias para lograr un diagnóstico que se ajuste a la situación de dicha persona.

d) Dictamen. Efectuadas las pruebas, reconocimientos e informes pertinentes por el EVO, sus miembros reunidos en junta emitirán un dictamen técnico-facultativo, que será elevado, por el director del centro de valoración y orientación de discapacitados, al titular de la Dirección Territorial de Bienestar Social correspondiente.

e) Resolución. El titular de la Dirección Territorial de Bienestar Social, basándose en los dictámenes técnico-facultativos, dictará resolución expresa sobre el reconocimiento del grado, así como si procede la puntuación obtenida en el baremo para determinar la existencia de dificultades de movilidad. De modo que la Administración concederá al interesado un certificado de discapacidad en el que especificará el grado de esta a efectos sociales.

La calificación del grado de discapacidad será independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas; y responderá a criterios técnicos unificados, fijados mediante los baremos recogidos en el anexo I del RD 1971/1999.

El total del procedimiento administrativo debería estar resuelto en un plazo máximo de seis meses. Sin embargo, en la práctica se sufren retrasos de hasta dos años, lo que además de ser una auténtica vergüenza para los responsables, causa numerosos perjuicios a los interesados.

¹⁴²⁴ VICENTE-HERRERO, M.T., TERRADILLOS GARCÍA, M.J., AGUADO BENEDÍ, M.J., CAPDEVILA GARCÍA L., RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, M.V., AGUILAR JIMÉNEZ, E. “Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas”, cit., pp. 13-14.

2.5.2.- Ejemplo de resolución

D.G. DE DIVERSITAT FUNCIONAL

Direcció Territorial de Castelló

CENTRE D' AVALUACIÓ DE PERSONES AMB DIVERSITAT FUNCIONAL

Avda. Hermanos Bou, nº 81 - 12003 Castellón

Tel. 964726220/964726279 - Fax 964726203

Nº Expediente:

CERTIFICADO DE GRADO DE DISCAPACIDAD

Real Decreto 1971/1999, de 23 de Diciembre (B.O.E. 26/1/2000)

El DIRECTOR TERRITORIAL de Castellón, según la Resolución de esta Dirección Territorial de fecha _____

CERTIFICA

Que D/Doña _____ con D.N.I. núm _____ y número de expediente _____ tiene reconocido desde (fecha) _____

GRADO DE DISCAPACIDAD DE _____ %

Según los vigentes Baremos de valoración de discapacidades.

MOVILIDAD REDUCIDA PROCEDE/NO PROCEDE

Solamente tendrá derecho a las prestaciones de Movilidad cuando además de tener un Grado de Discapacidad igual o superior al 33%, alcance un mínimo de 7 puntos.

NECESIDAD DE CONCURSO DE 3ª PERSONA POSITIVO/NEGATIVO

Solamente tendrá derecho a prestaciones de 3ª persona cuando además de tener el Grado de Discapacidad igual o superior al 75% alcance un mínimo de 25 puntos en el baremo BVD/EVE. Según lo dispuesto en el Real Decreto 174/2011, de 18 de febrero (B.O.E. nº 42 de 18 de febrero).

Validez definitiva./El grado de discapacidad reconocido podrá ser revisado por agravamiento o mejoría a partir de (fecha) _____

Contra la presente resolución, podrá interponer reclamación previa a la vía de la Jurisdicción Social ante esta dirección Territorial, en el plazo de treinta días siguientes a la fecha de su recepción, de conformidad con lo establecido en el art. 71 del Texto

Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (B.O.E. del día 11/04/95).

Y para que así conste y surta los efectos oportunos, firmo el presente certificado en (lugar) _____ (fecha) _____.

EL DIRECTOR TERRITORIAL

Nº Expediente:

DICTAMEN TÉCNICO FACULTATIVO

EL EQUIPO DE VALORACIÓN Y ORIENTACIÓN del Centro de _____, en la junta celebrada el día (fecha), emite el siguiente

DICTAMEN

D/Doña _____ con DNI núm _____, nacido el _____, en el momento del reconocimiento presenta:

1º _____

2º _____

3º _____

Correspondiéndole por estos conceptos y en aplicación de los vigentes Baremos de Valoración de Discapacidades (RD 1971/1999 de 23/12, BOE 26/01 y 13/03/2000), un

GRADO DE LAS LIMITACIONES EN LA ACTIVIDAD DE _____%

Asimismo, examinadas las circunstancias que concurren y aplicados los Baremos Sociales, se establece una puntuación por

FACTORES SOCIALES COMPLEMENTARIOS POSITIVA/NEGATIVA

Por lo que, en conjunto, se reconoce un

GRADO TOTAL DE DISCAPACIDAD DE _____ %

NECESIDAD DE CONCURSO DE TERCERA PERSONA
POSITIVO/NEGATIVO

MOVILIDAD REDUCIDA PROCEDE/ NO PROCEDE

Validez definitiva./El grado de discapacidad reconocido podrá ser revisado por agravamiento o mejoría a partir de (fecha) _____

(lugar) _____ (fecha) _____.

PRESIDENTE/A

2.5.3.- Beneficios del certificado de discapacidad

Una vez se obtiene el certificado de discapacidad se pueden conseguir diversos beneficios, entre otros, y en función del grado obtenido:

a) Educativos.

– Becas.

– Reserva de plazas en universidades y oposiciones.

b) Sanitarios.

– Farmacia gratuita.

– Centros de atención a discapacitados físicos y psíquicos.

– Centros de rehabilitación.

c) Fiscales. Gozarán de reducción en los siguientes impuestos:

– IRPF¹⁴²⁵.

– Impuesto sobre Sociedades (IS).

– Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD)¹⁴²⁶.

– Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

– Impuesto de Matriculación de Vehículos.

– Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (IVTM).

d) Ser beneficiario de un patrimonio protegido¹⁴²⁷.

e) Sociales, culturales y de ocio. Gimnasios, cines, piscinas, descuentos en programas de balnearios, tarjeta de estacionamiento (movilidad reducida), viajes, turismo (gestionados por el IMSERSO), ayudas para compañías aseguradoras, etc.

f) Pensiones y subsidios.

¹⁴²⁵ Bonificaciones y reducción sobre los rendimientos de trabajo, por aportaciones a planes de pensiones y por aportaciones al patrimonio protegido, por gastos de asistencia de los discapacitados, etc.

¹⁴²⁶ Mayores exenciones.

¹⁴²⁷ Mayores exenciones.

- Pensión no contributiva de invalidez (personas con problemas económicos y 65% de discapacidad).
- Prestación por hijo a cargo (convivir con hijo con 65 % de discapacidad).
- Ayudas y subsidios de movilidad y transporte para adaptación de vehículos, material ortopédico, etc.
- g) Laborales.
 - Plazas reservadas en empresas.
 - Porcentaje de plazas de discapacitados en oposiciones.

3.- Incapacidad laboral

3.1.- Normativa aplicable

El RD Leg. 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), es la norma que recoge las disposiciones en materia de SS de nuestro ordenamiento jurídico. Consta de 373 arts., siendo el Título II “*Régimen General de la Seguridad Social*” y el Capítulo V “*La incapacidad*”, con los arts. 169 a 176 los que regulan lo relativo con la incapacidad temporal, y el Capítulo XI con los arts. 193 a 200 con lo concerniente a la incapacidad permanente contributiva, el Capítulo XII con los arts. 201 a 203 con lo tocante a las lesiones permanentes no incapacitantes, y el Título VI con los arts. 351 a 373 las prestaciones no contributivas.

3.2.- Concepto

Como hemos visto, el concepto de discapacidad ha ido evolucionando al igual que los otros términos que afectan a alteraciones del estado de salud. Los términos “discapacidad” e “incapacidad” se han tratado como similares, sin distinción entre ellos. Pero la realidad es que existen diferencias en nuestro ámbito social, laboral y legal.

Así, la RAE¹⁴²⁸ tiene las siguientes definiciones:

- Discapacidad como la “1. Condición de discapacitado” y “2. Manifestación de una discapacidad”.

¹⁴²⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., 2014. Consultado en <<http://www.rae.es/rae.html>>

– Discapacitado: “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”.

– Incapacidad: “1. Falta de capacidad para hacer, recibir o aprender algo”, “2. Falta de entendimiento o inteligencia”, “3. Falta de preparación o de medios para realizar un acto”, “4. Der. Incapacidad laboral” y “5. Der. Carencia de aptitud legal para ejecutar válidamente determinados actos, o para ejercer determinados cargos públicos”.

– Incapacidad laboral como “Situación de enfermedad o de padecimiento físico o psíquico que impide a una persona, de manera transitoria o definitiva, realizar una actividad profesional y que normalmente da derecho a una prestación de la Seguridad Social”.

Si vemos el término opuesto, la capacidad, se determina por distintos aspectos: culturales, físicos, educacionales, económicos, etc.; que de por sí limitan la incorporación laboral de todos los individuos a todos los puestos (es evidente que no todos podemos realizar todas las tareas). Por lo que podríamos definir la incapacidad laboral como la situación del trabajador que viniendo realizando una determinada tarea, le sobreviene, de forma involuntaria e imprevisible, una disminución o anulación de su capacidad laboral. No suponen incapacidad laboral las situaciones de tipo social o laboral no ligadas a una lesión o enfermedad (p. ej. desempleo, cierre de la empresa, nuevas tecnologías, cambio de ubicación del puesto de trabajo, etc.). La incapacidad laboral supone un desequilibrio entre las capacidades funcionales y los requerimientos de un puesto de trabajo, pudiendo ser ese desequilibrio transitorio (incapacidad laboral temporal) o permanente (incapacidad laboral permanente)¹⁴²⁹.

La incapacidad laboral puede producir una pérdida de ganancia, es esta circunstancia la que se trata de proteger con las prestaciones económicas de la SS¹⁴³⁰. Es el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) al que le corresponde reconocerla.

3.3.-Clases de incapacidad

Hay dos clases de incapacidad: temporal y permanente.

¹⁴²⁹ VICENTE-HERRERO, M.T., TERRADILLOS GARCÍA, M.J., AGUADO BENEDÍ, M.J., CAPDEVILA GARCÍA L., RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, M.V., AGUILAR JIMÉNEZ, E. “Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas”, cit., pp. 6-7.

¹⁴³⁰ VICENTE-HERRERO, M.T., TERRADILLOS GARCÍA, M.J., AGUADO BENEDÍ, M.J., CAPDEVILA GARCÍA L., RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, M.V., AGUILAR JIMÉNEZ, E. “Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas”, cit., pp. 7-8.

3.3.1.- Incapacidad temporal

3.3.1.1.- Situaciones

El art. 169 LGSS enumera las situaciones que se consideran determinantes de Incapacidad temporal (IT) y, por tanto, pueden dar derecho a una prestación económica de la SS:

“1. Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal:

a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

b) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

2. A efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que se señala en la letra a) del apartado anterior, y de su posible prórroga, se computarán los períodos de recaída y de observación.

Se considerará que existe recaída en un mismo proceso cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior.”.

Son necesarias dos condiciones para que se reconozca la situación de IT:

– Que las consecuencias de la enfermedad o accidente produzcan una alteración de la salud de tal intensidad que, a juicio médico, el paciente esté impedido para el trabajo, lo que significa que cualquier alteración de la salud del trabajador no comporta automáticamente el derecho a la prestación por incapacidad temporal.

– Que dichas alteraciones precisen asistencia sanitaria de la SS. Se admite que la asistencia sanitaria se preste por medios privados siempre que el control de la situación se realice por el facultativo del Servicio Público de Salud¹⁴³¹.

Mientras el trabajador está en IT no puede trabajar y está recibiendo asistencia sanitaria de la SS.

3.3.1.2.- Prestación económica

Según el art. 171 LGSS, *“La prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad temporal consistirá en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora, que se fijará y se hará efectivo en los términos establecidos en esta ley y en sus normas de desarrollo.”*.

El art. 14 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la SS¹⁴³², dispone que *“1. La prestación económica por incapacidad temporal en caso de enfermedad común o accidente no laboral se percibirá a partir del cuarto día de la baja para el trabajo.*

2. La duración máxima de percepción de la prestación a que se refiere el número anterior será de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.”.

Cuando la baja del trabajador se produce por enfermedad común, para poder cobrar una prestación económica debe tener 180 días cotizados a la SS en los cinco años previos para acceder a la prestación. Se cobra un 60 % de su base de cotización habitual entre los días 4 y 20 de baja. A partir del 20, se cobra el 75 %.

La protección es mayor en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, ya que no hay requisito de la cotización previa y se recibe el 75 % de la base reguladora desde el día siguiente a la baja.

Si la recuperación del trabajador no se produce pasados los 18 meses, la incapacidad puede convertirse en incapacidad permanente, después de que el INSS lo valore.

¹⁴³¹ VICENTE-HERRERO, M.T., TERRADILLOS GARCÍA, M.J., AGUADO BENEDÍ, M.J., CAPDEVILA GARCÍA L., RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, M.V., AGUILAR JIMÉNEZ, E. “Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas”, cit., p. 8.

¹⁴³² BOE-A-1972-944

3.3.2.- Incapacidad permanente

3.3.2.1.- Concepto

La LGSS la define en su art. 193.1 como *“la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. [...]”*. En general, habrá de derivarse de la IT.

La declara el INSS cuando considera que la dolencia afecta de forma definitiva a la capacidad del trabajador.

3.3.2.2.- Solicitud

Según el art. 4 del RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la SS, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social¹⁴³³, *“El procedimiento para evaluar la incapacidad en orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas por incapacidad permanente y a las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, no invalidantes, se iniciará:*

a) De oficio, por propia iniciativa de la Entidad gestora, o como consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio de Salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

b) A instancia del trabajador o su representante legal.

c) A instancia de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o de las empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afecten directamente.

El procedimiento será impulsado de oficio y se adecuará a las normas generales del procedimiento común y a las disposiciones de desarrollo de este Real Decreto.

2. A efectos de revisión del grado de incapacidad reconocido estarán legitimados para instarla, además de las personas y entidades referidas en el apartado anterior, los

¹⁴³³ BOE-A-1995-19848

empresarios responsables de las prestaciones y, en su caso, quienes de forma subsidiaria o solidaria sean también responsables de las mismas.”.

3.3.2.3.- Grados

La valoración de la incapacidad permanente deberá hacerse una vez agotadas las posibilidades terapéuticas y cuando las secuelas y limitaciones del paciente son definitivas.

Art. 194 LGSS: *“1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente en los siguientes grados:*

- a) Incapacidad permanente parcial.*
- b) Incapacidad permanente total.*
- c) Incapacidad permanente absoluta.*
- d) Gran invalidez.*

2. La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca.

A efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.

3. La lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.”.

Por tanto, hay diferentes grados en función de las limitaciones funcionales de carácter permanente que presente el paciente y de la afectación que supongan para el desempeño de su puesto de trabajo habitual. Cada grado conlleva una prestación económica de diferente cuantía.

Con respecto a los grados, la Disposición transitoria (Disp. trans.) vigésima sexta LGSS indica que *“Uno. Lo dispuesto en el artículo 194 de esta ley únicamente será de*

aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 194. Hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo será de aplicación la siguiente redacción:

«Artículo 194. Grados de incapacidad permanente.

1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados:

- a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.*
- b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual.*
- c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.*
- d) Gran invalidez.*

2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.

3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.»

Dos. Hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo, todas las referencias que en este texto refundido y en las demás disposiciones se realizasen a la «incapacidad permanente parcial» deberán entenderse hechas a la «incapacidad permanente parcial para la profesión habitual»; las que se realizasen a la «incapacidad permanente total» deberán entenderse hechas a la «incapacidad

permanente total para la profesión habitual»; y las hechas a la «incapacidad permanente absoluta», a la «incapacidad permanente absoluta para todo trabajo».”.

3.3.2.4.- Revisión

Art. 200 LGSS: “1. Corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan y en todas las fases del procedimiento, declarar la situación de incapacidad permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas a que se refiere este capítulo.

2. Toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante profesional, en tanto que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 205.1.a), para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión.

No obstante lo anterior, si el pensionista de incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución.

Las revisiones fundadas en error de diagnóstico podrán llevarse a cabo en cualquier momento, en tanto el interesado no haya cumplido la edad a que se refiere el primer párrafo de este apartado.

3. Las disposiciones que desarrollen la presente ley regularán el procedimiento de revisión y la modificación y transformación de las prestaciones económicas que se hubiesen reconocido al trabajador, así como los derechos y obligaciones que a consecuencia de dichos cambios correspondan a las entidades gestoras o colaboradoras y servicios comunes que tengan a su cargo tales prestaciones.

Cuando, como consecuencia de revisiones por mejoría del estado incapacitante profesional proceda reintegrar, parcialmente o en su totalidad, la parte no consumida de los capitales coste constituidos por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o por las empresas que hubieran sido declaradas responsables de su ingreso, este último no tendrá la consideración de ingreso indebido, a los efectos previstos en el

artículo 26, apartados 1, 2, 3 y 5 de esta ley, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

4. Las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y siete años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo.”.

Por tanto, la calificación de incapacidad permanente puede revisarse en los siguientes casos:

- Agravación.
- Mejoría.
- Error de diagnóstico.
- Realización de trabajos por el pensionista, por cuenta propia o ajena.

Y a sus resultas, podrá aumentarse o disminuirse o quedarse igual el grado de incapacidad (incluso, puede retirarse la calificación de incapacitado permanente si se ha recuperado la capacidad de trabajo).

3.3.2.5.- Prestaciones económicas

Las prestaciones económicas a que dan lugar los distintos grados de incapacidad permanente se encuentran recogidas en el art. 196 LGSS:

“1. La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente parcial, consistirá en una cantidad a tanto alzado.

2. La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente total consistirá en una pensión vitalicia, que podrá excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años.

Los declarados afectos de incapacidad permanente total percibirán la pensión prevista en el párrafo anterior incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior.

La cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podrá resultar inferior al 55 por ciento de la base mínima de

cotización para mayores de dieciocho años, en términos anuales, vigente en cada momento.

3. La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente absoluta consistirá en una pensión vitalicia.

4. Si el trabajador fuese calificado como gran inválido, tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda. El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45 por ciento de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. En ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por ciento de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador.

5. En los casos en que el trabajador, con sesenta y siete o más años acceda a la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, por no reunir los requisitos para el reconocimiento del derecho a pensión de jubilación, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación. Cuando la incapacidad permanente derive de enfermedad común, se considerará como base reguladora el resultado de aplicar únicamente lo establecido en la norma a) del apartado 1 del artículo 197.

6. Las prestaciones a que se refiere el presente artículo se harán efectivas en la cuantía y condiciones que se determinen en las normas de desarrollo de esta ley.”.

4.- Incapacidad laboral versus discapacidad social

4.1.- Diferencias

Tanto la incapacidad laboral como la discapacidad se refieren al menoscabo de una persona debida a deficiencias, lesiones o enfermedades que limitan su funcionalismo en el ámbito personal, social y/o laboral. Para acceder a cualquiera de las dos hay que pasar por el EVO, que determina la incapacidad permanente (parcial, total, absoluta, gran invalidez o ninguna) o en el caso de optar por la discapacidad un porcentaje.

Para ser considerado discapacitado hace falta obtener un porcentaje igual o superior al 33%, que podrá ser revisado.

Conforme al art. 4.2 del RD. Leg. 1/2013, de 29 de noviembre, si una persona es declarada incapacitado permanente total, absoluto o gran invalido automáticamente le corresponde una discapacidad del 33%, pero hay que presentar la solicitud correspondiente acompañando la resolución administrativa o judicial de concesión de incapacidad permanente.

Pero ambas situaciones tienen diferencias tanto desde el punto de vista conceptual como legislativo y social.

1.- Mientras que la incapacidad va referida al ámbito laboral y es la situación en la que un trabajador no está capacitado para realizar un trabajo, dependiendo de su grado de incapacidad; la discapacidad supone que la persona presenta una deficiencia en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales previsiblemente definitivas que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Es la dificultad para realizar un vida diaria normal en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales.

Siempre habrá que hacer una valoración individualizada de las deficiencias y limitaciones que presente cada persona.

2.- Para determinar la incapacidad hay que tener en cuenta los requerimientos del puesto de trabajo, no así para calificar un grado de discapacidad.

La incapacidad permanente es de carácter profesional, más importante que las lesiones del trabajador son las secuelas que dichas enfermedades le dejan en su capacidad para realizar su trabajo habitual. Aportar a la solicitud de incapacidad el certificado de discapacidad siempre será un dato a favor para conseguir aquella, pero lo que en realidad se tiene en cuenta es la aptitud laboral del trabajador después de su enfermedad.

3.- La incapacidad la califica el INSS, y la discapacidad los organismos dependientes de las CCAA y el IMSERSO en Ceuta y Melilla.

4.- No toda persona incapacitada laboralmente tiene por qué estar discapacitada ni a la inversa. Muchos discapacitados trabajan en puestos para los que están perfectamente capacitados¹⁴³⁴.

¹⁴³⁴ VICENTE-HERRERO, M.T., TERRADILLOS GARCÍA, M.J., AGUADO BENEDÍ, M.J., CAPDEVILA GARCÍA L., RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, M.V., AGUILAR JIMÉNEZ, E. "Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas", cit., pp. 15-16.

4.2.- Derechos económicos

La calificación de incapacitado puede originar derecho a percibir una prestación económica de la SS: un subsidio en el caso de incapacidad temporal y una pensión vitalicia en el caso de incapacidad permanente; con independencia de que el incapacitado tenga otros ingresos o no.

La calificación de discapacitado puede originar algún subsidio económico que no deriva del sistema de SS para garantizar ingresos mínimos, ayuda de tercera persona y/o ayuda de movilidad, pero solo si cumple determinados requisitos de falta de recursos. La discapacidad da derecho a beneficios económicos cuando es igual o superior al 65%, originando un derecho a una prestación no contributiva.

Por otro lado, la calificación de un grado determinado de discapacidad da lugar a beneficios fiscales (sobre el IRPF, IVA, impuesto de matriculación y circulación de vehículos) y sociales (zonas de aparcamiento reservado, bono taxi, material ortoprotésico, etc.); pero la calificación de incapacitado no conlleva por sí misma este tipo de beneficios.

TEMA VI.- INSTITUCIONES DE GUARDA Y PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

I.- CONSIDERACIONES GENERALES

Veremos en este punto una serie de cuestiones como el enunciado de las diferentes instituciones, sus principios, excusas o indemnización, que en principio resulta de común aplicación a todas las instituciones tuitivas previstas en nuestra normativa y que posteriormente iremos viendo con detalle en cada una de ellas.

1.- Instituciones de protección

1.1.- Art. 215 CC

El art. 215 CC dice: *“La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante:*

- 1. La tutela.*
- 2. La curatela.*
- 3. El defensor judicial.”.*

García Garnica¹⁴³⁵ destaca que inspirándose en el derecho francés y obviando nuestro derecho histórico, el CC en su redacción originaria “refundió las instituciones pupilares en la tutela y suprimió toda referencia a la curatela”, que existía en nuestra tradición jurídica desde el derecho romano.

Esta unidad del sistema de guarda fue criticada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En la práctica, bajo una misma denominación, subsistían diversas posibilidades que satisfacían las diferentes necesidades a que aquella institución respondía (SSTS, de 5 de marzo de 1947¹⁴³⁶ y 6 de febrero de 1968¹⁴³⁷).

“Frente a ello, la Ley 13/1983, dio nueva redacción al art. 215 CC, y recogió el principio de pluralidad de guarda legal”¹⁴³⁸, junto a la tutela, reinstauró la curatela e incorporó al defensor judicial, “que se superpone a la institución de protección a la que

¹⁴³⁵ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 215”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2058-2060.

¹⁴³⁶ RJ 1947, 343

¹⁴³⁷ TOL 4.292.563

¹⁴³⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, 11^a ed., ed. Edisofer, Madrid, 2008, p. 324.

esté sometido el menor o incapacitado en los supuestos previstos legalmente (art. 299 CC)”.

Pero el art. 215 CC no recoge todas las instituciones de protección de menores e incapacitados que regula nuestro derecho.

En concreto deja fuera:

- La patria potestad, su prórroga o rehabilitación (arts. 154 y ss. CC).
- La guarda de hecho (arts. 303 y ss. CC).
- El administrador patrimonial (art. 299 bis CC).
- La tutela administrativa (arts. 172 y 239 CC).
- La guarda administrativa (art. 172.2 CC).

Queda fuera la patria potestad, que se recoge en el Título VII, Libro I del CC, en el marco de las relaciones paterno-filiales, a pesar de que es la principal institución de protección de los menores de edad, que a veces se amplía a los mayores de edad incapacitados (prórroga o rehabilitación de la patria potestad).

Resulta extraña la ausencia de la guarda de hecho que se reguló legalmente por primera vez en la Ley 13/1983. Recogía la situación que se produce cuando una persona, sin estar legitimada legal, administrativa ni judicialmente, se hace cargo *de facto* del cuidado de un menor de edad o de un presunto incapaz.

El administrador patrimonial también fue introducido por la Ley 13/1983. Lo designa el juez durante la tramitación del procedimiento de tutela, si además del cuidado de la persona, por el MF, debe procederse al cuidado de sus bienes. Al igual que el de defensor judicial, es un cargo provisional.

En cuanto a la tutela administrativa, la entidad pública que en cada CCAA asume la protección de menores y de aquellos que se encuentren en situación de desamparo, se reguló “por primera vez en nuestro ordenamiento por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del CC y de la LEC en materia de adopción¹⁴³⁹, en el art. 172 CC¹⁴⁴⁰, dentro del Capítulo “*De la adopción y otras formas de protección de menores*”, quizás sistemáticamente hubiera sido más adecuado recogerla en el Título X del Libro I, específicamente dedicado a las instituciones de guarda de los menores o incapacitados”. Y la LPPD reforma el art. 239

¹⁴³⁹ BOE n.º 275, de 17 de noviembre de 1987.

¹⁴⁴⁰ Revisado por la Disp. Final quinta de la LOPJM (BOE-A-1996-1069), por la Disp. Final primera de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE-A-2007-22438) y por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE-A-2015-8470).

CC, extendiendo a favor de las personas incapaces la posibilidad que antes se refería solo a los menores de edad, “de que la Administración declare que se encuentran en situación de desamparo, asumiendo su tutela por ministerio de la ley la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la tutela de los incapaces”.

“La guarda administrativa también fue introducida en el CC por la reforma hecha por la Ley 21/1987. Se trata de la posibilidad de que la Administración Pública asuma durante el tiempo necesario, la guarda de un menor, a solicitud de los padres o tutores o del juez, cuando sus representantes legales no puedan asumir su cuidado por circunstancias graves (art. 172 CC)”. No se prevé “la extensión de esta posibilidad a favor de las personas incapacitadas, de forma análoga a lo dispuesto en la tutela administrativa en el art. 239 CC, pero no hay ninguna razón que lo impida”.

Señala García Garnica¹⁴⁴¹ que la existencia de una pluralidad de instituciones de protección de menores e incapacitados permite “una mayor adecuación de la respuesta jurídica a las necesidades de cada caso concreto”, y es “coherente con la capacidad de obrar evolutiva del menor” (art. 2 LOPJM y art. 5 de la Convención de Derechos del Niño de NNUU de 1989), con la graduabilidad de la incapacitación (arts. 199 y 200 CC) y con las previsiones de la CDPD.

1.2.- CDPD

La CDPD afecta en gran medida a las instituciones tradicionales de guarda y protección de una persona incapaz.

El art. 12 CDPD establece el principio general de que las personas con discapacidad tienen la misma capacidad jurídica que las demás en todos los aspectos de la vida, con lo que suprime la diferenciación clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Con arreglo a la CDPD no cabe la sustitución o la representación (tutela) por motivo de discapacidad, solo los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica. Supone proteger sin incapacitar y potenciar los apoyos.

Pero es el derecho interno el que fija el apoyo y su extensión.

Hay que garantizar que en el procedimiento de modificación de la capacidad se respete la dignidad de la persona y los DDHH, y que el sistema de apoyos le proteja en todos los aspectos de su vida.

¹⁴⁴¹ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 215”, cit., p. 2060.

La persona o personas que prestan el apoyo, le explican al discapacitado las opciones que existen, de modo que le sean comprensibles y que pueda tomar la decisión que estime conveniente, e interpretan las preferencias de la persona discapacitada, para que ejerza su capacidad jurídica del modo más aproximado posible a sus auténticos deseos.

Para adaptarse a esta nueva situación, sería idóneo dotarse de nuevos mecanismos jurídicos, pero mientras no existan habrá que usar los existentes en la dirección que marca la CDPD, guarda de hecho, curatela, graduación de la incapacitación, etc.

1.3.- Separación de la protección de la persona y los bienes

Lo usual es que el ámbito de actuación de las instituciones tutelares se extienda tanto a la esfera personal como a la patrimonial. La excepción la constituye la curatela y la administración del art. 299 bis CC, que afectan solo al ámbito patrimonial.

Sin embargo, el art. 215 CC al hablar de “*La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes [...]*”, da la posibilidad de desdoblar la protección personal y patrimonial, lo que puede resultar muy útil en los casos en los que concurran circunstancias especiales (art. 236 CC) para adecuarse a las necesidades del caso concreto. Así, la protección se prestará en el ámbito en el que falte autogobierno, que puede ser solo el patrimonial o solo el personal (STS, de 25 de marzo de 2004¹⁴⁴²).

Por ello, la distinción entre tutela y curatela hoy no está en el “ámbito de protección (persona y bienes conjuntamente, o solo persona o solo bienes), sino en el contenido de cada institución: sustitución-representación, en el primer caso; y asistencia, en el segundo”¹⁴⁴³ (SSTS, de 31 de diciembre de 1991¹⁴⁴⁴ y 29 de abril de 2009¹⁴⁴⁵). La tutela afectará “a quienes adolezcan de una incapacidad absoluta, y la curatela a quienes tengan una incapacidad relativa, y el juez deberá precisar si la incidencia de la enfermedad o deficiencia es “*suficiente para impedir un comportamiento normal respecto de la persona y bienes o algunos de ambos extremos*” (SSTS, de 25 de marzo de 2004¹⁴⁴⁶, 17 de octubre de 2008¹⁴⁴⁷ y 29 de abril de 2009¹⁴⁴⁸).

¹⁴⁴² TOL 376.552

¹⁴⁴³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al art. 215”, en P. Liaño (dir.), *Jurisprudencia Civil Comentada*, t. I, ed. Comares, Granada, 2000, p. 846.

¹⁴⁴⁴ RJ 1991, 9483

¹⁴⁴⁵ RJ 2009, 2901

¹⁴⁴⁶ TOL 376.552

¹⁴⁴⁷ RJ 2008, 5703

¹⁴⁴⁸ RJ 2009, 2901

2.- Principios de las funciones tutelares

2.1.- Art. 216 CC

Los cargos de guarda tienen como finalidad la protección de la persona incapacitada y en ningún caso los intereses de los titulares de los mismos.

Art. 216 párr. 1º y 2º CC: *“Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.*

Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos.”.

Este art. sintetiza los principios básicos de la regulación de las instituciones tutelares tras la reforma del CC por la Ley 13/1983, para adecuarlo a los dictados constitucionales. Son:

- La consideración del sistema de protección de menores e incapacitados como un deber que se impone a quienes asumen su representación o asistencia.
- El ejercicio de toda actuación de estos en beneficio del tutelado.
- El sometimiento de las actividades tutelares a control judicial.

2.2.- Funciones tutelares como deber

El desempeño de las funciones tutelares se configura como un deber y no como un derecho subjetivo. Las potestades de su titular tienen como finalidad la salvaguarda de los intereses del menor o incapacitado sujeto a su amparo. Esto se debe al interés público que informa la regulación jurídica de las instituciones tutelares, y determina:

- Su carácter irrenunciable, el designado para su ejercicio solo podrá excusarse por alguna de las causas establecidas por la ley.
- Su gratuidad, aunque el cargo de tutor pueda ser retribuido cuando el patrimonio del tutelado lo permita y lo establezca el juez (art. 274 CC)¹⁴⁴⁹.

2.3.- Beneficio del tutelado

¹⁴⁴⁹ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 216”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2064.

Que el cargo tutelar se ejerce en beneficio del tutelado reproduce la obligación del art. 154 párr. 2º CC respecto a la patria potestad: “*La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos [...]*”.

La STS, de 4 de octubre de 1984¹⁴⁵⁰, afirma que las personas que desempeñan cargos tutelares “*tienen como obligación primordial y preferente por encima de sus intereses patrimoniales y desavenencias personales el cuidar de la persona y bienes de los menores*”.

El concepto de beneficio o interés del tutelado es indeterminado. La doctrina y la jurisprudencia han intentado concretar su significado, para que no sea una mera declaración de intenciones sin eficacia práctica. En última instancia el juez será el que en cada caso tendrá que concretarlo.

Por este principio se debe facilitar el desarrollo libre e integral de la personalidad del menor o incapacitado en sus aspectos físico, ético y cultural; velar por su salud corporal y mental, por su educación y moral; evitarle situaciones de riesgo o indignas y respetar sus vínculos afectivos.

En cada caso habrá que adoptar la decisión que sea más respetuosa con sus derechos fundamentales. Así, la STC, de 18 de diciembre del 2000¹⁴⁵¹ y la STS, de 21 de septiembre de 2011¹⁴⁵².

En base al beneficio se adoptan soluciones discrecionales, pero nunca arbitrarias, deben estar motivadas, ser racionales y las más convenientes al caso concreto en función de las circunstancias¹⁴⁵³.

2.4.- Control judicial

El art. 216 CC somete las funciones tutelares a control judicial. Con ello el sistema de tutela de autoridad se impone al sistema de tutela de familia, que regía antes. Ello es más congruente con los principios constitucionales, que encomiendan a los poderes públicos el deber de velar por la protección de los menores e incapacitados (arts. 39 y 49 CE).

¹⁴⁵⁰ RJ 1984, 4755

¹⁴⁵¹ RTC 2000, 311

¹⁴⁵² RJ 2011, 6575

¹⁴⁵³ GARCÍA GARNICA, Mª. C., “Art. 216”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2066-2067.

El juez es un elemento clave respecto a las funciones tutelares ya que es el que designa quién tiene que ejercerlas y controla su desempeño en interés del menor o incapacitado, en ello coincide en algunos casos con el MF (art. 232 CC)¹⁴⁵⁴.

Pero el art. 216 párr. 2º CC, introducido por la LOPJM, contempla una cláusula general de salvaguarda de la autoridad judicial, establece: *“Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos.”*. El art. 158 CC establece: *“El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:*

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

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

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

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

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

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.

5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

¹⁴⁵⁴ SERRANO ALONSO, E., “Com. art. 216”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. II, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 574; que “esa dualidad de una misma función no resulta muy justificada, siendo un residuo de las dudas que el legislador tuvo durante la preparación de la reforma de la tutela, en donde una de las posibilidades barajadas fue, precisamente, la de atribuir al MF las funciones finalmente atribuidas al juez”.

6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública.

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

3.- Prohibiciones

3.1.- Art. 221 CC

Art. 221 CC: “Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar:

1. Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras que no se haya probado definitivamente su gestión.

2. Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

3. Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.”.

Usa el término cargo tutelar en sentido amplio, y ello porque puede haber un conflicto de intereses con la persona sujeta a su guarda, lo que infringe el deber general de las funciones tutelares, de actuar en beneficio del menor o incapacitado.

Al ser el art. 221 CC un supuesto de limitación de la capacidad de obrar de quien desempeña una función tutelar, debe ser objeto de interpretación restrictiva y el elenco de supuestos que recoge es taxativo¹⁴⁵⁵.

Según García Garnica¹⁴⁵⁶, “aunque la norma no precisa la sanción jurídica de los actos realizados en contra de la prohibición legal”, esta es imperativa y por tanto será la nulidad absoluta de dichos actos. Así lo afirmó la STS, de 23 de diciembre de 1997¹⁴⁵⁷, en base al art. 6.3 CC. Sin embargo, en la práctica, tanto la doctrina como la

¹⁴⁵⁵ ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario al art. 221”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 355.

¹⁴⁵⁶ GARCÍA GARNICA, Mª. C., “Art. 221”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2080.

¹⁴⁵⁷ RJ 1997, 8902

jurisprudencia sostienen que habrá que examinar cada caso concreto y que no en todos los casos es aplicable el mismo rigor.

3.2.- Recibir liberalidades

La primera prohibición es “*Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión*” (art. 221.1 CC).

No puede recibirlas en persona ni por medio de terceros interpuestos.

El titular de la función tutelar no puede recibir liberalidades, pero sí puede hacerlas a favor de su pupilo; y sí puede recibirlas tras la aprobación definitiva de su gestión, no bastando la mera extinción de la función tutelar (art. 279 y ss. CC).

El art. 221.1 CC está relacionado con el art. 753 CC que establece: “*Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador del testador, salvo cuando se haya hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no tuviese que rendirse éstas, después de la extinción de la tutela o curatela.*”

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor o curador que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador.”.

Examinando ambos arts. en conjunto se podría afirmar que el art. 753 CC se refiere a las disposiciones a título lucrativo realizadas *mortis causa*, y el art. 221.1 CC lo hace a las *inter vivos*, pero sin contemplar las excepciones a la prohibición del art. 753 párr. 2º CC, en atención a la relación de parentesco y extendiendo la prohibición a los causahabientes del tutelado. Pero como el art. 221.1 CC no distingue y por la alusión a los causahabientes del tutelado, parece más lógico entender que se refiere tanto a las liberalidades *inter vivos* como *mortis causa*, si bien en estas últimas hay que completar su contenido con el art. 753 CC.

Destaca García Garnica¹⁴⁵⁸ que “los actos celebrados contraviniendo esta prohibición han sido sancionados por la jurisprudencia con nulidad absoluta (STS, de 23 de diciembre de 1997¹⁴⁵⁹, antes citada)”.

3.3.- Representar al tutelado

¹⁴⁵⁸ GARCÍA GARNICA, Mª. C., “Art. 221”, cit., p. 2081.

¹⁴⁵⁹ RJ 1997, 8902

La segunda prohibición es: “*Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.*” (art. 221.2 CC).

O sea, no puede celebrar un acto jurídico actuando, al mismo tiempo, en representación de los intereses del tutelado y de sus propios intereses o los de un tercero; pero solo en los supuestos en los que exista conflicto de intereses, si no existe, puede hacerlo válidamente, p. ej. si las condiciones o el precio están objetivamente determinados y, en todo caso, si tiene autorización judicial. El posible conflicto de intereses se evita nombrando un defensor judicial para la celebración del acto en cuestión (art. 299.1 CC).

Art. 237 bis CC: “*Si los tutores tuvieren sus facultades atribuidas conjuntamente y hubiere incompatibilidad u oposición de intereses en alguno de ellos para un acto o contrato, podrá éste ser realizado por el otro tutor, o, de ser varios, por los demás en forma conjunta.*”.

Se refiere a las contraposiciones de intereses que surgieran durante el ejercicio de la tutela y que no tengan la suficiente importancia para que se cambie el guardador (art. 247 CC). Y como la tutela múltiple persigue agilizar la gestión de la tutela, con este art. se trata de evitar el nombramiento de defensor judicial.

Si se realiza el acto jurídico y hay conflicto de intereses, Díez Picazo¹⁴⁶⁰ y la jurisprudencia lo consideran anulable y no se sanciona con nulidad absoluta. En este sentido, la STS, de 6 de noviembre de 1934¹⁴⁶¹; y las RRDGRN, de 21 de mayo de 1993¹⁴⁶² y 9 de enero de 2004¹⁴⁶³.

El art. 221.2 CC junto con el art. 1459 CC y el art. 267 CCom, son la base para la construcción y delimitación del autocontrato en derecho español¹⁴⁶⁴. Con arreglo a ellos, la jurisprudencia y la doctrina consideran que un representante solo podrá autocontratar válida y eficazmente, en su propio nombre o en el de un tercero y en el del representado, cuando:

¹⁴⁶⁰ DIEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...*, cit., p. 196.

¹⁴⁶¹ TOL 4.459.729. El padre interviene en una partición convencional en su propio interés y en el de los hijos menores.

¹⁴⁶² RJ 1993, 3931. Donde se afirma la posibilidad de sanar la irregularidad del negocio mediante su ratificación.

¹⁴⁶³ RJ 2004, 713. Se permite subsanar este defecto, que impide la inscripción del negocio jurídico celebrado, mediante su autorización judicial.

¹⁴⁶⁴ SSTS, de 5 de noviembre de 1956 (RJ 1956, 3430) y 22 de febrero de 1958 (RJ 1958, 1420); y las RRDGRN, de 26 de septiembre de 1951 (RJ 1951, 2037), 20 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6406), 11 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4121), 1 de junio de 1999 (RJ 1999, 4191), 2 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10481), y 13 de febrero de 2012 (RJ 2012, 86806).

1.- Esté autorizado para ello por el representado o por la autoridad judicial. El representado puede autorizar antes del contrato o después por ratificación, tanto expresa como tácitamente.

2.- Cuando por configuración del negocio, y según la RDGRN, de 13 de febrero de 2012¹⁴⁶⁵, “*quede manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato. Se trata así de evitar que el representante, por su sola actuación, comprometa simultáneamente los intereses patrimoniales del representado y el suyo propio o los de aquél y el tercero cuya representación ostente*”¹⁴⁶⁶.

3.4.- Adquirir a título oneroso

La tercera prohibición es “*Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.*” (art. 221.3 CC).

No pueden transmitirse bienes a título oneroso, cualquiera que sea el negocio jurídico: compraventa (también prohibida por el art. 1459.1º CC), permuta, etc.

Este supuesto puede incluirse en la prohibición de autocontratación del art. 221.2 CC, ya que al ser transmisiones onerosas habría conflicto de intereses.

El acto contrario a esta prohibición, según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, es anulable, falta legitimación del tutor, y puede convalidarse, si no es perjudicial para los intereses del tutelado y obtiene autorización judicial¹⁴⁶⁷.

4.- Excusa de cargos tutelares

4.1.- Normativa

El ejercicio de los cargos tutelares es un deber o potestad-función. La jurisprudencia recoge la obligatoriedad del cargo, la STS, de 23 de noviembre de 1981¹⁴⁶⁸, cuando afirma que el tutor “*no puede estar en condiciones de alegar un desistimiento o renuncia de sus funciones, justo porque lo impide el carácter*

¹⁴⁶⁵ RJ 2012, 86806

¹⁴⁶⁶ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 221”, cit., pp. 2082-2083. Señala esta RDGRN que es un objetivo legal del que existen diversas manifestaciones en nuestro derecho positivo (arts. 162.2, 221 y 1459.1º al 4º CC; 267 y 288 CCom. También arts. 65 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; del 127 del RD Leg. 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, actualmente derogados y recogidos en la LSC).

¹⁴⁶⁷ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 221”, cit., pp. 2082-2083.

¹⁴⁶⁸ RJ 1981, 4543

semipúblico de las mismas, significativo de deberes y no sólo derechos que de suyo, son irrenunciables”.

Sin embargo, en determinados supuestos se permite la excusa a su ejercicio. El art. 217 CC establece: *“Sólo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos.”* (arts. 251 a 258 CC).

Art. 251 CC: *“Será excusable el desempeño de la tutela cuando 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.*

Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela.”.

Art. 252 CC: *“El interesado que alegue causa de excusa deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento.”.*

Art. 253 CC: *“El tutor podrá excusarse de continuar ejerciendo la tutela, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle, cuando durante el desempeño de aquélla le sobrevenga cualquiera de los motivos de excusa contemplados en el artículo 251.”.*

Art. 254 CC: *“Lo dispuesto en el artículo anterior no se aplicará a la tutela encomendada a las personas jurídicas.”.*

Art. 255 CC: *“Si la causa de excusa fuera sobrevenida, podrá ser alegada en cualquier momento.”.*

Art. 256 CC: *“Mientras se resuelva acerca de la excusa, el que la haya propuesto estará obligado a ejercer la función.*

No haciéndolo así, se procederá a nombrar un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada.”.

Art. 257 CC: *“El tutor designado en testamento que se excuse de la tutela al tiempo de su delación perderá lo que, en consideración al nombramiento, le hubiere dejado el testador.”.*

Art. 258 CC: *“Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo tutor.”.*

4.2.- Causas de excusa

Al ser el desempeño de los cargos tutelares un deber, se restringe la posibilidad de excusar el ejercicio a las causas establecidas en la ley en los arts. 251 a 258 CC.

Entre las causas que citan se encuentran: la edad, la enfermedad, las ocupaciones personales o profesionales y la falta de vínculos; pero no es una relación cerrada de causas sino una lista abierta y genérica, ya que el art. 251 CC habla de “*cualquier otra causa*”, y la concurrencia de la causa debe tener la consecuencia que resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo; desdibujando el espíritu restrictivo del art. 217 CC¹⁴⁶⁹. Con lo que el juez tiene un margen de discrecionalidad para admitir o no la causa invocada como excusa en el caso concreto, considerando siempre el interés superior del menor o incapacitado.

Son aplicables a la tutela y también a la curatela y al defensor judicial, por expresa remisión de los arts. 291 y 301 CC, respectivamente. Sin embargo, no se aplican a la patria potestad rehabilitada y prorrogada que se regirán por las normas propias de la patria potestad, conforme al art. 171 CC.

Respecto a las tutelas de las entidades públicas, algunos como Álvarez Lata¹⁴⁷⁰ creen que son irrenunciables. Sin embargo, hay que distinguir dos casos:

1.- La tutela administrativa que surgirá *ope legis* en los supuestos de desamparo, y que no será renunciable.

2.- La tutela judicial ordinaria acordada a favor de una entidad pública, sobre la cual la Fiscalía General del Estado en la Consulta 2/1998, de 3 de abril¹⁴⁷¹, ha señalado que “será admisible muy excepcionalmente en algún caso concreto la excusa de insuficiencia de medios para el desempeño adecuado de la tutela prevista en el art. 251.2º del Código Civil”.

4.3.- Consecuencias

Si quien ejerce algún cargo tutelar deja de prestar la función de guarda que le incumbe sin excusa legal para ello, podrá ser sancionado civil y penalmente. Será responsable de todos los daños que se le causen a la persona sujeta a su guarda y protección y a terceros.

¹⁴⁶⁹ GIL RODRIGUEZ, J., “Comentario a los arts. 215 a 217”, en *Comentario del Código Civil*, t. I, 5ª ed., ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 677.

¹⁴⁷⁰ ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario al art. 217”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 352.

¹⁴⁷¹ RCL 1999, 1104

El CP tipifica, en el marco de los delitos de abandono de familia, menores o incapaces¹⁴⁷², y dentro de los delitos contra los derechos y deberes familiares, las conductas relacionadas con el ejercicio inadecuado o el abandono de cargos tutelares¹⁴⁷³.

Art. 226.1 CP: *“1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.”*¹⁴⁷⁴.

Art. 228 CP: *“Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.”*.

Art. 229 CP: *“1. El abandono de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.*

2. Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.”.

Art. 230 CP: *“El abandono temporal de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección será castigado, en sus respectivos casos, con las penas inferiores en grado a las previstas en el artículo anterior.”*.

Art. 231 CP: *“1. El que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo*

¹⁴⁷² Se modifica la rúbrica por el art. único 114 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ref. BOE-A-2015-3439.

¹⁴⁷³ Sección 3.^a (*“Del abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”*) del Capítulo III (*“De los delitos contra los derechos y deberes familiares”*) del Título XII (*“Delitos contra las relaciones familiares”*) del Libro II (*“Delitos y sus penas”*) CP.

¹⁴⁷⁴ La redacción de este art. fue modificada por el art. único 75 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (Ref. BOE-A-2003-21538), a fin de endurecer la pena prevista en estos supuestos.

hubiere confiado, o de la autoridad, en su defecto, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Si con la entrega se hubiere puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.”.

Art. 232 CP: *“1. Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.*

2. Si para los fines del apartado anterior se traficare con menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años.”.

Art. 233 CP: *“1. El Juez o Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá imponer a los responsables de los delitos previstos en los artículos 229 al 232 la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.*

2. Si el culpable ostentare la guarda del menor por su condición de funcionario público, se le impondrá además la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

3. En todo caso, el Ministerio Fiscal instará de la autoridad competente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor.”.

5.- Indemnización

Al ser cargos obligatorios, se protege al que los desempeña si en el ejercicio de los mismo sufre algún perjuicio. Art. 220 CC: *“La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento.”*

Se plantea si esta previsión se refiere solo a la tutela ya que habla solo de daños sufridos en ejercicio de una función tutelar y la indemnización se paga con cargo a los

bienes del tutelado, o si debe también interpretarse la expresión de función tutelar en sentido amplio.

Afirma García Garnica¹⁴⁷⁵, según la interpretación sistemática del art., como está dentro de las disposiciones generales del CC relativas a las instituciones de guarda de menores o incapacitados, sí sería extensiva a otras formas de protección. “De modo que también el curador, el defensor judicial y el guardador de hecho podrán reclamar la reparación de los daños y perjuicios sufridos, sin culpa por su parte, en el ejercicio de su función”. Así lo dispone respecto al guardador de hecho el art. 306 CC, que establece: “*Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor.*”. Esta interpretación además es “coherente con el principio de indemnidad por la gestión de negocios ajenos que establece con carácter general el art. 1893 CC” y SSTs, de 2 de febrero de 1954¹⁴⁷⁶ y 9 de marzo de 2006¹⁴⁷⁷.

6.- La inscripción de los cargos tutelares

Art. 218 CC: “*Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil.*”

Dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones”.

Como señala García Garnica¹⁴⁷⁸, estos cargos son inscribibles pero no con carácter constitutivo, salvo en los casos previstos por la ley (art. 18 LRC); sino para poder ser oponibles a terceros, o sea, que es declarativa, a pesar de responder a una exigencia de orden público.

Aunque el art. está dentro de las Disposiciones generales relativas a las distintas instituciones tutelares de menores e incapacitados, no se recogen en él todos los

¹⁴⁷⁵ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 220”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2077.

¹⁴⁷⁶ RJ 1954, 322. Respecto del cuasi contrato de gestión de negocios ajenos, dice que se tratará de actos realizados espontáneamente, sin mandato ni conocimiento del dueño de los mismos, obrando, sin su autorización expresa ni tácita, pero sin su oposición; con *animus aliena gerendi* y sin el propósito de realizar un acto de mera liberalidad; aunque tampoco por codicia de ganancia. De modo que en tales supuestos, bastará la actuación del gestor con la diligencia de un buen padre de familia para que quede vinculado el legítimo dueño, tanto si ratifica expresamente la gestión ajena, como si se aprovecha de sus resultados.

¹⁴⁷⁷ RJ 2006, 1071.

¹⁴⁷⁸ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 218”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2070-2071.

supuestos. Ello llevó a la doctrina y a la jurisprudencia, “a plantearse si son inscribibles en el RC tan solo la tutela y la curatela o también el resto de instituciones tutelares”¹⁴⁷⁹.

La LRC¹⁴⁸⁰ resuelve las dudas. El art. 4.11º dispone que “*Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles:*

11.º La tutela, la curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones.”. La LRC se ocupa con más detalle de la inscripción de los cargos tutelares y sus modificaciones en sus arts. 71 y ss.

En relación a la tutela y la curatela, únicos cargos tutelares mencionados en el art. 218 CC, la LRC dice en su art. 72.1 LRC: “*1. La declaración judicial de modificación de la capacidad, así como la resolución que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado.*

La inscripción de la modificación judicial de la capacidad expresará la extensión y límites de ésta, así como si la persona queda sujeta a tutela o curatela según la resolución judicial.”.

Art. 73 LRC: “*1. Se inscribirán en el registro individual de la persona con capacidad modificada judicialmente las resoluciones judiciales en las que se nombre tutor o curador.*

Asimismo, tendrán acceso al Registro Civil las medidas judiciales sobre guarda o administración y sobre vigilancia o control de dichos cargos tutelares.

2. Dichas resoluciones solo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones.”.

La ley permite inscribir en el RC otras representaciones legales no contempladas en el art. 218 CC. Así, el art. 71 LRC establece: “*1. Los hechos que afecten a las relaciones paterno-filiales se inscribirán en el registro individual de la persona sujeta a patria potestad y en el de su progenitor o en los de sus progenitores.*

Son inscribibles las resoluciones judiciales que afecten a la titularidad, al ejercicio y a las modificaciones de la patria potestad. En particular, las que se produzcan como consecuencia de la nulidad, separación y divorcio de los progenitores.

¹⁴⁷⁹ ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario al art. 218”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 353.

Se pronuncian en contra de la posibilidad de inscribir en el RC la tutela administrativa, las RRDGRN, de 12 de julio de 1996 (RJ 1996, 9789) y 30 de mayo de 2006 (RJ 2007, 3393); y en contra de la inscripción de la autotutela, la RDGRN, de 19 de junio de 2006 (RJ 2007, 5018).

¹⁴⁸⁰ De 21 de julio de 2011.

2. También se inscribirá la extinción, privación, suspensión, prórroga y rehabilitación de la patria potestad.

3. En idénticos términos se inscribirá todo lo relativo a las figuras similares o asimilables a la patria potestad, que sean de Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas.”.

Art. 74 LRC: “1. Tienen acceso al registro individual la representación del ausente y la designación de defensor judicial en el caso previsto en el artículo 299 bis del Código Civil.

2. Igualmente, podrá tener acceso al Registro Civil cualquier representación que se otorgue mediante nombramiento especial y comprenda la administración y guarda de un patrimonio.”.

Art. 75 LRC: “Se inscribirá en el registro individual del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo, la sujeción a la tutela por la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores o de las personas con capacidad modificada judicialmente en los términos previstos por la legislación que resulte aplicable.”¹⁴⁸¹.

Art. 76 LRC: “Es inscribible en el registro individual de la persona con discapacidad el documento público o resolución judicial relativos a la constitución y demás circunstancias relativas al patrimonio protegido y a la designación y modificación de administradores de dicho patrimonio.”.

Art. 77 LRC: “Es inscribible en el registro individual del interesado el documento público de constitución de autotutela y el apoderamiento preventivo previstos en la legislación civil.”¹⁴⁸².

La publicidad frente a terceros se logra en la medida en que el contenido del RC es público, en los términos y con los límites los arts. 15, 80 y ss. LRC.

García Garnica¹⁴⁸³ deduce de todo lo anterior que “las resoluciones judiciales relativas a la constitución o modificación de los cargos tutelares, aunque válidas y

¹⁴⁸¹ El tenor literal de la LRC deja sin efecto la doctrina establecida en la RDGRN, de 22 de junio de 1996 (RJ 1996, 6185), en la que se negó la inscripción de la tutela asumida por las entidades públicas, y zanja las dudas existentes al respecto. En dicha resolución se establecía, sin embargo, de forma rotunda que, las características de la situación de desamparo, esto es, “las notas de provisionalidad, la de venir impuesta por la realidad de los hechos más que por un acto de autoridad y la carencia de un marco legal” llevaban “forzosamente a la conclusión de que no es inscribible la llamada tutela asumida por ministerio de la ley”.

¹⁴⁸² La previsión de la inscripción de la autotutela y de los apoderamientos preventivos se aparta, igualmente, de la doctrina establecida con anterioridad por la DGRN, al entender que estas declaraciones no serían objeto de inscripción, sino de anotación al margen de la inscripción de nacimiento del interesado. Así lo dispuso la RDGRN, de 19 de junio de 2006 (RJ 2007, 5018).

eficaces entre las partes, no serán oponibles frente a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones (arts. 218 CC, 19.2 y 73.2 LRC)”. Si bien, el tercero debe ser de buena fe¹⁴⁸⁴. “De modo que la resolución sí será oponible al tercero que tenga conocimiento de la misma, a pesar de no estar inscrita”.

II.- LA TUTELA

1.- En general

La tutela es una institución cuyo objeto es la guarda, protección y representación de la persona y la administración del patrimonio de aquellos que son incapaces o menores de edad no emancipados.

Es una forma de protección de carácter estable y subsidiaria respecto a la patria potestad, en virtud de la cual el tutor asume la representación legal del tutelado.

Está pensada para los casos en que se declara la incapacidad total de la persona y para los supuestos en que no proceda la curatela.

Esta institución se regula detalladamente en los arts. 222 a 285 CC.

1.1.- Sujeción

Art. 222 CC: *“Estarán sujetos a tutela:*

- 1.º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.*
- 2.º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.*
- 3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.*
- 4.º Los menores que se hallen en situación de desamparo.”.*

1.1.1.- Menores no emancipados

“Estarán sujetos a tutela:

- 1.º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.”* (art. 222.1º CC).

O sea, que no estén sujetos a la patria potestad de sus padres o, al menos, de uno de ellos. Lo que sucede si no se ha determinado la filiación del menor, porque se ignora

¹⁴⁸³ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 218”, cit., p. 2073.

¹⁴⁸⁴ RRDGRN, de 23 de abril de 1917 (CJ n.º 23, t. 140), 21 de febrero de 1923 (CJ n.º 81, t. 158) y 14 de mayo de 1984 (RJ 1984, 4077).

la identidad de ambos progenitores; en caso de fallecimiento o declaración de fallecimiento de estos, o si los padres han sido privados legalmente de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio¹⁴⁸⁵.

1.1.2.- Incapacitados

“Estarán sujetos a tutela:

2.º *Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.”* (art. 222.2º CC); y por tanto se designa tutela si el incapacitado no está sujeto a patria potestad, ni procede la rehabilitación de la misma, y necesita un representante legal porque el juez considera que la falta de capacidad de obrar es plena; le nombrará un tutor.

El art. 760.1 LEC establece: *“La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado [...]”*.

1.1.3.- Cese de la patria potestad prorrogada

“Estarán sujetos a tutela:

3.º *Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.”* (art. 222.3º CC).

El art. habla de prorrogada, pero incluye la rehabilitada conforme al art. 171 CC.

El cese de la patria potestad prorrogada o rehabilitada será de quien la ejerciera, uno o ambos progenitores; si cesa uno y continúa el otro, no procede.

1.1.4.- Desamparo

“Estarán sujetos a tutela:

4.º *Los menores que se hallen en situación de desamparo.”* (art. 222.4º CC).

Se completa con lo establecido en los arts. 172, 239 y 239 bis CC, que extienden esta tutela a las personas con la capacidad modificada judicialmente.

Para la protección de los menores que se encuentren en situación de desamparo, la Ley 21/1987¹⁴⁸⁶ introdujo en el art. 172 CC la llamada tutela administrativa o automática (una nueva modalidad de tutela junto con la tutela judicial).

¹⁴⁸⁵ GARCÍA GARNICA, Mª. C., “Art. 222”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2085-2086.

¹⁴⁸⁶ BOE-A-1987-25627

El concepto de desamparo, y las medidas a adoptar de forma inmediata y por ministerio de la ley por la entidad pública a la que en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, su régimen jurídico se modificó por la LOPJM, por la Ley 54/2007¹⁴⁸⁷ y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁴⁸⁸; agilizando y clarificando los procedimientos administrativos y judiciales para que el menor no esté indefenso en ningún momento.

El art. 172.1 CC dice: *“1. Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. La resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial. [...]”*.

Art. 239 bis CC: *“La Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, será designada como tutora cuando no haya sido constituida la tutela en favor de persona alguna conforme al artículo 234.*

Asimismo, asumirá por ministerio de la ley la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial que modificó su capacidad.

Se considera como situación de desamparo a estos efectos, la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado

¹⁴⁸⁷ BOE-A-2007-22438

¹⁴⁸⁸ BOE-A-2015-8470

ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor.”.

Con lo que se extiende al ámbito de aplicación de la tutela automática o administrativa a favor de los incapaces.

La finalidad es cerrar el círculo de protección por parte de los poderes públicos frente a las situaciones de desatención de menores o de incapacitados. Es una tutela automática, por ministerio de la ley *ex lege*¹⁴⁸⁹.

La situación es cada vez más frecuente, en particular en especial respecto de los mayores, lo que ha llevado a algunos países a plantearse la profesionalización de tales cargos¹⁴⁹⁰ buscando la eficacia.

Lo bueno de esta forma de protección es su agilidad, ya que para constituirla no hay que seguir las formalidades de un procedimiento judicial. Lo malo es que la suspensión de la patria potestad o de la tutela sin un procedimiento judicial puede infringir el derecho a la tutela judicial efectiva de los representantes legales del menor. Pero no lo hace, ya que no priva de la patria potestad, solo la suspende, y la resolución administrativa que declare el desamparo es recurrible ante los tribunales.

Esta tutela nace con vocación de temporalidad, ya sea porque se reintegre el menor en su familia de origen, o porque proceda acordar una medida más estable, como la adopción o la tutela ordinaria¹⁴⁹¹. Lo mismo ocurre si la persona desamparada es una con capacidad de obrar limitada.

Esta cuestión la vemos con detalle posteriormente.

1.2.- Nombramiento

El nombramiento del tutor es competencia judicial. El art. 231 CC establece: *“El Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años.”.*

¹⁴⁸⁹ La Disp. Adic. Primera de la Ley 21/1987, por la que se reformó este precepto, establece: *“Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a las que, con arreglo a las leyes, corresponda, en el territorio respectivo, la protección de menores.”.*

¹⁴⁹⁰ En el derecho francés se ha producido una profesionalización de los cargos tutelares, que reciben una formación adecuada, orientada y dirigida al cumplimiento de su función. MOISDON-CHATAIGNER S., “La profesionalización de los cargos tutelares”, en J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, ed. La Ley, Madrid, 2011, p. 409.

¹⁴⁹¹ SSTS, de 31 de julio de 2009 (RJ 2009, 4581), 31 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 3100) y 17 de febrero de 2012 (RJ 2012, 81239).

El art. 759.2 LEC prevé que *“Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él [...]”*. Pero no dice nada de qué pasa en caso de que no se haya solicitado. Hoy se puede constituir la tutela en el proceso de incapacitación que se seguirá por los trámites del juicio verbal, con las especialidades previstas en los arts. 748 y ss. LEC; o en procedimiento de jurisdicción voluntaria si no se ha hecho en el procedimiento de incapacitación o se trata de constituir la tutela de un menor de edad.

El juez, en cualquiera de estos procedimientos, hará las comprobaciones oportunas y las pruebas que determine la ley y las que estime convenientes, para asegurarse de la existencia de un hecho de los que originan la tutela y para seleccionar la persona más idónea para ser tutor.

Así, el art. 231 CC establece la audiencia de:

1.- *“Los parientes más próximos”*.

El CC no establece un límite en cuanto al grado o tipo de parentesco que debe existir con el menor o incapacitado. La discrecionalidad del juez le permite adecuarse al caso concreto y lo relevante no será tanto la proximidad del parentesco, sino el hecho de que convivan o se relacionen con frecuencia con el menor o incapacitado.

2.- *“Las personas que considere oportuno”*.

Puede dar audiencia a cualquier persona.

3.- Al *“tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años.”*.

La expresión no es afortunada porque al no haberse constituido la tutela no hay tutelado, y porque engloba tanto al incapacitado como al menor, se puede defender que el incapacitado será oído solo cuando tenga suficiente juicio y el menor deberá ser oído siempre que tenga más de doce años y también si tuviera suficiente juicio.

Esta es la audiencia más útil para constatar los hechos que originan la tutela y ayudará a designar la mejor persona para el cargo de tutor¹⁴⁹².

1.3.- Controles

¹⁴⁹² GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 231”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2122-2126.

1.3.1.- MF

Art. 232 CC: “*La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela*”.

La finalidad del control del MF es garantizar que el tutor desempeñe correctamente su cargo.

Este control ha sido objeto de crítica porque puede chocar con las atribuciones del juez del art. 233 CC¹⁴⁹³. Otros afirman que se trata de coordinar la actuación de ambos¹⁴⁹⁴.

La función de vigilancia del MF nace a partir del momento de constitución de la tutela. Puede actuar de oficio, por propia iniciativa, o a instancia de cualquier interesado.

Sobre la expresión “*cualquier interesado*”, unos opinan que toda persona puede instar la intervención del MF, ya que la protección de menores o incapacitados es de interés general, atribuye un deber de solidaridad a todos los ciudadanos¹⁴⁹⁵. Otros autores creen que solo atañe a quienes tengan un interés directo en el buen ejercicio de la tutela o puedan ser afectados por una mala actuación del tutor¹⁴⁹⁶.

La obligación del tutor de informar al MF, siempre que este lo solicite, se suma a su obligación de informar anualmente al juez (art. 269.4 CC), y a las medidas de vigilancia y control que el juez haya establecido (art. 233 CC).

Como sostiene García Garnica¹⁴⁹⁷, el MF puede “solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificativa de la administración que presente

¹⁴⁹³ SERRANO ALONSO, E., “Com. art. 232 CC”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. II, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 596.

¹⁴⁹⁴ ORDÁS ALONSO, M., “Comentario al art. 232”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 370.

¹⁴⁹⁵ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 232”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, p. 293. A favor, se puede alegar la analogía con lo establecido en el art. 13 LOPJM que faculta a toda persona para comunicar a las autoridades públicas competentes la existencia de un menor en situación de riesgo o desamparo.

¹⁴⁹⁶ SERRANO ALONSO, E., “Com. art. 232 CC”, cit., p. 597.

¹⁴⁹⁷ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 232”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2128.

el tutor al extinguirse la tutela, o en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente”.

1.3.2.- Control judicial

Art. 233 CC: *“El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado. Asimismo podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración”*.

Como indica García Garnica¹⁴⁹⁸, con este art. se completa el art. 216 CC¹⁴⁹⁹, que establece “el principio general de sometimiento de las funciones tutelares al control judicial”. Consagra en nuestro derecho el sistema de tutela de autoridad.

Las medidas de vigilancia y control que establezca el juez se añaden a las que puedan haber fijado el propio tutelado o sus padres (arts. 223 y 224 CC), a las encomendadas al MF (art. 232 CC) y a la establecida en el art. 269.4º CC: *“El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:*

4. A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.”

La relación entre el art. 232 y el art. 233 CC es discutida, algunos afirman que aunque el informe del tutor sea recabado por la autoridad judicial, deberá ser presentado en todo caso al MF o, al menos, deberá dársele traslado del mismo. En apoyo de esta interpretación se afirma que mientras el art. 232 CC faculta al MF para exigir al tutor que *“le informe”*, el art. 233 CC faculta al Juez para exigir *“que informe”*¹⁵⁰⁰. Sin embargo, la interpretación que supone una duplicidad entre las funciones de control atribuidas al juez y al MF, según García Garnica¹⁵⁰¹, es “debida al hecho de que el art. 232 CC fue modificado por la Ley 21/1987, sin concordar su contenido con el del art. 233 CC como hubiera sido deseable. Prueba de ello, es que este conflicto de competencias de control no existía en la redacción del art. 232 CC dada por la Ley 13/1983, donde ambos arts. eran complementarios, al encomendarse en el primero al

¹⁴⁹⁸ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 233”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2129.

¹⁴⁹⁹ Porque permite al juez ejercitar las facultades del art. 158 CC.

¹⁵⁰⁰ ROGEL VIDE, C., “Com. arts. 222 a 233 del Código civil”, en *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 718.

¹⁵⁰¹ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 233”, cit., p. 2130.

juez en exclusiva la vigilancia de la tutela, sin perjuicio de que pudiera actuar a instancias, entre otros, del MF. Frente a ello, en la actualidad están legitimados para recabar informe del tutor tanto el MF¹⁵⁰² como la autoridad judicial, y ambos, tanto de oficio como a instancia de parte”.

1.4.- Autonomía de la voluntad

1.4.1.- Designación paterna

Los padres, si no han sido privados de la patria potestad y en uso de su autonomía de la voluntad, pueden nombrar tutor y establecer las características de la tutela.

Art. 223 CC: “*Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.*”

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.”.

Tal y como destaca García Garnica¹⁵⁰³, “la redacción del art. fue revisada, primero por la Ley 13/1983, en lo referente a la facultad de los padres para designar tutor de sus hijos¹⁵⁰⁴, y después por la LPPD”, que añade el reconocimiento de que la propia persona puede designar tutor si es incapacitado en el futuro. Además, se alteró “el orden de delación de la tutela recogido en el art. 234 CC, para incluir el nombramiento preferente de la persona designada por el propio tutelado”.

¹⁵⁰² La redacción del art. 232 CC dada por la Ley 13/1983 disponía que “*La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Juez, que actuará, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal, o a instancia de cualquier interesado.*”.

¹⁵⁰³ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 223”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2093-2094.

¹⁵⁰⁴ Que ya existía en el antiguo art. 206 CC.

No solo si tienen hijos menores o incapacitados se puede hacer la designación, también si los padres prevén una futura incapacitación de sus descendientes¹⁵⁰⁵.

Aunque estas previsiones se refieren a la tutela, “nada impide su extensión por analogía a la curatela”.

El art. 223 CC, como sostiene la RDGRN, de 19 de junio de 2006¹⁵⁰⁶, supone la más importante concesión a la intervención de la familia en la nueva regulación de las instituciones de guarda y protección establecida por la Ley 13/1983. El art. les permite:

- Proponer la persona física o jurídica que desempeñe la tutela de sus hijos.
- Establecer órganos y medidas de fiscalización de la tutela y designar a las personas que los formen.
- Ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados, p. ej., podrán encomendar a personas distintas la protección de la persona y de los bienes del tutelado o nombrar más de un tutor (art. 236 CC), excluir a determinadas personas para el ejercicio del cargo de tutor (art. 245 CC), establecer una remuneración a favor del tutor (art. 274 CC), atribuir al tutor los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle alimentos (art. 275 CC), disponer la constitución de un patrimonio protegido a favor de los hijos con discapacidad, realizar aportaciones al mismo o establecer previsiones relativas a su administración (arts. 3 y 4 LPPD), etc.

Las facultades de los padres “tienen como límite el interés superior del menor o incapacitado, y el control del juez y del MF”. Aunque el art. afirma que los padres podrán nombrar tutor, realmente solo pueden designar o proponer tutor; ya que es el juez el que lo nombra y puede apartarse de la voluntad de los progenitores, si lo aconseja el interés superior del menor o incapacitado.

Los padres pueden aumentar, pero no rebajar, las garantías que el CC establece para el buen funcionamiento de la tutela.

Se excluye al progenitor privado de la patria potestad (art. 226 CC), pero como en principio la patria potestad corresponde a ambos progenitores, estén o no casados o separados; podrán hacer esta declaración de voluntad, tanto conjunta como unilateralmente. El art. 225 CC establece: “*Cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y*

¹⁵⁰⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 234”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2162-2163. También LETE DEL RÍO, J. M., “Nombramiento de tutor”, *Actualidad Civil*, n.º 16, 1999, p. 411.

¹⁵⁰⁶ RJ 2007, 5018

otras conjuntamente, en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado.”.

La designación de tutor es formal y puede hacerse:

En testamento, por lo que solo será eficaz cuando fallezca el testador.

En documento público notarial, que pueden otorgar ambos progenitores conjuntamente. En este caso tendrá eficacia en caso de fallecimiento y si se priva de la patria potestad o se incapacita a los progenitores con posterioridad al documento.

Los padres pueden hacer previsiones en el mismo documento relativas a la tutela de varios hijos¹⁵⁰⁷.

1.4.2.- Vinculación

Art. 224 CC: *“Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”.*

Señala García Garnica¹⁵⁰⁸ que esta norma es complementaria del art. 223 CC y en base a ella, la previsión de los padres o del interesado no tienen un valor absoluto, y el juez puede apartarse de ellas si lo exige el beneficio del tutelado, aunque debe interpretarse restrictivamente.

En nuestro ordenamiento jurídico la protección de menores e incapacitados es una cuestión de orden público (arts. 39 y 49 CE), que prima sobre la autonomía de la voluntad de los padres e incluso del propio interesado.

No está vinculado el juez si:

- Las previsiones de los padres son contrarias al orden público, a normas imperativas o a derechos fundamentales del tutelado.
- Han cambiado las circunstancias o se han producido hechos no conocidos por el interesado.
- Concorre alguna causa de inhabilidad del tutor designado.
- Procede la curatela en lugar de la tutela.
- Disminuyen las garantías establecidas legalmente a favor del tutelado, etc.

1.4.3.- Privación de la patria potestad

¹⁵⁰⁷ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 223”, cit. pp. 2097.

¹⁵⁰⁸ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 224”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2102.

Art. 226 CC: “*Serán ineficaces las disposiciones hechas en testamento o documento público notarial sobre la tutela si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad.*”.

El art. es una aplicación del art. 111 CC en línea con la falta de representación legal del hijo por la privación de la patria potestad.

Luego para adoptar estas disposiciones, hay que tener patria potestad y si se les ha privado de ella con anterioridad a la disposición, serán ineficaces salvo si la hubieran recuperado. La ineficacia no afectará a los actos anteriores a la privación de la patria potestad, aunque la causa determinante ya existiera cuando se realizó la disposición¹⁵⁰⁹, porque al ser una norma sancionadora hay que interpretarla restrictivamente.

La privación de la patria potestad solo puede producirse por resolución judicial. No es suficiente que estén incurso en una causa de privación de la patria potestad, ni la suspensión de la misma¹⁵¹⁰.

1.4.4.- Disposición gratuita

Art. 227 CC: “*El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor.*”.

Esta redacción data de la Ley 13/1983, que suprimió la facultad de designar tutor que el art. 207 CC reconocía a favor de cualquier persona, familiar o no, que les dejara herencia o legado de importancia y la reduce a los padres. A quien “*disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado*”, solo se le reconoció la posibilidad de establecer las reglas de administración y designar al administrador.

Se corresponde este art. con el art. 164 CC respecto a la patria potestad, que prevé la exclusión de la administración paterna de los bienes adquiridos a título gratuito por los hijos, cuando el disponente así lo hubiera ordenado de manera expresa.

Se aplica a favor de toda persona que haga disposiciones a título gratuito a favor de un menor o incapacitado, ya sean sus progenitores, otros familiares o terceros; y la disposición puede ser tanto *mortis causa* (herencia o legado) como *inter vivos* (donación).

¹⁵⁰⁹ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 226”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2106.

¹⁵¹⁰ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 226”, cit., pp. 2106-2107.

Los bienes pueden ser muebles o inmuebles, y no se exige que tengan un valor determinado¹⁵¹¹. Aunque por lógica deben tener importancia para justificar una administración especial¹⁵¹².

El disponente a título gratuito puede:

- Establecer reglas especiales de administración de los bienes transmitidos.
- Designar a una o varias personas como administradores de los bienes transmitidos, y tanto personas físicas como jurídicas.
- Ambas cosas a la vez¹⁵¹³.

Señala García Garnica¹⁵¹⁴ que como las facultades del administrador son solo patrimoniales, no le serán de aplicación las causas de inhabilidad establecidas para el tutor.

Se discute por la doctrina si el disponente puede facultar al administrador para realizar actos de disposición. Algunos autores se oponen porque los actos de disposición que corresponden al tutor, tienen los límites de los arts. 271 y 272 CC¹⁵¹⁵. Otros admiten que el administrador realice actos de disposición, solo o con el consentimiento de otras personas, o con autorización judicial, o en circunstancias excepcionales si lo ha previsto el disponente; siendo aplicables las normas de la tutela, si no ha previsto nada el disponente¹⁵¹⁶. A su vez, estos discuten si se aplican al administrador las limitaciones previstas para los actos de disposición del tutor. A favor, se dice que el administrador no puede tener un trato más favorable que el tutor. Pero la mayoría de la doctrina se inclina por la respuesta negativa, por analogía con el art. 164 CC en sede de patria potestad, que afirma respecto a los bienes adquiridos por los hijos a título gratuito que “*se cumplirá estrictamente la voluntad de éste (el disponente) sobre la administración de estos*

¹⁵¹¹ Como exigía el viejo art. 207 CC.

¹⁵¹² ORDÁS ALONSO, M., “Comentario al art. 227”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 864.

¹⁵¹³ SERRANO ALONSO, E., “Com. art. 227”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. II, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 589.

¹⁵¹⁴ GARCÍA GARNICA, Mª. C., “Art. 227”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2111.

¹⁵¹⁵ SERRANO ALONSO, E., “Com. art. 227”, cit., p. 584.

¹⁵¹⁶ ORDÁS ALONSO, M., “Comentario al art. 227”, cit., p. 277; el administrador debe estar a lo ordenado por el disponente a título gratuito. A su vez, GÓMEZ-OLIVEROS, J. M., “Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 562, 1984, p. 643, sostiene que “se debe entender que el administrador tendrá todas las facultades propias para llevar a cabo una buena administración, salvo las que expresamente haya extraído de su competencia quien haya hecho su designación; en lugar de afirmar que tendrá solo las facultades expresamente atribuidas por quien le designó”.

bienes”¹⁵¹⁷. Ventoso Escribano¹⁵¹⁸ advierte que si la disposición la hacen los padres, solo se puede eludir los límites legales con los bienes que exceden de la legítima.

El disponente puede prever el destino de los frutos de los bienes, y también establecer una remuneración al administrador a cargo de los mismos.

Todo ello se relaciona con la LPPD, según la cual el disponente de bienes a título gratuito podrá constituir un patrimonio protegido o realizar aportaciones a uno ya existente y establecer sus reglas de administración.

1.5.- Promoción de la tutela

1.5.1.- MF-Juez

Art. 228 CC: *“Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.”*

La obligación que compete al juez y al MF es resultado del sistema de tutela de autoridad y de los principios constitucionales (arts. 39 y 49 CE).

1.5.2.- Parientes-guardador

Art. 229 CC: *“Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.”*

Su finalidad es evitar la existencia de menores o incapacitados en situación de desamparo, y por ello debe cumplirse este deber a la mayor brevedad posible. La STS, de 1 de mayo de 1894¹⁵¹⁹, señaló que *“el espacio de tiempo que medie entre el momento en que las indicadas personas tengan noticia del hecho que determine la tutela y el en que cumplan el precepto de la ley, ha de ser tan próximo e inmediato como aconseja la*

¹⁵¹⁷ En este sentido, PÉREZ-SAUQUILLO PÉREZ, M., “Reflexiones sobre la reforma de la tutela llevada a cabo por la Ley de 24 de octubre de 1983”, *Revista de Derecho Notarial*, n.º 123, enero-marzo 1984, pp. 451- 452.

¹⁵¹⁸ VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, ed. Colex, 1985, p. 70.

¹⁵¹⁹ TOL 5.070.966

prudencia del hombre más escrupulosamente exacto en el cumplimiento de sus obligaciones”.

Impone la obligación de promover la constitución de la tutela, sin prelación entre ellos, a los parientes y al guardador de hecho. Sin perjuicio de la facultad de cualquier otra persona (art. 230 CC).

Los parientes llamados a desempeñar la tutela son los del art. 234 CC: sus padres, descendientes, ascendientes o hermanos.

Se discute si esta obligación alcanza al cónyuge del menor o incapacitado, ya que el art. 229 CC no lo menciona, mientras el derogado art. 202 CC sí lo recogía. Lete del Río¹⁵²⁰ y la mayoría de la doctrina creen que sí se incluye porque:

- El art. 757 LEC le recoge entre los legitimados para promover la declaración de incapacidad y sería ilógico que con esta legitimación y siendo el llamado en segundo lugar para ser tutor, no tenga esta obligación.

- Será la persona que más directamente conozca la necesidad de promover la tutela.

- En la práctica, a menudo será el guardador de hecho de su cónyuge, con lo que estaría obligado, por el art. 229 CC¹⁵²¹.

Los que incumplan están obligados de modo solidario a indemnizar daños y perjuicios, los que sufra el propio menor o incapacitado, en base al art. 1902 CC; y también los que se produzcan a terceros por los actos del menor o incapacitado, como recoge la STS, de 13 de septiembre de 1984¹⁵²².

1.5.3.- Cualquier persona

Art. 230 CC: *“Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela.”.*

Y ello por el interés general, en orden a la protección de menores e incapacitados.

Como dice *“podrá”* su ejercicio es discrecional y voluntario, no supone ninguna obligación, por ello, si no lo hace no sufre ninguna sanción ni incurre en ningún tipo de responsabilidad.

¹⁵²⁰ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario a los arts. 228 a 230”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, pp. 281 y 282.

¹⁵²¹ ORDÁS ALONSO, M., “Comentario al art. 229”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 367.

¹⁵²² RJ 1984, 4296. GARCÍA GARNICA, Mª. C., “Art. 229”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2116-2120.

2.- Delación

2.1.- Consideraciones generales

Define Lete del Río¹⁵²³ la delación como el efectivo llamamiento de una persona para el cargo de tutor. Hay que aclarar que delación y nombramiento no son dos momentos diferentes¹⁵²⁴, ya que la función tutelar comienza cuando el juez procede a la designación de tutor.

El llamamiento para la tutela se basa en las relaciones familiares, se designa a las personas de parentesco más cercano (art. 234 CC), se busca que la protección proceda del núcleo familiar porque se considera más beneficioso para el tutelado, y es lógico que los gastos derivados del cuidado de los incapaces se paguen prioritariamente con su propio patrimonio o el de sus parientes.

La protección por las Administraciones públicas se reserva a los casos en los que no hay ninguna otra forma de tutela posible. Es un mecanismo subsidiario de cierre.

El CC prefiere a la persona física frente a la persona jurídica, por el temor a la profesionalización y por la importancia que se otorga a la inclusión del tutelado en el marco de la familia¹⁵²⁵. Aunque esta preferencia sería cuestionable porque hoy en día las relaciones de familia se han transformado profundamente.

Afirma De Amunátegui Rodríguez¹⁵²⁶ que “la excesiva intervención judicial, da al traste con la autonomía de la voluntad del propio sujeto o sus familiares, y que complica y ralentiza la gestión de la función tutelar, situándose las más de las veces los jueces en posturas rígidas y conservadoras en grave detrimento de los intereses personales y propios de los tutelables”, en contra de la inspiración inicial de la reforma.

En principio, el único origen de la tutela recogido en la reforma del CC de la Ley 13/1983 era la disposición judicial. Todas las designaciones correspondían al juez. Con posterioridad, la Ley 21/1987 introdujo la tutela *ex lege* o automática en el caso de los menores desamparados¹⁵²⁷ (art. 239 CC), y, luego la LPPD, de los incapacitados que se encuentren en la misma situación sin necesidad de tramitación de procedimiento judicial de nombramiento de tutor.

¹⁵²³ LETE DEL RÍO, J. M., “Nombramiento de tutor”, cit., p. 403.

¹⁵²⁴ LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario al art. 234 CC”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 1079.

¹⁵²⁵ LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario al art. 234 CC”, cit., p. 1080.

¹⁵²⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 234”, cit., 2013, p. 2136.

¹⁵²⁷ LETE DEL RÍO, J. M., “Com. art. 234”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 719.

Así que hoy existen dos modelos de nombramiento de tutor, el judicial y el legal.

2.2.- Preferencia de los llamados a la tutela

Art. 234 CC: *“Para el nombramiento de tutor se preferirá:*

1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.

2.º Al cónyuge que conviva con el tutelado.

3.º A los padres.

4.º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.

5.º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere.

Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor.”.

2.2.1.- El designado por el tutelado

Art. 223 párr. 2º CC: *“Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.”.*

Es la denominada autotutela que fue introducida por la LPPD y que veremos en el punto correspondiente.

2.2.2.- El cónyuge

Es el *“cónyuge que conviva con el tutelado”*, excluyendo al que no lo haga, siendo indiferente que la separación sea judicial o de hecho. Si la no convivencia es porque el incapacitado haya sido internado en un centro, sí procede su nombramiento.

El llamamiento del cónyuge se justifica por los deberes personales que rigen entre los cónyuges, que están obligados a socorrerse y prestarse ayuda mutua (arts. 67 y 68 CC); así como en el hipotético beneficio que supone para el sometido a tutela.

El cónyuge tutor deberá ser mayor de edad y no estar, a su vez, incapacitado.

En la práctica plantea una serie de problemas, ya que según el régimen económico matrimonial vigente entre los esposos variará la extensión de la tutela y de las facultades patrimoniales del tutor.

Art. 1319 párr. 1º CC: *“Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.”*; permitiría, bajo cualquier régimen económico, gestionar los intereses del matrimonio sin necesidad de acudir a la tutela¹⁵²⁸.

El régimen de sociedad de gananciales tiene algunas normas específicas que facilitan la gestión de los bienes comunes.

Art. 1387 CC: *“La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte.”*.

Art. 1388 CC: *“Los Tribunales podrán conferir la administración a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho.”*.

Art. 1389 CC: *“El cónyuge en quien recaiga la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores tendrá para ello plenas facultades, salvo que el Juez, cuando lo considere de interés para la familia, establezca cautelas o limitaciones.*

En todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial.”.

Observamos que los actos enumerados en el art. 1389 CC no coinciden con los recogidos en el art. 271 CC. En los que no figuran, el tutor tendrá plenos poderes, sin necesidad de autorización judicial. Así, la STS, de 23 de septiembre 2010¹⁵²⁹.

Si el nombramiento de tutor recae en cónyuge casado en gananciales, los bienes privativos del incapacitado quedarán sometidos al régimen de administración y disposición de la tutela. Mientras que los bienes gananciales, por misterio de la ley, permanecerían bajo la sola administración del cónyuge tutor.

¹⁵²⁸ GIL RODRÍGUEZ, J., “Comentario al art. 234”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 310.

¹⁵²⁹ TOL 1.952.692

El cónyuge puede pedir al juez que disuelva la sociedad de gananciales, según el art. 1393.1º CC: “*También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:*

1.º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado [...]”.

Si el cónyuge del incapacitado no es idóneo; y lo aconseja el beneficio del tutelado¹⁵³⁰, puede que no sea designado tutor.

2.2.3.- Pareja de hecho

No aparece en el CC entre los llamados a la tutela. Sin embargo, sí incluye a la pareja entre los legitimados para solicitar la incapacitación, el art. 757.1 LEC, al disponer que “*La declaración de incapacidad puede promoverla [...] el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable [...]”*. No tiene sentido que pueda iniciar el procedimiento y que al acabar el mismo resulte que la tutela se atribuye a otra persona.

En todo caso, la pareja estable no casada puede ser llamada si lo ha establecido el propio tutelado a través de la autotutela, o si lo acuerda el juez en uso de su facultad discrecional. Y aunque legalmente no tiene ninguna preferencia en el orden de llamados¹⁵³¹. Parece que lo más razonable es que el juez designe tutor a la pareja de hecho¹⁵³².

2.2.4.- Los padres

Que se prefiera a los padres del incapacitado¹⁵³³ a sus descendientes es criticado por la doctrina en general¹⁵³⁴, ya que si el incapacitado tiene descendientes mayores de edad, lo normal será que los padres tengan una edad avanzada, lo que puede no hacerlos idóneos como tutores.

El nombramiento es subsidiario de la posibilidad de que exista patria potestad prorrogada o rehabilitada (art. 171 CC), luego solo será posible si se trata de un hijo

¹⁵³⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 234”, cit., pp. 2155-2160.

¹⁵³¹ En la práctica pueden plantearse dificultades de convivencia si se nombra tutores a los padres o a los descendientes del incapacitado, existiendo una pareja de hecho.

¹⁵³² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 234”, cit., p. 2160.

¹⁵³³ Se critica que, tras la reforma operada por la Ley 13/2005 por la que se permite contraer matrimonio a las personas del mismo sexo, no se haya sustituido la expresión padres por la de progenitores LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario al art. 234 CC”, cit., p. 1087.

¹⁵³⁴ SERRANO FERNÁNDEZ, M., “Artículos 222-285”, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 362.

mayor de edad ya independizado de sus padres y no puede rehabilitarse la patria potestad.

Los padres ejercerán conjuntamente la guarda, tal como dispone el art. 236 CC, aunque puede corresponderle solo a uno si están separados, divorciados, si existe alguna causa que así lo aconseje y si alguno de ellos hubiera sido privado de la patria potestad¹⁵³⁵.

2.2.5.- Los designados por los padres

Es la tutela testamentaria¹⁵³⁶, basada en la autonomía de la voluntad, que como en los demás casos del art. 234 CC, para que sea efectivo depende del definitivo nombramiento judicial.

La RDGRN, de 19 de junio de 2006¹⁵³⁷, expresa: *“constituye un negocio jurídico de Derecho de familia que requiere una manifestación de voluntad unilateral, si bien que plural en el caso de titularidad conjunta de la patria potestad por ambos titulares, y no receptiva, esto es, no necesita para que valga en cuanto tal designación, de la aceptación por parte del designado, y ello sin perjuicio de la necesidad de la posterior constitución de la tutela y de la imprescindible aceptación y toma de posesión por parte del designado en quien no concurra causa de excusa una vez formalizada la delación de la tutela”*.

2.2.6.- Otros parientes

El art. 234 CC habla de *“descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez”*. Unos afirman que este es el orden que debe seguirse por el juez¹⁵³⁸; para otros, no implica ninguna prelación entre ellos¹⁵³⁹, en este sentido, De Amunátegui Rodríguez¹⁵⁴⁰, cree que la elección entre los parientes es discrecional para el juez, quien en beneficio del tutelado podrá optar por unos u otros según lo aconsejen las circunstancias de la persona sujeta a tutela.

¹⁵³⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 234”, cit., pp. 2161-2162.

¹⁵³⁶ GÓMEZ-OLIVEROS, J. M., “Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre”, cit., pp. 686 y ss.

¹⁵³⁷ TOL 992.470

¹⁵³⁸ LETE DEL RÍO, J. M., “Com. art. 234”, cit., p. 720.

¹⁵³⁹ NAVARRO MENDIZABAL, I. A., “Arts. 222 a 258 CC”, cit., p. 1865.

¹⁵⁴⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 234”, cit., p. 2166.

2.2.7.- Integración en la vida familiar

El art. 234 CC “*considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor.*”, lo que puede justificar la alteración del orden establecido por el art.

En la patria potestad existe un deber de convivencia con los hijos (art. 154 párr. 3º 1º CC). Sin embargo, el tutor no está obligado a vivir con el tutelado, aunque sería deseable. El art. 269 CC solo les obliga a velar por este, lo que supone una serie de obligaciones entre las que no está tenerlos en su compañía, lo que puede ocurrir p. ej. porque permanece bajo el cuidado de otras personas o instituciones. Pero si el tutelado tiene una relación pseudo familiar de hecho con alguien, es por sí motivo suficiente para deferir la tutela a la persona a cuya guarda está el menor, sin sujetarse al lugar que ocupe en el rango de personas llamadas a su ejercicio¹⁵⁴¹.

El art. dice menor y no habla de incapacitado. El legislador vuelve a incurrir en el defecto existente en la regulación de la tutela, de pensar en la tutela de los menores sin padres, y no en la de los incapacitados, comparativamente mucho más presente en la realidad¹⁵⁴².

2.2.8.- El más idóneo

Art. 235 CC: “*En defecto de las personas mencionadas en el artículo anterior, el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo.*”.

Las personas mencionadas en el art. anterior pueden no existir o puede que el juez no las considere idóneas; en ambos casos no se les nombra.

Las razones del juez para considerar más idóneo un determinado tutor dependerán de la situación. La doctrina apunta algunos criterios: la valoración de las circunstancias presentes y su previsible evolución futura, la estabilidad psíquica y anímica de los potenciales guardadores, la capacidad económica del hipotético tutor, la dimensión pedagógica o la existencia de un clima que permita la mejora del tutelado, los usos sociales y las circunstancias personales concurrentes en el posible nombrado bajo un criterio de eficacia, y la voluntad de asumir o rechazar la tutela por el potencial tutor¹⁵⁴³.

¹⁵⁴¹ NAVARRO MENDIZABAL, I. A., “Arts. 222 a 258 CC”, cit., p. 1867.

¹⁵⁴² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 234”, cit., pp. 2167-2168.

¹⁵⁴³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 235”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2170; LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario al art. 234 CC”, cit., p. 1084.

En muchos casos el nombramiento se mezcla con las causas de idoneidad o capacidad del posible tutor, con situaciones de abandono, o de desinterés de los familiares cercanos¹⁵⁴⁴. Por lo que hay muchos motivos que inciden en la designación de tutor y hay casos en los que el juez prefiere no designar al pariente llamado por la ley y porque prevé que no cumplirá su función correctamente, y nombrar tutores a personas ajenas a la familia, que normalmente serán personas jurídicas.

El art. 235 CC habla de quien “*por sus relaciones con el tutelado*” considere más idóneo, con lo que parece referirse a una situación de cercanía o proximidad, independiente del grado del parentesco, y a una tutela de persona física.

Están especialmente relacionadas las personas que han venido conviviendo con el tutelado y han desempeñado la guarda de hecho, como el conviviente aunque no sea pariente, la pareja de hecho o los miembros de las nuevas estructuras familiares, con diferentes modelos de procreación, o el matrimonio o unión entre personas del mismo sexo, o los lazos de afectividad de los menores respecto de la pareja de su progenitor, exista o no matrimonio entre ellos, que puede aconsejar que recaiga en ellos el nombramiento de tutor. Se trata de “familias de hecho” que no lo son desde el punto de vista jurídico, “pero que desempeñan una función de protección a la que deben atender los tribunales”. “Será mucho menos traumático para el menor que queda huérfano, convivir con sus medios hermanos, o con los hijos de la pareja de su progenitor con quienes compartía su vida hasta ese momento, que sacarlo de ese entorno familiar”. Se busca lo mejor para el tutelado¹⁵⁴⁵.

2.3.- Beneficio del tutelado

El juez puede alterar el orden de los llamados e incluso prescindir de todos si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exige. Pero solo puede hacerlo con carácter excepcional y motivando su resolución.

La SAP de Toledo, de 3 de mayo de 2001¹⁵⁴⁶, señala que: “*el Juez no se encuentra vinculado de un modo absoluto al orden de llamamientos que la Ley efectúa, pero tampoco goza de total arbitrio como para desconocer o ignorar dichas designaciones y solo puede apartarse del orden establecido o prescindir de todas las*

¹⁵⁴⁴ En especial si son personas con graves trastornos mentales, mayores o que necesitan muchos cuidados.

¹⁵⁴⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 235”, cit., p. 2176.

¹⁵⁴⁶ AC 2001/1250

personas mencionadas cuando exista causa o motivo que lo justifique en beneficio del menor o incapacitado”.

Respecto de la argumentación de la decisión de prescindir del orden previsto, la SAP de Badajoz, de 14 de julio de 2005¹⁵⁴⁷, indica: *“la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales es regla fundamental del proceso de rango constitucional y que su incumplimiento causa indefensión a las partes”.*

En cuanto al beneficio del sujeto, la STS, de 29 de abril de 2009¹⁵⁴⁸, señala que: *“El art. 234 y el art. 235 CC contienen una norma abierta en cuya virtud debe proceder el nombramiento de tutor teniendo en cuenta siempre el beneficio del incapacitado, que debe ser apreciado libremente por el Juez teniendo a la vista las circunstancias del caso.”.*

La STS, de 8 de noviembre de 2017¹⁵⁴⁹, citando la STS, de 4 de abril de 2017¹⁵⁵⁰: *“el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla. Las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela”; concluye que “No existe ninguna duda de que el interés de la persona con discapacidad es el interés superior; interés que se encuentra por encima de cualquier otro”.*

2.4.- Nombramiento y remoción de tutor

La LEC (arts. 759.2 y 760.2 LEC) permite que, “a instancia del demandante, se proceda al nombramiento de tutor en el seno del procedimiento de incapacitación,

¹⁵⁴⁷ TOL 835.003

¹⁵⁴⁸ TOL 1.514.778

¹⁵⁴⁹ TOL 6.427.859

¹⁵⁵⁰ TOL 6.033.541

aunque no obliga a ello, no pareciendo posible, en principio, que de oficio pueda el juez adoptar tal decisión”. Es conveniente que se solicite el nombramiento del tutor en el proceso de incapacitación, pues lo hace más ágil y rápido, se permitirá así las comparecencias y audiencias que exige la LEC y se da la mayor garantía y salvaguarda de los derechos del incapacitable¹⁵⁵¹.

La Instrucción n.º 4/2008 de 30 julio, de la Fiscalía General del Estado, obliga al MF a “un intenso y permanente control sobre lo observancia en los procedimientos judiciales de los requisitos legales relativos a la delación de la tutela y al nombramiento del tutor (arts. 231 a 258 CC) y sobre el ejercicio de dicha función”.

Entre los requisitos legales a examinar está “el trámite de audiencia a los parientes más próximos, el respeto al orden de preferencia y la valoración de la motivación por la que el juez prescinda del mismo, la idoneidad del tutor, las medidas de fiscalización, la inscripción en el RC” y que el lugar de residencia del tutelado determine la competencia territorial.

Si el juez en la fase inicial prescinde del orden de preferencia, se podrá impugnar la designación llevada a cabo, siendo lo importante la motivación relativa a la selección de tutor y el beneficio del incapaz.

El CC regula con carácter sancionatorio la remoción del tutor, si el designado incurre en alguna irregularidad y permite el planteamiento de una excusa sobrevenida, cuando por distintas circunstancias resulte excesivamente oneroso el ejercicio de la tutela (art. 251 y ss. CC). El cambio de tutor se producirá si se admite la remoción o excusa, pues se procederá al nombramiento de nuevo tutor. Lo que no está previsto es la posibilidad de solicitar un cambio cuando, sin remoción o excusa, por mero cambio de las circunstancias, haya una persona que podría cumplir mejor la tutela. Es el caso de que el juez ha prescindido de algunos familiares en el trámite de delación, p. ej. por ser menores, revelándose estos después como la mejor opción, teniendo en cuenta las amplias funciones y poderes reconocidos al juez y al fiscal por el CC y la LEC, se permite cualquier iniciativa beneficiosa para el tutelado, entre las que estaría, desde luego, el cambio de tutor.

Cuando el art. 235 CC establece “[...] el Juez designará tutor a quien [...] considere más idóneo.”, se refiere a todo el tiempo del ejercicio de la tutela e incluye el cambio de tutor, lo que podría hacer de oficio, o a instancia del MF.

¹⁵⁵¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 235”, cit., pp. 2176-2177.

2.5.- Tutor único o múltiple

2.5.1.- Introducción

La regla general es la unidad de la tutela, que se ejerza por un solo tutor, es lo más económico, sencillo y ágil; se evitan dilaciones y concentra la responsabilidad en un sujeto¹⁵⁵². Además, se evitan las diferencias de criterio.

Pero puede haber tutela múltiple en una serie de casos. Y pueden separarse los aspectos personales de los patrimoniales, o designarse una tutela múltiple sin distinción de funciones¹⁵⁵³.

Art. 236 CC: “La tutela se ejercerá por un sólo tutor salvo:

1. Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.

2. Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad.

3. Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela.

4. Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente.”.

Además, la tutela puede ser:

– Total sobre la persona y bienes. En los casos más graves se nombra un tutor con facultades de administración y disposición de los bienes del incapaz y para el gobierno de su persona.

– Parcial de la persona o de los bienes. Casos en los que el tutor se limita a representar en uno de estos aspectos al tutelado. La tutela parcial es diferente de la curatela. Está prevista para los casos en que la última es insuficiente. Además, la curatela es una institución de asistencia y no de representación, limitada a aquellos actos

¹⁵⁵² DÍAZ ALABART, S., “Comentario al art. 236”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 321.

¹⁵⁵³ Que podría dar lugar conflictos sobre el modo y manera en que se desempeña la tutela.

que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido (STS, de 31 de diciembre de 1991¹⁵⁵⁴).

En la mayoría de los casos del art. se está pensando en la tutela de los menores, no recogiendo expresamente otros supuestos propios de la incapacitación de mayores como la tutela deferida a descendientes, o a hermanos¹⁵⁵⁵.

2.5.2.- Autotutela

No recoge el art. la autotutela, en opinión de De Amunátegui Rodríguez¹⁵⁵⁶, “la precipitada e incompleta reforma operada por la LPPD, no procedió a la modificación de este texto, debiendo haber incluido, como primer supuesto de excepción a la regla de tutela única, el respeto a la voluntad previamente expresada por el propio sujeto a través de la autotutela”.

El propio sujeto puede designar varios tutores en su documento de autotutela para que actúen sucesiva o conjuntamente, y también puede fijar las reglas del funcionamiento plural que podrían ser diferentes a las del CC.

Por tanto, el sujeto podrá nombrar un tutor o varios de la persona y otro u otros de los bienes; y también nombrar un tutor personal y otorgar poderes preventivos para la gestión patrimonial a uno o varios mandatarios (personas físicas o jurídicas) profesionales especializados.

Conforme a la CDPD, los jueces deben respetar al máximo las decisiones adoptadas por el sujeto.

2.5.3.- Tutela personal y patrimonial

En principio la tutela se extiende a ambas esferas y la separación entre ambos tipos es excepcional y solo en el caso de que sea lo más conveniente por existir circunstancias especiales en el tutelado.

¹⁵⁵⁴ Id Cendoj: 28079110011991101909

¹⁵⁵⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 236”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2183.

¹⁵⁵⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 236”, cit., p. 2184.

Si hay un tutor personal y otro tutor patrimonial, cada uno asumirá las funciones propias de su ámbito¹⁵⁵⁷; así, el personal deberá velar por el tutelado y el patrimonial gestionar sus bienes.

Son pocas las sentencias que contienen esta separación, y el aspecto personal debe primar sobre el patrimonial.

El juez debería razonar la separación salvo voluntad del interesado o de sus padres, aunque no lo exige ninguna norma.

La STS, de 29 de abril de 2009¹⁵⁵⁸, separa la tutela personal y patrimonial, destacando la libertad del juez a la vista de las circunstancias del caso, entendiendo que *“debe señalarse respecto al fraccionamiento de la tutela entre la protección de la persona y la administración de los bienes, que ha sido tomada con esos parámetros y, por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el art. 236. 1º CC”*. Pero existen sentencias judiciales contradictorias sobre el tema, p. ej., la SAP de A Coruña, de 3 de febrero de 2006¹⁵⁵⁹, revoca la decisión del juez de nombrar un tutor personal y otro de los bienes, por no apreciar la excepcionalidad que necesita para romper la unidad de la tutela.

Para la separación hay que atender a las circunstancias del tutelado, y a la situación de los tutores, y si estos pueden cumplir mejor con una u otra faceta por dificultad de ejercicio, cercanía, profesionalidad, disponibilidad, etc. Así se puede separar si la tutela patrimonial exige conocimientos especiales.

2.5.3.1.- Personal

El tutor personal aparece en el art. 269 CC, que establece: *“El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:*

- 1. A procurarle alimentos.*
- 2. A educar al menor y procurarle una formación integral.*
- 3. A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.*
- 4. A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.”.*

¹⁵⁵⁷ QUESADA GONZÁLEZ, M^a. C., *La tutela y otras instituciones de protección de la persona*, ed. Atelier, Barcelona, 2004, p. 121 y ss.

¹⁵⁵⁸ TOL 1.514.778

¹⁵⁵⁹ JUR 2007/135153

En un caso parece referirse a menores y en otro a incapacitados, pero las obligaciones comprenden los dos casos. La norma se completa con el art. 268 CC que dispone: *“Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica.*

Cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela podrán recabar el auxilio de la autoridad.”; y con el art. 271.1º CC que dice: *“El tutor necesita autorización judicial:*

1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.”, la solicitud de internamiento debe plantearse por el tutor personal¹⁵⁶⁰.

Gómez Laplaza¹⁵⁶¹ y otros muchos autores consideran que la prestación de alimentos corresponderá a ambos tutores.

2.5.3.2.- Patrimonial

El tutor patrimonial se encarga de la administración legal de los bienes del tutelado. El art. 270 CC establece: *“El tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia.”*; y el art. 269.4 CC: *“El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:*

4. A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.”.

Puede hacer todos los actos que no se incluyan en los arts. 271 y 272 CC, para los que le hará falta autorización o aprobación judicial.

2.5.3.3.- Ambos

La separación de ambas funciones no es radical, ya que pueden existir decisiones que afecten a ambos, en tal caso los tutores deberán adoptarlas conjuntamente. El caso será frecuente respecto a la economía doméstica y los alimentos; suponen

¹⁵⁶⁰ PALOMINO DÍEZ, I., *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 347 y ss.

¹⁵⁶¹ GÓMEZ LAPLAZA, Mª C., “Comentario al art. 236”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 512.

implícitamente actos de carácter patrimonial ya que deben atenderse con los bienes del mismo¹⁵⁶².

Ambos tutores deberán acordar el estándar de vida del tutelado, acomodando los desembolsos que exija su cuidado a sus circunstancias personales.

Si hay gastos extraordinarios para el cuidado, educación y reintegración de la capacidad del sujeto será necesaria la unidad de criterio de ambos tutores.

En todo caso hay que examinar la situación patrimonial del tutelado que puede requerir la posible adopción de medidas de protección específicas, como la constitución de un patrimonio protegido, o la sujeción a una administración especial (art. 227 CC).

La obligación de información y la cuenta anual prevista por el art. 269.4º CC se aplica a ambos tutores, aunque algunos creen que la rendición de cuentas parece ser tan solo predicable respecto del tutor de los bienes al que corresponde la administración (art. 270 CC)¹⁵⁶³.

Palomino Díez¹⁵⁶⁴ cree que la rendición de cuentas puede referirse a todas las gestiones del tutor, lo que también incumbe al tutor personal.

2.5.4.- Tutela plural

El art. 236 CC no contempla expresamente la posibilidad de designar más de un tutor para cada una de las esferas del contenido de la tutela.

En este tema la doctrina discrepa, hay defensores de seguir la letra de la ley¹⁵⁶⁵, y otros defienden una interpretación flexible¹⁵⁶⁶, que nos parece más idónea, considerando posible el nombramiento plural, conforme al art. 237 CC.

Además, como señala Palacios González¹⁵⁶⁷, la reforma de 1983 da un amplio poder de discrecionalidad al juez a la hora de proteger a cada incapacitado, y con ello, la libertad de poder designar varios tutores. Esta es la interpretación de los tribunales, como vemos en la STS, de 29 de abril de 2009¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶² NAVARRO MENDIZABAL, I. A., “Arts. 222 a 258 CC”, cit., pp. 1879-1880.

¹⁵⁶³ GÓMEZ LAPLAZA, Mª C., “Comentario al art. 236”, cit., p. 521; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 236”, cit., pp. 2189-2190.

¹⁵⁶⁴ PALOMINO DÍEZ, I., *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, cit., pp. 485 y ss.

¹⁵⁶⁵ LETE DEL RÍO, J. M., en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 724.

¹⁵⁶⁶ DÍAZ ALABART, S., “Comentario al art. 236”, cit., p. 325.

¹⁵⁶⁷ PALACIOS GONZÁLEZ, Mª D., “La pluralidad de tutores”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 329, 1998, p. 5, nt 15.

¹⁵⁶⁸ TOL 1.514.778

El supuesto más frecuente de guarda plural es cuando se atribuye el cuidado del incapacitado a sus hijos de manera alternativa.

2.5.5.- Tutela de padre y madre

Es una tutela subsidiaria de la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Supone que se trate de la incapacitación de hijos mayores, no casados o unidos en pareja estable, y que no convivan en el hogar familiar.

Se establece la aplicación analógica de las reglas de la patria potestad. Habrá que acudir por tanto a lo dispuesto en los arts. 154 y ss. CC., modalizándolos en algunos casos por las especialidades del régimen de la tutela. Como en el régimen de autorizaciones judiciales (arts. 271 y 272 CC), en el supuesto de separación de los padres continúan compartiendo la tutela; en caso de pérdida de capacidad de alguno de los progenitores, habrá que acudir a los procedimientos de remoción o excusa de la tutela, si cesa uno de los tutores, subsistirán los restantes (art. 238 CC)¹⁵⁶⁹.

2.5.6.- Tutela de tíos

Se refiere a menores, ya que resulta difícilmente justificable en el caso de incapacitados, aunque teóricamente también se les podría aplicar.

En la práctica, aparece en las delaciones testamentarias, porque es frecuente que los padres nombren a sus hermanos como futuros tutores, con ello trata de que haya mayor integración en la vida familiar.

Se discute por la doctrina si es una tutela única, en la que el cónyuge del tutor colabora en su ejercicio¹⁵⁷⁰, o si es una verdadera tutela múltiple, con dos tutores iguales en derechos y deberes¹⁵⁷¹. Creemos que ambos serán tutores, siguiendo la literalidad y el espíritu de la ley, lo que evitará problemas de atribución de funciones.

¹⁵⁶⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 236”, cit., p. 2192.

¹⁵⁷⁰ LETE DEL RÍO, J. M., en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 725.

¹⁵⁷¹ DÍAZ ALABART, S., “Comentario al art. 236”, cit., pp. 328 y ss.

Lo dispuesto para los tíos se extiende a los abuelos por el paralelismo entre ambas situaciones, lo que permite la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 236.3º CC¹⁵⁷².

En todo caso el juez puede proceder al diseño de una tutela múltiple, en base al beneficio del tutelado¹⁵⁷³.

2.5.7.- Tutores designados por los padres

El juez debe respetar la voluntad paterna, a no ser que el beneficio del menor justifique lo contrario.

Los padres deberán expresar el modo de ejercicio de la tutela, si es o no solidario, y el ámbito de actuación de cada tutor, y especialmente en cuanto a la posible separación de la tutela personal o patrimonial.

Las disposiciones de los padres podrán coincidir o no, siendo de aplicación el art. 225 CC, que establece: *“Cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente, en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado.”*.

2.5.8.- Tutela mancomunada o solidaria

Art. 237 CC: *“En el caso del número 4º del artículo anterior, si el testador lo hubiere dispuesto de modo expreso, y en el caso del número 2º, si los padres lo solicitaran, podrá el Juez, al efectuar el nombramiento de tutores, resolver que éstos puedan ejercitar las facultades de la tutela con carácter solidario.*

De no mediar tal clase de nombramiento, en todos los demás casos, y sin perjuicio de lo dispuesto en los números 1 y 2, las facultades de la tutela encomendadas a varios tutores habrán de ser ejercitadas por éstos conjuntamente, pero valdrá lo que se haga con el acuerdo del mayor número. A falta de tal acuerdo, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. Para el caso de que los desacuerdos fueran reiterados y

¹⁵⁷² GARCÍA PÉREZ, R., “La tutela dual de los abuelos. Una nueva excepción al principio de unipersonalidad en la tutela. Su construcción en el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 1 de junio de 1993”, *Actualidad Civil*, n.º 4, 1997, pp. 1103 y ss.

¹⁵⁷³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 236”, cit., p. 2192.

entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela, podrá el Juez reorganizar su funcionamiento e incluso proveer de nuevo tutor.”

Por tanto, si la tutela es plural la regla general es la actuación mancomunada, que se presume, si hay varios tutores deben actuar conjuntamente, salvo las excepciones establecidas en el CC, la solidaridad es la excepción. Teniendo en cuenta que las decisiones de especial trascendencia, como el internamiento, deben ser adoptadas por la autoridad judicial.

Habrà que respetar el criterio de la mayoría si hay un número impar de tutores; si son pares, supondrà que obren de consuno, lo que no es problema si actúan todos, pero sí cuando alguno decide no actuar o abstenerse¹⁵⁷⁴. Algunos entienden que la abstención debe valorarse como oposición¹⁵⁷⁵; otros mantienen que no se puede considerar neutral a quien se abstiene de actuar, porque existe una obligación de ejercicio de la tutela en beneficio del incapaz (art. 216 CC) y porque a cualquier tutor le incumbe la obligación de ejercer su función con la diligencia de un buen padre de familia (art. 270 CC)¹⁵⁷⁶. Si hay desacuerdo entre los tutores, decidirá el tribunal. Si hubiera conflicto de intereses, se aplica el art. 237 bis CC.

En todo caso, cuanto mayor sea el entendimiento del tutelado, mayor protagonismo deberá concederle el juez.

Si los desacuerdos entre tutores fueran reiterados y entorpeciesen gravemente el ejercicio de la función, el juez puede reorganizar la tutela (p. ej. que actúen por turnos, en diferentes esferas, etc.) e incluso nombrar nuevo tutor, siempre motivándolo y en beneficio del tutelado.

La tutela solidaria en la que cada tutor puede obrar individualmente procede cuando los padres son llamados conjuntamente a la tutela (art. 236.2 CC)¹⁵⁷⁷, o cuando los progenitores al instituir tutores lo hubieran dispuesto expresamente o si lo hiciera el interesado en su autotutela.

¹⁵⁷⁴ PALOMINO DÍEZ, I., *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, cit., pp. 127 y ss.

¹⁵⁷⁵ SANCHO REBULLIDA, F. de A., en VV.AA., *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1984, p. 189.

¹⁵⁷⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 237”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2197-2198.

¹⁵⁷⁷ GÓMEZ-OLIVEROS, J. M., “Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre”, cit., pp. 659.

En último caso, es el juez quien decide la tutela solidaria teniendo en cuenta el beneficio del incapaz. También lo puede hacer en otros casos (p. ej. si son nombrados los tíos del incapacitado, o los hijos del mismo)¹⁵⁷⁸.

La tutela solidaria se compara por la doctrina con el albaceazgo solidario, pudiendo aplicar analógicamente las reglas del CC de esta figura¹⁵⁷⁹.

2.5.9.- Cese

Dispone el art. 238 CC: *“En los casos de que por cualquier causa cese alguno de los tutores, la tutela subsistirá con los restantes a no ser que al hacer el nombramiento se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso.”*.

No hay problema si hay una pluralidad de guardadores sin distinción de funciones o varios tutores en el ámbito personal o en el patrimonial.

La solución que adopta el art. es definitiva, no es necesario nombrar otro. Otra vez piensa el CC en la tutela de menores que, por definición, está llamada a su fin en un espacio de tiempo.

El art. es subsidiario respecto a las previsiones expresas que se contuvieran en el nombramiento. En la tutela plural prevista por los padres¹⁵⁸⁰ o por el propio sujeto habrá que estar a sus previsiones.

Si cesa el tutor único, habrá que acudir a la autoridad judicial.

Los motivos del cese no están previstos en la norma, por lo que se incluye cualquier causa¹⁵⁸¹.

2.5.10.- Varios hermanos

Art. 240 CC: *“Si hubiere que designar tutor para varios hermanos, el Juez procurará que el nombramiento recaiga en una misma persona.”*.

En principio, en caso de persona física cada tutor tiene un tutelado, pero en ocasiones puede haber varios tutelados.

¹⁵⁷⁸ NAVARRO MENDIZABAL, I. A., “Arts. 222 a 258 CC”, cit., p. 1887, está en contra y circunscribe la facultad del juez a los supuestos descritos en el precepto, no pudiendo extenderse a otros.

¹⁵⁷⁹ PALOMINO DÍEZ, I., *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, cit., 137 y ss.

¹⁵⁸⁰ DÍAZ ALABART, S., “Comentario al art. 238”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 342-343.

¹⁵⁸¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 238”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2206-2209.

Se persigue la integridad familiar y acercarse a la realidad normal o habitual de la familia. El beneficio del tutelado aconseja que pueda convivir con sus hermanos.

La regla está pensada para la tutela de menores, y no para mayores incapacitados que normalmente necesitarán cuidados especiales que se prestarán mejor en exclusividad¹⁵⁸².

3.- Capacidad para ser tutor

3.1.- En general

Art. 241 CC *“Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes.”.*

Al hablar el art. de *“en pleno ejercicio de sus derechos civiles”*, según gran parte de la doctrina, debe entenderse como capacidad de obrar¹⁵⁸³.

El precepto no es preciso, ni técnicamente ni al referirse a los arts. siguientes, porque el posterior se refiere a la tutela por las personas jurídicas y no a las causas de inhabilidad¹⁵⁸⁴. En todo caso, hay que tener plena capacidad y no estar incurso en ninguna de las inhabilitaciones de los arts. 241 a 245 CC, que pueden ser:

- Absolutas, que impiden el ejercicio de cualquier tutela.
- Relativas, que afectan solo a un tutelable concreto.

Las incapacidades son taxativas, el CC las recoge con mucho casuismo pero con falta de criterio sistemático porque incluye unas causas en un precepto y otras en el siguiente¹⁵⁸⁵, entremezclando causas objetivas con subjetivas, y absolutas con relativas. Por otro lado, no haría falta tanto detalle por el poder de discrecionalidad que tiene el juez para nombrar tutor (arts. 234 y 235 CC).

El juez, en el procedimiento de incapacitación, o en el posterior de jurisdicción voluntaria de nombramiento del tutor, debe apreciar la capacidad del llamado a la tutela,

¹⁵⁸² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 240”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2230.

¹⁵⁸³ LETE DEL RÍO, J. M., en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991. p. 737, comparando la expresión con la que se exigía a los efectos de la adopción.

¹⁵⁸⁴ LÓPEZ SUÁREZ, M.A., “Comentario al art. 237 CC”, cit., p. 1130.

¹⁵⁸⁵ LÓPEZ SUÁREZ, M.A., “Comentario al art. 243 CC”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 1138.

que será la general y también debe apreciar la inexistencia de alguna causa de inhabilidad de las enumeradas en los arts. 243 y 244 CC.

Se busca que el tutor tenga las máximas garantías de moralidad, confianza e imparcialidad. Las normas de capacidad y las causas de inhabilidad de la tutela se aplican a todas las instituciones de guarda¹⁵⁸⁶.

3.2.- Personas jurídicas

3.2.1.- Posibilidad

Art. 242 CC *“Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados.”*

La posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser tutores fue una novedad de la Ley 13/1983, motivada por la necesidad social de la existencia de familias que no podían cuidar a sus miembros incapacitados de manera adecuada. Pero la regulación resulta incompleta¹⁵⁸⁷.

Legerén Molina¹⁵⁸⁸ indica que al poco de introducirse esta nueva regulación, comenzaron a crearse “asociaciones que agrupaban a familiares de personas con capacidad de obrar judicialmente modificada con el fin, entre otros, de prever su atención cuando las personas físicas que entonces estaban ejerciendo la tutela desapareciesen¹⁵⁸⁹”. Pero la figura jurídica más adecuada para la finalidad perseguida eran las fundaciones tutelares. Sin embargo, no existía un marco jurídico adecuado. La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la

¹⁵⁸⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 241”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2237. A la curatela (art. 291 CC) y al defensor judicial (art. 301 CC).

¹⁵⁸⁷ MUÑIZ ESPADA, E., “Comentario al art. 242 CC”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 1134-1135.

¹⁵⁸⁸ LEGERÉN MOLINA, A., “El funcionamiento de la guarda legal ejercida por personas jurídicas”, en S. De Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de la guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Colección Monografías de Derecho Civil, t. I Persona y Familia, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 139-141.

¹⁵⁸⁹ “A pesar de que una persona jurídica no pueda conseguir el mismo grado de satisfacción personal en el ejercicio de la tutela que las personas físicas, constituye una posible solución a la angustia de algunos padres que, viendo cercana ya su muerte, acuden preocupados al notario al no saber a quién encomendar la guarda del hijo incapaz”. “La citada angustia ante la futura atención de los hijos o parientes discapacitados o con capacidad de obrar judicialmente modificada es la cuestión clave que se formulan los familiares y ha sido el elemento catalizador de la creación de personas jurídicas especializadas”.

participación privada en actividades de interés general¹⁵⁹⁰ actualizó la regulación y facilitó la creación de tales entes, cuyo número se ha incrementado de manera notable.

Al principio las asociaciones y las fundaciones tutelares eran de corte privado, con posterioridad surgieron personas jurídicas de carácter público, que asumían las tutelas que judicialmente se les confiriesen.

En esta evolución fue clave la Consulta 2/1998, de 3 de abril, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la asunción de las tutelas por las personas jurídico-públicas¹⁵⁹¹. Esta Consulta reconoció de manera expresa, “la competencia de tales entidades para asumir el cargo de tutor sobre la base de las genéricas atribuciones en materia de “asistencia social”, aun cuando en sus estatutos no figure expresamente la finalidad de “protección de menores e incapacitados” (art. 242 CC)”. A partir de la misma se dictaron numerosas sentencias judiciales nombrando a entes públicos como tutores ordinarios, por lo que diferentes Administraciones Públicas empezaron a crear entes que pudieran hacerse cargo de las tutelas judicialmente deferidas a su cargo. En principio fueron entidades orgánicamente dependientes de la Administración, pero al estar sometidas a derecho administrativo, no resultaban ágiles ni flexibles. Por lo que empezaron a constituirse entes de derecho público pero sometidas al derecho privado.

Hoy en día se incrementa paulatinamente la atribución de tutelas a las personas jurídicas públicas por el debilitamiento de los lazos familiares, el aumento del número de personas mayores y las exigencias de la sociedad actual.

El CC no menciona a las personas jurídicas entre los designados para el ejercicio de los cargos tutelares, ni en el art. 234 CC, ni en el art. 235 CC, y solo si el juez no cree conveniente el ejercicio de la tutela por los parientes previstos debe acudir a la persona jurídica. También se puede designar tutor a una persona jurídica porque lo haya querido el interesado o sus padres¹⁵⁹².

Legerén Molina¹⁵⁹³ apunta que “las personas jurídicas -ya públicas, ya privadas- pueden ejercer cualquiera de las tradicionalmente llamadas “instituciones tutelares”. Así, las personas jurídicas pueden ser tutores (cfr. art. 242 CC), ejercer la curatela (cfr.

¹⁵⁹⁰ BOE-A-1994-26004. La Ley 30/1994, fue sustituida por la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE-A-2002-25180), que conserva multitud de preceptos de la anterior dada su utilidad práctica.

¹⁵⁹¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Consulta 2/1998, de 3 de abril, sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas.

Consultada en: < https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CONS/CON_02_1998.html>

¹⁵⁹² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 242”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2239.

¹⁵⁹³ LEGERÉN MOLINA, A., “El funcionamiento de la guarda legal...”, cit., pp. 139-

art. 291 CC), o pueden ser nombradas como defensor judicial (cfr. art. 299 CC). De tales posibilidades, lo más frecuente en la actualidad es que las personas jurídicas sean nombradas tutores y defensores judiciales, siendo menor el número de curatelas a su cargo”; y “también pueden ser guardadoras de hecho (cfr. art. 303 CC)”.

3.2.2.- Pros y contras

La tutela ejercida por personas jurídicas tiene ventajas e inconvenientes, entre las que destacan:

3.2.2.1.- Ventajas

– Según Legerén Molina¹⁵⁹⁴, “la experiencia de que suelen gozar estas entidades fruto del ejercicio de numerosos cargos tutelares, frente al hecho de que los parientes de cualquier tutelado ordinariamente ejercen la tutela únicamente una vez en su vida”.

– “La posesión de conocimientos técnicos específicos, así como la especialización que usualmente revisten en orden a dar una adecuada protección a personas con determinadas enfermedades”.

– Son independientes, por lo que prestan asesoramiento y ayuda más objetiva.

– La profesionalización en el cargo (lo que para algunos es un inconveniente), lo que supondrá más formación y medios; y evita la excusa de falta de tiempo.

– La duración indefinida.

– Es una solución si no existen personas que puedan desempeñar el cargo: por ineptitud, falta de interés o rechazo¹⁵⁹⁵.

3.2.2.2.- Inconvenientes

– Legerén Molina¹⁵⁹⁶ dice que “facilitan que las figuras tuitivas resulten menos cercanas y más frías: la profesionalización y la ausencia de lazos familiares pueden conllevar un ejercicio aséptico de la tutela”.

– La proliferación de estas entidades puede suponer que los familiares de los potenciales tutelados no cumplan sus deberes.

– El riesgo de despersonalización y burocratización de la función tutelar¹⁵⁹⁷.

¹⁵⁹⁴ LEGERÉN MOLINA, A., “El funcionamiento de la guarda legal...”, cit., p. 141.

¹⁵⁹⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 242”, cit., pp. 2240-2241.

¹⁵⁹⁶ LEGERÉN MOLINA, A., “El funcionamiento de la guarda legal...”, cit., p. 141.

- La dificultad del trato directo y personal con el incapacitado.
- Generar una ilusoria sensación de confianza o seguridad que lleve a la desresponsabilización.
- Falta de atención moral y afectiva.
- La dificultad de cumplimiento de sus finalidades si la persona jurídica no tiene estructuras diseñadas para tales fines y personal especializado.
- Cierta descoordinación práctica entre las diversas instituciones dedicadas a la protección de los incapaces.
- Dilaciones y retrasos en la asunción definitiva de la tutela¹⁵⁹⁸.

Según Legerén Molina¹⁵⁹⁹, “la valoración global de la posibilidad de que las personas jurídicas sean nombradas tutores” ha de ser positiva: “ha aumentado el número y abanico de potenciales tutores”, ha configurado “la tutela como uno de los derechos derivados del Estado de bienestar de que goza todo ciudadano”. La prueba es el importante aumento del número de tutelas ejercidas por persona jurídica.

3.2.3.- Requisitos

Las personas jurídicas deben estar constituidas de acuerdo con la ley (art. 35 CC), y tener personalidad jurídica en el momento del nombramiento¹⁶⁰⁰, no han de incurrir en ninguna de las causas de inhabilidad de los arts. 243 y ss. CC y cumplir dos requisitos específicos (art. 242 CC): “*que no tengan finalidad lucrativa*” y que “*entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados.*”.

3.2.3.1.- Que no tenga ánimo de lucro

Indica Legerén Molina¹⁶⁰¹ que “la ausencia de finalidad lucrativa ha de entenderse en el sentido de que la persona jurídica no haya surgido con el propósito de obtener beneficios, para repartir entre los socios y no como la imposibilidad de manejar fondos o de cobrar por los servicios que presta”; lo que en muchos casos es necesario para una

¹⁵⁹⁷ DÍAZ ALABART, S. y AA.VV., *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, cit., p. 59.

¹⁵⁹⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 242”, cit., pp. 2240-2241.

¹⁵⁹⁹ LEGERÉN MOLINA, A., “El funcionamiento de la guarda legal...”, cit., p. 142.

¹⁶⁰⁰ No pueden ser nombradas tutores las personas jurídicas futuras ni las que estén en vía de constitución en el momento del nombramiento.

¹⁶⁰¹ LEGERÉN MOLINA, A., “El funcionamiento de la guarda legal...”, cit., pp. 144-145.

correcta gestión¹⁶⁰². “De acuerdo con lo anterior, carecerán de capacidad para ser tutores las asociaciones y corporaciones mercantiles” porque es una finalidad esencial de las mismas el ánimo de lucro. Las cooperativas sí pueden ser tutores si, a pesar de realizar una actividad económica remunerada, carecen de *animus lucrandi* (cfr. D.A. 1ª de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas¹⁶⁰³). También cumplen el requisito de inexistencia de finalidad lucrativa las asociaciones de utilidad pública y los entes eclesiásticos.

Conforme al art. 227 CC puede designarse que la administración de los bienes del incapacitado se lleve por una sociedad profesional, que llevará mejor los bienes del sujeto. Y los posibles problemas que pueden suscitarse se arreglan con la rendición de cuentas y las demás obligaciones del tutor y con el control judicial. Pero como la norma es imperativa, solo se puede atribuir la administración a una persona jurídica con ánimo de lucro a través de la autotutela y del otorgamiento de poderes preventivos (art. 1732 CC).

Aplicando al apoderamiento las reglas del mandato y no las de la tutela, sí podría atribuirse a una persona jurídica con ánimo de lucro¹⁶⁰⁴.

3.2.3.2.- Que tenga como finalidad la protección de menores e incapaces

Legerén Molina¹⁶⁰⁵ entiende que tales fines no han de ser únicos y exclusivos sino que pueden ser entre otros más. Además, “también se reconoce su existencia cuando, a pesar de no figurar expresamente como tales, la entidad en cuestión se dedique a realizar actividades asistenciales de carácter genérico”.

Una interpretación amplia de este requisito permite incrementar el número de potenciales tutores, lo que es más beneficioso para los tutelados¹⁶⁰⁶. Además, en la

¹⁶⁰² “Cuestión distinta a la apuntada en el texto es si resulta posible que en los casos en que existan dos tutores -uno para el ámbito patrimonial y otro para el personal (cfr. art. 236.1 CC)- el encargado de aquel puede ser una persona jurídica con ánimo de lucro. Actualmente ello no es posible pues la literalidad de los preceptos lo prohíbe, aun cuando no falten argumentos que justificarían lo apropiado de tal posibilidad”.

¹⁶⁰³ BOE-A-1999-15681. D.A. 1ª Ley 27/1999: “*Podrán ser calificadas como sociedades cooperativas sin ánimo de lucro las que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública, así como las que realicen actividades económicas que conduzcan a la integración laboral de las personas que sufran cualquier clase de exclusión social [...]*”.

¹⁶⁰⁴ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 242”, cit., p. 2242.

¹⁶⁰⁵ LEGERÉN MOLINA, A., “El funcionamiento de la guarda legal...”, cit., pp. 145-146.

¹⁶⁰⁶ Bercovitz Rodríguez-Cano y Lete del Río, a favor de que la interpretación amplia a que nos referimos resulta más acorde con la génesis del precepto pues el requisito de los fines no estuvo durante toda la tramitación parlamentaria”, Boletín Oficial de las Cortes Generales, *Congreso de los Diputados*, Serie A, n.º 202-I, de 24 de junio de 1981, p. 1409; y n.º 202-I-2, de 30 de abril de 1982, p. 1416.

práctica las personas jurídicas no suelen tener sus finalidades descritas con tanta precisión.

“La interpretación amplia señalada fue defendida por la ya mencionada Consulta 2/1998”, de 3 de abril de la Fiscalía General del Estado, donde “respecto de la competencia de las personas jurídico-públicas, se indicó que la atribución competencial en materia de “asistencia social” resultaba suficiente para el cumplimiento del requisito exigido por el art. 242 CC”¹⁶⁰⁷.

Sancho Rebullida¹⁶⁰⁸ considera que hay que dar una interpretación amplia del precepto, y que se cumple este requisito si se dedica al cuidado de enfermos o incapaces, tratamientos rehabilitadores de dolencias incapacitantes, reinserción de los mismos, etc.

Lógicamente las personas jurídicas necesitan personas físicas para actuar. La responsabilidad, el cumplimiento de las obligaciones y las causas de remoción de la tutela serán apreciables respecto de la persona jurídica tutora¹⁶⁰⁹.

3.2.4.- Excusas

En cuanto a las excusas que puede alegar una persona jurídica, bien en el momento del nombramiento, bien durante el ejercicio de la tutela para eludir el cargo de tutor¹⁶¹⁰, el art. 251 párr. 2º CC establece: “*Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela*”. Así, la única causa que permite excusarse del ejercicio del cargo de tutor es la carencia de medios apreciada por el juez¹⁶¹¹.

Puede ocurrir que al nombrar tutora a una persona jurídica, esta se excuse porque entre sus fines no está la protección de la dolencia específica que sufre el incapaz. Así,

¹⁶⁰⁷ La Consulta 2/1998, apartado VI, indica que la persona jurídico-pública ha de contar “entre sus atribuciones legales [...] esa finalidad de protección de menores o incapaces, aunque no lo sea de forma explícita o expresa [...] sino embebida en otras funciones asistenciales más genéricas”.

¹⁶⁰⁸ SANCHO REBULLIDA, F. de A., en VV.AA, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, cit., p. 74, considerando que las exigencias del precepto deben interpretarse con cierta laxitud, pues, en otro caso, serían muy pocas las personas jurídicas aptas para ser tutores entre las actualmente constituidas.

¹⁶⁰⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 242”, cit., pp. 2243-2244.

¹⁶¹⁰ LEGERÉN MOLINA, A., “El funcionamiento de la guarda legal...”, cit., pp. 150-151.

¹⁶¹¹ La Consulta 2/1998, apartado VII, dice que “las personas jurídicas solo pueden excusarse a tenor del art. 251.2º del Código Civil en virtud de carencia de medios”, y no por carecer de competencias específicas.

entre otras SAP de Segovia, de 31 de marzo de 2006¹⁶¹² o la SAP de Ávila, de 14 de octubre de 2010¹⁶¹³.

Hay que distinguir personas jurídicas de carácter privado, que tienen un patrimonio limitado; de las de carácter público, que por definición son siempre solventes. Esta última tendría que habilitar los recursos necesarios para subvenir a las necesidades del tutelado¹⁶¹⁴. Así, “hasta tal punto ello es así que en la doctrina y en la jurisprudencia se ha llegado a negar la posibilidad de excusa por carencia de medios de las personas jurídico-públicas en atención a los arts. 1 y 9.2 CE”. “No parecería lógico que en un Estado Social de Derecho se alegue falta de medios para incumplir las funciones y competencias constitucional y legalmente atribuidas que, además, en este caso, se refieren al cuidado y defensa de personas desprotegidas¹⁶¹⁵”.

3.2.5.- Modelos

3.2.5.1.- Público

Destaca Legerén Molina¹⁶¹⁶ que “en atención a la posibilidad de que las entidades públicas de carácter territorial pudiesen ser nombradas como tutores ordinarios por el juez, algunas crearon personas jurídicas dedicadas específicamente a tal tarea¹⁶¹⁷”. Estos entes “suelen ser de dos tipos: entes orgánicamente dependientes de la Administración Pública y fundaciones tutelares de carácter público, sin la citada dependencia orgánica. En cualquiera de ambos supuestos, el ente en cuestión será el que asuma la tutela en nombre de la entidad pública”. Como vimos, “en este modelo público se produjo una transformación: algunos de los entes orgánicamente dependientes de la Administración Pública evolucionaron hacia otras formas que les permitían una mayor rapidez y

¹⁶¹² AC 2006/1476

¹⁶¹³ TOL 2.009.067

¹⁶¹⁴ El AAP de Baleares, de 13 de noviembre de 2000 (Id Cendoj: 07040370042000200047), indica que “no resulta de recibo que [...] un Estado Social y de Derecho (artículos 1, 39, 41, 43, 49 y 50 de la Constitución), no pueda asignar partidas presupuestarias suficientes para atender a la tutela de menores o incapacitados que tenga que asumir”. El AAP de Valencia, de 3 de julio de 1998 (Id Cendoj: 46250370031998200117), dice que “No puede en principio aceptarse que un ente público como la Generalitat valenciana , carezca de recursos ni económicos ni personales para el cumplimiento de sus funciones propias”.

¹⁶¹⁵ Sobre ello, Legerén Molina destaca, entre otros, el AAP de Madrid, de 25 de junio de 1999 (AC 1999/1825); o el AAP de Córdoba de 25 de septiembre de 1999 (AC 1999/6229).

¹⁶¹⁶ LEGERÉN MOLINA, A., “El funcionamiento de la guarda legal...”, cit., pp. 154-155.

¹⁶¹⁷ “La competencia que les habilita para ser designados judicialmente como tutores constituye también atribución competencial suficiente para la creación de entidades públicas cuya función principal sea la asunción de tales tutelas ordinarias”. Alude al Informe del Defensor del Pueblo 40/1991, de 23 de diciembre, sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España, “en el que ya se alentaba a los poderes públicos a crear tales entidades”.

agilidad en la gestión”. De modo que entes inicialmente sometidos al derecho administrativo se convirtieron en entes de derecho público sometidos al derecho privado.

En la actualidad no suele recurrirse a organismos orgánicamente dependientes de la administración sino a la creación de fundaciones tutelares de iniciativa pública con personalidad jurídica propia y sujetos a derecho privado, si bien la financiación de estas fundaciones suele depender de los presupuestos de la Comunidad Autónoma. Su finalidad principal, “es la de asumir las tutelas y curatelas de personas con capacidad de obrar judicialmente modificada deferidas por el juez, cuando no existen otras personas sobre las que pueda recaer el cargo de tutor¹⁶¹⁸”.

3.2.5.2.- Privado

Se trata de personas jurídicas creadas por los ciudadanos con fines tutelares. En muchos casos la administración les facilita la financiación, el apoyo técnico y les facilita la gestión; ejerciendo cierto control sobre ellas. “La Administración llega a acuerdos con las fundaciones de que se trate de manera que estas sean las que asuman las tutelas ordinarias judicialmente deferidas cuando no haya otros tutores (cfr. arts. 234 y 239.3 CC) evitando así que el nombramiento recaiga sobre la entidad pública”. “La Administración deriva el servicio tutelar a entidades privadas por entender que es un buen modo de ejercerlo; se articula una colaboración privada en la gestión del recurso público”¹⁶¹⁹.

3.2.6.- Especialidades

Como dijimos, el CC piensa en tutela por persona física y solo contempla la tutela por persona jurídica de modo aislado y no en la regulación general.

Hay referencia expresa a la tutela de personas jurídicas públicas en el art. 260 párr. 2º CC, que establece: “*No obstante, la entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la Ley o la desempeñe por resolución judicial no precisará prestar fianza.*”. Aunque solo alude al menor, quizás de modo erróneo; es lógico extender la exención de fianza a la tutela de incapacitados por entidades públicas. Sin

¹⁶¹⁸ También son funciones tutelares públicas las de informar y asesorar a tutores y a parientes de los tutelados, así como la de ejercitar funciones de protección respecto de los incapaces desamparados”.

¹⁶¹⁹ LEGERÉN MOLINA, A., “El funcionamiento de la guarda legal...”, cit., pp. 155-156.

embargo, la reforma de la LPPD al ampliar el concepto de desamparo a la tutela de incapacitados no lo modificó.

Las diferencias entre el régimen de guarda por persona física y por persona jurídica se dan en las causas de inhabilidad y de remoción pensadas para sujetos físicos y en las excusas (art. 254 CC¹⁶²⁰). No se puede exigir a las personas físicas a través de las que actúa la persona jurídica los presupuestos de capacidad que deberían tener si fueran directamente tutores. Aunque algunos sí lo creen¹⁶²¹. Otra cosa es la responsabilidad de la persona jurídica por lo hecho por sus dependientes, que se exigirá conforme a las reglas generales¹⁶²². Bercovitz Rodríguez-Cano¹⁶²³ mantiene una postura intermedia.

Algunas disposiciones generales de la tutela son difícilmente aplicables a las personas jurídicas, como el art. 221 CC, que no permite que el tutor reciba liberalidades ni adquirir bienes del tutelado, lo que tratándose de persona jurídica es poco práctico ya que en el caso de fundaciones tutelares privadas es normal que se realicen donaciones a favor de las mismas, como compensación por ejercer la tutela. Además, el propio CC tiene una excepción a esta regla en el art. 257 CC cuando permite al tutor recibir una atribución *mortis causa*¹⁶²⁴.

En cuanto a las prohibiciones del art. 221 CC, es extraño que se produzca un conflicto de intereses en una tutela de persona jurídica que gestionan distintos órganos y funcionarios. En cuanto a las transmisiones onerosas, Bercovitz Rodríguez-Cano¹⁶²⁵ señala que pueden resultar convenientes e incluso necesarias para una correcta gestión del patrimonio del tutelado, e incluso puede ser necesario para pagar los gastos de su estancia en un establecimiento asistencial, lo que puede hacerse si el sujeto ha dispuesto previamente (art. 223 CC) la atribución de bienes o rentas a satisfacer sus necesidades. De hecho, es frecuente que las pensiones del tutelado se entreguen a las personas

¹⁶²⁰ Art. 254 CC: “Lo dispuesto en el artículo anterior no se aplicará a la tutela encomendada a las personas jurídicas.”.

¹⁶²¹ MUÑIZ ESPADA, E., *Las personas jurídico-privadas tutoras...*, cit., p. 129.

LETE DEL RÍO, J.M., “Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor”, cit., p. 1643.

¹⁶²² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 242”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2247-2248.

¹⁶²³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Problemas en torno a la incapacidad y el fallecimiento de los ancianos institucionalizados*, Documentos Técnicos, Instituto Nacional de Servicios Sociales 42/86, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 35, dice que: “el titular de la tutela seguirá siendo la persona jurídica y, consecuentemente, responderá a la actuación de esas personas físicas con respecto a la tutela, sin que ello pueda presentar duda alguna. Naturalmente, ello no exime a tales personas físicas de responsabilidad, tanto frente a la persona jurídica como frente al tutelado, en los términos en que un empleado, funcionario o auxiliar responde generalmente”.

¹⁶²⁴ Otras excepciones serían las de los arts. 274 y 275 CC.

¹⁶²⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Problemas en torno a la incapacidad...*, cit., p. 35.

jurídicas tutoras para pagar sus gastos y que los jueces permitan que para atender las necesidades del incapacitado se pueda enajenar su patrimonio.

Las causas de extinción de la tutela deberían completarse en el caso de tutela de persona jurídica en los siguientes casos¹⁶²⁶:

- Fusión o liquidación de entes jurídicos.
- Si por falta de medios materiales o personales, no pudiera continuar afrontándose el cuidado del tutelado.
- Por la transmisión de la guarda a otra entidad que pudiera ser más beneficiosa para el incapacitado.

3.3.- Causas de inhabilidad

Art. 243 CC “*No pueden ser tutores:*

1. *Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial.*
2. *Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior.*
3. *Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena.*
4. *Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.”.*

Las causas que se recogen en este art. presuponen resoluciones judiciales condenatorias por alguno de estos supuestos contra el llamado a la tutela. Son causas absolutas y se aplican a cualquier tutela.

Las causas de los apartados 1, 2 y 4, son definitivas e impiden la tutela para siempre; mientras que la del número 3 es temporal, al impedir la tutela durante el tiempo en que dure la condena.

Solo son aplicables respecto de personas físicas, pero no jurídicas, pero sí a las personas físicas a través de las que actúan¹⁶²⁷.

Estos supuestos se completan con los establecidos en el art. 244 CC: “*Tampoco pueden ser tutores:*

¹⁶²⁶ MUÑIZ ESPADA, E., “Comentario al art. 242 CC”, cit., p. 1137.

¹⁶²⁷ LETE DEL RÍO, J. M., “Com. art. 243”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 739 y 740, exigiendo la aplicación de las causas enumeradas en ambos supuestos, “de otro modo se llegaría al absurdo de que la persona física que directamente no podría ser nombrada tutor, por incurrir en ella causa de inhabilidad legal, sí que podría ejercer la tutela mediante delegación expresa o tácita de la persona jurídica para la que trabaja”.

1. *Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.*
2. *Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.*
3. *Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.*
4. *Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.*
5. *Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona.”.*

A todos estos supuestos hay que sumar a aquellos que excluyan los padres (art. 245 CC) o el interesado en su documento de autotutela conforme al art. 223 CC.

La doctrina critica esta situación del CC ya que no parece haber ningún criterio para separar unas causas de otras. Tampoco sería necesario enumerar tantas causas de inhabilidad cuando el sistema es de tutela de autoridad y el juez designará a la persona más idónea¹⁶²⁸.

Guilarte Martín-Calero¹⁶²⁹ distingue entre inhabilidades absolutas y relativas.

3.3.1.- Privación de la patria potestad

Art. 243.1 CC: *“No pueden ser tutores:*

1. *Los que estuvieran privados [...] de la patria potestad [...]”.*

Se complementa con el art. 111 CC, que establece: *“Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:*

1.º *Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.*

2.º *Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.*

En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

¹⁶²⁸ NAVARRO MENDIZABAL, I. A., “Arts. 222 a 258 CC”, cit., p. 1898.

¹⁶²⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, ed. Mac Graw Hill, Madrid, 1996, pp. 322 y ss., clasifica las inhabilidades en dos categorías: absolutas y relativas. Dentro de la primera, causas de inhabilidad absolutas, esto es referentes a cualesquier tutela, existirían tres grupos diferenciados: por la conducta del sujeto (art. 243.1, 2 y 4, y art. 244.3 CC); por imposibilidad o grave dificultad (art. 243.3 y art., 244.1 CC); y por especial interdicción legal (art. 244.5 CC). En cuanto a las inhabilidades relativas, predicables solo respecto de un régimen concreto de guarda, distinguir a su vez dos grupos, las que tienen lugar por disposición legal (art. 244.2 y 4 CC) y las que se deben a la disposición paterna (art. 245 CC).

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.”.

El art. se refiere a menores, lo que en la práctica plantea problemas si se trata de la tutela de los incapacitados.

3.3.2.- Suspensión de la patria potestad

Art. 243.1 CC: *“No pueden ser tutores:*

1. Los que estuvieran [...] suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial.”.

El concepto suspensión aparece en el art. 172.1 párr. 3º CC, que referido al desamparo dice: *“La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. [...]”.*

El art. 154 CC atribuye la patria potestad sobre los hijos a los padres y el art. 156 CC dispone que se ejercerá conjuntamente, o por uno con el consentimiento expreso o tácito del otro. Luego la titularidad corresponde a ambos; mientras que su ejercicio puede ser conjunto o corresponder a uno u otro progenitor.

Cuando el art. 243 CC se refiere a privación de ejercicio lo hace en el sentido del art. 170 párr. 1º CC: *“El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.”.*

Los incumplimientos deben ser graves y reiterados y valorados por el juez en la sentencia. Los procedimientos judiciales de los que se deriva la privación pueden ser los matrimoniales (art. 92.3 CC¹⁶³⁰) o procesos penales (arts. 192¹⁶³¹, 226¹⁶³² o 233¹⁶³³ CP).

Respecto a privación parcial, puede derivarse de los arts. 167 CC¹⁶³⁴ o el art. 158 CC¹⁶³⁵.

¹⁶³⁰ Art. 92.3 CC: *“En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.”.*

¹⁶³¹ Delitos contra la libertad sexual.

¹⁶³² Delito de abandono de familia.

¹⁶³³ Delito de utilización de menores para mendicidad.

¹⁶³⁴ Que permite que se articulen medidas cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, permitiendo incluso nombrar un administrador.

¹⁶³⁵ Cuando permite al juez adoptar cautelas para asegurar la protección de los descendientes.

3.3.3.- Los removidos de una tutela anterior

Art. 243.2 CC: *“No pueden ser tutores:*

2. Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior.”.

Es lógico que si alguien ha sido excluido de una tutela no pueda ser tutor en las que se le defieran en el futuro.

Lo que es aplicable al tutor y a todos los cargos tutelares o de guarda.

Art. 247 CC: *“Serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados.”.*

En realidad habría que distinguir entre causas que produzcan una inhabilidad absoluta y las de una relativa. Algunas pueden darse en un caso concreto y no necesariamente en otro, p. ej., el conflicto de intereses; creemos que estos casos no se incluyen en la norma y tampoco si hay problemas de convivencia que provienen del pupilo y no del guardador. Sin embargo, si ha sido removido de la tutela anterior por un mal desempeño en su ejercicio, sí queda excluido de cualquier otra.

3.3.4.- Los privados de libertad

Art. 243.3 CC: *“No pueden ser tutores:*

3. Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena.”.

Al estar ingresado en prisión, no puede materialmente asumir el ejercicio de una tutela. Realmente estaría incluido en la causa general del art. 244.1 CC relativa a la imposibilidad absoluta de hecho.

Hace falta sentencia penal firme. No se aplica en los casos de detención, prisión preventiva o cautelar sin condena¹⁶³⁶, aunque algún autor considera que sí, porque se produce la misma inhabilidad¹⁶³⁷.

Es una incapacidad temporal relativa¹⁶³⁸ y cuando cumpla la condena podrá volver a ser tutor, a no ser que fuera condenado por algún delito que pudiera ser incluido en el art. 243.4 CC.

¹⁶³⁶ SERRANO ALONSO, E., “Com. art. 243”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. II, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 615.

¹⁶³⁷ NAVARRO MENDIZABAL, I. A., “Arts. 222 a 258 CC”, cit., p. 1903.

¹⁶³⁸ LETE DEL RÍO, J. M., “Com. art. 243”, cit., p. 742.

3.3.5.- Los condenados

Art. 243.4 CC: “No pueden ser tutores:

4. Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.”.

Es una descripción abierta en la que caben múltiples delitos y es el juez el que valorará si no desempeñará bien la tutela.

Pero en ningún caso puede ser tutor quien ha sido inhabilitado penalmente para ejercer la patria potestad o la tutela. El art. 46 párr. 1º CP dispone: “La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. [...]”.

Se puede dispensar esta causa de incapacidad conforme al art. 246 CC.

3.3.6.- Personas con imposibilidad absoluta

Art. 244.1 CC: “Tampoco pueden ser tutores:

1. Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.”.

Crítica la doctrina que en un sistema de tutela de autoridad haya que advertir al juez de la necesidad de no designar tutor a quien tenga una imposibilidad absoluta para el cargo, pareciendo una consideración inútil¹⁶³⁹.

Esta causa es una cláusula de cierre que puede incluir varios supuestos de este precepto y del anterior, y situaciones que no cuadran con exactitud en algún supuesto.

La imposibilidad tiene que ser absoluta y duradera, p. ej. por razones de salud, edad, ausencia, lejanía geográfica, etc.

La causa funciona como una previa valoración por el juez de la idoneidad del llamado para evitar alegaciones de posteriores excusas que producirían un perjuicio para el incapaz¹⁶⁴⁰. El tribunal buscará en el procedimiento la persona adecuada, sin tener que hacer diligencias posteriores.

Además, en base a la libre apreciación del juez conforme a los arts. 234 y 235 CC, podrá también valorar una imposibilidad relativa, nombrando a otros parientes que estén en mejor disposición para ser tutores.

¹⁶³⁹ HUALDE SÁNCHEZ, J., “Comentario al art. 244”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 377.

¹⁶⁴⁰ HUALDE SÁNCHEZ, J., “Comentario al art. 244”, cit., p. 377.

3.3.7.- Los enemigos

Art. 244.2 CC: “*Tampoco pueden ser tutores:*

2. Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.”.

La enemistad es un sentimiento de aversión u odio, de quien es llamado a la tutela hacia el menor o incapacitado. En este caso se desconfía de la imparcialidad del tutor, que debe actuar en interés del tutelado y no en beneficio propio.

Es una causa de inhabilidad relativa y el considerado inhábil por enemistad para una tutela puede ejercer otra diferente sin problema.

El art. habla de enemistad con el menor o incapacitado, omitiendo cualquier referencia a la familia del pupilo, que sí se incluía en la legislación anterior, discutiendo la doctrina si hoy se comprende o no¹⁶⁴¹. En todo caso, será el juez quien lo valore.

3.3.8.- Personas de mala conducta

Art. 244.3 CC: “*Tampoco pueden ser tutores:*

3. Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.”.

Esta regla es heredera de regulaciones anteriores.

Recoge dos tipos de causas: una personal, la mala conducta; y otra patrimonial, relativa a la falta de ingresos del tutor¹⁶⁴², que debe tener medios de vida. Mejor si es solvente.

3.3.9.- Conflicto de intereses

Art. 244.4 CC: “*Tampoco pueden ser tutores:*

4. Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado [...]”.

Aquí se pueden incluir múltiples supuestos tanto de índole personal como patrimonial, y quedará a la apreciación discrecional del juez.

La literalidad del art. habla del conflicto que medie entre el posible tutor y el tutelado, si bien la doctrina lo extiende a su entorno más cercano, lo que será un conflicto indirecto¹⁶⁴³.

¹⁶⁴¹ LÓPEZ SUÁREZ, M.A., “Comentario al art. 244 CC”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 1144-1145.

¹⁶⁴² NAVARRO MENDIZABAL, I. A., “Arts. 222 a 258 CC”, cit., p. 1908.

El conflicto debe ser real y tangible, tener trascendencia y prolongarse a lo largo del tiempo, porque si es puntual y transitorio se puede acudir al nombramiento de un defensor judicial (art. 299 CC).

También puede darse respecto a personas jurídicas o con sus representantes físicos¹⁶⁴⁴.

Esta incapacidad es dispensable por los padres (art. 246 CC) y por el propio sujeto en su autotutela.

3.3.10.- Los que tengan pleito

Art. 244.4 CC: *“Tampoco pueden ser tutores:*

4. Los que [...] mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes [...]”.

Si existen pleitos sobre las materias previstas en el art. hay intereses opuestos, ya sean personales (estado civil) o patrimoniales (titularidad de bienes).

En el primer caso se pueden incluir p. ej., los de impugnación o reclamación de filiación, o los mantenidos entre los cónyuges.

Los litigios sobre los bienes pueden afectar a bienes individuales o a patrimonios completos o en parte.

3.3.11.- Adeuden sumas

Art. 244.4 CC: *“Tampoco pueden ser tutores:*

4. [...] los que le adeudaren sumas de consideración.”.

Se trata de evitar el impago o retraso en el pago de la deuda, que puedan producir la prescripción de la deuda, provocadas por una actitud maliciosa e interesada del tutor.

La consideración de la suma dependerá del patrimonio del tutelado y en todo caso, la valorará el juez.

3.3.12.- Quebrados o concursados

Art. 244.5 CC: *“Tampoco pueden ser tutores:*

¹⁶⁴³ HUALDE SÁNCHEZ, J., “Comentario al art. 244”, cit., p. 380.

¹⁶⁴⁴ LÓPEZ SUÁREZ, M.A., “Comentario al art. 244 CC”, cit., pp. 1143-1146.

5. *Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona.*”.

Esta causa de inhabilidad es criticada por la doctrina, por carecer de fundamento y ser contradictoria.

La justificación es que si no ha sido diligente en la gestión de sus propios bienes, se supone que no administrará bien los del tutelado y también la falta de garantía patrimonial en quien administra un patrimonio ajeno¹⁶⁴⁵.

3.3.13.- Los excluidos por los padres

Art. 245 CC *“Tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el Juez en resolución motivada estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado.”.*

Es complementario del art. 223 párr. 1º CC cuando les permite adoptar “[...] cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.” y una de estas puede ser el veto a alguien; en consonancia con el orden del art. 234 CC, será una designación negativa, en la que los progenitores excluyen del llamamiento a la tutela a una persona concreta.

Se basa en que los padres quieren lo mejor para sus hijos y son los que mejor conocerán la situación y circunstancias de la familia.

En principio el veto debe ser expreso no siendo admisibles exclusiones de carácter general.

El juez debe seguir lo dispuesto en el art. 225 CC¹⁶⁴⁶ *“Cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente, en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado.”.*

El art. es aplicable tanto a los hijos menores como a los incapacitados.

¹⁶⁴⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La capacidad del deudor concursado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 145.

¹⁶⁴⁶ NAVARRO MENDIZABAL, I. A., “Arts. 222 a 258 CC”, cit., pp. 1912-1913.

Parece que fue un olvido del legislador que, en la reforma de la LPPD que introdujo la autotutela reformando los arts. 223 y 234 CC, no se reformara este precepto¹⁶⁴⁷.

Creemos lógico, siguiendo a De Amunátegui Rodríguez¹⁶⁴⁸, que la facultad de excluir a alguien del llamamiento a la tutela, le asiste al propio sujeto respecto de su tutela, enmarcándolo en el art. 223 párr. 2º CC cuando establece “[...] *cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.*”.

Pero es que ya antes de la reforma del 2003, se admitía esta posibilidad, cuando el tutelable, en el trámite obligado de audiencia, manifestaba su voluntad de no querer a determinada persona como tutor¹⁶⁴⁹.

El juez debe respetar la voluntad del sujeto o de los padres, salvo por motivos excepcionales, que debe justificar de modo exhaustivo y si se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias y en beneficio del menor¹⁶⁵⁰. Lo exige el respeto a los principios de la CDPD, inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico.

3.3.14.- Dispensa paterna de la causa

Art. 246 CC: “*Las causas de inhabilidad contempladas en los artículos 243.4º y 244.4º no se aplicarán a los tutores designados en las disposiciones de última voluntad de los padres cuando fueren conocidas por éstos en el momento de hacer la designación, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado.*”.

Puede que los progenitores quieran que sea tutor de sus hijos alguna persona determinada, aunque tengan alguna causa de inhabilidad; se deduce que al conocerla y designarlo la salvan. Los padres no deben haber sido excluidos de la patria potestad o privados de su ejercicio. Pueden estar o no unidos en matrimonio, siempre que la filiación esté determinada respecto del hijo tutelable¹⁶⁵¹.

¹⁶⁴⁷ LÓPEZ SUÁREZ, M.A., “Comentario al art. 245 CC”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 1149.

¹⁶⁴⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 245”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2278.

¹⁶⁴⁹ Los menores necesariamente deben ser oídos, debiendo el juez ajustarse a los deseos expresados por ellos.

¹⁶⁵⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, cit., p. 321.

¹⁶⁵¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 246”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2281.

Según Lete del Río¹⁶⁵², hace falta que:

a) Los padres hayan designado tutor o tutores para sus hijos en sus disposiciones de última voluntad.

b) La causa de inhabilidad sea una de las de los arts. 234 párr. 1º 4º y 244.4 CC. No se entiende muy bien por qué se incluye estas causas y no otras que pueden ser más importantes.

c) Se acredite que la razón de exclusión era conocida por los padres en el momento de hacer la disposición.

d) El juez, a pesar de concurrir los presupuestos anteriores, no disponga otra cosa, en resolución motivada y en beneficio del menor.

El art. no se refiere a la autotutela, parece ser otro olvido del legislador en la reforma de la LPPD. Evidentemente, el mismo poder que se reconoce a la autonomía de los padres debe atribuirse al propio incapacitable.

Es más, en el caso de autodelación del tutor se podrá dispensar cuantas causas de inhabilidad se tenga por conveniente dentro de lo razonable.

Aunque el art. solo habla de testamento, la doctrina¹⁶⁵³ opina que es un error del legislador y que se incluye la posibilidad de documento público de designación de tutor.

3.4.- Nombramiento de tutor inhábil

Es el tutor nombrado en contra de lo establecido en los arts. 243 y 244 CC.

Aunque hay que distinguir si al prescindir el tribunal de todas las causas enumeradas al designar tutor debería tener el mismo efecto, o si, debe procederse a distinguir según unos u otros motivos.

Algunos diferencian entre:

– Inhabilidades objetivas, claramente detalladas, en cuyo caso el nombramiento en contra sería nulo sin perjuicio de poder mantener los actos beneficiosos para el tutelado (art. 304 CC).

– Inhabilidades relativas, que exigirían una valoración por parte del juez en cuyo caso puede impugnarse el nombramiento y si el juez la estima será removido del cargo, si no podrá dar lugar a una impugnación contenciosa¹⁶⁵⁴.

¹⁶⁵² LETE DEL RÍO, J. M., “Com. art. 246”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 748.

¹⁶⁵³ LETE DEL RÍO, J. M., “Com. art. 246”, cit., pp. 748-749, habla de lapsus del legislador, subsanable mediante una interpretación correctora e integradora.

Otros, dada la literalidad de los preceptos, que son imperativos: “*no pueden ser tutores*” y “*tampoco pueden ser tutores*”, consideran que cualquier designación de persona no idónea sería nulo¹⁶⁵⁵.

Si ha recaído el nombramiento en sujeto inhábil, una vez constituida la tutela, la solución será su remoción, lo que ya se prevé de modo expreso para las incapacidades sobrevenidas en el art. 247 CC. E incluso puede dar lugar a la exigencia de responsabilidad al juez.

3.5.- Remoción del tutor

3.5.1.- En general

Art. 247 CC: “*Serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados.*”.

La remoción es el cese del tutor previamente nombrado. Se parte de que las causas se produzcan después de deferida la tutela, porque si ya existían en el momento de la designación serán causas de inhabilidad que impedirían su definitiva investidura. Las condiciones necesarias para desempeñar la tutela deben existir cuando se designe al tutor, y prolongarse durante todo el tiempo que se desarrolle la función.

Mientras que las excusas se refieren a los intereses del tutor; evitando que la tutela sea onerosa para el mismo, la remoción atiende al beneficio y a la protección del tutelado.

La remoción exige el previo nombramiento de tutor, aunque no hace falta que el mismo haya tomado posesión, lo que supone que en el procedimiento de designación no se habrá constatado ninguna causa de inhabilidad, que sí se produce después, impidiendo o dificultando el ejercicio eficaz de la tutela.

Omite el art. la pérdida de capacidad sobrevenida del tutor, aunque evidentemente se puede solicitar la remoción en este caso¹⁶⁵⁶, en base al art. 244.1 CC de imposibilidad de hecho, o al art. 241 CC, en lo referente al “*pleno ejercicio de sus derechos civiles*”.

¹⁶⁵⁴ LETE DEL RÍO, J. M., “Com. art. 245”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 745.

¹⁶⁵⁵ SERRANO ALONSO, E., “Com. art. 243”, cit., pp. 616-617.

¹⁶⁵⁶ HUALDE SÁNCHEZ, J., “Comentario al art. 247”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 393.

Hay otras causas de cese del tutor no recogidas en el art., como el previsto en el art. 237 CC *in fine* cuando dice: “*Para el caso de que los desacuerdos fueran reiterados [...]*” entre los tutores de una tutela plural, podrá el juez proveer al nombramiento de uno nuevo. Lo mismo ocurriría respecto de las personas jurídicas, en caso de pérdida de las condiciones del art. 242 CC¹⁶⁵⁷.

Como afirma De Amunátegui Rodríguez¹⁶⁵⁸, la práctica judicial es restrictiva en cuanto a la valoración de las causas de remoción, exigiendo, la demostración del comportamiento en el que se basa la solicitud de aquella, y una reiteración y gravedad en el incumplimiento de las funciones de la guarda. Y cita causas de remoción recogidas en la jurisprudencia de las AAPP: por incumplimiento de la obligación de rendir cuentas, por disposición del patrimonio y la pensión sin justificación¹⁶⁵⁹, por falta de transparencia y claridad en la gestión de los intereses patrimoniales de la tutelada¹⁶⁶⁰, por enajenar bienes sin autorización judicial¹⁶⁶¹ o por realizar contratos sin la misma¹⁶⁶²; no recibir los cuidados adecuados, por la presencia de maltrato en el cuidado de ancianos¹⁶⁶³ o por ausencia de convivencia¹⁶⁶⁴.

3.5.2.- Procedimiento

Art. 248 CC: “*El Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado o de otra persona interesada, decretará la remoción del tutor, previa audiencia de éste si, citado, compareciere. Asimismo, se dará audiencia al tutelado si tuviere suficiente juicio.*”

La remoción exige un procedimiento en el que el juez valorará la presencia o no de la causa de remoción. Si el tribunal estima la causa de remoción deberá nombrar un nuevo tutor, incoando de oficio el procedimiento correspondiente, nombrando un defensor judicial mientras dure la tramitación (art. 249 CC).

¹⁶⁵⁷ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 247”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2286.

¹⁶⁵⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 247”, cit., pp. 2293-2294.

¹⁶⁵⁹ AAP de Madrid, de 21 de noviembre de 2006 (JUR 2007/75790).

¹⁶⁶⁰ AAP de Vizcaya, de 14 de junio de 2007 (JUR 2007/349279).

¹⁶⁶¹ AAP de Toledo, de 18 de mayo de 2006 (JUR 2006/ 195679).

¹⁶⁶² AAP de Albacete, de 22 de septiembre de 2000 (JUR 2000/301146).

¹⁶⁶³ AAP de La Rioja, de 24 de julio de 2007 (JUR 2007/336254).

¹⁶⁶⁴ SAP de Asturias, de 3 de noviembre de 1992 (AC 1992/1605).

El tutor removido deberá cumplir las obligaciones establecidas para el término de la tutela en los arts. 279 y ss. CC, sin perjuicio, conforme al art. 285 CC, del posible ejercicio de las acciones judiciales que procedieran¹⁶⁶⁵.

3.5.3.- Suspensión provisional

Art. 249 CC: *“Durante la tramitación del expediente de remoción, se podrá suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado un defensor judicial.”.*

El beneficio del tutelado exige que no se quede sin protección y representación, mientras se nombra otro tutor, o no se admite por el juez de la causa de remoción. El juez, si lo cree necesario, puede suspender provisionalmente al guardador y nombrar un defensor judicial¹⁶⁶⁶, debiendo en todo caso motivar su resolución.

Según la causa de remoción alegada, la suspensión de facultades del tutor puede ser total o parcial, y puede afectar a la esfera personal o a la patrimonial.

Es una medida transitoria, conectada con el art. 299.2 CC, al prever que se nombrará defensor judicial *“En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.”.*

Luego podría nombrarse defensor judicial en base a su regulación general aun cuando nada se hubiera previsto sobre el particular en sede de remoción del tutor.

El cargo, conforme al art. 300 CC, recaerá en quien el juez estime más idóneo para ello. El defensor asumirá las funciones que le atribuya el tribunal; y según la doctrina, deberán referirse tan solo a la gestión de los asuntos urgentes.

El nombramiento puede recaer en una persona jurídica¹⁶⁶⁷ teniendo en cuenta el amplio margen del que dispone el juez.

La suspensión del tutor y el nombramiento del defensor deben inscribirse en el RC (arts. 128 y 219 CC)¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 248”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2295.

¹⁶⁶⁶ LETE DEL RÍO, J. M., “Com. art. 249”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 754.

¹⁶⁶⁷ SERRANO ALONSO, E., “Com. art. 249”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. II, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 693.

¹⁶⁶⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 249”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2301-2304.

3.5.4.- Nuevo tutor

Art. 250 CC: *“Declarada judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento de nuevo tutor en la forma establecida en este Código.”.*

Se nombra nuevo tutor, salvo que haya varios guardadores, en cuyo caso se encargará de la protección el no afectado por la remoción. Tampoco hará falta nuevo tutor si el juez recurre al beneficio de la mayor edad en caso de menores mayores de dieciséis años, supuesto en el que se nombrará un curador¹⁶⁶⁹.

3.6.- Excusa

3.6.1.- Concepto

Art. 251 CC: *“Será excusable el desempeño de la tutela cuando 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.*

Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela.”.

De Amunátegui Rodríguez¹⁶⁷⁰ define la excusa como la situación que tiene lugar cuando, “siendo nombrada una persona con capacidad e idoneidad adecuadas, rehúsa la tutela para la que fue designada”.

Hay que probar con documentos, testigos, etc., la razón de la excusa y proponer la persona, que pudiera sustituirle.

Mientras se resuelve acerca de la excusa, el que la haya propuesto estará obligado a ejercer la función y si no lo hace, el juez nombrará un defensor judicial que le sustituya, siendo el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si esta es rechazada.

3.6.2.- Persona física

¹⁶⁶⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 250”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2305-2308.

¹⁶⁷⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 251”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2309-2310.

El ejercicio de la tutela, como derivado de las relaciones de familia, es obligatorio. Pero no parece conveniente nombrar tutor a alguien que no quiere serlo porque podría producirse un mal ejercicio de la tutela.

El deber de ejercicio de la tutela se dispone en el art. 216 párr. 1º CC: *“Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.”*; y el art. 217 CC establece: *“Sólo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos.”*.

Las causas de excusa pueden afectar al tutor, al tutelado o a ambos, son aplicables a las distintas figuras de guarda, esto es, a tutores, curadores y defensor judicial (arts. 291 y 301 CC).

Mientras que las causas de inhabilidad se fundan en el interés del tutelado, las excusas lo hacen en el del llamado a la tutela, que puede acogerse o no a ellas. Supone que por sus condiciones personales o por su relación con el pupilo le resulte muy difícil el cumplimiento de su función y que ello produzca un perjuicio al incapaz. Lo sustancial es el interés final del tutelado. El juez admitirá la excusa alegada en los supuestos en que, si no lo hace, pueda después incurrirse en causa de remoción.

El CC no distingue si se trata de menores o incapacitados, lo que plantea algunos problemas a la doctrina¹⁶⁷¹. Además de las causas enumeradas, el art. 251 párr. 1º CC habla de que por *“[...] cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo.”*, lo que convierte las causas anteriores en meramente enunciativas, y siendo esta una causa amplia que cubre todo aquello que convierta la tutela en excesivamente onerosa¹⁶⁷².

3.6.3.- Persona jurídica

Art. 251 párr. 2º CC: *“Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela.”*

La doctrina mayoritaria defiende que se refiere a las personas jurídicas privadas, porque las públicas no pueden alegar excusas para el desempeño de la tutela, lo que

¹⁶⁷¹ GIL RODRÍGUEZ, J., en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 403.

¹⁶⁷² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 251”, cit., pp. 2311-2315. P. ej. la distancia geográfica, el ejercicio de otra tutela o si supone especiales cuidados.

parece evidente tras la tutela automática por ministerio de la ley en caso de abandono¹⁶⁷³.

3.6.4.- Plazo

Art. 252 CC: *“El interesado que alegue causa de excusa deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento.”*.

El plazo se cuenta desde el “conocimiento del nombramiento” por el tutor, o sea, desde su notificación.

Plazo que es improrrogable¹⁶⁷⁴ aunque se aleguen varias excusas¹⁶⁷⁵ porque hay que dotar de estabilidad al cargo de tutor.

Si transcurren los quince días y no se alega ninguna excusa, la tutela se instituirá con normalidad¹⁶⁷⁶.

3.6.5.- Excusa sobrevenida

3.6.5.1.- Persona física

Art. 253 CC: *“El tutor podrá excusarse de continuar ejerciendo la tutela, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle, cuando durante el desempeño de aquélla le sobrevenga cualquiera de los motivos de excusa contemplados en el artículo 251.”*.

El precepto exige el nombramiento previo de un tutor que haya tomado posesión del cargo y parte de que la capacidad del tutor debe mantenerse durante todo el tiempo en que se desarrolle la tutela. Es criticado por la doctrina¹⁶⁷⁷.

Hay que diferenciar el caso de menores en el que el paso del tiempo normalmente supondría menor dificultad en el cumplimiento de la tutela; del caso de incapacitados en el que suele ocurrir lo contrario, o sea que hagan falta más cuidados a medida que avanza la edad o la dolencia¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 251”, cit., pp. 2315-2318.

¹⁶⁷⁴ GIL RODRÍGUEZ, J., en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 415.

¹⁶⁷⁵ NAVARRO MENDIZABAL, I. A., “Arts. 222 a 258 CC”, cit., p. 1927.

¹⁶⁷⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 252”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2321-2322.

¹⁶⁷⁷ GIL RODRÍGUEZ, J., en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 422 y ss., lo considera innecesario y perturbador.

¹⁶⁷⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 253”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2321-2322.

3.6.5.2.- Persona jurídica

Art. 254 CC: *“Lo dispuesto en el artículo anterior no se aplicará a la tutela encomendada a las personas jurídicas.”*

El precepto es impreciso y si hacemos una interpretación literal de la ley, nos llevaría a un callejón sin salida¹⁶⁷⁹.

Es inadmisibles¹⁶⁸⁰ que las personas jurídicas no puedan alegar de manera sobrevenida ni siquiera la excusa de carencia de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela y que solo se admita la remoción, lo que supondría que dejaría de ejercitar esta tutela y también las ya desempeñadas¹⁶⁸¹, y no podría ostentar ninguna en el futuro¹⁶⁸².

3.6.5.3.- Momento de alegación

Art. 255 CC: *“Si la causa de excusa fuera sobrevenida, podrá ser alegada en cualquier momento.”*

La causa de la excusa puede producirse en cualquier tiempo y puede alegarse cuando se crea oportuno¹⁶⁸³.

3.6.6.- Periodo transitorio

Art. 256 CC: *“Mientras se resuelva acerca de la excusa, el que la haya propuesto estará obligado a ejercer la función.*

No haciéndolo así, se procederá a nombrar un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada.”

Es consecuencia del deber de cumplimiento de las funciones tutelares (art. 216 CC).

¹⁶⁷⁹ LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario al art. 254 CC”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 1180.

¹⁶⁸⁰ GIL RODRÍGUEZ, J., en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 422.

¹⁶⁸¹ LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario al art. 254 CC”, cit., p. 1182.

¹⁶⁸² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 254”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2332-2335.

¹⁶⁸³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 255”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2336-2337;

Si se admite la excusa, el tutor cesa su actividad y el juez dispondrá las medidas necesarias para proteger al incapaz. Si se rechazara, el tutor continuará en su cargo y si no lo hace podrá ser sancionado.

3.6.7.- Pérdida de lo dejado

Art. 257 CC: *“El tutor designado en testamento que se excuse de la tutela al tiempo de su delación perderá lo que, en consideración al nombramiento, le hubiere dejado el testador.”*.

Si el testador, al nombrar tutor le deja algo como compensación y este se excusa lo perderá. Pero al ser una estipulación testamentaria habrá que atender a la voluntad del testador, ya que el contenido del art. es dispositivo y, por tanto, supletorio de la voluntad del causante.

El art. alude a la designación testamentaria y nada dice del nombramiento hecho en documento público notarial previsto en el art. 233 CC. Unos consideran que sería extensible al mismo¹⁶⁸⁴, pues la finalidad de la norma es recompensar la función de la tutela con independencia de la forma en la que haya designado el tutor. Otros, al ser de un precepto sancionador, lo consideran de interpretación restrictiva¹⁶⁸⁵.

Si el juez estima la excusa, se perderá lo dejado por el testador en atención al nombramiento del cargo, pero no perderá lo que pudiera corresponderle por otra causa, ni lo que pueda recibir por vía intestada. Tampoco perderá la legítima, que no es posible someter a condición (art. 813 CC)¹⁶⁸⁶.

Esto también se aplica al curador.

3.6.8.- Nuevo tutor

Art. 258 CC: *“Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo tutor.”*.

Una vez admitida la disculpa, el juez deberá dictar una resolución judicial que producirá diferentes efectos en la práctica:

¹⁶⁸⁴ LETE. *Comentario...* p. 767.

¹⁶⁸⁵ GIL RODRÍGUEZ, J., en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 440.

¹⁶⁸⁶ A excepción del art. 808 CC, en relación con el art. 782 CC, tras la reforma por la LPPD, al permitir a los progenitores establecer una sustitución fideicomisaria en favor de sus hijos incapacitados, que puede llegar a gravar el tercio de legítima estricta.

– Si es inicial el tutor no llegará a tomar posesión del cargo.

– Si es sobrevenida, el tutor dejará de serlo, debiendo cumplir las previsiones dispuestas en los art. 279 y 283 CC, así como el cumplimiento de cuantas obligaciones y exigencia de posibles responsabilidades prevé el CC para el momento de extinción¹⁶⁸⁷. El auto ordenará la rendición de cuenta del guardador y la incoación de oficio de un nuevo procedimiento para nombrar otro tutor.

Cuando devenga firme el auto admitiendo la excusa, se atribuirá la protección del tutelado al defensor judicial hasta el definitivo nombramiento de un nuevo tutor, o bien, conforme al art. 299 bis CC, se acudirá a la protección del MF o incluso se puede designar un administrador de los bienes¹⁶⁸⁸.

4.- Ejercicio

4.1.- Toma de posesión

Para ejercer el cargo primero se efectúa el nombramiento, y luego hace falta que el tutor tome posesión, lo que implica su conformidad. Puede que no llegue a tomar posesión del cargo si hay causa de inhabilidad (arts. 243 a 245 CC), o excusa (art. 251 CC).

Art. 259 CC: *“El Secretario judicial dará posesión de su cargo al tutor nombrado.”*

El llamamiento o la designación por la ley, por los padres o por uno mismo (arts. 223, 234 y ss. CC) es anterior al nombramiento, que siempre es judicial, al constituirse la tutela (art. 231 CC). Tras el nombramiento, se pueden alegar las excusas en quince días (art. 252 CC) y si no las hay o no se aceptan, procede la toma de posesión por el tutor (art. 259 CC) y entonces se ha deferido la tutela en el sentido del art. 247 CC y procederá la inscripción en el RC.

Como advierte Gómez Laplaza¹⁶⁸⁹, la terminología del CC no es muy precisa, no es fácil distinguir el alcance y significado entre las diferentes expresiones que utiliza. Habla de “nombrar” y “nombramiento” (arts. 223, 234, 236.4, 237, 238, 240, 250, 252, 258 CC), de “constitución de la tutela” (arts. 228, 229, 231 CC), de “llamados a la tutela” (art. 229 CC), de “designación” (arts. 223, 240, 246, 257 CC), de “corresponder”

¹⁶⁸⁷ PALOMINO DÍEZ, I., *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, cit., pp. 477 y ss.

¹⁶⁸⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 258”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2356.

¹⁶⁸⁹ GÓMEZ LAPLAZA, M^a C., en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 449-451.

la tutela (art. 239), de “deferir” (art. 247 CC), o de delación de la tutela (en la rúbrica de la sección 2ª del capítulo II del Título X del Libro I del CC).

4.2.- Forma de ejercicio

Art. 268 CC: *“Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica.*

Cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela podrán recabar el auxilio de la autoridad.”.

El art. 268 CC supone que el tutor debe respetar la dignidad personal del tutelado, excluye cualquier maltrato físico o psicológico que pudiera infligirse al menor o incapaz. Si se incumple, puede dar lugar a responsabilidad. Penalmente se castiga el incumplimiento de los deberes inherentes a la tutela (art. 226 CP) y las lesiones y la violencia física y psíquica sobre los menores e incapaces (arts. 153.2 y 173.2 CP); y civilmente, el incumplimiento por el tutor de este deber supondrá la intervención del MF y del juez cumpliendo sus labores de vigilancia y control y en su caso la remoción del cargo de tutor (art. 247 CC)¹⁶⁹⁰.

El auxilio de la autoridad, si es necesario, incluye a los cuerpos y fuerzas de seguridad, MF, poder judicial y Administraciones públicas. En especial las que tienen competencia en materia de protección de menores y discapaces¹⁶⁹¹. La norma es paralela al art. 155 CC que atribuye a los padres, en el ejercicio de la patria potestad, la posibilidad de recabar el auxilio de la autoridad.

4.3.- Obligaciones del tutor

El tutor tiene las siguientes obligaciones: debe prestar fianza (art. 260 CC), hacer inventario (art. 262 CC) y las que fija el art. 269 CC, que dice: *“El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:*

- 1. A procurarle alimentos.*
- 2. A educar al menor y procurarle una formación integral.*
- 3. A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.*

¹⁶⁹⁰ PARRA LUCÁN, Mª A., “Art. 268”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2391-2392.

¹⁶⁹¹ PARRA LUCÁN, Mª A., “Art. 268”, cit., p. 2392.

4. A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.”.

El incumplimiento de los deberes del tutor puede originar responsabilidad civil y la remoción del cargo, y también una sanción penal. Así, conforme al art. 226 CP: *“1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.*

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.”.

De acuerdo con el art. 228 CP, cuando la víctima *“[...]sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.”.*

4.3.1.- Fianza

4.3.1.1.- Prestación

Art. 260 CC *“El Juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma.*

No obstante, la entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la Ley o la desempeñe por resolución judicial no precisará prestar fianza.”.

Nuestro ordenamiento suele exigir garantías para asegurar el resultado de la gestión de un patrimonio ajeno. En esta el CC deja a criterio del juez exigir o no su constitución y su cuantía, por lo que valorará en cada caso las circunstancias, y en particular, la importancia y complejidad del patrimonio del menor o incapacitado, las necesidades específicas que puede necesitar o las relaciones con el tutor.

La garantía cubre, además de la eventual responsabilidad por los daños en la gestión del patrimonio, todas las obligaciones del tutor o tutores, en el aspecto patrimonial y personal.

En los casos de designación de tutor por los padres o en los de autotutela, se puede conforme al art. 223 CC, relevar de la exigencia de fianza. Aunque como el

nombramiento de tutor es judicial, siempre quedará a criterio del juez decidir acerca de la exigencia de fianza, en atención a las circunstancias¹⁶⁹².

El juez no podrá exigir la constitución de fianza en el caso del art. 260 párr. 2º CC tratándose de una: “[...] *entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la Ley o [...] por resolución judicial [...]*”. La exención se refiere a las personas jurídico públicas, por lo que sí se podrá exigir la constitución de fianza a las demás personas jurídicas. Creemos que además de a la tutela de un menor se aplicaría a la de las personas con discapacidad.

De los arts. 260 y 261 CC se desprende que el término fianza debe interpretarse de manera amplia. El art. 260 CC atribuye al juez la facultad de determinar “*la modalidad y cuantía de la misma*”; y el art. 261 CC alude a “*la garantía que se hubiese prestado*”. Así que se admite que puede imponerse cualquier forma de garantía, real o personal¹⁶⁹³.

4.3.1.2.- Modificación

El art. 261 CC establece: “*También podrá el Juez, en cualquier momento y con justa causa, dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la garantía que se hubiese prestado.*”.

El juez en su labor de seguimiento y control del ejercicio de la tutela conocerá la situación del tutelado y si lo cree conveniente, podrá pedir una garantía aunque antes no lo hiciera, ampliar o disminuir su cuantía, cambiar el tipo de la misma, o cancelarla si ya no hace falta.

4.3.1.3.- Cancelación

Si el tutor termina con su misión se cancelará la fianza. Si se trata de una fianza hipotecaria prestada por el tutor, el art. 192 párr. 2º LH dispone: “*No se podrá cancelar totalmente dicha fianza hipotecaria hasta que, aprobadas las cuentas de la tutela, el tutor haya extinguido todas las responsabilidades de su gestión, salvo el caso de que*

¹⁶⁹² GÓMEZ LAPLAZA, Mª C., “Comentario a los arts. 260 y 261”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 464.

¹⁶⁹³ PARRA LUCÁN, Mª A., “Arts. 260-261”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2366-2368. Puede considerarse derogado, por la LJV en su Disposición derogatoria única, el art. 1866 LEC/1981: “*Será admisible toda clase de fianza, a excepción de la personal.*”, que excluye la garantía personal.

*hubiere sido sustituida por otra fianza hipotecaria o pignoraticia en virtud de acuerdo ejecutivo del Consejo de familia.”, hoy se entiende que por la autoridad judicial*¹⁶⁹⁴.

4.3.2.- Inventario

Art. 262 CC: *“El tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado dentro del plazo de sesenta días, a contar de aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo”.*

Art. 263 CC: *“El Secretario judicial podrá prorrogar este plazo en resolución motivada si concurriere causa para ello.”.*

Es obligatorio elaborar un inventario de los bienes del tutelado en la administración del tutor. Esto protege sus intereses y delimita los bienes que deberá restituir el tutor al cesar en su cargo. Evidentemente si el tutelado no tiene bienes, no se hará inventario.

Si está separada la tutela de la persona y la de los bienes, solo el tutor de los bienes deberá hacer inventario.

El inventario contendrá todos los bienes y derechos propiedad del tutelado, así como las deudas y cargas de las que deba responder y debe ser aprobado por el juez.

Art. 264 CC: *“El inventario se formará ante el Secretario judicial con intervención del Ministerio Fiscal y con citación de las personas que aquél estime conveniente.”.*

Art. 265 CC: *“El dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del Secretario judicial, no deban quedar en poder del tutor serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto.”.*

Los gastos que las anteriores medidas ocasionen correrán a cargo de los bienes del tutelado.”.

Art. 266 CC: *“El tutor que no incluya en el inventario los créditos que tenga contra el tutelado se entenderá que los renuncia.”.*

4.3.3.- Velar por el tutelado

Art. 269 CC: *“El tutor está obligado a velar por el tutelado [...]”.*

¹⁶⁹⁴ PARRA LUCÁN, M^a A., “Arts. 260-261”, cit., p. 2369.

Velar por el tutelado es un deber general que engloba todos los deberes necesarios para prestar protección al menor o incapacitado.

El deber de velar de la tutela no es exactamente el mismo que el de la patria potestad (art. 154 CC), no se prevé el deber del tutor de tener al pupilo en su compañía. Solo en el art. 234 CC *in fine* se señala que “*Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor.*”.

La LEC fija la competencia territorial en los procedimientos sobre capacidad en base a la residencia del incapacitado. Con lo que es importante determinar si los incapacitados pueden tener su propio domicilio o necesariamente es el de su tutor, y al respecto no hay una regla legal expresa. En principio, los sometidos a representación legal carecen de la capacidad suficiente para fijar por su sola voluntad su residencia habitual. Por ello, el domicilio legal de menores e incapacitados es el de sus padres o tutor. Aunque del CC se infiere que los hijos, de común acuerdo con sus padres, puedan tener su residencia en lugar distinto al del domicilio familiar (arts. 155.2º, 165 y 319 CC).

La CDPD fija el compromiso de los Estados de asegurar a todas las personas con discapacidad que “[...] *tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico*” (art. 19 a) CDPD). Si son personas incapacitadas judicialmente, habrá que estar a lo que diga la sentencia; pero los guardadores deben tener en cuenta la voluntad del guardado para fijar la residencia¹⁶⁹⁵.

4.3.4.- Procurar alimentos

Art. 269.1 CC: “*El tutor está obligado [...], en particular:*

1. A procurarle alimentos.”.

El art. 269 CC habla de procurar alimentos, no de alimentar al menor o incapacitado, a diferencia de lo establecido en la patria potestad (art. 154 párr. 3º 1º CC). Se discute si el tutor tiene el deber de prestar alimentos o solo de reclamárselos al pariente obligado conforme a las reglas generales (arts. 142 y ss. CC) o de gestionar las ayudas y subsidios sociales que procedan. Se trata de que el tutelado reciba los alimentos de quien por ley esté obligado a ello. El tutor deberá prestar alimentos si es el

¹⁶⁹⁵ PARRA LUCÁN, Mª A., “Art. 269”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2393-2394.

obligado, conforme a los arts. 142 y ss. CC; o si se admite que debe prestarlos de manera subsidiaria (art. 269 CC).

El control judicial de la tutela controlará que se presten conforme a la situación patrimonial del tutor y a las necesidades del tutelado. Su cumplimiento inadecuado dará lugar a responsabilidades civiles por los daños ocasionados y a la remoción del tutor (art. 247 CC)¹⁶⁹⁶.

4.3.5.- Educar al menor

Art. 269.2 CC: *“El tutor está obligado [...], en particular:*

2. A educar al menor y procurarle una formación integral.”.

Al igual que en la patria potestad (art. 154 párr. 3º 1º CC), al tutor le incumbe el deber de educar¹⁶⁹⁷ y procurar una formación integral como persona al tutelado (art. 269.2 CC).

La tarea del tutor debe ser acorde con la personalidad del menor (art. 269 CC) y, si es posible, con las opciones educativas y culturales de los padres, respetando sus creencias y orientaciones (art. 27.3 CE)¹⁶⁹⁸.

Como explica Gil Rodríguez¹⁶⁹⁹, la obligación incluye, aparte de la tarea pedagógica, facilitar el acceso a la asistencia especializada, en régimen externo o con internamiento, sea en centros públicos o privados.

4.3.6.- Promover la recuperación de la capacidad

Art. 269.3 CC: *“El tutor está obligado [...], en particular:*

3. A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.”.

Debe intentar que a través de los procedimientos adecuados médicos, pedagógicos o de cualquier tipo; la persona con discapacidad recupere la capacidad y si surgen nuevas circunstancias que le afectan, pedir la modificación de la incapacitación (art. 761.1 LEC). Y en todo caso, que se inserte en la sociedad, prestando y exigiendo para ello los apoyos que fueran necesarios.

¹⁶⁹⁶ PARRA LUCÁN, Mª A., “Art. 269”, cit., pp. 2394-2396.

¹⁶⁹⁷ Lo que supone matricular al menor en un centro educativo.

¹⁶⁹⁸ PARRA LUCÁN, Mª A., “Art. 269”, cit., p. 2396.

¹⁶⁹⁹ GIL RODRIGUEZ, J., “Comentario al art. 269”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 794.

4.3.7.- Rendición de cuentas

Art. 269.4 CC: *“El tutor está obligado [...], en particular:*

4. A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.”.

El art. 269.4 CC se coordina con el art. 233 CC, conforme al cual, *“El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado. Asimismo podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración.”.*

La información debe darse también al MF, porque desde la reforma por la Ley 21/1987, dispone el art. 232 CC que: *“La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado.*

*En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela.”*¹⁷⁰⁰.

4.4.- Representación legal

4.4.1.- En general

Art. 267 CC: *“El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por si sólo ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.”.*

El tutor es el representante legal de la persona tutelada. El tutelado puede suscribir escrituras, otorgar contratos o realizar cualquier acto con trascendencia jurídica, siempre que actúe a través de su tutor que firmará en su nombre. El representante actúa en lugar

¹⁷⁰⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción 4/2008, 30 de julio de 2008, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces. Consultada en: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INSTRUCCI%C3%93N%204_08.pdf?idFile=7f45d5ed-2b76-4636-865c-007cd9ca71e8>

La Instrucción 4/2008, 30 de julio de 2008, sobre el control y vigilancia por el MF de las tutelas de personas discapaces, establece que tanto en el informe extraordinario (en cualquier momento) como en el ordinario anual, el tutor haga referencia a los siguientes extremos:

“a) Lugar de residencia del tutelado.

b) Estado de salud en general, así como la atención personal y asistencial que haya podido requerir el tutelado.

c) Actividades desarrolladas para lograr una mayor autonomía personal del tutelado y una mejor inserción en la sociedad.

d) Asistencia a centros de formación o talleres de trabajo del tutelado.

Además, los Sres. Fiscales ponderarán la necesidad de recabar informes complementarios de los Servicios Sociales y/o de los médicos forenses correspondientes, sobre la situación personal, evolución de la rehabilitación y recuperación de la capacidad.”.

de representado y le sustituye en el ámbito de que se trate. Si el incapaz efectúa actos sin la asistencia de su tutor, carecerán de validez legal.

En la representación legal, como la del tutor, la actuación representativa no deriva de la voluntad del representado sino de la previsión legal. Por ello, el ámbito de la representación viene determinado por la propia limitación de la capacidad de obrar de menores e incapaces.

Pero los menores de edad no son incapaces de obrar, tal y como reconoce el art. 2 LOPJM.

La capacidad del menor es la misma esté sometido a patria potestad o a tutela. Para los menores, en diferentes lugares del ordenamiento se fijan unas edades a partir de las cuales pueden actuar por sí solos, o se exige su consentimiento para ciertos actos donde no hay representación legal, pero sí asistencia.

Para los incapacitados, la sentencia fija los actos que pueden realizar por sí solos y los que puede realizar con asistencia, así que en ocasiones el tutor actúa sin sustituir al incapacitado, solo asistiéndole.

El art. 760.1 LEC (con anterioridad, el art. 210 CC) establece que *“La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado [...]”,* que dependerá del grado de discernimiento del mismo.

En la práctica, las incapacitaciones no siempre responden adecuadamente a la situación real del incapacitado, y la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2010¹⁷⁰¹, dispone la necesidad de que los informes médico forenses y de los servicios sociales hagan referencia a las habilidades de la persona en diferentes ámbitos de su vida con el fin de poder determinar el alcance y extensión de su capacidad.

¹⁷⁰¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción n.º 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas. Consultada en:

<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Instruccion_3_10.pdf?idFile=389240c8-6daa-45be-8f72-613866093664>

“El informe pericial deberá referirse, al menos, a los extremos que a continuación se describen:

A) Enfermedad o deficiencia psíquica de la persona a la que se refiere el procedimiento, con indicación de su pronóstico.

B) Afectación de dicha enfermedad a las capacidades intelectivas y/o volitivas para gobernar la esfera personal y patrimonial.

C) Efectos de la referida enfermedad o deficiencia, en cuanto se refiere a la capacidad del afectado para el adecuado gobierno de su esfera personal y patrimonial, con delimitación de las habilidades funcionales a las que afecta”.

La doctrina critica la poca implantación en el derecho privado de los principios de la CDPD, que parte de la autonomía de la voluntad y la protección tiene un carácter subsidiario.

La tutela es paralela a la patria potestad. El art. 162 párr. 1º CC establece: *“Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.”*. Si los menores están emancipados no procede la tutela, sino la curatela, ya que solo necesitan un complemento de capacidad (arts. 286.1 y 323 CC). Respecto de los incapacitados, el nombramiento de tutor procede cuando se incapacita de forma plena (art. 760 LEC).

Para las personas totalmente incapacitadas por sentencia judicial desaparece la presunción general de capacidad de las personas mayores de edad, lo que no impide que los incapacitados puedan celebrar válidamente determinados actos jurídicos. Así ocurre con el testamento o con el matrimonio, aunque se exigen garantías previas para cerciorarse de la capacidad natural de la persona afectada; y tanto el menor como el incapacitado por sí solos pueden hacer determinados actos: en el caso de los menores esa capacidad resultará de lo previsto en la ley; en el caso de los incapacitados, en principio, de lo dispuesto en la sentencia de incapacitación¹⁷⁰².

4.4.2.- Actos concretos

4.4.2.1.- Pronunciamientos en la sentencia

Sobre los actos que no están previstos en la sentencia no existe una regla general y es difícil fijar criterios concretos, habrá que examinar cada caso concreto.

Hay actos para los que la ley exige que la sentencia se pronuncie expresamente sobre la incapacidad del sujeto, si no lo hace, será capaz para el acto en cuestión. Pero si expresamente se le priva de este derecho, nadie puede ejercerlo en representación suya.

4.4.2.2.- Actos personalísimos

Respecto de los actos personalísimos está excluida la representación del tutor, p. ej., solo el propio sujeto puede casarse. Pero hay una serie de actos que resultan controvertidos.

¹⁷⁰² PARRA LUCÁN, Mª A., “Art. 267”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2379-2380, 2389.

a).- Separación y divorcio

La STC, de 18 de diciembre del 2000¹⁷⁰³, admite la legitimación del tutor para ejercer la acción de separación matrimonial del incapacitado. El TC entiende que en caso contrario se produce la violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y una situación de desigualdad de los esposos (arts. 14 y 32 CE).

Posteriormente, la STS, de 21 de septiembre de 2011¹⁷⁰⁴, permite al tutor ejercitar en nombre y representación del incapacitado una acción de divorcio, que supone la disolución del matrimonio¹⁷⁰⁵.

b).- Contrato de trabajo

Para la celebración del contrato de trabajo el art. 7 ET exige plena capacidad de obrar, pero contempla el caso de que el representante legal de una persona de capacidad limitada le autorice expresamente para realizar un trabajo. Y también pueden celebrar contratos de trabajo personas incapacitadas en los términos que disponga la sentencia.

c).- Derecho al honor, intimidad y propia imagen

El art. 3.1 LOPDH excluye la representación para consentir la intromisión en los derechos al honor, intimidad y propia imagen, estableciendo que *“El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.”*. Si no tiene madurez

¹⁷⁰³ BOE-T-2001-1150

¹⁷⁰⁴ TOL 2.248.621

¹⁷⁰⁵ Previamente, el TS se pronuncia, de manera general, sobre el ejercicio de los derechos fundamentales cuyo titular está incapacitado cuando se trata de las acciones de separación y divorcio. Advierte el TS que están presentes dos derechos fundamentales: *“1º El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado. El divorcio actual no requiere alegación de causa cuando lo ejercita personalmente el interesado, quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge peticionario del divorcio. A ello obedece la regulación puesta en vigor por la ley 13/2005, al no exigir la alegación de causas. 2º El derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el art. 271.6 CC, que atribuye a los tutores la legitimación «para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela», siempre con autorización judicial, que no se requerirá «en los asuntos urgentes o de escasa cuantía». Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el art. 271.6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse”*.

El TS invoca también los principios que resultan de la CDPD que conducen a facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, afirma el TS, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo.

suficiente, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal. Hay además un control ajeno al representante, a través de la intervención del MF y, en su caso del juez. Por otra parte, y aunque el art. 4 LOPJM¹⁷⁰⁶ se refiere sólo a los menores, se podría mantener su aplicación analógica a los incapacitados, y permitir que su honra o reputación, o sus intereses, excluyan la legitimidad de las intromisiones consentidas por ellos y sus representantes.

d).- Integridad física

Con los supuestos relacionados con la integridad física: esterilizaciones, extracciones de órganos, transfusiones, etc., hay que ser especialmente cuidadoso, las previsiones legales al respecto son confusas.

El art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹⁷⁰⁷, establece que se otorgará el consentimiento por representación en el ámbito sanitario cuando el paciente esté incapacitado legalmente. Pero aun estando incapacitado, si tiene suficiente juicio para comprender la naturaleza y

¹⁷⁰⁶ Art. 4 LOPJM: “1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.

2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.”.

¹⁷⁰⁷ Art. 9.3 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.”.

la trascendencia del acto, no debe prescindirse de su consentimiento, por respeto a su dignidad personal.

En este sentido, el art. 9.7 de la misma Ley, redactado por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD, establece que: *“La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.”*.

4.5.- Administración

4.5.1.- Tutor

El tutor es el administrador legal del patrimonio del tutelado.

Art. 270 CC: *“El tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia”*.

La diligencia del buen padre de familia aplicada a menores e incapacitados es superior a la media al ser personas que necesitan especial protección. La inobservancia del nivel de diligencia puede dar lugar a responsabilidad del tutor. El AAP de Burgos, de 4 de abril de 2005¹⁷⁰⁸, indica que: *“El tutor no debe ser un experto financiero para decidir la mejor inversión que puede hacerse de sus ahorros o el mejor destino de sus bienes, sino que basta con que, teniendo que decidir sobre todas estas cuestiones lo hagan con criterios de racionalidad y prudencia, procurando conservar en la medida de lo posible el patrimonio del incapaz como lo haría con su patrimonio una persona prudente”*.

El art. 270 CC prevé el caso de que exista un tutor de la persona y un tutor de los bienes, conforme al art. 236.1 CC. Entonces, la administración corresponde al tutor de los bienes. Pero algunos aspectos personales de la tutela pueden suponer gastos que

¹⁷⁰⁸ TOL 612.662

necesitan liquidez, por ello el tutor de la persona puede ser administrador de un pequeño patrimonio para los gastos ordinarios.

Y hay algunos bienes cuya administración corresponde al propio pupilo. En sede de patria potestad, el art. 164 párr. 2º 3 CC exceptúa de la administración paterna los bienes que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. El hijo puede hacer los actos de administración ordinaria, para los extraordinarios necesita el consentimiento de los padres, lo que también se puede aplicar a la tutela¹⁷⁰⁹.

4.5.2.- Administrador

También puede haber un administrador de los bienes diferente del tutor, conforme al art. 227 CC que establece *“El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor.”*

Solo existirá si ha sido previsto de manera voluntaria y expresa. También puede establecer al administrador los controles y cautelas que estime convenientes.

Lo dudoso es decidir si quien disponga de los bienes a favor del menor o incapacitado puede eximir al administrador que designe de todo control y, si puede prescindir de los controles que fija el CC para el tutor administrador de los bienes del tutelado. Según Parra Lucán¹⁷¹⁰, como la tutela siempre es constituida judicialmente, el juez puede acordar respecto de esta administración, aunque el administrador no sea tutor, las reglas que considere oportunas y no hay inconveniente en que el juez mantenga la exoneración si no ve razón para lo contrario.

4.5.3.- Patrimonio protegido

A la administración de los bienes que forman parte de un patrimonio protegido no se le aplica las normas de administración previstas en el CC para la tutela. Puede que en la misma persona coincidan ambos supuestos, y que el sometido a tutela sea beneficiario de un patrimonio protegido. En tal caso, conforme al art. 1.2 LPPD, el patrimonio protegido *“[...] se regirá por lo establecido en esta ley y en sus*

¹⁷⁰⁹ PARRA LUCÁN, Mª A., “Art. 270”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2398.

¹⁷¹⁰ PARRA LUCÁN, Mª A., “Art. 270”, cit., p. 2399.

disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil.”.

El patrimonio protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial, que contendrá las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización. Si el patrimonio protegido lo constituye el propio beneficiario, la administración se sujeta a las reglas que fije en el documento público de constitución (art. 5.1 LPPD).

En los demás casos, las reglas de administración deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los arts. 271 y 272 CC. La autorización no es necesaria si el beneficiario tiene capacidad de obrar suficiente.

Art 5.7 LPPD: *“El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia.”.* Este administrador tiene su propio ámbito competencial, que puede coexistir con la función de los padres o del tutor.

4.6.- Autorización judicial

Art. 271 CC: *“El tutor necesita autorización judicial:*

1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.

5.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.

6.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.

7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.

8.º Para dar y tomar dinero a préstamo.

9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

10.º Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.”

Esta autorización judicial es una manifestación de la regla general del art. 216 párr. 1º CC conforme al cual la tutela se ejercerá “[...] *bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*”. También los padres necesitan autorización judicial para ciertos actos que se recogen en el art. 166 CC que además les exige causas justificadas de utilidad o necesidad; pero en la tutela se precisa autorización judicial para más actos que en la patria potestad, por la mayor prevención hacia esta institución que es sucedánea de la patria potestad, y por el mismo motivo parece que serían exigibles aquellas causas.

Afirma Parra Lucán¹⁷¹¹ que los actos para los que el tutor precisa la previa autorización judicial son excesivos y en algunos casos pueden entorpecer el ejercicio de la tutela, dada la lentitud de los trámites procesales. Propone reducir la exigencia de previa autorización judicial a los supuestos más relevantes y su sustitución por otras medidas, como una comunicación al juez¹⁷¹².

Estos actos serán también aquellos para los que al sometido a curatela necesitará la asistencia del curador, si la sentencia no dice otra cosa (arts. 289 y 290 CC).

4.6.1.- Audiencia al tutelado

El art. 273 CC establece que “*Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oirá al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.*”.

Se corresponde con el art. 232 párr. 1º CC, conforme al cual “*La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado.*”.

Sobre la audiencia al tutelado, el art. 273 CC se relaciona con el art. 231 CC, que establece que el “*El Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más*

¹⁷¹¹ PARRA LUCÁN, Mª A., “Arts. 271-273”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2405.

¹⁷¹² LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El Notario y la protección del discapacitado*, ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 1997, p. 189.

próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años.”. Por lo que hay que oírlo si es mayor de doce años, si tiene suficiente juicio, o si el juez lo considera oportuno.

4.6.2.- Enajenación o gravamen

Art. 271.2º CC: *“El tutor necesita autorización judicial:*

2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, [...]”.

Se refiere a los bienes más valiosos del tutelado, para determinar que sea valioso y exigir autorización judicial previa para la enajenación y gravamen, el legislador recurre a un doble criterio: el de su clase y el de su valor¹⁷¹³.

Por la clase o especie, todos los inmuebles por naturaleza, establecimientos mercantiles o industriales y la empresa, entendida como una universalidad; valores mobiliarios¹⁷¹⁴. Todos ellos con independencia de su valor, absoluto o en relación al patrimonio del tutelado.

Por valor y de manera genérica los objetos preciosos (alhajas, objetos artísticos, históricos, etc.); o de extraordinario valor en función del valor del patrimonio del tutelado (antigüedades, derecho de traspaso, créditos elevados, participaciones sociales).

Por exclusión, el poder de disposición del tutor sin autorización judicial previa se limita a los bienes muebles que no tengan especial valor.

La enajenación comprende cualquier acto de disposición: venta, permuta, dación en pago, aportación a sociedad, etc. La doctrina distingue entre actos de enajenación y actos debidos, no hace falta autorización judicial en los casos de elevación a público de contratos privados firmados por el sometido a tutela antes de esa circunstancia ni en las opciones a compra que hubiera concedido el ahora tutelado, ni en los retractos legales.

Se incluyen los actos a título oneroso, porque los realizados a título gratuito se incluyen en el art. 271.9º CC.

¹⁷¹³ GIL RODRIGUEZ, J., “Comentario al art. 272”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 800.

¹⁷¹⁴ Salvo el derecho de suscripción preferente de acciones.

El juez valorará si es correcta la contraprestación obtenida, si es conveniente la salida del patrimonio de los bienes que se enajenan y su transformación en otros bienes o las razones por las que es beneficioso para el pupilo (art. 166 CC en sede de patria potestad).

Los actos de gravamen implican la constitución de un gravamen, carga o derecho real sobre los bienes que disminuye su valor: usufructos, servidumbres, censos, superficie, hipoteca, retracto, opción, y en general, otras formas de garantía real. El control externo trata de impedir que se ocasione un perjuicio al pupilo¹⁷¹⁵.

Considera la doctrina que incluir los valores mobiliarios es contrario a la agilidad del tráfico de estos bienes, que están sometidos a precios objetivos de mercado por lo que no parece existir peligro en su enajenación ni justificado el retraso por la exigencia de autorización previa¹⁷¹⁶.

Obtenida la autorización judicial no hace falta ulterior aprobación, RDGRN, de 10 de abril de 2019¹⁷¹⁷.

4.6.3.- Actos dispositivos inscribibles

Art. 271.2º CC: *“El tutor necesita autorización judicial:*

2.º Para [...] celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción [...]”.

El legislador entiende que estos actos pese a no ser estrictamente de enajenación o gravamen del patrimonio del tutelado, deben ser considerados como actos dispositivos y tener un trato similar¹⁷¹⁸.

Incluye los actos susceptibles de inscripción, aunque no sea obligatoria ni constitutiva del nacimiento de los derechos o de la producción de efectos.

La inscripción se puede realizar en registros de diferentes tipos, jurídicos y administrativos. Los registros jurídicos, como el Registro de la Propiedad o el Registro de Bienes Muebles producen, por ministerio de la ley, efectos de publicidad y lo que conste en sus asientos tiene a su favor una presunción de veracidad. Los registros

¹⁷¹⁵ AMORÓS GUARDIOLA, M., “Comentario al art. 271.2º”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 551.

¹⁷¹⁶ PARRA LUCÁN, Mª A., “Arts. 271-273”, cit., p. 2415.

¹⁷¹⁷ BOE-A-2019-6448

¹⁷¹⁸ P. ej. el reconocimiento de derechos reales o los negocios sobre el rango hipotecario.

administrativos se centran en las relaciones entre la Administración pública y los administrados¹⁷¹⁹.

Al hablar de los actos o contratos dispositivos quedan fuera los actos inscribibles que sean actos de administración. Aunque la distinción entre ambos actos no es sencilla.

Para algunos contratos inscribibles (los arrendamientos urbanos de inmuebles), solo se exige la previa autorización judicial si, conforme a la norma específica que se refiere a ellos es precisa (el art. 271.7º CC sólo la exige si el contrato es por tiempo superior a seis años), sin considerar si su otorgamiento es un acto de administración o de disposición. Para otros actos, la solución es discutida: p. ej., la cancelación de la hipoteca por pago. Si se considera un acto de disposición, se necesitaría autorización judicial previa, lo que no parece muy razonable, puesto que ya se ha cobrado. Además, para los padres, el art. 178.2 RH no exige autorización judicial, sin que parezca justificada la diferencia de tratamiento con el tutor, por ello, la doctrina cree que es mejor aplicar el mismo criterio y que no se exija la previa autorización¹⁷²⁰.

Los padres pueden realizar sin autorización judicial actos de disposición de dinero de sus hijos sometidos a patria potestad en adquisición de bienes inmuebles, incluso aunque estén gravados. Así, las RRDGRN, de 7 de julio de 1998¹⁷²¹ y 21 de febrero de 2004¹⁷²²; o la STS, de 28 de noviembre de 1989¹⁷²³. Paralelamente, no es necesaria la previa autorización judicial para los contratos de adquisición de bienes inmuebles ni, en general, para cualquier otro acto adquisitivo que suponga la aplicación de dinero del tutelado: aunque la compra sea inscribible no se considera un acto de disposición del patrimonio del tutelado (RDGRN, de 17 de enero de 2011¹⁷²⁴). Así que el tutor tiene libertad para realizar actos de inversión.

La autorización judicial tiene como finalidad la defensa del patrimonio del tutelado frente a actos importantes que pudieran ponerlo en peligro. Por ello, carece de sentido limitar la autorización judicial a los actos inscribibles y permitir actos no inscribibles que podrían ser importantes¹⁷²⁵.

4.6.4.- Renunciar derechos

Art. 271.3º CC: *“El tutor necesita autorización judicial:*

¹⁷¹⁹ PARRA LUCÁN, Mª A., “Arts. 271-273”, cit., p. 2416.

¹⁷²⁰ AMORÓS GUARDIOLA, M., “Comentario al art. 271.2”, cit., p. 553.

¹⁷²¹ RJ 1998, 5962

¹⁷²² RJ 2004, 2377

¹⁷²³ RJ 1989, 7915

¹⁷²⁴ RJ 2011, 1427

¹⁷²⁵ PARRA LUCÁN, Mª A., “Arts. 271-273”, cit., pp. 2416-2419.

3.º *Para renunciar derechos [...]”.*

La misma autorización se exige en el art. 166 CC para los padres.

Se refiere a todo tipo de derechos, tanto reales como personales o de crédito.

4.6.5.- Transacción y arbitraje

Art. 271.3º CC: *“El tutor necesita autorización judicial:*

3.º Para [...] transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.”.

El art. 1811 CC establece: *“El tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código.”.*

La transacción requiere la plena disposición de los derechos transigidos (arts. 1810 y 1811 CC, y para la transacción judicial, el art. 19 LEC).

El tutor puede realizar una transacción, pero necesita previa autorización judicial, así, la jurisprudencia la ha exigido para las transacciones con las aseguradoras para el cobro de las indemnizaciones (SSTS, Penal, 28 de noviembre de 1989¹⁷²⁶ y 19 de abril de 1988¹⁷²⁷).

El CC exige autorización para someter a arbitraje, pero es dudoso que sea precisa la autorización para la firma de un contrato en el que se incluya una cláusula de sumisión a arbitraje o, en general, para la firma de un convenio arbitral¹⁷²⁸.

4.6.6.- Herencias

Art. 271.4º CC: *“El tutor necesita autorización judicial:*

4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.”.

Conforme al art. 992 párr. 1º CC *“Pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes.”.*

El tutor, como representante del pupilo, puede aceptar a beneficio de inventario, donde la responsabilidad por deudas se limita a los bienes recibidos. En la aceptación pura y simple existe el riesgo de que el menor o incapacitado respondan de las deudas de la herencia con su propio patrimonio y por ello necesita autorización judicial.

¹⁷²⁶ RJ 1989, 9337

¹⁷²⁷ RJ 1988, 2817

¹⁷²⁸ PARRA LUCÁN, Mª A., “Arts. 271-273”, cit., p. 2460.

Para aceptar liberalidades no se exige autorización judicial, pero sí para repudiarlas. La expresión liberalidad incluye la donación de bienes (art. 618 CC), la condonación de créditos, la cesión gratuita de créditos, la promesa de servicios gratuitos, etc.¹⁷²⁹. La renuncia exige autorización judicial, porque *a priori* no se ve el beneficio que puede suponer para el menor o incapacitado rechazar un acto que enriquece su patrimonio.

Los legados, que son liberalidades, pueden aceptarse sin autorización judicial porque no hace falta proteger los intereses del tutelado ya que, según el art. 858 párr. 2º CC, los legatarios gravados por el testador “*Éstos no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado.*”.

La doctrina afirma que el tutor puede aceptar las donaciones simples pero no las donaciones modales o con carga, para cuya aceptación sería precisa la previa autorización del juez¹⁷³⁰.

4.6.7.- Gastos extraordinarios

Art. 271.5º CC: “*El tutor necesita autorización judicial:*

5.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.”.

Solo se exige para los gastos que se refieran a los bienes, los que afecten a la persona del pupilo (estudios en el extranjero, tratamientos médicos especiales, etc.), no la requieren.

Los gastos serán extraordinarios en función del patrimonio del tutelado y siempre deben responder a un interés o beneficio del gasto para el tutelado. Con el informe anual de la situación del tutelado (art. 269.4º CC) el juez puede comprobar si se han realizado gastos excesivos y el interés real del acto que genere el gasto para el tutelado¹⁷³¹.

4.6.8.- Demandas

Art. 271.6º CC: “*El tutor necesita autorización judicial:*

6.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.”.

¹⁷²⁹ AMORÓS GUARDIOLA, M., “Comentario al art. 271.4”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 568.

¹⁷³⁰ AMORÓS GUARDIOLA, M., “Comentario al art. 271.4”, cit., p. 568.

¹⁷³¹ PARRA LUCÁN, Mª A., “Arts. 271-273”, cit., pp. 2422-2423.

Luego la regla general es la autorización previa para entablar cualquier demanda, salvo las urgentes o de escasa cuantía. Con esta autorización se trata de evitar los riesgos económicos que puede suponer un pleito.

Se exige autorización judicial para entablar demanda, no para contestarla¹⁷³².

Como el art. 271.6º CC solo alude a las demandas, se discute si el ejercicio de acciones penales por el tutor en representación del pupilo a través de una querrela requiere o no autorización judicial. En opinión de Amorós Guardiola¹⁷³³, el precepto no se extiende a las causas criminales porque no se promueven por demanda.

En la jurisdicción contencioso administrativa, se reconoce capacidad procesal a los menores para actuar por sí solos. El art. 18 párr. 1º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece: *“Tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela.”*.

En el ámbito social, el art 16.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, reconoce que *“Tendrán capacidad procesal los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguridad Social”*.

4.6.9.- Arrendamientos

El tema está regulado en diferentes leyes, el CC, la LAU y la LAR.

El art. 271.7º CC establece: *“El tutor necesita autorización judicial:*

7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.”.

En coherencia, el art. 1548 CC dispone *“Los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados, y los administradores de bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años.”*. Salvo si tienen autorización judicial.

No indica si se incluyen en los seis años el tiempo a que tenga derecho el inquilino en virtud de prórroga. Los arrendamientos sujetos a legislación especial,

¹⁷³² PARRA LUCÁN, Mª A., “Arts. 271-273”, cit., p. 2423.

¹⁷³³ AMORÓS GUARDIOLA, M., “Comentario al art. 271.6”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 573.

siguen teniendo prórrogas, aunque no sean indefinidas¹⁷³⁴. El tiempo mínimo de duración legal es de cinco años, pero las prórrogas sucesivas son potestativas, por ello parece que no hace falta autorización para los contratos con un plazo no superior a seis años.

El art. 271.7º CC no distingue entre bienes muebles y bienes inmuebles. En principio, para ambos es exigible la previa autorización judicial. Pero solo será precisa cuando se trate de los bienes de los arts. 166 y 271.1º CC, ya que el arrendamiento de bienes de poco valor es un acto de administración ordinaria¹⁷³⁵.

4.6.10.- Dar y tomar dinero a préstamo

Art. 271.8º CC: *“El tutor necesita autorización judicial:*

8.º Para dar y tomar dinero a préstamo.”.

Se exige autorización para todos los préstamos de dinero, del tutelado a terceros o de terceros al tutelado. Como sostiene Parra Lucán¹⁷³⁶ se trata de evitar los riesgos de un préstamo de dinero, como prestamista o como prestatario.

El art. habla literalmente de dinero, pero incluye las operaciones crediticias que tengan la misma finalidad que el préstamo, como la apertura de una línea de crédito.

La realidad es que hoy existen muchas formas de operaciones financieras diferentes del préstamo, y no siempre será razonable ni operativo la previa autorización judicial, p. ej., compras a plazos de bienes de consumo.

No parece hacer falta autorización si el préstamo es para financiar la adquisición de bienes inmuebles, aun cuando estos inmuebles estén sometidos a gravamen o aun cuando se constituya simultáneamente un gravamen para garantizar el precio aplazado de la adquisición. Las RRDGRN, de 7 de julio de 1998¹⁷³⁷ y 21 de febrero de 2004¹⁷³⁸, entienden que se trata de un acto de aplicación de los capitales sometidos a su administración.

¹⁷³⁴ La LAR prevé una duración mínima del contrato de cinco años y establece prórrogas de otros cinco. La LAU garantiza al arrendatario el derecho a usar la vivienda arrendada un mínimo de cinco años. Si el plazo pactado es menor, se prorroga de modo obligatorio para el arrendador y voluntario para el arrendatario hasta los cinco años (art. 9.1 LAU). Pasados los cuales la ley establece otra posible prórroga de tres años más, induciéndola del silencio de las partes (art. 10 LAU).

¹⁷³⁵ PARRA LUCÁN, Mª A., “Arts. 271-273”, cit., pp. 2428-2429.

¹⁷³⁶ PARRA LUCÁN, Mª A., “Arts. 271-273”, cit., pp. 2429-2430.

¹⁷³⁷ TOL 708.948

¹⁷³⁸ RJ 2004, 2377

4.6.11.- Disponer a título gratuito

Art. 271.9º CC: *“El tutor necesita autorización judicial:*

9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado. ”.

Las donaciones no están prohibidas, pero su validez queda sujeta a la autorización judicial, quien lo podrá considerar conveniente en algún caso concreto, p. ej. donaciones remuneratorias o promocionales, o por buena imagen con donaciones a obras sociales y benéficas.

Las donaciones ordinarias, p.ej. regalos de boda, no necesitan autorización¹⁷³⁹.

4.6.12.- Cesión y adquisición de créditos

Art. 271.10º CC: *“El tutor necesita autorización judicial:*

10. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado. ”.

Se refiere a cesiones onerosas, si son gratuitas se aplica el art. 271.9º CC.

Tiene una clara finalidad, cual es evitar fraudes que a través de estas operaciones puede realizar el tutor.

4.6.13.- Actos sin autorización judicial

Los actos patrimoniales realizados por el tutor sin autorización judicial son ineficaces, pero es discutible qué tipo de ineficacia se les aplica, si nulidad absoluta, anulabilidad, o bien la consideración del acto como válido pero incompleto o imperfecto, lo que permitiría que si se completa produzca sus efectos.

Considerar estos supuestos como nulos de pleno derecho, lo que ha sido común en la jurisprudencia clásica, es incongruente, pues podría hacerse valer la nulidad en todo caso y sin límite de tiempo por las partes contratantes y por cualquier tercero interesado.

La anulabilidad, en la línea seguida por las SSTs, de 9 de mayo de 1994¹⁷⁴⁰ y 23 de diciembre de 1997¹⁷⁴¹; conforme a la primera, habrá que determinar quién está legitimado para el ejercicio de la acción. En principio, sería el representante actuando como tal, y los menores o incapacitados, durante cuatro años desde que salieren de esta situación.

¹⁷³⁹ PARRA LUCÁN, Mª A., “Arts. 271-273”, cit., p. 2431.

¹⁷⁴⁰ RJ 1994, 3894

¹⁷⁴¹ RJ 1997, 8902

Una tercera vía de ineficacia consiste en entender que el contrato puede ser plenamente válido (vinculante y obligatorio entre las partes); pero que de momento no produce sus efectos normales. Excluye la nulidad y la anulabilidad y resulta más eficaz. Así, la STS, de 21 de mayo de 1984¹⁷⁴², sobre disposición de bienes de menores, recoge la disparidad de opiniones y sentencias anteriores, está en contra de la nulidad absoluta y establece la posibilidad de ratificar aunque no sea propiamente anulable, habla de “*acto incompleto o imperfecto*”¹⁷⁴³.

En la práctica existe gran confusión en la materia.

La STS, de 22 de abril de 2010¹⁷⁴⁴, señala: “*El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita. Por tanto, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aun no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1259.2 CC , de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente.*”.

La doctrina de esta sentencia dictada respecto de un menor, que siguen entre otras, la STS, de 8 de julio de 2010¹⁷⁴⁵, se considera por la jurisprudencia y la doctrina aplicable a los actos del tutor efectuados sin autorización.

La STS, de 10 de enero de 2018¹⁷⁴⁶ es clarificadora en este tema, declara válida la permuta efectuada por el tutor en la que se ha obtenido autorización judicial con posterioridad al otorgamiento de la escritura. Dice que “*La exigencia legal de autorización judicial contenida en el art. 271 CC no va acompañada de un régimen jurídico que de manera expresa precise las consecuencias de la enajenación realizada por el tutor sin autorización judicial.*”. Así, “*Dentro del diseño de salvaguarda judicial de la tutela que proclama el art. 216 CC , la ley impone al tutor solicitar autorización para los actos de disposición y gravamen sobre algunos bienes, teniendo en cuenta el doble criterio de su clase y de su valor. [...] la finalidad de la exigencia de autorización*

¹⁷⁴² RJ 1984, 2497

¹⁷⁴³ PARRA LUCÁN, M^a A., “Arts. 271-273”, cit., pp. 2432-2433.

¹⁷⁴⁴ RJ 2010, 2380

¹⁷⁴⁵ RJ 2010, 6030

¹⁷⁴⁶ Id Cendoj: 28079119912018100002

judicial para los actos realizados por el tutor no [...] es [...] la de complementar la capacidad de quien no la tiene plenamente reconocida por el ordenamiento. Se dirige [...] a garantizar que los actos realizados por el tutor y que pueden comprometer de manera importante la entidad del patrimonio del tutelado se realicen en su interés [...]

Tradicionalmente, [...] cierta doctrina y cierta jurisprudencia calificaron el acto realizado por el representante sin autorización judicial como nulo [...] Esta solución debe descartarse [...] porque, desde un punto de vista de la naturaleza de la norma, el representante legal que celebra el contrato sin contar con previa autorización no infringe una norma imperativa de las contemplada en el art. 6.º3 CC, sino que omite uno de los requisitos para la eficacia representativa de sus actos [...] y [...] porque el régimen de la nulidad absoluta no protege adecuadamente el interés del representado, que es precisamente el que trata de tutelar la norma que impone el control judicial.

De una parte porque, según las tesis mayoritarias sobre la nulidad radical o absoluta, posibilitaría en todo caso y sin límite de tiempo a ambas partes contratantes, así como a cualquier tercero interesado, hacer valer la supuesta nulidad. De otra parte porque impediría sanar, convalidar o confirmar actos beneficiosos para el menor o el incapacitado. [...]

El mismo resultado de la ratificación del acto al amparo del art. 1259 CC , y que es favorable al interés del menor y de la persona con la capacidad modificada judicialmente y sometida a tutela, puede alcanzarse mediante la aplicación del régimen de la anulabilidad, puesto que es posible la confirmación del acto (art. 1309 CC). Además, la aplicación del régimen de la anulabilidad a los actos del representante legal sin autorización judicial conduce a algunas consecuencias más ponderadas en atención a los intereses en juego. [...] el régimen de la anulabilidad excluye que el otro contratante revoque el contrato. Otra cosa es que [...] si se dan los presupuestos para ello, pudiera impugnar el contrato demostrando el error [...] que le llevó a contratar con desconocimiento de que fuera precisa una autorización judicial. [...] En segundo lugar, el régimen de la anulabilidad somete el ejercicio de la acción de impugnación del contrato a un plazo, de manera coherente con la exigencia constitucional de seguridad jurídica. [...]

La aplicación del régimen de la anulabilidad [...] viene respaldada ahora por el tenor del art. 61 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria , que se refiere literalmente a la tramitación del expediente en los casos en que el representante legal «necesite autorización o aprobación judicial para la validez de actos de

disposición» [...] el texto refuerza la calificación del acto realizado por el tutor como inválido. En efecto, partiendo de la «invalidéz» (el precepto se refiere a los casos en que se necesite la autorización o aprobación judicial para la «validez» del acto), y descartada la nulidad absoluta por su falta de adecuación a la protección de los intereses de los menores y personas con la capacidad modificada judicialmente, para dar solución a los actos celebrados por el representante legal sin autorización judicial resulta necesario acudir, con las adaptaciones precisas, a la anulabilidad: i) De una parte porque es el régimen de invalidéz al que el legislador ha dotado de la regulación más completa. ii) De otra parte [...] los criterios aplicables a los contratos celebrados por los propios menores (posibilidad de confirmación y existencia de plazo de impugnación) son los que mejor concilian el interés del menor y del incapacitado y la seguridad jurídica. iii) Incluso, cabría incluir este supuesto en la literalidad del art. 1301 CC, pues el precepto se refiere a los «contratos celebrados por los menores o incapacitados»: el representante legal del menor o de la persona con la capacidad modificada judicialmente otorga el acto «por» ellos, en su lugar, en sustitución de los representados. [...]

El resultado práctico que se alcanza mediante la aplicación del régimen de anulabilidad [...] no es contradictorio con la solución a la que se llegaría si, desde un planteamiento coherente con el papel que el título y el modo juegan en nuestro ordenamiento en la transmisión de derechos reales, se entendiera que el acto sin previa autorización judicial no es inválido, sino vinculante y obligatorio para las partes, pero es ineficaz como título idóneo para la transmisión del dominio. Ello permitiría su «ratificación» posterior (como dice la sentencia 314/1984, de 21 de mayo¹⁷⁴⁷, «aunque no pueda calificarse con propiedad de anulable») pero también la autorización «previa» a la enajenación, considerando entonces que el acto obligacional que sirve de título para la transmisión es válido.

La anulabilidad y la posibilidad de confirmación es compatible también con el control judicial posterior al otorgamiento del acto, lo que excluiría la ulterior acción de impugnación. En particular, esta sala lo ha admitido cuando en el propio contrato se tiene en cuenta la necesidad de obtener autorización judicial. Así, la sentencia 21/2010, de 16 de febrero¹⁷⁴⁸, declara: «El art. 166 CC exige que para la disposición de los actos del menor concurra la autorización judicial, pero nada impide otorgar un

¹⁷⁴⁷ Id Cendoj: 28079110011984100386

¹⁷⁴⁸ TOL 1.790.747

contrato que la exija antes de obtenerla, o bien mientras se están efectuando las gestiones para conseguirla. Cuando ello ocurra, el contrato se entenderá sometido a una condición suspensiva consistente en la obtención de la autorización, aunque, como en el caso que nos ocupa, dicha condición se configurara por las partes como resolutoria, lo que nada les impedía hacer». [...]

Es cierto que el compromiso previo del tutor no garantiza que el juez conceda la autorización o la aprobación pero, en cualquier caso, una vez obtenida, es evidente que se cumple la finalidad perseguida por la norma de que judicialmente se controle la conveniencia del acto de disposición para el interés del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente. También cuando en el contrato no se haya establecido nada al respecto.”.

4.6.14.- Partición y división de herencia

Art. 272 CC: *“No necesitarán autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial.”.*

La división de la cosa común y la partición de la herencia requieren tener la libre administración de los bienes (arts. 406 y 1058 CC). Como el tutelado no la tiene, deben ser realizadas por su tutor como representante legal.

La LOPJM introdujo el texto del art. 272 CC que suprime la previa autorización judicial, pero mantiene la necesidad de aprobación judicial posterior. El art 1060 CC establece que *“Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.”.* Luego no es necesaria la aprobación judicial cuando los representantes legales son los padres pero sí en caso de que lo sea el tutor (RDGRN, de 21 de diciembre de 2017¹⁷⁴⁹), o el defensor judicial, salvo que en este caso el secretario judicial disponga otra cosa (RDGRN, de 18 de abril de 2017¹⁷⁵⁰).

¹⁷⁴⁹ BOE-A-2018-422

¹⁷⁵⁰ BOE-A-2017-5156

Hace falta aprobación judicial si la partición se hace con la intervención de todos los coherederos, como un contrato plurilateral en el que el consentimiento es emitido por personas capaces (art 1058 CC). No hace falta la aprobación cuando la partición es judicial (art 1059 CC) ni si la ha hecho el propio testador (art. 1056 CC).

Si la hace el contador-partidor dativo se aplica el art. 1057 CC: *“El testador podrá encomendar por acto «inter vivos» o «mortis causa» para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.*

No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.”.

Respecto a la división de la cosa común y la extinción de la comunidad de la que forme parte el sometido a tutela, el art. 272 CC exige aprobación judicial sin especificar formas de división. La doctrina entiende que solo hace falta si se produce por acuerdo unánime de todos los comuneros, de forma negocial o voluntaria, pero no si se hace de forma judicial o por árbitros (art. 402 CC). Ni tampoco si es un bien mueble de escaso valor¹⁷⁵¹.

4.7.- Derechos

4.7.1.- Retribución

Art. 274 CC: *“El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los*

¹⁷⁵¹ AMORÓS GUARDIOLA, M., “Comentario al art. 272”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 565; PARRA LUCÁN, M^a A., “Arts. 271-273”, cit., pp. 2435-2436.

bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes”.

En la práctica, en la mayoría de los casos, el patrimonio del tutelado será reducido o inexistente, por ello, la regla general es la gratuidad del cargo de tutor, y la retribución será excepcional¹⁷⁵². Ahora, si el patrimonio lo permite, puede percibir retribución, porque si el patrimonio es de entidad, el tutor necesitará más dedicación y tendrá mayor responsabilidad en la gestión; con la retribución se trata de compensarle por ello y reforzar el nivel de diligencia exigible.

La previsión del art. 274 CC se refiere a la tutela ordinaria, y no a la tutela administrativa de las entidades públicas, porque los recursos de estos servicios son públicos y no cabe retribución personal para los funcionarios que ejercen sus cargos¹⁷⁵³.

4.7.2.- Intereses

Art. 275 CC: *“Sólo los padres, y en sus disposiciones de última voluntad, podrán establecer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa.”*

En principio, como recoge Parra Lucán¹⁷⁵⁴, “el tutor no está obligado a prestar alimentos al tutelado, pues el art. 269 CC se refiere solo a la obligación de procurárselos”¹⁷⁵⁵.

Pero puede que el tutor asuma la carga de alimentar al tutelado y en este caso, a cambio puede recibir los frutos de su patrimonio.

No es una retribución, sin embargo, algunos autores entienden que la previsión del art. 275 CC es una alternativa a la remuneración prevista en el art. 274 CC¹⁷⁵⁶.

Aunque literalmente el art. 275 CC establece que “sólo los padres” podrán establecer la asignación de frutos por alimentos, también es posible en la autotutela.

¹⁷⁵² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al art. 274”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 588.

¹⁷⁵³ GIL RODRÍGUEZ, J., “Comentario al art. 272”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 809; PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 274”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2438-2444.

¹⁷⁵⁴ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 275”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2445.

¹⁷⁵⁵ Primero con cargo al patrimonio del tutelado y, después, mediante el ejercicio de las acciones procedentes contra los obligados a prestárselos (arts. 142 y ss. CC).

¹⁷⁵⁶ LETE DEL RÍO, J. M., “La responsabilidad de los órganos tutelares”, *Estudios de Derecho público y privado; ofrecidos al profesor Ignacio Serrano y Serrano*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho con la colaboración del Colegio Mayor Universitario “Menéndez Pelayo”, t. I, 1965, p. 471 y ss.

Incluso el tercero que transmite bienes puede establecer la asignación en relación a los bienes transmitidos y a favor del que sea nombrado tutor (art. 227 CC).

El art. 275 CC habla de “*las disposiciones de última voluntad*”, pero la asignación de frutos por alimentos pueda hacerse en documento público (art. 223 CC).

4.7.3.- Otros

– Respeto y obediencia.

La persona tutelada debe respetar y obedecer al tutor, que puede solicitar el auxilio de la autoridad en el ejercicio de su cargo.

– Indemnización.

Art. 220 CC: “*La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento.*”.

Como ya vimos al referirnos a las disposiciones aplicables a todas las instituciones de guarda.

5.- Extinción de la tutela

5.1.- Normativa

La extinción de la tutela se recoge en los arts. 276 y 277 CC.

Art. 276 CC: “*La tutela se extingue:*

1. Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.

2. Por la adopción del tutelado menor de edad.

3. Por fallecimiento de la persona sometida a tutela.

4. Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad.”

Art. 277 CC: “*También se extingue la tutela:*

1. Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere.

2. Al dictarse la resolución judicial que pongan fin a la incapacitación, o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela.”

Esta enumeración no es correcta ni exhaustiva, y parece más razonable haberlas incluido todas en un solo art.

La extinción de la tutela tiene lugar cuando cesa la causa que motivó su constitución.

5.2.- De los menores de edad

La tutela del menor se extingue por:

a) Cumplir dieciocho años salvo que antes hubiera sido incapacitado (art. 276.1 CC).

La sentencia de incapacitación puede disponer que el menor continúe sometido a tutela (art. 278 CC).

b) La adopción (art. 276.2 CC).

Supuesto en que los padres adoptivos ejercerán la patria potestad (arts. 108, 154, 175 y ss. CC) y ya no procederá la tutela.

c) Fallecimiento del tutelado (art. 276.3 CC).

Supuesto en el que hay que incluir la declaración de fallecimiento del tutelado.

d) El beneficio de la mayor edad (art. 276.4 CC).

El art. 321 CC establece: “*También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitar.*”. En este caso, conforme a los arts. 286.2 y 323 párr. 3º CC, el menor queda sometido a curatela, que ejercerá quien hubiese sido tutor (art. 292 CC).

e) Recuperación de la patria potestad (art. 277.1 CC).

f) Determinación de la filiación. El CC no menciona este supuesto, pero en el caso de que se determine la filiación materna o paterna de un menor, este quedará sometido a su patria potestad, salvo que exista alguna de las causas del art. 111 CC por las que se excluye la patria potestad.

g) Cese del desamparo. El art. 222.4º CC establece: “*Estarán sujetos a tutela:*

4.º *Los menores que se hallen en situación de desamparo.*”. Parece que debería extinguirse al cesar el desamparo, pero en ningún sitio se prevé expresamente su extinción¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁵⁷ PARRA LUCÁN, Mª A., “Arts. 276-277”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2447-2249.

5.3.- De los mayores de edad incapacitados

Se extingue por:

a) Fallecimiento del incapacitado (art. 276.3 CC) y también por la declaración de fallecimiento del tutelado (art 195 CC) y si reaparece, deberá volverse a constituir la tutela.

b) Resolución judicial que modifique o finalice la incapacitación (art. 277.2 CC), lo que se corresponde con el art. 761.1 LEC que establece: *“La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”*.

c) La adopción del incapacitado mayor de edad, lo que es posible conforme al art. 175.2 CC que establece: *“Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.”*¹⁷⁵⁸.

5.4.- Continuación de la tutela

Continúa la tutela del menor aunque cumpla 18 años si es incapacitado.

Art. 278 CC: *“Continuará el tutor en el ejercicio de su cargo si el menor sujeto a tutela hubiese sido incapacitado antes de la mayoría de edad, conforme a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación.”*.

El art. 201 CC establece *“Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.”*.

Se trata de evitar el vacío y que el menor quede sin protección desde que alcanza la mayoría de edad hasta que se dicta la sentencia de incapacitación.

También puede establecer que no proceda la tutela, sino la curatela (art. 760.1 LEC y arts. 287 y 289 CC). En este supuesto el art. 292 CC establece: *“Si el sometido a curatela hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa.”*.

¹⁷⁵⁸ PARRA LUCÁN, M^a A., “Arts. 276-277”, cit., 2013, p. 2449.

Se corresponde con el art. 171 párr. 1º CC, que establece: “*La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. [...]*”. Continúa la patria potestad, pero con la regulación y extensión que fije la sentencia de incapacitación.

El cese de un tutor no implica necesariamente que la tutela como institución se extinga. Si el pupilo sigue siendo menor, o incapacitado, se designará otro tutor, pero no se extinguirá la tutela. Como indica Parra Lucán¹⁷⁵⁹, siempre que se extinga la tutela como institución el tutor nombrado cesará en su cargo, pero no siempre que el tutor cese habrá extinción de la tutela. Así, pueden ser causas de cese del tutor sin que haya extinción de la tutela:

- La muerte del tutor.
- La declaración de fallecimiento o incapacitación del tutor persona física.
- La disolución del tutor persona jurídica.
- La remoción del tutor o la aceptación de una excusa sobrevenida.

5.5.- Cuenta general justificada

5.5.1.- Cuenta general

El tutor, además de la rendición de cuentas anual, cuando cese deberá rendir la cuenta general, art. 279 CC: “*El tutor al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la Autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa. La acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarlo*”.

La obligación de rendir la cuenta general es exigible cualquiera que sea la causa por la que se produzca el cese y tanto si se extingue la tutela como si continúa con otro tutor nuevo o con los demás que ya estuvieran (art. 238 CC). La autoridad judicial no puede exonerar de la obligación legal de rendición final de cuentas (AAP Madrid, de 21 de enero del 2000¹⁷⁶⁰).

La aprobación por el juez de la cuenta final del tutor supone el cese de la prohibición de recibir liberalidades del pupilo o sus causahabientes (art. 221.1 CC) y

¹⁷⁵⁹ PARRA LUCÁN, Mª A., “Arts. 276-277”, cit., pp. 2446-2247.

¹⁷⁶⁰ AC 2000, 7284

otorga eficacia a las disposiciones testamentarias en favor del tutor o curador (art. 753 CC).

La rendición de cuentas afecta a la administración realizada por el tutor, no incluye la situación personal, por lo que no afecta al tutor que lo sea solo de la persona.

Debe hacerla el tutor y si es una persona jurídica (art. 242 CC), sus órganos de administración. Si el cese de tutor es por muerte o declaración de fallecimiento del mismo, la cuenta la rendirán sus herederos; y si es por extinción de la persona jurídica, sus liquidadores¹⁷⁶¹. Si el tutor es incapacitado, la rendirá por él su tutor o él mismo con asistencia del curador. Si el tutor ha desaparecido o es declarado legalmente ausente (arts. 244.1 y 247 CC), rendirá la cuenta el defensor o el representante legal (arts. 181 y 184 CC).

Al referirse la cuenta general a la administración, requerirá un inventario y una relación de ingresos y gastos; y al ser justificada, podrá el tutor remitirse a los informes y justificantes aportados en las rendiciones de cuentas anuales (art. 269 CC) (AAP de Burgos, de 4 de abril de 2005¹⁷⁶²).

El art. fija un plazo de tres meses que se computa de fecha a fecha. Ese plazo puede prorrogarse por el juez si hay justa causa (art 279 CC).

La prescripción se produce a los cinco años y no hay excepciones al cómputo de los plazos de prescripción, aunque perjudique a menores o incapaces la falta del ejercicio de sus funciones por los representantes legales; así, conforme al art. 1932 CC: *“Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluidas las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley.*

Queda siempre a salvo a las personas impedidas de administrar sus bienes el derecho para reclamar contra sus representantes legítimos, cuya negligencia hubiese sido causa de la prescripción”.

Ahora bien, el tutelado que ha alcanzado la plena capacidad y los herederos del pupilo pueden renunciar, ello no va contra los requisitos del art. 6.2 CC¹⁷⁶³, ni hay norma que lo prohíba.

Cuando cesa un tutor y el tutelado no goza de plena capacidad de obrar (y actúan en su nombre los titulares de la patria potestad, o un nuevo tutor, o un defensor judicial),

¹⁷⁶¹ PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Comentario a los arts. 276, 277 y 278”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 629-630.

¹⁷⁶² TOL 612.662

¹⁷⁶³ Art. 6.2 CC: *“La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contrarién el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.”.*

es precisa la autorización judicial para la renuncia (art. 271.3 CC) y lo mismo para la transacción sobre la rendición de cuentas¹⁷⁶⁴.

Art. 280 CC: *“Antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, el Juez oirá al nuevo tutor o, en su caso, al curador o al defensor judicial, y a la persona que hubiera estado sometida a tutela o a sus herederos”*.

Art. 281 CC: *“Los gastos necesarios de la rendición de cuentas, serán a cargo del que estuvo sometido a tutela.”*

Ya que la rendición de cuentas se efectúa en interés del tutelado, serán gastos necesarios sólo los imprescindibles, no lo son los que deriven de la negligencia del tutor.

5.5.2.- Saldo

La cuenta general ofrecerá un saldo.

Para fijar el mismo es preciso que se realice un inventario del patrimonio inicial del tutelado y que se vayan contabilizando todos los ingresos y gastos posteriores (AAP de Cáceres, de 9 de diciembre de 2004¹⁷⁶⁵).

El auto judicial que aprueba la rendición de cuentas solo aprueba la liquidación del saldo (arts. 282 a 284 CC). Si después este no se paga de modo voluntario, es preciso iniciar un procedimiento de reclamación de cantidad, teniendo en cuenta que no es título ejecutivo, ya que no está en la relación exhaustiva del art. 517 LEC¹⁷⁶⁶.

Art. 282 CC: *“El saldo de la cuenta general devengará interés legal, a favor o en contra del tutor.”*

Art. 283 CC: *“Si el saldo es a favor del tutor, devengará interés legal desde que el que estuvo sometido a tutela sea requerido para el pago, previa entrega de sus bienes.”*

Art. 284 CC: *“Si es en contra del tutor, devengará interés legal desde la aprobación de la cuenta.”*

5.5.3.- Acciones

¹⁷⁶⁴ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 279”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2452-2458.

¹⁷⁶⁵ JUR 2005, 5590

¹⁷⁶⁶ PARRA LUCÁN, M^a A., “Arts. 282-284”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2463-2465.

Art. 285 CC: *“La aprobación judicial no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al tutelado o a sus causahabientes por razón de la tutela”.*

5.5.3.1.- Del tutor contra el tutelado

Puede interponer las siguientes acciones:

- Las de reembolso de los anticipos que el tutor haya hecho para gastos de la tutela.

- Las de pago de su remuneración (art. 274 CC).

- Las indemnizaciones de daños y perjuicios que haya sufrido el tutor¹⁷⁶⁷.

Conforme al art. 220 CC, esta reclamación es independiente de que el tutor tenga o no una retribución. No es una acción de responsabilidad de daños y perjuicios puesto que el pupilo no ha actuado con culpa ni dolo ni es el causante del daño¹⁷⁶⁸.

5.5.3.2.- Del tutelado contra el tutor

No tiene el CC una regla general de responsabilidad del tutor por los daños que cause en su actuación. Pero hay múltiples deberes del tutor (arts. 269 a 270 CC), y si incumple o cumple negligentemente y causa daño al menor o incapacitado, tendrá la obligación de indemnizarle, conforme a las reglas generales de responsabilidad¹⁷⁶⁹.

5.6.- Tutor heredero

Art. 753 CC: *“Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador del testador, salvo cuando se haya hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no tuviese que rendirse éstas, después de la extinción de la tutela o curatela.*

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor o curador que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador.”.

¹⁷⁶⁷ PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Comentario a los arts. 276, 277 y 278”, cit., p. 677.

¹⁷⁶⁸ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 285”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2466-2467; BADOSA COLL, F., “Comentario al art. 220”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 245.

¹⁷⁶⁹ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 285”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2467.

Se pretende impedir que tanto el tutor como el curador capten la voluntad del incapaz para que les deje bienes. Pero haya influenciado o no al tutelado, cualquier disposición testamentaria contraria al art. será ineficaz.

La disposición debe haber sido otorgada con posterioridad al nombramiento del tutor y antes de la aprobación definitiva de las cuentas de la tutela¹⁷⁷⁰. Será nula y no se convalida después de su aprobación.

Creemos que es aplicable tanto a persona física como a persona jurídica.

El art. es criticado porque impedir suceder a las personas que han cuidado al testador en su última hora puede resultar injusto e incluso absurdo y contrario a su voluntad de recompensar a quienes le han ayudado.

6.- Tutela, guarda y acogimiento

Los recoge el CC en los arts. 172 a 174 de modo muy exhaustivo y algo complejo, en una redacción debida a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁷⁷¹. Y aunque el CC habla de guarda y acogimiento de menores, veremos que también se aplica a los incapaces.

El CC admite dos regímenes jurídicos distintos para amparar a un menor al margen de las instituciones protectoras tradicionales: la tutela *ex lege* que tiene su origen en la situación de desamparo; y la guarda, atribuidas en ambos casos a una entidad pública administrativa.

Cuando la entidad pública asume la tutela de un menor desamparado, también se hace cargo de su guarda y cuidado (art. 215 CC). Por lo que algunos consideran que la guarda puede ser entendida como parte de la función de la tutela¹⁷⁷².

Según Díez García¹⁷⁷³, de la regulación de la guarda en el CC se puede inferir que es atribuida a una entidad pública, que su ejercicio se realiza mediante el acogimiento, y que abarca solo el ámbito personal, a diferencia de la tutela *ex lege*.

6.1.- Tutela *ex lege*

6.1.1.- Articulado

¹⁷⁷⁰ DÍAZ ALABART, S., “Comentario al art. 753”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 1º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987, p. 147.

¹⁷⁷¹ BOE n.º 180, de 29/07/2015 (BOE-A-2015-8470)

¹⁷⁷² LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores...*, cit., p. 58.

¹⁷⁷³ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 172”, cit., p. 1824.

La tutela *ex lege*, automática o por ministerio de la ley, se recoge en el art. 172 CC con la finalidad de evitar una situación de desamparo.

Art. 172 CC: *“1. Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. La resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial.*

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste.

La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela.

2. Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1, o los tutores que, conforme al mismo apartado, tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela.

Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.

Pasado dicho plazo decaerá el derecho de los progenitores o tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo.

En todo caso, transcurridos los dos años, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública.

Durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen.

3. La Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal.

4. En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias.

Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública.

5. La Entidad Pública cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo cuando constate, mediante los correspondientes

informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción, por alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 y 277.1, y cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país.

b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiéndose que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor.

c) Que hayan transcurrido seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido.

La guarda provisional cesará por las mismas causas que la tutela.”

El art. está en línea con la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la AG de NNUU¹⁷⁷⁴ el 20 de noviembre de 1989, así como en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de niños, aprobadas por la Resolución 64/142 de la AG de las NNUU, de 18 de diciembre de 2009¹⁷⁷⁵.

En el mismo sentido, establece el art. 239 CC: “1. *La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la Entidad Pública.*

2. No obstante, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste.

En estos supuestos, previamente a la designación judicial de tutor ordinario o en la misma resolución, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o remoción del tutor, en su caso.

¹⁷⁷⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la AG en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el art. 49. En efecto, en su art. 9.1 se señala que “*Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*”.

¹⁷⁷⁵ Resolución aprobada por la AG [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)] 64/142. “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”, Sexagésimo cuarto período de sesiones. Tema 64 del programa.

3. *Estarán legitimados para el ejercicio de las acciones de privación de patria potestad, remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la Entidad Pública y los llamados al ejercicio de la tutela.*”.

El art. 239.2 CC establece que la tutela pública debe tener carácter subsidiario y provisional¹⁷⁷⁶. En el mismo sentido, la RDGRN, de 22 de junio de 1996¹⁷⁷⁷. Si hay personas que puedan asumir la misma, se procedería al cambio de tutor.

Las personas relacionadas con el menor, podrían ser, según la doctrina, los acogedores del mismo¹⁷⁷⁸, y, sin duda, las personas jurídicas (art. 242 CC), privadas o públicas, que pudieran dedicarse al cuidado de los menores en el ámbito territorial correspondiente, asumiendo la tutela de forma ordinaria.

Sería una tutela subsidiaria pero no automática, sino ordinaria (arts. 234 y 235 CC). Se trata de una delación judicial, pues para constatar que no hay personas a quienes poder nombrar tutores y encomendar la tutela a las entidades públicas, deberá haberse seguido la tramitación habitual.

6.1.2.- Desamparo

Corresponde la tutela *ex lege* a la entidad pública que en cada Comunidad Autónoma tenga atribuida la protección de los menores. Si constatan que un menor se encuentra en una situación de desamparo en los términos del art. 172.1 párr. 2º CC, dictarán una resolución administrativa declarándolo y asumirán la tutela.

La declaración de la situación de desamparo tiene carácter subsidiario (SSTC, de 26 de septiembre de 1990¹⁷⁷⁹ y 18 de octubre de 1993¹⁷⁸⁰) y ha de ser objeto de interpretación restrictiva¹⁷⁸¹, para su aplicación hace falta que se incumplan los mínimos de atención según la conciencia social común.

¹⁷⁷⁶ DE PABLO CONTRERAS, P., en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 313.

¹⁷⁷⁷ RJ 1996, 6185

¹⁷⁷⁸ Así lo cree DE PABLO CONTRERAS, P., en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, cit., p. 313.

¹⁷⁷⁹ TOL 81.824

¹⁷⁸⁰ TOL 82.319

¹⁷⁸¹ SÁNCHEZ ARISTI, R., “Ejecución en sus propios términos de una resolución judicial inejecutable sobre la imposibilidad de devolver unos menores a la guarda y custodia de su madre biológica y la indemnización sustitutoria a cargo de la administración que había decretado su desamparo”, *Derecho privado y Constitución*, n.º 22, 2008, p. 203.

El desamparo es un concepto jurídico indeterminado, y son los tribunales los que aprecian su existencia con referencia a circunstancias objetivas excluyendo toda idea o causación culpabilística¹⁷⁸², lo relevante es la real situación de desatención del menor¹⁷⁸³. Ha de acreditarse que el menor esté desasistido de forma grave, STS, de 23 de mayo de 2005¹⁷⁸⁴.

La protección y el beneficio del menor son primordiales y preferentes, pero también deben protegerse otros derechos, como los de los padres biológicos y las relaciones paterno filiales, que con esta medida resultan muy afectadas. Hay que conseguir un equilibrio entre ambos (STS, de 17 de octubre de 2012¹⁷⁸⁵).

Si se separa al niño de su entorno, hay que procurar una pronta reagrupación familiar y evitar la ruptura definitiva de los lazos familiares, por lo que también hay que tratar de no separar a los hermanos.

La materia está delegada a las autonomías, y estas han promulgado leyes reguladoras de la protección de menores que, recogiendo resoluciones judiciales, concretan diferentes situaciones de desamparo del menor. López Azcona¹⁷⁸⁶ señala como principales supuestos: “abandono del menor, malos tratos físicos o psíquicos, abusos sexuales del menor por familiares o terceros, producidos bien en su ámbito familiar, bien con el consentimiento de la familia; inducción a la mendicidad, delincuencia, prostitución, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación del menor; trastorno mental grave de los padres, tutores o guardadores que impida el cumplimiento de los deberes que les incumben en relación al menor, drogadicción o

¹⁷⁸² DÍEZ GARCÍA, H., “Desamparo de menores y acogimiento”, *Aranzadi Civil*, n.º 3, 1999, p. 2; SÁNCHEZ ARISTI, R., “Ejecución en sus propios términos de una resolución judicial inejecutable...”, cit., p. 102. Vid, STS, de 23 de mayo de 2005 (TOL 656.547).

¹⁷⁸³ SSAP de Granada, de 22 de junio de 2007 (TOL 1.623.879) y 19 de octubre de 2007 (TOL 1.623.856); sostuvieron que han de reputarse incluidas en una situación de desamparo “*desde aquellas situaciones de total abstención de sus obligaciones por los padres o tutores o aquellas otras en que las ejercen conscientemente de forma inadecuada, hasta las ajenas a los mismos, bien porque procedan de la actuación de terceros, incluso del propio menor, bien porque tengan su origen en imposibilidad física por enfermedad u otras causas*”. En todo caso es requisito imprescindible que los menores “*queden privados de la necesaria asistencia moral o material, lo que en la práctica se traduce en la constatación de una situación de desatención y abandono por parte de los padres o tutores, de modo que es compatible una voluntad o interés en los padres o tutores de ejercer las referidas funciones paterno-filiales con una ausencia de posibilidades reales de llevarlas a cabo, dado que la norma no exige que concurran conjuntamente la privación de la asistencia moral y la material, bastando que concurra una de ellas con la entidad suficiente para apreciar tal carencia*”.

Aunque también hay sentencias que exigen un necesario nexo causal entre el incumplimiento de los deberes tuitivos y la privación de asistencia al menor (SAP de Castellón, de 15 de mayo de 2006 (JUR 2006, 260269)).

¹⁷⁸⁴ TOL 656.547

¹⁷⁸⁵ TOL 2.675.044

¹⁷⁸⁶ LÓPEZ AZCONA, M^a. A., “La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 4, 2001, pp. 1913-1944.

alcoholismo habitual de las personas que integran la unidad familiar y, en particular de los padres, tutores y guardadores, que perjudique el desarrollo del menor; inducción, consentimiento o tolerancia a la drogadicción o alcoholismo del menor; ausencia de escolarización habitual, no solicitar la recuperación de la guarda una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de la asunción de esta por la Administración, carencia de vínculos afectivos, existencia de un entorno socio-familiar que deteriore o perjudique el desarrollo del menor, ausencia de personas a las que corresponda ejercer las funciones de guarda o cuando las mismas se encuentren imposibilitadas para su ejercicio o en situación de ejercitadas con grave peligro para el menor, negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimenticias, higiénicas, de salud y educativas; incumplimiento de los deberes de protección, con riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor, cualquier desatención o imprudencia que atente contra la integridad del menor.”.

No existe desamparo cuando el menor está asistido, aunque sea por quien no está obligado¹⁷⁸⁷.

6.1.3.- Suspensión, privación de la patria potestad y de la tutela

Cuando la entidad pública asume la tutela, se produce la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, y si así lo exige el interés del menor. Como regla especial se admite la validez de los actos patrimoniales que realicen los progenitores y tutores y que beneficien al menor. La entidad pública y el MF fiscal pueden promover la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela.

La doctrina¹⁷⁸⁸ plantea la injusticia que puede suponer que sin una conducta culposa o dolosa de las personas con potestad sobre el menor, las circunstancias conduzcan a una tutela automática. Para solucionarlo, propone soluciones intermedias. Quizá sería más adecuado que la entidad pública asumiese solo la guarda y no la tutela.

Como indica Díez García¹⁷⁸⁹, pueden ser casos no directamente culposos respecto del menor¹⁷⁹⁰, como drogadicción, estancia en prisión¹⁷⁹¹, alcoholismo, falta de trabajo

¹⁷⁸⁷ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 172”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1796-1798.

¹⁷⁸⁸ VALLADARES RASCÓN, E., “La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo”, en *Centenario del Código Civil*, t. II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, pp. 2065-2067.

¹⁷⁸⁹ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 172”, cit., pp. 1798-1799.

¹⁷⁹⁰ VALLADARES RASCÓN, E., “La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo”, cit., p. 2060.

¹⁷⁹¹ Instrucción n.º 6/1990, de 6 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre protección de menores ingresados en centros penitenciarios de mujeres con sus madres presas. Consultada en:

o vivienda adecuada, inadaptación, enfermedad¹⁷⁹², trastorno mental (STS, de 14 de noviembre de 2011¹⁷⁹³) emigración, etc., que pueden ser temporales y no imputables a los padres¹⁷⁹⁴, y una vez solucionados puede suponerse que la vida familiar se reanuda con normalidad.

La entidad pública emite una resolución en la que constata la situación de desamparo y en la que asume la tutela *ex lege* del menor. Si hay oposición a dicha declaración, el juez apreciará si concurre o no la circunstancia descrita en el art. 172.1 CC. Pero también puede entender que para el amparo del niño sea suficiente la guarda del art. 172 bis CC, y puede ser aplicable el art. 158 CC. Con lo que una situación de desamparo podría no dar lugar a la tutela, sino solo a la guarda.

6.1.4.- Jurisprudencia

El TS, ante la existencia de resoluciones contradictorias, fijó doctrina legal en la STS, de 31 de julio de 2009¹⁷⁹⁵, y en las de 21 de febrero de 2011¹⁷⁹⁶; 13 de junio de 2011¹⁷⁹⁷ y 17 de febrero de 2012¹⁷⁹⁸. Ha entendido que *“para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han*

< https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS_06_1990.html >

¹⁷⁹² CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., “Acogimiento familiar *versus* paternidad. El derecho de los acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental”, *La Ley*, n.º 5189, noviembre 2000, pp. 1-5.

¹⁷⁹³ TOL 2.286.633

¹⁷⁹⁴ FERRER VANRELL, M. P., “El acogimiento familiar en la Ley 11/1987, de 11 de noviembre, como modo de ejercer la potestad de guarda”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, vol. I, enero-marzo 1993, p. 176; dice que se trata de supuestos que, de hecho, generan el desamparo del menor, pero que son inimputables al sujeto que se ve incurso en ellas. Entre esas circunstancias, en su opinión, podrían admitirse los casos de ausencia no declarada, la incapacidad, y en general todos aquellos otros que provocan un imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad o de la tutela y que en sí no son causadas por la voluntad de sus titulares.

¹⁷⁹⁵ TOL 1.723.143

¹⁷⁹⁶ TOL 2.052.804

¹⁷⁹⁷ TOL 2.189.133

¹⁷⁹⁸ TOL 2.459.269

desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico”.

Al respecto, el TC ha manifestado reiteradamente que en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, *“se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia, tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, que son intereses de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen”* (SSTC, de 18 de octubre de 1993¹⁷⁹⁹, 16 de junio de 1997¹⁸⁰⁰, 4 de abril de 2005¹⁸⁰¹ y 28 de abril de 2008¹⁸⁰²). Por tanto, entiende lógico que, *“dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de preclusividad”* (STC, de 25 de noviembre de 1996¹⁸⁰³).

6.1.5.- Personas con discapacidad

En cuanto a los incapaces, el art. 239 bis CC¹⁸⁰⁴ extiende la tutela a las personas con discapacidad, establece: *“La Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, será designada como tutora cuando no haya sido constituida la tutela en favor de persona alguna conforme al artículo 234.*

Asimismo, asumirá por ministerio de la ley la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial que modificó su capacidad.

Se considera como situación de desamparo a estos efectos, la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de

¹⁷⁹⁹ TOL 82.319

¹⁸⁰⁰ TOL 83.257

¹⁸⁰¹ TOL 619.115

¹⁸⁰² TOL 1.315.314

¹⁸⁰³ TOL 83.116

¹⁸⁰⁴ Con anterioridad, había negado esta posibilidad, la Consulta 2/1098, de 3 de abril de la Fiscalía General del Estado sobre la asunción de tutela por persona jurídica pública.

la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor.”, con lo que se atribuye a la entidad pública que en cada territorio se ocupe de la protección de la persona con la capacidad modificada judicialmente la tutela tanto ordinaria como *ex lege* si hay desamparo.

6.2.- Guarda por entidad pública

6.2.1.- Guarda *ex lege*

Se recoge en el art. 172.4 CC que establece: *“En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.*

Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias.

Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública.”.

El art. recoge las peticiones de la doctrina de que si el interés del menor lo exige se pueda constituir una guarda *ex lege* y no una tutela *ex lege*, de consecuencias más radicales. La guarda será provisional, mediante resolución administrativa y reuniendo las alegaciones pertinentes en el plazo más breve posible en el que debe declararse el desamparo y la asunción de la tutela o la medida de protección que proceda.

6.2.2.- Guarda voluntaria temporal

El art. 172 bis CC establece: *“1. Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo.*

La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades.

La resolución administrativa sobre la asunción de la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal.

2. Asimismo, la Entidad Pública asumirá la guarda cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente.”.

El art. se refiere a la situación en la que un menor queda en desamparo, y puede ser por una causa coyuntural no imputable a quienes ejercen la guarda. La causa que priva al menor de la asistencia debe ser grave, transitoria y reversible. Su finalidad es la reinserción en la propia familia, con lo que la guarda asumida por la entidad pública solo dura el tiempo necesario. Si la causa de desatención fuera previsiblemente indefinida, el menor no quedará sujeto a esta guarda sino que debería quedar sometido a otro régimen jurídico distinto.

Los progenitores o el tutor lo solicitan a la entidad pública que es libre para estimar si procede o no la asunción de la guarda solicitada.

La guarda no es procedente para menores que ya estén incurso en una situación de desamparo.

El art. fija requisitos formales que son que la entrega voluntaria se haga por escrito y una resolución administrativa sobre la asunción de la guarda que también puede tener lugar por disposición judicial.

6.2.3.- Formas de ejercicio: familiar o residencial

El art. 172 ter CC establece: “1. La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores.

No podrán ser acogedores los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en la ley.

La resolución de la Entidad Pública en la que se formalice por escrito la medida de guarda se notificará a los progenitores o tutores que no estuvieran privados de la patria potestad o tutela, así como al Ministerio Fiscal.

2. Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. La situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses.

3. La Entidad Pública podrá acordar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones. A tal efecto sólo se seleccionará a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor. Dichas medidas deberán ser acordadas una vez haya sido oído el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

La delegación de guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor, en especial de todas las medidas restrictivas que haya establecido la Entidad Pública o el Juez. Dicha medida será comunicada a los progenitores o tutores, siempre que no hayan sido privados del ejercicio de la patria potestad o removidos del ejercicio de la tutela, así como a los acogedores. Se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor o concurra justa causa.

4. *En los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos.*”.

El art. regula dos modalidades distintas del acogimiento de menores:

a) Familiar. Es la opción prioritaria. Lo realiza la persona o personas que determine la entidad pública.

b) Residencial. Si no es posible o conveniente el primero. Lo ejerce el director o responsable del centro donde esté ingresado el menor. Este es un delegado en el ejercicio de la guarda. No tiene auténtica autonomía, ni asume más deberes que los implícitos a su cargo; está sujeto a las instrucciones del establecimiento y no responde por los daños que pueda causar el menor, lo hará la entidad pública de la que depende el centro¹⁸⁰⁵.

El acogimiento residencial también se puede realizar por un establecimiento privado previamente habilitado por la Administración¹⁸⁰⁶ que encomienda la gestión¹⁸⁰⁷ de sus competencias a instituciones privadas a través del procedimiento administrativo de habilitación. Como hay atribución de funciones propias, la Administración se reserva la posibilidad de inspeccionar y vigilar su actividad, y en su caso, de privarles de la habilitación. Las instituciones colaboradoras deberán seguir las instrucciones de la entidad, por lo que ni la institución, ni su director, gozan de autonomía y de poder decisorio en su actuación¹⁸⁰⁸.

Las CCAA son las personas jurídicas a las que en último término se les atribuye la titularidad de la guarda, estas, por medio de convenios de colaboración¹⁸⁰⁹ o a través de una encomienda de gestión pública¹⁸¹⁰, pueden confiar la guarda a establecimientos adscritos a una Administración Pública distinta. En tal supuesto, se produciría una escisión entre la titularidad y ejercicio¹⁸¹¹ de esa concreta función.

¹⁸⁰⁵ Habría responsabilidad patrimonial de la Administración.

¹⁸⁰⁶ MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, ed. Bosch, Barcelona, 1991, p. 120.

¹⁸⁰⁷ RODRÍGUEZ MORATA, E., “El acogimiento de menores”, *Aranzadi civil*, n.º 19, febrero 1998, p. 15.

¹⁸⁰⁸ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 172”, cit., p. 1831.

¹⁸⁰⁹ Art. 143 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

¹⁸¹⁰ Art. 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

¹⁸¹¹ El art. 11.2 párr. 1º de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y en relación a la encomienda de gestión, señala que “La encomienda de gestión no supone cesión de la

6.2.4.- Acogimiento familiar

6.2.4.1.- Art. 173 CC

Art. 173 CC: *“1. El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades.*

2. El acogimiento requerirá el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

3. Si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado la guarda en acogimiento familiar, aquél, el acogedor, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutor que no estuvieran privados de la patria potestad o de la tutela o cualquier persona interesada podrán solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda.

4. El acogimiento familiar del menor cesará:

a) Por resolución judicial.

b) Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor.

c) Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor.

d) Por la mayoría de edad del menor.

5. Todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento se practicarán con la obligada reserva.”.

El acogimiento familiar intenta conseguir para el menor una familia sustituta porque se parte de que lo más beneficioso para él es vivir en un ambiente similar a un hogar normal.

titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.”.

Aunque el CC habla de familiar, lo normal es que se trate de un acogimiento en hogar funcional. Son instituciones colaboradoras que acogen a los menores en pisos de acogida que tratan de parecerse a un hogar familiar.

Por el acogimiento familiar, la entidad pública, titular de la guarda, confía su ejercicio al acogedor que asume deberes concretos con sus correlativos derechos o facultades. Surge así una nueva relación jurídica entre acogedores y acogido, diferente a la patria potestad, la tutela y la guarda de titularidad pública. Los acogedores tienen una posición jurídica de potestad, pero sujeta al control de la entidad pública. El título habilitante es la resolución administrativa o judicial por la que se le encomienda esa función. El acogedor no es un guardador de hecho.

Sobre el acogido confluyen diversas potestades, de modo que la potestad de los acogedores coexiste con la que pueden seguir ostentando y ejerciendo los titulares de la patria potestad, de la tutela o la que todavía conserva la entidad pública. Al asumir la guarda del menor una entidad pública, los progenitores o tutores son suspendidos del ejercicio de la patria potestad y la tutela, pero no son privados de la titularidad. Y pueden controlar el ejercicio que aquélla realice. Además, subsiste su obligación de velar por el menor, alimentarlo, etc. Con el acogimiento familiar la entidad pública transfiere el ejercicio de las funciones de guarda a favor de los acogedores, manteniendo la posibilidad de controlar y supervisar el ejercicio que aquéllos realicen¹⁸¹², como lo siguen conservando los titulares de la patria potestad o de la tutela.

Entre los deberes de los acogedores está el de velar por los acogidos, al igual que los padres o tutores. También deben alimentar al acogido, como sus progenitores aun privados o excluidos de la patria potestad (arts. 110 y 111 CC). También el tutor, que puede ser la propia entidad pública, está obligado a procurar alimentos al tutelado (art. 269 CC). Con lo que tenemos una pluralidad de sujetos obligados a alimentar al menor acogido¹⁸¹³.

La cuestión es si una vez que los acogedores han alimentado de modo inmediato al acogido, pueden pedir su reembolso a otros obligados.

¹⁸¹² Pero también tiene el deber prestar colaboración y apoyo técnico a los acogedores.

¹⁸¹³ HERAS HERNÁNDEZ, M^a. M., *El acogimiento convencional de menores*, ed. Montecorvo, Madrid, 2002, p. 265; cree que los gastos que se ocasionen con motivo del acogimiento deben ser sufragados, en primer lugar, por los padres y tutores, ya que de otro modo, se estarían incumpliendo los deberes paterno filiales, y solo cuando esto no fuera posible, en atención al contenido obligacional del acogimiento (art. 173.1 CC), corresponderá a los acogedores la obligación de alimentar al menor.

Los acogedores tienen los derechos y deberes establecidos en el CC que se centran en la esfera personal¹⁸¹⁴, no interviene en asuntos patrimoniales ni puede representar al menor en los asuntos en que éste no puede actuar por sí.

El acogedor tiene el poder de decisión en los asuntos ordinarios sobre el cuidado o la atención del menor¹⁸¹⁵, puede recabar el auxilio de la autoridad (arts. 154 y 268 CC) y el menor tiene el deber de respeto y obediencia¹⁸¹⁶. Los acogedores, para ejercer sus funciones correctamente, necesitan un margen de maniobra independiente aunque limitado, en el que no haya continuas injerencias de padres o tutores o, incluso, de la entidad pública. Pero su actividad siempre está sujeta a control y en su caso, a responsabilidad.

6.2.4.2.- Clases

El acogimiento familiar se puede constituir de dos modos:

a).- Acogimiento convencional

En el que concurre el consentimiento de todos sujetos que han de intervenir, lo que permite considerarlo como un negocio jurídico de derecho de familia¹⁸¹⁷, aunque algunos se pronuncian en contra¹⁸¹⁸. Estos consentimientos tienen carácter esencial¹⁸¹⁹.

La resolución administrativa da lugar a la formalización del acogimiento familiar si concurre la voluntad de todos los interesados; si alguno se opone no produce efectos constitutivos definitivos.

Los sujetos que deben consentir son:

¹⁸¹⁴ Además, en el documento de formalización del acogimiento, se puede pactar el ámbito de poder del acogedor, la forma y cuantía de la retribución que puede recibir el acogedor y la asunción o reembolso de los gastos realizados

¹⁸¹⁵ VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el Ordenamiento Jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores; doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional. Ley 21/87 de 11 de noviembre*, ed. Comares, Granada, 1994, p. 149.

¹⁸¹⁶ LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, ed. Bosch, Barcelona, 1990, p. 226.

¹⁸¹⁷ RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores”, *Actualidad Civil*, n.º 2, 1988, p. 138; VARGAS CABRERA, B., “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIV, fasc.II, 1991, p. 673.

¹⁸¹⁸ SANCHO REBULLIDA, F. de A., en VV.AA, *El nuevo régimen de la familia. IV. Acogimiento y adopción*, ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1989, p. 64; considera que el acogimiento es una concesión administrativa, sin perjuicio de requerir para su eficacia el consentimiento del acogedor y, en su caso, del acogido.

¹⁸¹⁹ RODRÍGUEZ MORATA, E., “El acogimiento de menores”, cit., pp. 25-26.

– Los acogedores, porque así se asegura que cumplirán los deberes que se les asignan¹⁸²⁰.

– La entidad pública.

– El menor mayor de 12 años, o si tuviera suficiente juicio (art. 9 LOPJM y art. 173.2 CC).

La doctrina oscila entre los que consideran que el consentimiento del menor es un requisito esencial para que se pueda formalizar, incluso judicialmente, un acogimiento familiar, sin él, la única solución posible sería el acogimiento residencial o la constitución de la tutela ordinaria¹⁸²¹; y los que creen que es posible aunque el menor se oponga¹⁸²², porque es adecuado para proteger el interés del menor y porque su declaración de voluntad no es constitutiva, sino que es requisito de eficacia. Luego lo esencial es que el menor se manifieste, ya sea en sentido positivo o negativo. Pero si la cuestión trasciende al ámbito judicial, sólo el juez puede formalizar unilateralmente ese acogimiento aun en contra de su voluntad.

b).- Acogimiento judicial

Que tiene carácter subsidiario ante la ausencia de estos consentimientos, lo que hace necesario acudir al juez para que los supla¹⁸²³.

Si la incapacidad impide una libre y consciente manifestación de voluntad, solo se podrá constituir judicialmente el acogimiento familiar¹⁸²⁴.

Cuando en el expediente de constitución de un acogimiento familiar se plantea la oposición del propio menor, la entidad pública no podrá formalizarlo en contra de su voluntad. Solo la autoridad judicial podría decidir entonces el acogimiento familiar, que no sería eficaz si hay una reiterada oposición del propio sujeto afectado.

6.2.5.- Modalidades de acogimiento familiar

Art. 173 bis CC: “1. *El acogimiento familiar podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, pudiendo en este último caso ser especializado.*”

¹⁸²⁰ STC, de 20 de mayo de 2002 (TOL 258.656).

¹⁸²¹ HERAS HERNÁNDEZ, M^a. M., *El acogimiento convencional de menores*, cit., p. 184.

¹⁸²² DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 173”, cit., p. 1866.

¹⁸²³ FERRER VANRELL, M. P., “El acogimiento familiar en la Ley 11/1987, de 11 de noviembre, como modo de ejercer la potestad de guarda”, cit., pp. 197-200.

¹⁸²⁴ VARGAS CABRERA, B., “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, cit., p. 674.

2. *El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos:*

a) *Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.*

b) *Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva.*

c) *Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor.”.*

Se prefiere la propia familia del menor, ya que lo mejor para su bienestar será que conviva con sus parientes próximos; a falta de estos puede ser alguna familia ajena que incluso podría estar especializada en esta actividad. Al fin se trata de eludir el internamiento en centros asistenciales.

El art. consagra las modalidades de acogimiento familiar: de urgencia, temporal y permanente.

Su polivalencia funcional se debe a la diversidad de fines que esta institución está llamada a cumplir y la variedad de situaciones en las que pueden encontrarse los sujetos a esta medida de amparo¹⁸²⁵.

6.2.5.1.- De urgencia

¹⁸²⁵ MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, cit., pp. 147 y ss.; LINACERO DE LA FUENTE, M. A., *Protección jurídica del menor*, ed. Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 306 y ss.

Con él se trata de solucionar un problema urgente. Tiene un límite temporal de seis meses mientras se decide la medida de protección familiar que proceda y siempre en interés del menor.

6.2.5.2.- Temporal

La nota principal de esta forma de acogimiento familiar es su naturaleza transitoria y provisional, porque la situación del menor y de su familia hace previsible su reinserción familiar en un tiempo prudencial o porque las circunstancias aconsejan una intervención protectora más estable como la adopción o el acogimiento familiar permanente.

El acogimiento familiar temporal, aun cuando separe al menor de su entorno, debe procurar una pronta reagrupación familiar¹⁸²⁶. Pero teniendo en cuenta que lo que *a priori* parece beneficioso, puede convertirse en una medida perjudicial¹⁸²⁷. Si es así, habrá que adoptar otra medida más estable.

Este acogimiento ha de tener una duración máxima de dos años y ampara tanto a menores sujetos a tutela *ex lege* como a menores sujetos solo a su guarda mientras se resuelva la coyuntura que permita su reinserción familiar. Ahora bien, ese retorno ha de resultar previsible y probable, pues si *a priori* se revela imposible, el interés del menor aconsejará adoptar otra medida de protección más estable¹⁸²⁸.

Como se ha de propiciar que se reanude la relación con su familia, los padres o tutores puedan intervenir en la adopción de las decisiones fundamentales que afecten a los menores de modo especial en su educación. Y se deben potenciar las relaciones del acogido con su entorno de procedencia.

El destino idóneo de este acogimiento será la reagrupación familiar, pero la realidad es que, en ocasiones, aquella no se produce. Puede ser que la familia biológica del menor se desinterese de la suerte del niño, y si no es posible la reagrupación familiar, hay que optar por otra medida jurídica de protección. Por tanto, ha de ser la propia entidad (o el MF) quien acuerde o promueva el cese de este acogimiento e inicie

¹⁸²⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., “La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores”, en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor (Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi)*, La Coruña, 1999, pp. 28-30.

¹⁸²⁷ RIPOLL-MILLET A./RUBIOL, G., *El acogimiento familiar*, ed. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pp. 44 y ss.

¹⁸²⁸ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 173 bis”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1876.

los trámites adecuados para instaurar otros instrumentos jurídicos viables como la adopción, el acogimiento permanente, la tutela ordinaria e, incluso, la propia emancipación¹⁸²⁹.

6.2.5.3.- Permanente

Es una alternativa a la adopción. Se puede constituir por el transcurso de los dos años del acogimiento temporal o directamente como una medida de protección estable para el menor. Exige que sea inviable la reinserción familiar, y que la entidad pública determine que la adopción no es la opción idónea para el menor¹⁸³⁰.

También se prefiere como acogedores a los miembros de la familia extensa y de entrada no se puede desechar la viabilidad futura de la reagrupación familiar. Por lo que no cabe suprimir la relación del menor con sus padres biológicos, salvo que su interés lo exija.

El legislador equipara este acogimiento a una especie de tutela dándole un contenido similar. Por eso el art. 173 bis CC permite a la entidad pública solicitar del juez que a los acogedores permanentes les sean atribuidas funciones tutelares, lo que no supone que sean tutores, ya que para ello sería preciso que se constituyera la tutela (art. 239 CC).

Si se formaliza este acogimiento y le son atribuidas a los acogedores por el juez funciones tutelares, la tutela *ex lege* de la entidad pública se convertirá en una tutela formal sobre el menor, pero vacía de contenido. Habrá una extinción de hecho de esa tutela legal o una suspensión de su ejercicio, salvo en lo correspondiente al deber de supervisar y vigilar el ejercicio por los acogedores de las funciones tutelares. Supervisión esta que, según el art. 174 CC, también corresponde al MF.

6.2.6.- Vigilancia del MF

Art. 174 CC: “1. *Incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta sección.*

2. *A tal fin, la Entidad Pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas de formalización de*

¹⁸²⁹ DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 173 bis”, cit., pp. 1878-1879.

¹⁸³⁰ P. ej., por su edad, o porque haya miembros de su familia que quieren ejercer la guarda pero no adoptarle.

la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

El Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias.

3. La vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la Entidad Pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe.

4. Para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, cuando sea necesario, podrá el Ministerio Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes.

A estos efectos, los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes atenderán las solicitudes de información remitidas por el Ministerio Fiscal en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse un menor.”

El MF actúa en cualquier procedimiento judicial que tenga por objeto la tutela y amparo de un menor en sentido amplio, y también tiene atribuciones extrajudiciales para supervisar la labor protectora de la Administración, y el ejercicio de cualquier tutela, como establece el art. 232 CC: *“La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado.*

En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela.”.

III.- LA CURATELA

1.- Concepto

Es una figura histórica en nuestro derecho que sin embargo no estaba presente en el CC originario, se recuperó en la reforma llevada a cabo por Ley 13/1983, como reclamaba la doctrina, con lo que se permitía un estadio intermedio entre capacidad e incapacidad de la persona, con posibilidad de graduar esta última¹⁸³¹. De Cuoto

¹⁸³¹ LETE DEL RÍO, J. M., “Capítulo III”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, p. 433

Gálvez¹⁸³² la define como una institución de protección patrimonial, de carácter estable y actuación intermitente, que se singulariza frente a la tutela por su finalidad de asistencia y no de representación en aquellos concretos actos que expresamente determina la ley o indica la sentencia de incapacitación según el grado de discernimiento de la persona sometida.

La curatela es la institución de guarda que se establece cuando se declara la incapacidad parcial, lo que supone que la persona conserva cierto grado de autogobierno o autonomía, que le permite adoptar las decisiones más sencillas sobre su persona y bienes. Se distingue de la tutela en que se trata de asistir y no de representar al emancipado, pródigo o incapacitado, pues estos pueden actuar por sí mismos si bien su capacidad limitada se completa por el curador.

Esta no suple la voluntad de la persona afectada, sino que complementa sus limitaciones en actos concretos.

La CDPD supone un cambio de modelo donde priman las medidas de apoyo en la toma de decisiones que fija el juez en base a las circunstancias y necesidades de la persona afectada, prevaleciendo la autonomía de su voluntad; y la institución tuitiva recogida en la normativa actual que mejor se adapta a la CDPD es la curatela (SSTS, de 29 de abril de 2009¹⁸³³, 11 de octubre de 2012¹⁸³⁴ o 24 de junio de 2013¹⁸³⁵, entre muchas otras). Es por ello que en los últimos años ha alcanzado mucha relevancia.

El art. 215 CC establece: *“La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante:*

- 1. La tutela.*
- 2. La curatela.*
- 3. El defensor judicial.”.*

La regula el CC en sus arts. 286 a 298 CC.

Art. 286 CC: *“Están sujetos a curatela:*

- 1. Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley.*
- 2. Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad.*

¹⁸³² DE CUOTO GÁLVEZ, R. M^a., “Com. arts. 286 a 293 CC”, en J. Rams Albesa/R. M^a. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 1º, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 2027.

¹⁸³³ TOL 1.514.778

¹⁸³⁴ TOL 2.674.037

¹⁸³⁵ TOL 3.800.142

3. *Los declarados pródigos.*”.

Art. 287 CC: *“Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.”.*

Art. 288 CC: *“En los casos del artículo 286 la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por sí solos.”.*

2.- Características

1.- Son casos en los que se necesita una asistencia o un complemento de capacidad para personas que tienen una capacidad limitada, por lo que no pueden obrar solos, sino que requieren asistencia de otra persona:

– Menor emancipado o que haya obtenido el beneficio de la mayor edad, para los actos que no puede realizar por sí solo, conforme al art. 323 CC.

– Incapacitado cuando su grado de discernimiento así lo aconseje, de modo que la curatela se limitará a los actos que expresamente imponga la sentencia (art. 289 CC).

– Declarado pródigo por sentencia, en donde se determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle (art. 760.3 LEC). Y de modo subsidiario, si no los ha especificado la sentencia, serán los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial (art. 290 CC).

2.- Se trata de una función obligatoria para quien la ejerce.

3.- Normalmente el ámbito de actuación del curador será la esfera patrimonial. En la curatela de los menores emancipados, todas las limitaciones que el art. 323 CC impone se refieren a la esfera patrimonial¹⁸³⁶. Respecto a los incapacitados, se puede defender que también es posible imponer la asistencia en ámbitos personales, si así lo establece la sentencia (STS, de 31 de diciembre de 1991¹⁸³⁷).

4.- Es una institución de guarda estable, a diferencia del defensor judicial (art. 299 CC), que tiene un carácter provisional y subsidiario de las demás instituciones de

¹⁸³⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho Civil. Parte General Volumen II. Personas...*, cit., p. 138.

¹⁸³⁷ TOL 1.728.595

guarda. Sancho Rebullida afirma que la curatela es un órgano estable pero de actuación intermitente¹⁸³⁸. La asistencia del curador es para actos concretos.

3.- Curatela de menores

Art. 286.1 y 2 CC: *“Están sujetos a curatela:*

1. Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley.

2. Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad.”.

A los menores emancipados la ley les atribuye una capacidad intermedia entre la minoría y la mayoría edad. Así, el art. 323 CC establece: *“La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.*

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.”.

El art. 324 CC establece una regla específica: *“Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará, además, el de los padres o curadores de uno y otro.”.*

Con la curatela se atiende a aquellas situaciones en las que el menor emancipado o que ha obtenido el beneficio de la mayor edad necesita un complemento de capacidad, que no pueden prestarle sus padres o el cónyuge mayor de edad.

La emancipación extingue la patria potestad (art. 169.2º CC), pero los padres siguen debiendo prestar asistencia para determinados actos de especial trascendencia. El curador solo interviene a falta de ambos padres, por fallecimiento, declaración de

¹⁸³⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil*, t. IV: *Derecho de familia*, cit., p. 828.

fallecimiento o de ausencia, por privación de la patria potestad y si con independencia de la causa, los padres están impedidos para prestar la asistencia¹⁸³⁹.

Son dudosos los casos de situaciones de hecho no basadas en ninguna resolución: como será la incapacidad de hecho no declarada judicialmente, el trastorno transitorio, enfermedad, viaje, etc. Si el acto es urgente y su retraso puede ocasionar un perjuicio grave al menor, será el juez quien, en atención a las circunstancias, deberá decidir sobre la procedencia del nombramiento del curador solicitado.

En la hipótesis del beneficio de la mayor edad, salvo que el juez disponga otra cosa, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiera sido tutor (art. 292 CC)¹⁸⁴⁰.

4.- Curatela del pródigo

El art. 286.3 CC establece: “*Están sujetos a curatela:*

3. *Los declarados pródigos.*”; y el art. 288 CC establece: “*En los casos del artículo 286 la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por si solos.*”.

La declaración de prodigalidad limita la capacidad de obrar de una persona y lo sujeta a curatela. El art. 760.3 LEC establece: “*La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.*”, por lo que el curador intervendrá en los actos que el pródigo no puede hacer por sí solo, según la sentencia, pero se limita a prestar su asentimiento para completar la capacidad, por lo que incurre en un error el art. 760.3 LEC al hablar de “*consentimiento*”, el que consiente es el pródigo.

La reforma del CC por la Ley 13/1988 separó la regulación de la incapacitación de la declaración de prodigalidad, que dejó de ser una causa de incapacitación, dedicando a ésta, dentro de la regulación de la curatela, una sección a la de los pródigos (arts. 294 a 298 CC). La disposición derogatoria única 2.10 de la LEC de 2000 deroga los arts. 294 a 296 y 298 CC, de modo que hoy en la sección “*de la curatela en casos de prodigalidad*” queda únicamente el art. 297 CC. Esta regulación se completa con las normas sobre la declaración de prodigalidad que se encuentran a lo largo del Libro IV,

¹⁸³⁹ Asistencia que requiere capacidad de obrar completa, que no tendrán si están incapacitados, o han sido declarados pródigos.

¹⁸⁴⁰ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 286”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2471-2472.

Título 1, capítulo II de la LEC (cuya rúbrica es “*De los procesos sobre la capacidad de las personas*”).

Mientras que la curatela de los menores y de los incapacitados están pensando en su interés, la de los pródigos se caracteriza por estar prevista en interés de terceros. Al pródigo no se le pide un complemento de capacidad por su falta de capacidad natural, sino por su comportamiento al dilapidar su patrimonio. Si lo hiciera por falta de capacidad, lo que procedería es su incapacitación, y se le nombraría un tutor o un curador en función a su grado de discernimiento.

Lete del Río¹⁸⁴¹ define la prodigalidad como la conducta socialmente condenable de la persona que de modo habitual pone en riesgo injustificado su patrimonio, en perjuicio de su familia más íntima (cónyuge, descendientes y ascendientes). La situación ha de ser actual, no para proteger una expectativa (STS, de 22 de mayo de 1990¹⁸⁴²).

Dispone el art. 757.5 LEC “*La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.*”.

Legitimado pasivamente está el presunto prodigo, incluidos los menores emancipados, se discute si procede la declaración para los incapacitados, lo que se excluirá cuando en base a la sentencia de incapacitación no tengan la libre administración y disposición de sus bienes.

El art 758 LEC establece: “*El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.*”.

Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Secretario judicial les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.”.

¹⁸⁴¹ LETE DEL RÍO, J. M., “Sección Segunda. De la curatela en casos de prodigalidad”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, p. 452.

¹⁸⁴² RJ 1990, 3830

La doctrina es unánime al señalar que no hay limitación de la capacidad en la esfera personal del pródigo, y que la limitación de la capacidad sólo afecta a la esfera patrimonial *inter vivos* (puede por tanto casarse y otorgar testamento)¹⁸⁴³.

De acuerdo con el art. 297 CC: “*Los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa*”.

Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando sea preceptiva, serán anulables conforme a los arts. 1301 y ss. CC (art. 293 CC).

5.- Curatela del incapaz

El art. 287 CC establece: “*Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.*”; y el art. 760.1 y 2 LEC: “*1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado [...]*

2. En el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él.”.

La sentencia de incapacitación determina las instituciones de tutela o de guarda en función del grado de discernimiento del incapacitado.

Si es mínimo, procede la tutela (art. 267 CC); si es mayor, procede la curatela (arts. 288 y 289 CC).

Art. 289 CC: “*La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido.*”.

Art. 290 CC: “*Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial.*”.

¹⁸⁴³ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 288”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2487.

El curador, a diferencia del tutor, no es el representante legal del incapacitado. Su misión es asistir al incapaz y complementar su capacidad, en aquellos actos que no pueda realizar por sí mismo.

Si la curatela se refiere al ámbito patrimonial, para firmar escrituras públicas o suscribir contratos, debe intervenir el curador junto con el incapacitado.

Si se refiere a la esfera personal, en el caso de existir discrepancias entre el sometido a curatela y el curador, tendrá que solicitarse auxilio judicial.

Como sostiene Sancho Rebullida, no cabe que una sentencia incapacite totalmente y someta a curatela¹⁸⁴⁴.

La curatela se define como función de asistencia frente a una incapacidad relativa o parcial, no en caso de incapacidad total donde procede el nombramiento de tutor, que representa, no asiste. Pero puede que el incapacitado necesite asistencia para algunos actos y representación para otros.

Los comentaristas del CC admiten una curatela con funciones de representación¹⁸⁴⁵. Hay que dotar al incapacitado de un sistema de guarda flexible adaptado a su concreta situación y necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros, con independencia del nombre que se asigne a la institución¹⁸⁴⁶.

La STS, de 29 de abril de 2009¹⁸⁴⁷, se refiere a la curatela y a la CDPD: “ *la incapacitación, con el consiguiente nombramiento de tutor, es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y por tanto, se toma en su beneficio y no en el de familiares o de otras personas del entorno. [...] la curatela [...] es una institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, para que pueda realizar determinados tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 289 CC ; la curatela es un órgano estable, pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la*

¹⁸⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil*, t. IV: *Derecho de familia*, cit., p. 828.

¹⁸⁴⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., “Com. art. 286” en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 701.

¹⁸⁴⁶ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 287”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2479.

¹⁸⁴⁷ TOL 1.514.778

medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad. ”.

El Fundamento Jurídico 3 resume la posición del MF, que si bien no fue recogida en la sentencia, es muy clarificadora sobre la CDPD: *“Esta Convención obliga a los estados partes a reconocer que "todas las personas son iguales ante la ley [...] y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna", obligándoles a prohibir "toda discriminación por motivos de discapacidad" y a garantizar a "todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo" (artículo. 5. 1 y 2). La igualdad que se proclama es efectiva en todas las facetas de la vida incluidas las referidas a las tomas de decisiones. El artículo 12 de la Convención se refiere a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. A tal efecto señala el Ministerio Fiscal que debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor y añade que "la figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos y su apoyo a los actos que se le marquen sea revisable por los tribunales". Señala asimismo que a la vista de la citada Convención, "la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces". [...] el Ministerio Fiscal [...] señala la fuerza obligatoria de los tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico español, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 96 CE. ". [...]*

En el escrito del Ministerio Fiscal se dice que "[...] La Convención adopta el modelo "social de discapacidad" que sustituye al "modelo médico o rehabilitador", actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se le confiere únicamente carácter residual. La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución

en la toma de decisiones. La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a "adoptar" una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar". "[...] es preciso señalar que el objetivo esencial de la Convención es implantar el derecho de igualdad, en toda su extensión [...]

"La Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Por ello describe explícitamente "el derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley y las medidas que los Estados deben adoptar para que ese derecho no sea vulnerado", pues afecta de un modo esencial al ejercicio de los derechos fundamentales, proyectándose transversalmente a cada uno de los derechos que la Convención recoge. La Convención contiene implícitamente tres deberes distintos que obligan a todos los Estados partes:

a) La obligación de respetar. Los Estados partes no deben injerirse en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, b) La obligación de proteger. Los Estados partes deben impedir la vulneración de estos derechos por terceros, c) La obligación de actuar. Los Estados partes deben tomar las medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole que sean necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos. Por ello, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad. La Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria "igualdad", proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar". [...] concluye que "[...] La Convención propugna la sustitución del modelo de "sustitución en la toma de decisiones" por el nuevo modelo de "apoyo o asistencia en la toma de decisiones",

aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno".

"[...] Esto establece una distinción entre la toma de decisiones con apoyo y la toma de decisiones sustitutiva [...] en que el custodio o tutor posee facultades autorizadas por los tribunales para tomar decisiones en nombre de la persona discapacitada [...] aunque reconoce que en la citada Convención, los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad dependen de la legislación interna. Concluye el escrito del Fiscal proponiendo una solución intermedia a la espera de medidas legislativas que se adapten a la Convención: "La aplicación del Art. 12 la Convención supone un desafío para nuestro sistema, pues no solo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar y a las consecuencias que su unificación representa, sino que incide de lleno en el proceso especial de "capacidad de las personas", fundamentalmente en la incorporación del "modelo de apoyos", que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional. Sin duda, la implantación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre", para acabar proponiendo que mientras no se modifique el ordenamiento español para adaptarlo a la Convención, "[...] la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parece la respuesta más idónea. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta. Reparar en todo caso, que pese a que esta configuración solo puede ser provisional, y desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa, y por ello consideramos necesario, que por parte de la Sala, pueda marcarse el camino interpretativo de los aspectos fundamentales de su aplicación".

En línea semejante, la Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en

los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas¹⁸⁴⁸ defiende que la curatela es la institución más acorde con el sistema de apoyo y asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad: “La curatela interpretada a la luz de la Convención, adaptada al principio del superior interés de las personas con discapacidad, constituye el instrumento actual más idóneo para dotar del apoyo y asistencia precisos para complementar las necesidades de aquellas.

La curatela ofrece al Juez un mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo que permitan a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica. Esta institución está constituida por un marco graduable y abierto de posibilidades, en función de las necesidades y circunstancias precisas para la toma de decisiones.”.

6.- Aplicación de la normativa de la tutela

Además de lo dispuesto en las disposiciones generales, dice el art. 291 CC: “*Son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores.*

No podrán ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados.”

En la remisión que hace el art. 291 CC a las normas sobre nombramiento deben entenderse incluidas las normas sobre delación (voluntaria o legal) de las personas llamadas a desempeñar el cargo, así como su nombramiento por el juez. En consecuencia, son aplicables a la curatela los arts. 223 a 258 CC.

La doctrina defiende que no es aplicable al curador el art. 274 CC, que admite una retribución al tutor en base a que no tendrán una intensidad de trabajo que la justifique, siendo bastante con la aplicación del principio de indemnidad del art. 220 CC¹⁸⁴⁹. Sí puede retribuirse una gestión puntual si lo fija el juez, y también por servicios profesionales del tutor¹⁸⁵⁰.

¹⁸⁴⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción nº 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas. Consultada en:

<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Instruccion_3_10.pdf?idFile=389240c8-6daa-45be-8f72-613866093664>

¹⁸⁴⁹ GIL RODRÍGUEZ, J., en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 820.

¹⁸⁵⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al art. 274”, cit., pp. 590-595; PARRA LUCÁN, Mª A., “Arts. 289-291”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2490.

Art. 292 CC: “*Si el sometido a curatela hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa.*”

Norma aplicable a los menores sometidos al beneficio de la mayor edad que necesiten un curador y también para los incapacitados por sentencia si se produce una modificación del alcance de la incapacitación en cuya virtud se sustituya la tutela por curatela (arts. 277.2 y 287 CC).

Presupone el CC que una continuidad en la persona de guarda es favorable para el menor o incapaz, en todo caso el juez puede apartarse de este criterio cuando su interés así lo aconseje¹⁸⁵¹.

7.- Anulación

Art. 293 CC: “*Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código.*”

Los actos realizados por el menor, el incapacitado o el pródigo sin asistencia del curador, cuando sea necesario serán anulables.

La legitimación corresponde al curador y a la persona sujeta a curatela. La STS, de 23 de diciembre de 1997¹⁸⁵², admite también la legitimación del defensor judicial que se designó con las funciones del curador (art. 302 CC).

Es posible exigir responsabilidad al curador si resulta un perjuicio para el sometido a curatela, y también en los casos en los que se abstenga de actuar y su omisión resulte perjudicial. Es razonable que así sea cuando el daño producido sea imputable al curador y además puede ser motivo para su remoción¹⁸⁵³.

8.- Extinción de la curatela

El CC no determina nada al respecto. No obstante la curatela concluirá:

¹⁸⁵¹ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 292”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2491.

¹⁸⁵² RJ 1997, 8902

¹⁸⁵³ SUÁREZ-SÁNCHEZ VENTURA, J., M., “La institución tutelar”, en J. F Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV vol. 2º, Madrid, 2002, pp. 550 y ss.; PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 293”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2492-2493.

- Por fallecimiento del curador o de la persona sometida a curatela, o por su declaración de fallecimiento.
- Cuando el menor de edad cumpla 18 años, salvo que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.
- Por la adopción del menor de edad sometido a curatela.
- Cuando el declarado pródigo salga de esta situación.
- Al dictarse la resolución judicial que ponga fin a la incapacitación, o que modifique la sentencia de incapacitación sustituyendo la curatela por la tutela.

IV.- EL DEFENSOR JUDICIAL

1.- Concepto

El defensor judicial es una figura de guarda que actúa provisional y transitoriamente, y tiene como cometido representar o asistir al incapaz en situaciones en que no pueden hacerlo sus progenitores, el tutor o el curador, o cuando estos no existen.

El defensor judicial tiene como misión evitar un perjuicio en el asunto concreto para el que se le nombró (RDGRN, de 27 de enero de 1987¹⁸⁵⁴).

Sus características son:

- La judicialidad: su nombramiento lo efectúa un juez¹⁸⁵⁵.
- La subsidiariedad: porque actúa en lugar de los padres, tutor o curador. Se establecen para situaciones de crisis en el funcionamiento de las instituciones de guarda de los menores, incapacitados o pródigos. Su función es sustitutoria y supletoria¹⁸⁵⁶.
- La temporalidad y provisionalidad: se le nombra para unas circunstancias concretas que se dan en un momento determinado.

¹⁸⁵⁴ RJ 1987, 368. En esta Resolución se afirma: “El nombramiento de defensor judicial es imprescindible según el Código Civil —aplicable aquí como Derecho supletorio—, “siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados” (cfr. artículo 165 del Código Civil en su redacción originaria, vigente en el momento del otorgamiento, y que viene a coincidir en este punto con la redacción actual del artículo 163), porque esa oposición de intereses puede redundar, como es obvio, en perjuicio de los menores sujetos a la patria potestad y por ello debe entonces usar la representación legal ordinaria conectada a esta institución, que daría lugar a una autocontratación fuera de los límites admitidos, y surge una representación legal extraordinaria, ocasional y limitada al asunto concreto, encomendada al defensor judicial”.

¹⁸⁵⁵ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 299”, cit., p. 470.

¹⁸⁵⁶ ESPÍN CANOVÁS, D., *Manual de Derecho civil español*, ed. Revista de Derecho Privado, t. IV, Madrid, 1984, p. 609.

– La coexistencia: con la presencia de la patria potestad, de la tutela o de la curatela¹⁸⁵⁷.

Según el art. 299 CC “*Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:*

1. *Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.*

2. *En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.*

3. *En todos los demás casos previstos en este Código.”*

Como señala Parra Lucán¹⁸⁵⁸, “el defensor judicial es una de las instituciones a las que, conforme al art. 215.3 CC, puede atribuírsele “*la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados*”.

Al defensor judicial dedica el CC los arts. 299 a 302 en el Capítulo IV del Título X (“*De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados*”) del Libro I (“*De las personas*”), pero también se hace mención a un defensor judicial en otros lugares del CC, aunque no siempre con el mismo alcance y contenido (art. 163 CC, hijos no emancipados; art. 181 CC, desaparecido; art. 249 CC, remoción de la tutela; art. 256 CC, excusa de la tutela; y art. 1060 CC, partición de la herencia)”.

La referencia genérica con la que el art. 299 CC describe la función del defensor judicial (represente y ampare) debe entenderse en sentido general y no técnico¹⁸⁵⁹.

El defensor judicial evita que al haber conflicto de intereses pueda sospecharse que primen los intereses del tutor o los padres y estos sean contrapuestos a lo que conviene al menor o incapacitado. Al excluir su actuación se evita que sean parciales.

Según la STS, de 12 de junio de 1985¹⁸⁶⁰, el defensor judicial, “*se trata de una figura presidida por la idea de transitoriedad y de concreta designación para un*

¹⁸⁵⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., “Com. art. 299”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 858.

¹⁸⁵⁸ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 299”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2497.

¹⁸⁵⁹ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 299”, cit., p. 471.

específico caso en que surge el conflicto de intereses justificativo de la suspensión del poder paterno [...] lo que excluye todo aspecto de institución permanente, para la representación del menor”.

“El defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados, cuando la persona que legalmente debe hacerlo, padres, tutores o curadores, no lo hacen. Se trata de un cargo judicial porque es necesaria una resolución judicial que acuerde su nombramiento. Cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido” (SSTS, de 10 de marzo de 1994¹⁸⁶¹, 7 de noviembre de 2002¹⁸⁶² y 17 de enero de 2003¹⁸⁶³).

2.- Conflicto de intereses

2.1.- Supuestos

Art. 299.1 CC: *“Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:*

1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. [...]”.

Son representantes legales del menor o incapacitado el tutor (art. 267 CC) y los titulares de la patria potestad (arts. 154 y 162 CC), incluida la patria potestad prorrogada (art. 171 CC, RDGRN, de 5 de febrero de 2015¹⁸⁶⁴). Por ello, el art. 299.1 CC debe ponerse en relación con las normas que regulan la tutela y la patria potestad:

Art. 221.2 CC: *“Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar:*

2. Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.”. Caso en el que procede nombrar un defensor judicial.

Art. 163 párr. 1º CC: *“Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.”.*

¹⁸⁶⁰ RJ 1985, 3109

¹⁸⁶¹ TOL 1.665.863

¹⁸⁶² TOL 225.448

¹⁸⁶³ RJ 2003, 433

¹⁸⁶⁴ BOE-A-2015-2234

Las SSTS, de 9 de julio de 2004¹⁸⁶⁵ y 7 de noviembre de 2002¹⁸⁶⁶ afirman que la representación legal de los padres “*queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se compruebe la existencia de conflicto de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Una vez acreditado este extremo el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él.*”.

Tanto en el caso de patria potestad, como en el de tutela conjunta, solo es necesario el defensor judicial cuando el conflicto de intereses se presente a la vez con los dos progenitores o con todos los tutores. Si solo existe con uno de ellos el ejercicio de la función tuitiva corresponde al otro por ley.

En este sentido, establece el art. 299.1 *in fine* que: “*En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.*”; la regla, referida a la tutela conjunta de los padres¹⁸⁶⁷, es coherente con lo dispuesto en el art. 163 párr. 2º CC: “*Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.*”.

El art. 299.1 CC no se refiere a los demás casos de tutela conjunta admitidos por el art. 236 CC (si se designa tutores a los tíos o a las personas que los padres hayan designado). En estos supuestos, también cabe el conflicto de intereses solo con uno de los tutores, siendo aplicable el art. 237 bis CC: “*Si los tutores tuvieren sus facultades atribuidas conjuntamente y hubiere incompatibilidad u oposición de intereses en alguno de ellos para un acto o contrato, podrá éste ser realizado por el otro tutor, o, de ser varios, por los demás en forma conjunta.*”.

El art. 299.1 CC sólo menciona a los menores e incapacitados, olvidando el supuesto en que exista un conflicto de intereses entre el declarado pródigo y su curador. La doctrina considera que concurren las mismas razones que hacen necesario nombrar un defensor judicial¹⁸⁶⁸, y es lo que se hace en la práctica (RRDGRN, de 3 de mayo de 1995¹⁸⁶⁹ y 8 de mayo de 1994¹⁸⁷⁰).

¹⁸⁶⁵ RJ 2004, 5246

¹⁸⁶⁶ RJ 2002, 9484

¹⁸⁶⁷ El art. 236.2 CC, conforme al cual: “*La tutela se ejercerá por un sólo tutor salvo:*

2. Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad.”.

¹⁸⁶⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, Mª. C., “Com. art. 299”, cit., p. 854.

¹⁸⁶⁹ RJ 1995, 4092

En los casos de curatela plural se aplican los mismos criterios¹⁸⁷¹.

También podría surgir un conflicto de intereses con el defensor judicial. En este caso, la prohibición de actuar del art. 221 CC es aplicable al propio defensor judicial, pero como quiera que el defensor judicial es solo para un caso concreto y lo elige el juez (art. 300 CC), lo lógico es que este evite el conflicto de intereses. Si tras el nombramiento del defensor se da el conflicto de intereses, deberá abstenerse de actuar y comunicarlo al juez para que adopte las medidas oportunas, incluyendo el nombramiento de otro defensor judicial¹⁸⁷².

Peña Bernaldo de Quirós¹⁸⁷³ afirma que también procede el nombramiento de un defensor judicial cuando el conflicto de intereses es entre menor o incapaz y un tercero a que el tutor represente o el curador asista (arts. 299 CC y 221 CC). Igualmente, por analogía, cuando el interés del tutelado entre en conflicto con el interés de personas próximas al tutor o curador, como su cónyuge e hijos.

No procede nombrar un defensor sino la remoción del tutor o curador, si el conflicto de intereses es importante, pues el art. 244.4 CC establece: “*Tampoco pueden ser tutores:*

4. *Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado [...]*”. El art. 299.1 CC habla de conflicto de intereses en “*algún asunto*”.

2.2.- Casos concretos

Siguiendo a Parra Lucán¹⁸⁷⁴ y a la jurisprudencia, vemos casos concretos donde hay conflicto de intereses:

1.- Cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es en perjuicio de la otra (STS, de 30 de noviembre de 1961¹⁸⁷⁵), de modo que la resolución recae sobre valores que si no fueren atribuidos al padre corresponderían al hijo (SSTS, de 6 de noviembre de 1934¹⁸⁷⁶ y 12 de junio de 1985¹⁸⁷⁷).

2.- También puede existir conflicto de intereses en el ámbito extrapatrimonial, p. ej. en el ámbito de las acciones de filiación. Según la STS, de 7 de noviembre de

¹⁸⁷⁰ RJ 1995, 4093

¹⁸⁷¹ Así, GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., “Com. art. 299”, cit., p. 854.

¹⁸⁷² PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 299”, cit., pp. 2499-2501.

¹⁸⁷³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, ed. Universidad Complutense, Madrid, 1959, p. 603.

¹⁸⁷⁴ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 299”, cit., pp. 2502-2507.

¹⁸⁷⁵ RJ 1961, 4445

¹⁸⁷⁶ TOL 4.459.729

¹⁸⁷⁷ TOL 1.736.534

2002¹⁸⁷⁸, “son contrarios los intereses de la madre demandada que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad con los intereses del hijo [...]. El conflicto de intereses existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser este contrario al interés subjetivo o personal de aquellos”.

3.- En lo personal, hay conflicto de intereses y es necesario al nombrar un defensor judicial en el ámbito de la repatriación de menores y su impugnación en la esfera contencioso-administrativo. Se produce el conflicto entre el menor y la Administración que insta la repatriación de un menor extranjero, sobre el que ostenta la guarda (STC, de 22 diciembre de 2008¹⁸⁷⁹).

4.- Hace falta nombrar un defensor judicial a los menores en caso de otorgamiento de una escritura de inventario y adjudicación de bienes relictos del causante entre la viuda y las hijas de ambos, otorgada por ella en propio nombre y en representación de éstas, por existir un conflicto de intereses en la liquidación de la sociedad de gananciales. Así, la RDGRN, de 14 de marzo de 1991¹⁸⁸⁰.

5.- No hace falta defensor judicial en la división de la comunidad cuando el representante no tiene ningún interés por haber renunciado a sus derechos. Así lo afirma la STS, de 13 de julio de 1981¹⁸⁸¹.

6.- Tampoco hace falta defensor judicial cuando el tutor tiene los mismos intereses que los tutelados. Así, la RDGRN, de 6 de noviembre de 2002¹⁸⁸², “El nombramiento de defensor judicial sólo es necesario cuando entre el tutor y el incapaz existen intereses contrapuestos. Pero en el presente supuesto no se da la expresada contraposición, pues el tutor actúa en su propio nombre defendiendo los mismos intereses que defiende de sus representados, que son coherederos con él, y a los que se

¹⁸⁷⁸ RJ 2002, 9484

¹⁸⁷⁹ BOE-A-2009-1247

¹⁸⁸⁰ RJ 1991, 2540. Sostiene: “En las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales —que son de carácter necesariamente previo para la determinación del caudal relicto— tienen evidentemente intereses contrapuestos la viuda y los herederos del cónyuge difunto. Esta oposición se da en la misma determinación por inventario de los bienes que son gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales —ganancial, parafernales, dotes, capital del marido— que no viene resuelto mecánicamente, pues la presunción de gananciales no es indestructible. La existencia del conflicto de intereses priva, en estas operaciones, a la viuda de la representación legal y exige que ésta sea conferida a un defensor nombrado por el Juez”.

¹⁸⁸¹ TOL 1.739.512. Señala que “[...] no existían intereses contrapuestos que exigiesen el nombramiento de un defensor judicial [porque] la madre, [...] renunció en favor de sus hijos, tanto a los gananciales, como a la cuota viudal usufructuaria que pudiera corresponderle en la herencia de su esposo”.

¹⁸⁸² RJ 2003, 444

adjudica una porción pro indiviso exactamente igual que la suya. Ahora bien, la innecesariedad de la intervención de defensor judicial no trae consigo el que no sea necesaria la aprobación judicial de la partición, pues el art. 272 CC exige tal aprobación. Y no puede decirse que en realidad no existe partición al hacerse las adjudicaciones en partes pro indiviso, pues tal adjudicación trae consigo consecuencias civiles, fiscales y de todo orden que requieren, en un sistema como el nuestro de tutela de autoridad, la aprobación de la autoridad judicial.”.

7.- Para elevar a público por el tutor un documento privado de venta otorgado antes de la incapacitación por el tutelado no haría falta el nombramiento de defensor judicial. Pero sí hace falta cuando el tutor es el comprador e introduce en la elevación a público una declaración nueva, que no figuraba en el documento privado, en el sentido de que el precio aplazado ha sido ya satisfecho. Así se pronuncia la RDGRN, de 2 de junio de 2010¹⁸⁸³.

8.- No es necesario el nombramiento de un defensor judicial en la reclamación de indemnización de daños por la muerte del padre del menor. Así, la STS, de 16 de julio de 1999¹⁸⁸⁴.

2.3.- El acto realizado sin defensor judicial

Parte de la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la consecuencia de la actuación del cargo tutelar contra la prohibición del art. 221.2 CC es la nulidad absoluta, conforme a lo dispuesto en el art. 6.3 CC. Así, la STS, de 23 de diciembre de 1997¹⁸⁸⁵.

Pero el acto realizado por el tutor podría ser beneficioso para el menor o incapacitado, y si se declara su nulidad sería perjudicial para él, lo que no es lógico. Sería mejor considerar que la prohibición de actuación al tutor si hay conflicto de intereses supone una privación de las funciones de representación que por ley le corresponden, de modo que carecería de competencia para actuar¹⁸⁸⁶, lo que no impide que su actuación pueda ser sanada, por el propio menor o el incapacitado, que recupere su capacidad, o por un tutor posterior (como en los casos de actuación sin poder de representación).

¹⁸⁸³ RJ 2010, 2634

¹⁸⁸⁴ RJ 1999, 6353

¹⁸⁸⁵ RJ 1997, 8902

¹⁸⁸⁶ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 299”, cit., pp. 2508-2509.

Lo mismo ocurre en la patria potestad, donde no hay una prohibición sino solo la necesidad de nombramiento de un defensor judicial que represente al menor.

Si el conflicto de intereses es con el curador, tampoco se establece una prohibición y vemos que el acto hecho sin intervención del curador es anulable (art. 293 CC). Si esto es así sin curador, no tendría sentido que realizado el acto con intervención del curador existiendo conflicto de intereses sea nulo de pleno derecho.

La posterior aprobación judicial subsana la falta de nombramiento de defensor judicial cuando era necesario. Así lo afirma la RDGRN, de 25 de abril de 2001¹⁸⁸⁷.

3.- No desempeño de las funciones por el tutor o curador

Art. 299.2 CC: “*Se nombrará un defensor judicial [...]:*

2. En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.”.

Las funciones tutelares son un deber (art. 216 CC), pero no se puede obligar a cumplirlas de forma coactiva y el titular puede abandonarlas o incumplirlas aunque pueda dar lugar a la responsabilidad correspondiente. En tal caso, y para evitar la desatención del menor o incapacitado, es necesario nombrar un defensor.

También hay que nombrarlo si el tutor no puede desempeñar sus funciones, aunque sea involuntariamente, lo que puede suceder de forma temporal (p. ej. enfermedad) y entonces el defensor será provisional, “*hasta que cese la causa determinante*”. También puede ser definitivo, como en el caso de fallecimiento o remoción del cargo; entonces habrá que nombrar un nuevo tutor, el defensor judicial también será temporal, hasta que “*se designe otra persona para desempeñar el cargo*”.

Otros preceptos del CC mencionan expresamente el nombramiento de un defensor para el caso de que el tutor o curador no desempeñan su cargo. El art. 249 CC: “*Durante la tramitación del expediente de remoción, se podrá suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado un defensor judicial.*”. El art. 256 CC establece que: “*Mientras se resuelva acerca de la excusa, el que la haya propuesto estará obligado a ejercer la función.*”.

¹⁸⁸⁷ RJ 2002, 2868. En una escritura de liquidación de sociedad conyugal, aceptación y adjudicaciones de herencias”, el coheredero “que actúa como tutor de la incapaz lo hace sin previa autorización judicial para aceptar la herencia y sin haber solicitado el nombramiento de defensor aun cuando existe un conflicto de intereses. La DGRN dice que es un defecto “subsano por la posterior aprobación judicial”, por economía procesal.

No haciéndolo así, se procederá a nombrar un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada.”.

El defensor judicial del art. 299.2 CC supone que ya esté constituida la tutela o la curatela. Si no se ha constituido, el art. 299 bis CC, establece: *“Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Secretario judicial podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.”.*

En el ámbito procesal, el art. 7.2 LEC prevé que *“Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley.”.* Conforme al art. 8.1 LEC, *“Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado 2 del artículo anterior y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el Secretario judicial le nombrará un defensor judicial mediante decreto, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona.”* y 8.3 LEC *“En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal.”.*

El art. 299.2 CC no prevé el nombramiento de defensor judicial en el caso de falta de ejercicio de las funciones de la patria potestad. Con buen criterio, la doctrina cree que en estos casos, dentro de la amplia discrecionalidad que atribuye el art. 158 CC al juez, es posible decretar el nombramiento de un defensor judicial¹⁸⁸⁸.

Según las circunstancias, es posible que el incumplimiento de las funciones de los padres, pero también del tutor, puedan originar una situación de desamparo, para lo que deberá estarse a lo previsto en los arts. 172.1 y 239 CC¹⁸⁸⁹.

4.- Los demás casos previstos en el CC

Art. 299.3 CC: *“Se nombrará un defensor judicial [...]:*

3. En todos los demás casos previstos en este Código.”.

¹⁸⁸⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., “Com. art. 299”, cit., p. 855.

¹⁸⁸⁹ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 299”, cit., pp. 2510-2511.

Es un supuesto residual que puede resultar innecesario ya que cuando el CC lo menciona en otros arts., se pueden incluir en los dos primeros apartados del art. 299 CC.

Como ya vimos, se nombra defensor por la existencia de un conflicto de intereses en los arts. 163 párr. 1º y 1060 CC; y también si el tutor o el curador no desempeñan sus funciones. Así, los arts. 249 y 256 párr. 1º CC.

Un caso singular es el del defensor del desaparecido del art. 181 CC que examinaremos a continuación.

5. Defensor del desaparecido

Es un defensor judicial que actúa en supuestos diferentes a los de menores e incapaces, y que carece de un régimen específico de nombramiento y actuación. Lo recoge el art. 181 CC que establece: *“En todo caso, desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido en ella más noticias, podrá el Secretario judicial, a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal, nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave. Se exceptúan los casos en que aquél estuviese legítimamente representado voluntariamente conforme al artículo 183.*

El cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente será el representante y defensor nato del desaparecido; y por su falta, el pariente más próximo hasta el cuarto grado, también mayor de edad. En defecto de parientes, no presencia de los mismos o urgencia notoria, el Secretario judicial nombrará persona solvente y de buenos antecedentes, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

También podrá adoptar, según su prudente arbitrio, las medidas necesarias a la conservación del patrimonio.”.

La mayoría de la doctrina cree que las reglas de los arts. 299 a 302 CC sólo se aplican a menores, incapacitados y pródigos; y no son aplicables al defensor del desaparecido.

Pese a la denominación común de defensor judicial como persona que asume una función de defensa del desaparecido, este no ve limitada su capacidad de obrar, con lo que la función de este defensor, razones de su nombramiento y control de actuación, son diferentes a las del defensor de instituciones tutelares¹⁸⁹⁰.

¹⁸⁹⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, cit., p. 602; PARRA LUCÁN, Mª A., “Art. 299”, cit., p. 2512.

6.- Defensor del presunto incapaz

El art. 758 LEC establece: *“El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.*

Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Secretario judicial les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.”.

El presunto incapaz puede promover su propia incapacitación. Si no lo hace, la demanda se dirige contra él, y como no ha sido declarado incapaz, conforme al art. 199 CC, el demandado está en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y puede personarse y actuar como parte.

La finalidad del art. 758 LEC es “evitar que se incapacite a una persona sin su presencia en el proceso”. Formalmente, el presunto incapaz siempre es parte, pero puede que no tenga capacidad natural o de hecho para comparecer en su propia defensa y representación, y entonces estas funciones son asumidas por el MF o por un defensor judicial¹⁸⁹¹.

7.- La defensa provisional

Art. 299 bis CC: *“Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Secretario judicial podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.”.*

7.1.- Del Ministerio Fiscal

Durante el proceso judicial de incapacitación, el MF actúa como defensor judicial del presunto incapaz, asumiendo su representación y defensa.

En los casos en que el propio MF inicia el pleito, si el presunto incapaz no comparece a defenderse en el plazo establecido, se le nombra un defensor judicial que le represente en el juicio mediante procurador, y asuma su defensa a través de abogado.

¹⁸⁹¹ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 299”, cit., pp. 2515-2516.

El CC intenta que la tutela se constituya con agilidad, por eso la tramitación del procedimiento de constitución de la tutela es sencilla y rápida. Pero durante su tramitación se aplica el art. 299 bis CC, y el MF se ocupa de la defensa por ley sin un nombramiento que la retrase. Es una situación interina y urgente. Por otro lado, conforme al art. 3.7 del Estatuto Orgánico del MF¹⁸⁹², corresponde al MF la función de *“intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”*.

Son varias las funciones que se atribuyen al MF¹⁸⁹³ en los procesos de incapacitación. La regla general es la contenida en el art. 749.1 LEC: *“En los procesos sobre la capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada.”*.

Esta intervención se concretará: unas veces como actor, promoviendo la incapacitación (art. 757.3 LEC); otras como defensor del presunto incapaz (art. 758 LEC) y, en general, cuando no haya promovido la incapacitación y el presunto incapaz comparezca con su propia defensa ex art. 758 LEC, la intervención del Fiscal será en defensa de la legalidad y los intereses públicos¹⁸⁹⁴.

7.2.- Defensor judicial administrador

Junto a la defensa provisional del MF, el art. 299 bis CC menciona el nombramiento de un administrador si deben administrarse bienes de la persona que se someterá a tutela.

El juez solo nombrará administrador conforme al art. 299 bis CC cuando *“además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes”*; y si la entidad del patrimonio lo aconseja. Responde a una situación de provisionalidad y urgencia.

¹⁸⁹² Aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

¹⁸⁹³ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 299 bis”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, p. 476.

¹⁸⁹⁴ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 299 bis”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2520-2521.

El juez en función de las circunstancias de cada caso y de la mayor o menor complejidad de la composición del patrimonio, establecerá la persona que debe ser nombrada, su ámbito de actuación y facultades¹⁸⁹⁵.

7.3.- Inscripción

El art. 74 LRC prevé que *“1. Tienen acceso al registro individual la representación del ausente y la designación de defensor judicial en el caso previsto en el artículo 299 bis del Código Civil.*

2. Igualmente, podrá tener acceso al Registro Civil cualquier representación que se otorgue mediante nombramiento especial y comprenda la administración y guarda de un patrimonio.”.

8.- Procedimiento y legitimación

Art. 300 CC: *“En expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, se nombrará defensor a quien se estime más idóneo para el cargo.”*, redacción dada por LJV.

La legitimación del MF es coherente con el papel del Ministerio Público en la regulación de las instituciones tutelares (arts. 228 y 232 CC). La legitimación de *“cualquier persona capaz de comparecer en juicio”* trata de proporcionar la mayor protección posible de los intereses del menor o incapacitado, y obviamente incluye a los padres, al tutor o al curador.

Que el propio menor, si tiene suficiente juicio, pueda solicitar el nombramiento de un defensor judicial es razonable, ya que conocerá mejor que nadie la necesidad del nombramiento.

Nada dice el art. sobre la posibilidad de que el incapacitado o el pródigo puedan instar el nombramiento de defensor judicial. Habrá que estar a lo que determine la sentencia que establezca estos extremos, si admite la capacidad para comparecer en juicio, podrá solicitar el nombramiento de un defensor judicial, y no podrá en caso contrario.

¹⁸⁹⁵ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 299 bis”, cit., pp. 2520-2521.

El juez puede iniciar de oficio el procedimiento, lo que es coherente con el papel que le atribuye la ley (art. 216 CC). El juez puede tener conocimiento de la necesidad de nombrar defensor judicial por cualquier vía: por denuncia, en la tramitación de una remoción o de una excusa de la tutela, con ocasión de una rendición de cuentas o por algún otro procedimiento por el que sepa de un interés opuesto al del propio menor o incapaz. Así, la STS, de 7 de noviembre de 2002¹⁸⁹⁶, afirma que, en atención a lo previsto en el art. 300 CC, “*el nombramiento ha de hacerse de oficio por decisión del juez cuando conoce alguno de los supuestos en que se haga necesario*”.

Con respecto a la persona designada como defensor, el art. 300 CC *in fine* establece: “*se nombrará defensor a quien se estime más idóneo para el cargo.*”, lo que atribuye al juez gran libertad a la hora de escoger a la persona que va a desempeñar el cargo de defensor judicial. No hay orden de prelación, ni remisión a las normas que lo fijan para el nombramiento de tutor.

Tampoco se exige que lo motive aunque, para valorar la idoneidad el juez debe atender al beneficio del menor o incapaz, lo que dependerá del motivo que ocasione su nombramiento, de las circunstancias, la amplitud y disponibilidad del círculo de personas cercanas al menor o incapacitado y del asunto en que tenga que intervenir el defensor judicial.

Es posible que se nombre para el cargo de defensor judicial una persona jurídica, por analogía con el art. 242 CC. La amplia facultad de decisión del juez para escoger a la persona más idónea para el cargo le posibilita para nombrar a una persona jurídica o institución dedicada a la protección y defensa de la infancia, por las mismas razones que se admite a las personas jurídicas como tutoras o curadoras¹⁸⁹⁷.

9.- Aplicación de normas tutelares

Art. 301 CC: “*Serán aplicables al defensor judicial las causa de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores*”.

El art. 301 CC se remite a las causas de inhabilidad (arts. 243 y 244 CC), excusas (arts. 251 a 258 CC) y remoción (arts. 247 a 250 CC) de los tutores y curadores.

¹⁸⁹⁶ RJ 2002, 9484

¹⁸⁹⁷ MORENO MARTÍNEZ, J.A., *El defensor judicial*, cit., p. 322; SUÁREZ-SÁNCHEZ VENTURA, J., M., “La institución tutelar”, cit., p. 562; PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 300”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2522-2523.

Será el juez en cada caso el que valorará el fundamento de la inhabilidad y la causa de la excusa o de la remoción y decidirá si es aplicable o no.

10.- Funciones

Art. 302 CC: “*el defensor judicial tendrá las atribuciones que se le hayan concedido, debiendo rendir cuentas de su gestión una vez concluida*”.

El juez puede atribuir al defensor judicial una gran amplitud de funciones.

Según para lo que se le nombre, variarán sus funciones. Si es para un conflicto de intereses, se encargará de sustituir al afectado por ese conflicto respecto del acto en el que se dé. Se nombra para un caso concreto de representación o asistencia. Si el asunto para el que fue nombrado requiere autorización judicial, esta se entiende implícita en el nombramiento si el juez no dispone otra cosa.

Si se produce un incumplimiento de funciones, la actuación del defensor puede ser para un acto o para todos los que surjan hasta que se solucione con otra persona o cese la causa que lo produjo.

A veces, se tratará de representación, otras será mera asistencia.

La persona nombrada debe tener capacidad de obrar necesaria para el acto en el que deba intervenir.

Parra Lucán¹⁸⁹⁸ dice que “dado su carácter temporal, sustitutivo y ocasional, su función se vincula a la que establezca la resolución judicial que lo nombra”, no teniendo la ley una previsión subsidiaria de las funciones que le incumban, si el juez no especifica los actos en los que es necesaria su actuación, como si se prevé para el curador (art. 290 CC)¹⁸⁹⁹. “La fórmula general utilizada en el art. 299 CC (“*que represente y ampare*”) es completada por el art. 302 CC (“*las atribuciones que le haya concedido el juez*”), pero es patente el carácter atípico de las funciones del defensor judicial¹⁹⁰⁰. En principio, las funciones atribuidas judicialmente son de interpretación restrictiva, sin que quepa extender su actuación a otros asuntos que aquél para el que ha sido designado”¹⁹⁰¹.

¹⁸⁹⁸ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 302”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2528-2530.

¹⁸⁹⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., “Com. art. 302”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 860.

¹⁹⁰⁰ SANCHO REBULLIDA, F de A., *Tutela e instituciones afines*, ed. Civitas, Madrid, 1984, p. 152.

¹⁹⁰¹ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., “Com. art. 302”, cit., p. 860.

La STS, de 10 de marzo de 1994¹⁹⁰², señala que *“El defensor judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que le haya conferido el Juez al designarlo, no es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa, debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido, y cuando actúa judicialmente, debe probar que lo hace así, no exhibir sólo el auto judicial de nombramiento”*; en el mismo sentido, las RRDGRN, de 3 de mayo de 1995¹⁹⁰³ y 8 de mayo de 1994¹⁹⁰⁴.

El CC solo impone al defensor judicial la obligación de rendir cuentas al juez una vez concluida su gestión (art. 302 CC), que terminará cuando concluya el cometido para el que fue designado o cuando se nombre el tutor o curador y acepte su cargo. La rendición está sujeta al régimen previsto en los arts. 279 a 285 CC para el tutor, pero es discutible si está sometido a los mismos plazos cuando su función se haya limitado a la gestión de un asunto concreto¹⁹⁰⁵.

Según las competencias atribuidas al defensor judicial, la resolución judicial que lo nombre le impondrá las obligaciones que deba cumplir en orden a la confección de un inventario, o prestación de fianza o el derecho a percibir una retribución si lo considera oportuno¹⁹⁰⁶.

V.- LA GUARDA DE HECHO

1.- Concepto

No existe una definición legal de la guarda de hecho.

La STS, de 27 de octubre de 2014¹⁹⁰⁷, define la guarda de hecho como *“aquella situación en la que una persona asume funciones de protección respecto de un menor de edad o de una incapaz sin un específico deber establecido por el ordenamiento jurídico.”*

¹⁹⁰² RJ 1994, 1731

¹⁹⁰³ RJ 1995, 4092

¹⁹⁰⁴ RJ 1995, 4093

¹⁹⁰⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., “Com. art. 302”, cit., p. 860.

¹⁹⁰⁶ SUÁREZ-SÁNCHEZ VENTURA, J., M., “La institución tutelar”, cit., p. 567. Dice que aunque no hay previsión expresa en la ley en cuanto a la retribución, puede ser bueno y recomendable que teniendo en cuenta el trabajo a realizar por el defensor judicial, el juez fije una retribución al defensor judicial, aplicando por analogía lo dispuesto en el art. 274 CC para el tutor.

¹⁹⁰⁷ Id Cendoj: 28079110012014100534

Sánchez Hernández¹⁹⁰⁸ destaca que “existe guarda de hecho cuando una persona presta espontáneamente a otra persona desvalida (un menor, un mayor de edad incapacitado o susceptible de serlo), los cuidados necesarios, sin que haya mediado la correspondiente sentencia o resolución administrativa que le otorgue la condición de guardador legal”. Una persona careciendo de potestad legal ejerce algunas de las funciones propias de las instituciones tutelares¹⁹⁰⁹.

“El guardador de hecho es aquella persona que, careciendo de la potestad legal (no ostenta autoridad o poder jurídico al carecer de la patria potestad o de nombramiento como tutor o curador), de forma totalmente voluntaria, cuida de otra - menor, adulto incapacitado o susceptible de serlo- ejerciendo respecto de ella alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares”.

Dice Sánchez Hernández¹⁹¹⁰ que “guarda de hecho, por tanto, es aquella situación en la que una persona asume funciones de protección respecto de un menor, de una persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, sin un específico deber establecido por el ordenamiento jurídico”.

Es un caso muy habitual y que tiene gran trascendencia. Suele darse respecto de los familiares más próximos, pero también puede hacerlo de relaciones contractuales¹⁹¹¹, de amistad o de vecindad. La mayoría de los casos de protección se ejercen a través de esta figura.

En principio, se presume que es una situación provisional y transitoria y que el juez debe tomar las medidas oportunas para que se extinga la misma, llegando a convertirse en una tutela, aunque esto no tiene por qué ser así, puede optar por mantenerla tomando las medidas oportunas de control y vigilancia.

La realidad es que no todas las personas afectadas por una discapacidad son incapacitadas judicialmente y sometidas a tutela o curatela, ni deben serlo en muchos casos. A veces, no es posible, ni oportuno, incapacitar a algunos discapacitados, pero sí puede ser necesaria o conveniente la asistencia de otra persona. De hecho, muchas personas están al cuidado de un familiar, de un amigo o de un centro asistencial que son los que en la práctica, ejercen las funciones de tutor o curador.

¹⁹⁰⁸ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 94, abril/junio 2015, p. 15.

¹⁹⁰⁹ Cita a ROGEL VIDE, C., “Comentario al artículo 303 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, p. 861; “considera que la guarda de hecho puede darse “tanto respecto de menores o de personas susceptibles de incapacitación, como respecto de personas ya incapacitadas”.

¹⁹¹⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., p. 23.

¹⁹¹¹ Contrato de alimentos, de asistencia o de permanencia en residencia.

La guarda de hecho, como su nombre indica, es en origen una institución de hecho y no de derecho, aunque puede generar consecuencias jurídicas. Lo primero será probar que existe realmente, y si existe una resolución judicial derivada de ella no la crea, sino que reconoce su existencia, le da virtualidad, y sirve de título al guardador además de permitir al juez fiscalizar la actuación de la persona que ejerce la guarda. Es un reconocimiento retrospectivo de una situación fáctica¹⁹¹², de la que derivan efectos jurídicos (arts. 303, 304, 306 CC).

Es una figura “digna de encomio”¹⁹¹³, que supone el cierre del sistema¹⁹¹⁴ y que trata de evitar que existan personas desamparadas.

Se da en la mayoría de los casos en que una persona está necesitada de protección y evita la incapacitación. Se pueden citar como caracteres que es una situación fáctica, gratuita en principio, provisional y de carácter necesario.

Fábrega Ruiz¹⁹¹⁵ señala que la figura de la guarda de hecho no es una “entelequia doctrinal, sino que tiene una gran trascendencia en la vida diaria y un enorme impacto en la vida social”. “Esta extensión se debe, fundamentalmente, a la desconfianza hacia las formalidades legales, el desconocimiento social y el temor a las costas del procedimiento, por parte del ciudadano de a pie. Son escasas las incapacitaciones que se producen en la práctica por lo que la importancia de esta institución es innegable”. Se plantea si en determinados supuestos se podría obviar el procedimiento de incapacitación permitiendo que la guarda se ejerciera con el pertinente control judicial.

2.- Tipos

2.1.- Personal

¹⁹¹² LECIÑENA IBARRA, A., “La guarda de hecho y el sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: consideraciones sobre una posible reforma”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, ed. Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2015.

¹⁹¹³ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, t. I, ed. Trivium, Madrid, 1994, p. 258.

¹⁹¹⁴ FÁBREGA RUIZ, C. F., “Aproximación a la guarda de hecho como cierre del sistema de protección de personas con discapacidad”, *Jornadas sobre protección en la incapacidad (Recurso electrónico)*, ed. Fundación Tutelar de la Rioja, 2007, pp. 195-198.

¹⁹¹⁵ FÁBREGA RUIZ, C. F., *La protección jurídica de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las personas discapacitadas*, tesis doctoral, D. Jiménez Liébana (dir.), Universidad de Jaén, Jaén, 2016, p. 169.

En la práctica es la más numerosa. Como señala Santos Urbaneja¹⁹¹⁶, “generalmente son los familiares cercanos (padres, hermanos, etc.) los que cuidan al familiar necesitado de protección. En otras ocasiones son allegados (vecinos, amigos)”.

En los casos de guarda personal puede ser ejercida por una sola persona, por una pareja, padres o matrimonio con cualquier relación de las mencionadas; o por una pluralidad de personas (p. ej. varios hermanos respecto del padre, madre u otro hermano). En caso de guarda conjunta, si surgen discrepancias sobre el modo de ejercerla y recaen en temas importantes, se puede acudir a la fiscalía o al juzgado para dirimir las.

2.2.- Institucional: privada y pública

Santos Urbaneja¹⁹¹⁷ afirma que “se produce cuando la persona necesitada se encuentra ingresada en un centro (residencia para personas con discapacidad, residencias para personas mayores, casas-hogar, etc.).

Ya sean estos centros de naturaleza privada o pública, es la dirección de los mismos la que asume, de modo automático, la guarda de la persona necesitada de protección y se convierte en garante de que se respeten sus derechos y se le presten los cuidados que les son debidos.

Esta obligación surge tanto del correspondiente contrato de servicios (formalizado generalmente con el guardador de hecho), como de las disposiciones legales, tanto de ámbito estatal, como las específicas de la Comunidad Autónoma en que radique el centro.

En estos casos la intervención judicial debe limitarse, en principio, al control del internamiento de acuerdo con lo establecido en el art. 763 LEC”.

Puede darse una guarda personal e institucional a la vez, si la persona que está en la institución es visitada con regularidad por familiares o allegados que se preocupan por él e incluso le proporcionan recursos (p. ej. le pagan las facturas). Por tanto, habrá que coordinar los criterios de ambos guardadores y si surgen discrepancias entre ellos, también se podrá acudir a la fiscalía o al juzgado para que las solvente.

¹⁹¹⁶ SANTOS URBANEJA, F., “La guarda de hecho: institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad”, marzo 2017, p. 31.

Disponible en: <<http://fernandosantourbaneja.blogspot.com.es/2017/04/>>

¹⁹¹⁷ SANTOS URBANEJA, F., “La guarda de hecho: institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad”, cit., p. 31.

3.- Regulación jurídica en el CC

La regulación jurídica de la guarda de hecho es escasa. El CC no define un concepto de guarda ni de guardador de hecho, ni determina sus funciones ni las situaciones que comprende, solo constata su existencia; lo que causa controversias doctrinales¹⁹¹⁸. Algunos creen que debería haberse realizado una regulación más amplia¹⁹¹⁹ para evitar dudas e inseguridad jurídica.

El CC le dedica unos escasos 3 arts., pero por ello, a pesar de su escasa regulación y aún siendo de hecho, tiene efectos jurídicos. Está legalmente reconocida con el mismo rango normativo que las instituciones clásicas de guarda (art. 215 CC).

La Ley 13/1983, introdujo la regulación de la guarda de hecho en el capítulo V del título X del Libro 1 del CC. Tiene su precedente en el anteproyecto redactado en 1977 por encargo de la Fundación General Mediterránea¹⁹²⁰, en cuyo preámbulo se explicaba: *“Es una verdad incontrovertida que, estadísticamente y hasta el presente, la inmensa mayoría de los casos de protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación, eran y son desempeñadas, de hecho, por quienes no tienen la consideración legal de tutores y, en menor medida por aquellos otros que habiendo sido tutores, han sido removidos de su cargo. Hasta hoy el Derecho ignoraba tal situación, mientras que la doctrina tendía, mayoritariamente a asimilar estos supuestos a los de la gestión de los negocios ajenos. El anteproyecto, por el contrario, hace una referencia expresa a los guardadores de hecho... para reconducir a derecho una realidad cotidiana, sin oprimirla, con todo, en cortas fronteras, lo que explica la exigua regulación”*.

Indica Sánchez Hernández¹⁹²¹ que “la guarda de hecho se regula en nuestro CC en los arts. 303, 304 y 306, puesto que los arts. 305 y 307 a 313 fueron derogados por la Ley 13/1983, de 24 de octubre¹⁹²². Hay que añadir el art. 52 LJV, referido al “requerimiento y medidas de control” de la guarda de hecho.

¹⁹¹⁸ ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 33 y ss.

¹⁹¹⁹ Díez-PICAZO, L., BERCOVITZ, RODRÍGUEZ CANO R, ROGEL VIDE C., CABANILLAS SÁNCHEZ A., CAFFARENA, J., *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea/Dirección General de Servicios Sociales, Madrid, 1977, pp. 28-29.

¹⁹²⁰ Díez-PICAZO, L., BERCOVITZ, RODRÍGUEZ CANO R, ROGEL VIDE C., CABANILLAS SÁNCHEZ A., CAFFARENA, J., *Estudio para la reforma...*, cit.

¹⁹²¹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., pp. 38-39.

¹⁹²² Señala que “la ley 26/2015, de 28 de junio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, da una nueva redacción al art. 303 CC”. Destaca que ROGEL VIDE, C., “Comentario al artículo 303 del Código Civil”, cit., pp. 862-863, “señala algunas importantes diferencias entre la guarda

Esta regulación se ha calificado de insuficiente, parcial, falta de concreción e incluso equívoca¹⁹²³”. Lo que se debe a su naturaleza fáctica “lo que no significa que no tenga consecuencias jurídicas desde que se conoce su existencia; y a que nuestro CC plantea la guarda de hecho como una situación provisional (art. 303.1 párr. 2º CC), en la que se prevé una pluralidad de medidas, según cada caso, dirigidas no sólo a vigilar al guardador” (art. 303 CC) sino a promover la tutela o curatela¹⁹²⁴, y “*si fuese el guardado menor de edad se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores*” (art. 303.1 párr. 2º *in fine* CC)”. Si no hay “mayor regulación de la guarda de hecho, no es por una laguna legal, sino porque el legislador quiere configurar así esta figura, sin buscar la equiparación con las otras figuras de guarda legal”. Los deberes y obligaciones del guardador no están previstos legalmente y no se equiparan a los que señala nuestro CC respecto de la tutela.

Art. 52.2 LJV: “*El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.*”.

3.1.- Control judicial

3.1.1.- Personas ya incapacitadas

En el supuesto de que la persona estuviera ya incapacitada, la guarda de hecho supone que el tutor (o el curador) no cumplen sus funciones, por ello el juez debe proceder a su remoción de oficio (arts. 247 y 248 CC) y nombrar otro, que podría ser quien viniera ejerciendo la guarda¹⁹²⁵.

3.1.2.- Personas no incapacitadas

Es el supuesto más frecuente en la realidad.

de hecho y la gestión de negocios ajenos sin mandato, dejando claro que se trata de figuras diferentes, cada una con singularidad y características propias que permite su diferenciación”.

¹⁹²³ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., *Derecho y retraso mental: Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, ed. Fundación Paideia, La Coruña, 1999, p. 192.

¹⁹²⁴ “Así están obligados a promover la tutela la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o presunto incapacitado, ya que de no hacerlo, será responsable solidario -con los mencionados en el propio art. 229 CC- de la indemnización de los correspondientes daños y perjuicios ocasionados”.

¹⁹²⁵ PARRA LUCÁN, Mª A., “Art. 303”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2540.

Muchas personas por diversos motivos, cariño, responsabilidad, o el que sea, desinteresadamente atienden, cuidan y asisten, sin ningún nombramiento tutelar, a personas con discapacidad intelectual que no han sido incapacitadas, lo que es una labor social muy útil.

El sistema tuitivo español es garantista con los derechos de las personas con discapacidad intelectual. Si se exige un control completo de la actividad del tutor, con más razón habrá que proteger a quien está sujeto a una guarda de hecho, que es una situación fáctica, en la que la autoridad judicial debe comprobar si está garantizada la protección del incapaz.

La doctrina entendió que la guarda de hecho era una situación a extinguir y que aunque el guardador de hecho no esté legitimado para solicitar la incapacitación, tiene el deber de promover la tutela.

La realidad es que quienes ejercen la guarda de un discapacitado no acuden a la autoridad judicial para notificar la situación y que habitualmente las personas están bien atendidas por su guardador de hecho, que suele ser de su entorno familiar, aunque siempre hay riesgo de una mala actuación del guardador de hecho.

Si el MF o el juez tienen conocimiento de una guarda de hecho, establece el art. 228 CC: *“Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.”*.

Art. 303 CC: *“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.*

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho,

cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.

En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.”.

La LJV dice en su art. 52: “1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos.

2. El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.”.

Como vemos, en ambos arts. dice “podrá” y no deberá; no dice explícitamente que haya que poner fin a la guarda de hecho ni necesariamente cambiarla por otra forma de protección que solo se constituirá “si procediera”, y que implicará un procedimiento de incapacitación. Si con una disposición judicial que no suponga la incapacitación se cumplen las necesidades de protección de la persona, bastará con esta.

La resolución judicial no es constitutiva ni supone el surgimiento de la institución, solo declara su existencia previa, es de la ley de donde surgen las facultades del guardador.

La mención en el art. 303 CC y en el art. 52 LJV de la posibilidad de adopción por el juez de medidas de control y vigilancia que estime oportunas conecta con el art. 216 párr. 1º CC, en el sentido de que las funciones tutelares se ejercen bajo el control de la autoridad judicial.

Respecto de las medidas que puede adoptar el juez hay gran discrecionalidad: serán las necesarias en cada caso para la protección de la persona y sus intereses. Pueden ser muy variadas, personales y patrimoniales; así puede: decretar el internamiento de la persona por razón de sus circunstancias físicas o psíquicas, realizar un tratamiento médico, tomar medidas en relación con sus hijos menores si los tuviere, nombrar un administrador de los bienes, intervenir las cuentas, nombrar un defensor judicial, etc. No hay problema en que hasta que se incapacite a la persona, el juez

mantenga al guardador, estableciendo si lo cree necesario medidas de vigilancia y control¹⁹²⁶.

Indica Sánchez Hernández¹⁹²⁷ que “el art. 303 CC dispone que el juez podrá, aunque más bien en aras del interés del guardado, el juez deberá -en virtud de lo dispuesto el art. 228 CC- solicitar al guardador de hecho, información, que este está obligado a facilitar, y que alcanza al ámbito en que se desarrolló la guarda, y se extiende por tanto a la persona del guardado así como, en su caso, a los bienes, con un inventario de los mismos y también rindiendo las cuentas de la actividad llevada a cabo por el guardador de hecho”.

Como regla general, sobre la base del informe del guardador, el juez, además de determinar si la guarda de hecho es beneficiosa para el guardado, decidirá, en su caso, la adopción de las medidas de control y vigilancia, aunque también puede establecerlas antes.

Pero en principio, estas medidas deben orientarse a que desaparezca la guarda de hecho y que se instaure otro mecanismo de protección del guardado. El juez, atendiendo al beneficio del guardado, pondrá en marcha el mecanismo de constitución de la tutela o curatela, sin perjuicio de establecer los adecuados mecanismos de control sobre el guardador de hecho mientras se mantenga la situación de guarda de hecho”¹⁹²⁸.

Las medidas judiciales podrían respetar la situación de hecho y nombrar al guardador defensor judicial o administrador de sus bienes.

Si el guardado está protegido y satisfechos sus intereses con la guarda de hecho, “el juez podrá no poner fin inmediatamente a la misma¹⁹²⁹ “*Cautelamente, [...] si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores [...]*” (art. 303.1, párr. 2º), como alternativa a la designación inmediata de defensor judicial”. “Ello dependerá de que la guarda de hecho sea o no, por el momento, a juicio

¹⁹²⁶ BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, R., “De la guarda de hecho”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 789 y 792; PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 303”, cit., p. 2543.

¹⁹²⁷ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., pp. 40-44.

¹⁹²⁸ ALBÁCAR LÓPEZ, I., y MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ, M., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. I, ed. Trivium, Madrid, 1993, p. 1331.

¹⁹²⁹ Se puede “mantener la guarda de hecho, siempre que resulte beneficiosa para el guardado, en base a lo dispuesto en el art. 38.6º de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil (al establecer: “*A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias:*

6.º *La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz*”)” tras su reforma por el art. 1.2 de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la LRC.

del juez, el mejor modo de proteger a la persona del guardado¹⁹³⁰, si bien, atendiendo al beneficio del guardado, no debe posponer, más allá de lo necesario, el mecanismo de constitución de la tutela¹⁹³¹”, “con lo cual, llegado ese momento, cesará la guarda de hecho y las medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el art. 303 CC”.

El juez también puede en interés del guardado sustituir la guarda de hecho hasta que recaiga la resolución judicial de la tutela por la representación y defensa del MF. Si además del cuidado de la persona hay que atender al cuidado de los bienes, el juez puede nombrar un administrador de los mismos, que podría ser el propio guardador.

3.2.- Validez de los actos útiles

Art. 304 CC: “*Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.*”.

El guardador puede actuar en representación del guardado si su actuación favorece al mismo, sin necesidad de que estos actos sean ratificados¹⁹³². No remite a las prohibiciones que el art. 221 CC establece para el tutor. Si el guardador efectúa estos actos y redundan en beneficio del guardado, son válidos. Parte de la doctrina matiza que esto no supone representación ni sustitución de la actuación del incapaz¹⁹³³.

Sostiene Sánchez Hernández¹⁹³⁴ que “el art. 304 CC establece como regla general *-a posteriori*, ya que en ella no se establece ningún mecanismo de representación *a priori*¹⁹³⁵”. “Se establece pues un mecanismo de convalidación para dotar de validez a los actos del guardador de hecho si es que se comprueba que le reportan utilidad al guardado -le son beneficiosos-¹⁹³⁶. *A sensu contrario*, los actos que no reporten utilidad para el guardado, podrán ser impugnados por ser anulables”.

¹⁹³⁰ SAP de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33273).

¹⁹³¹ PÉREZ MONGE, M. “Comentario al art. 303 CC”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 1315.

¹⁹³² Como pide el art. 1259 CC.

¹⁹³³ Así, FÁBREGA RUIZ, F., *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, ed. Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 90; ÁLVAREZ LATA, N., ÁLVAREZ OLALLA, P., BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., COSTAS RODAL, L., MARTÍN LÓPEZ, M. et al., *Manual de Derecho civil. Derecho de Familia*, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), ed. Bercal, Madrid, 2011, p. 253.

¹⁹³⁴ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., pp. 45-47.

¹⁹³⁵ ÁLVAREZ LATA, “Comentario al art. 303 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 453-454; que expresa que “lo que se establece en el art. 304 es, de este modo, una regla “a posteriori” para dotar de validez a los actos realizados por el guardador”, “pero ello no implica que sirva “a priori”, esta regla, como un mecanismo de representación o sustitución de la actuación del menor o incapaz, o sea, de traspaso de la legitimación activa al guardador de hecho”.

¹⁹³⁶ STS, de 8 de febrero de 1994 (RJ 1994, 834)

Quien no tiene encomendada por la ley ni por resolución judicial la representación o asistencia de menores o incapacitados, en principio no podrá actuar de modo eficaz en nombre de ellos. Si celebra un acto sin la debida representación, se aplica el art. 1259 CC, conforme al cual: “*Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.*”

El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.” .

Frente a esta regla general, el art. 304 CC dispone una especial, manteniendo la validez del acto si redundando en utilidad del menor o incapaz.

Según Fábrega Ruiz¹⁹³⁷, el art. 304 CC “no distingue entre actos meramente conservativos, de administración o de disposición por lo que debemos deducir que está reconociendo la posibilidad de realización de todos ellos, máxime cuando así se refleja en la realidad social”, así que unos entienden que comprende los actos patrimoniales¹⁹³⁸ (actos conservativos, de administración e incluso excepcionalmente de disposición)¹⁹³⁹, aplicando el principio de que donde la ley no distingue no se debe distinguir¹⁹⁴⁰; y otros autores entienden que el guardador de hecho no puede, en ningún caso, actuar en lugar del guardado para autorizar actos de carácter patrimonial.

El art. da cobertura a los actos de la vida diaria como comprar productos de consumo, solicitar asistencia médica para sus guardados o realizar contratos de prestación de servicios.

La STS, de 17 de marzo de 2016¹⁹⁴¹, establece que los actos del guardador de hecho no realizados en interés del incapaz son nulos y la acción de nulidad no caduca, salvo ratificación por el interesado o su representante legal.

El problema es qué se entiende por interés y utilidad del guardado. No es fácil determinarlo, habrá que ver cada caso concreto.

La utilidad puede ser enjuiciada con arreglo a un criterio objetivo, lo que con arreglo a un criterio razonable de una persona media puede considerarse útil o no; y con

¹⁹³⁷ FÁBREGA RUIZ, C. F., *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, cit., p. 205.

¹⁹³⁸ MORENO QUESADA, B., *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, ed. Revista de Derecho Privado, 1985, p. 328, que “entiende que los actos a los que se refiere el art. 304 CC, aunque no los contempla expresamente, se deducen del art. 303 CC que alude a la persona y bienes del menor o incapacitado.”.

¹⁹³⁹ ZURITA MARTÍN, I. *Protección civil de la ancianidad*, ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 175.

¹⁹⁴⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., pp. 45-47.

¹⁹⁴¹ Id Cendoj: 28079110012016100156

otro subjetivo, considerando las circunstancias del menor o incapacitado, su patrimonio, necesidades, etc. Y debe serlo en el momento en el que se haga el acto.

En todo caso tendrán preferencia los aspectos personales sobre los económicos. La utilidad busca, ante todo, el bienestar personal del guardado¹⁹⁴².

Hay que apreciar el acto en su totalidad, no pretender anular las consecuencias perjudiciales y mantener las útiles para el guardado¹⁹⁴³.

Los actos realizados por el guardador de hecho que hubiesen redundado en beneficio del guardado son eficaces, si bien, tal utilidad se probará en un proceso judicial. Por tanto, no es que como dice textualmente el art. 304 CC “*no podrán ser impugnados*”, ya que es a través de dicha impugnación judicial de los actos realizados por el guardador, como se alcanzará el pronunciamiento judicial acerca de la utilidad de los susodichos actos en interés del sometido a guarda¹⁹⁴⁴. Lo que quiere decir es que no podrán ser anulados los actos si en el correspondiente proceso judicial se prueba la utilidad de los mismos para el guardado.

La doctrina ha venido defendiendo que el sistema de impugnación de los actos del guardador de hecho es el de la anulabilidad, los actos serán anulables si anulándolos se defienden mejor los intereses del guardado; explica Bercovitz Rodríguez-Cano¹⁹⁴⁵ que la acción podrá ejercerse por el menor o incapacitado una vez adquirida la plena capacidad de obrar o por el tutor con anterioridad, pero no por los terceros que contrataron con el guardador (art. 1302 CC). Añade que si el presunto incapaz resulta ser capaz, en realidad nos encontramos en un supuesto del art. 1259 CC. Lete del Río¹⁹⁴⁶ defiende que el presunto incapaz que no es incapacitado no puede impugnar, porque existe un mandato tácito.

En el régimen general de la anulabilidad, no es preciso demostrar que el acto ha resultado perjudicial. Con arreglo a las reglas generales sobre carga de la prueba, quien impugna debe probar que el acto no redundó en utilidad del menor o incapacitado. El precepto no distingue entre actos de administración y disposición, ni tiene en cuenta si

¹⁹⁴² LEÑA FERNANDEZ, R., “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, en R. Martínez (coord.), *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, ed. Civitas-CGN, Madrid, 2000, p. 216.

¹⁹⁴³ SANCHEZ REBULLIDA, F. DE A., “Tutela e instituciones afines”, en AA.VV., *El nuevo régimen de familia*, t. III, Barcelona, 1984, p. 164

¹⁹⁴⁴ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 304”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, pp. 491-492.

¹⁹⁴⁵ BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, R., “De la guarda de hecho”, cit., p. 790.

¹⁹⁴⁶ LETE DEL RÍO, J. M., “Comentario al art. 304”, cit., p. 492.

se refieren a bienes de especial valor: solo menciona la utilidad como límite a la impugnación¹⁹⁴⁷.

Sánchez Hernández¹⁹⁴⁸ indica que “debe ejercitarse la acción de anulabilidad, de conformidad con el art. 1301 CC, en el plazo de cuatro años a contar desde que el menor (guardado) alcanzó la capacidad de obrar, o desde que el incapaz (guardado) recuperó la plena capacidad, o bien, desde el mismo instante en que es legalmente posible su ejercicio si el presuntamente incapaz (guardado) es capaz, puesto que no haya llegado a ser incapacitado, o desde que es posible su ejercicio si la ejercita el tutor, guardador legal”.

Una vez se ejercita la acción de anulabilidad, se aplicará si procede la restitución de las prestaciones conforme a lo dispuesto en el art. 1304 CC, que establece: “*Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera.*”.

El tercero que contrató con el guardador confiando en la apariencia de representación podrá ejercer contra él una acción de indemnización de daños y perjuicios.

3.3.- Normas de la tutela: indemnizaciones

Con respecto a la aplicación de las normas previstas para el tutor, el art. 306 CC establece: “*Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor.*”. En principio, la guarda de hecho se ejerce de forma gratuita, pero el juez puede reconocer el derecho a ser indemnizado. El art. 220 CC establece que: “*La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento*”.

Se discute si es aplicable al guardador de hecho otros arts. previstos para el tutor, como el art. 306 CC, solo se remite al art. 220 CC y no a otros preceptos, parece que no.

Hace falta que exista, indica Sánchez Hernández¹⁹⁴⁹, “una relación de causalidad entre la guarda de hecho y los daños sufridos, materiales, morales, daño emergente y

¹⁹⁴⁷ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 304”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2548.

¹⁹⁴⁸ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., p. 54.

¹⁹⁴⁹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., pp. 45-47.

lucro cesante¹⁹⁵⁰”; debe haber ausencia de culpa del guardador de hecho¹⁹⁵¹, y ser la única forma de obtener su resarcimiento. Y lógicamente, deben existir bienes suficientes para cubrir las necesidades del guardado; además el guardador de hecho, al rendir cuentas, deberá demostrar que no ha abusado del patrimonio del guardado, con gastos injustificados o excesivos.

4.- Otras normas

Hay otras normas jurídicas en las que se menciona al guardador de hecho a efectos diversos.

4.1.- Patrimonio protegido

El guardador de hecho puede constituir un patrimonio protegido. El art. 3.1.c) LPPD establece: *“El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquellos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil”*.

El art. resulta bastante incompleto porque no aclara la forma de acreditar la condición de guardador de hecho ante el notario, ni delimita los bienes con los que se puede constituir el patrimonio, ni se sabe cómo se haría la aceptación de la herencia por el incapaz natural beneficiario del patrimonio en cuestión¹⁹⁵². Pero como la norma que declara permitir al guardador de hecho crear un patrimonio protegido lo hace *“sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil”*, parece que deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial la situación y que ordene la representación legal del menor o incapaz¹⁹⁵³.

¹⁹⁵⁰ SANCHO REBULLIDA, F. DE A., “Tutela e instituciones afines”, cit., p. 66.

¹⁹⁵¹ No se aplicaría el art. 220 CC si existe “culpa del guardador de hecho, p. ej. cuando se extralimitase en sus funciones” y también cuando desarrolle adecuadamente las funciones pero no promueva la constitución de la tutela art. 229 CC.

¹⁹⁵² GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”, en J. Pérez de Vargas Muñoz (coord.), *La protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 134-136.

¹⁹⁵³ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 303”, cit., p. 2535.

4.2.- Información de organismos públicos

Se permite que el guardador solicite información de organismos públicos. La Disp. adicional única n.º 3 de la Ley 1/2009, de 25 de marzo¹⁹⁵⁴, expone: “3. *La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones.*”.

4.3.- Peticiones en organismos oficiales

El guardador de hecho puede pedir recursos sociales como pensiones, plazas residenciales o en centros especiales, etc. También puede solicitar las ayudas derivadas de la LAAD, especial trascendencia tuvo el reconocimiento de la dependencia¹⁹⁵⁵. La declaración la hace el guardador “*bajo su responsabilidad*” (acompañada de las pruebas que tenga) al solicitar el reconocimiento de la situación de dependencia de su guardado y las prestaciones a que tuviera derecho, informa al órgano administrativo de la existencia de una persona potencialmente carente de autogobierno, de la que reconoce desempeñar la guarda y cuidado del sujeto¹⁹⁵⁶, pero como indica De Salas Murillo¹⁹⁵⁷, no parece que sea general que desde estos organismos, que están desbordados, se dé traslado de la situación al juez.

Santos Urbaneja¹⁹⁵⁸ afirma que la entrada en vigor de la Ley de las Dependencias, “planteó con toda crudeza lo irracional de nuestro sistema actual de acreditación de la representación y, de paso, ha venido a dar un gran impulso al reconocimiento de esta institución protectora”. El que “fuesen cientos de miles las peticiones que llegaron a las Administraciones competentes solicitando el inicio del procedimiento de reconocimiento de la dependencia, hizo pensar a las autoridades que no tenía ningún sentido incapacitar a cientos de miles de personas para que, tras un procedimiento

¹⁹⁵⁴ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el RC, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la LPPD.

¹⁹⁵⁵ MORETÓN SANZ, M. F., “El guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones: revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones efectuadas “bajo su responsabilidad”, en S. de Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010, pp. 849-891; PARRA LUCÁN, Mª A., “Art. 303”, cit., p. 2534.

¹⁹⁵⁶ MORETÓN SANZ, M. F., “El guardador de hecho...”, cit., p. 890.

¹⁹⁵⁷ DE SALAS MURILLO, S., *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, ed. Aranzadi, 2011; PARRA LUCÁN, Mª A., “Art. 303”, cit., p. 2536.

¹⁹⁵⁸ SANTOS URBANEJA, F., “La guarda de hecho: institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad”, cit., pp. 34-35.

judicial que bien puede durar un año, designar un tutor para solicitar el inicio del procedimiento de reconocimiento de aquel derecho”.

En este momento las Administraciones volvieron los ojos hacia la guarda de hecho y al art. 304 CC, ya que es evidente que lo que el guardador solicita va en interés de la persona con discapacidad y redundaría en su beneficio.

De este modo, se elaboraron por los “organismos receptores de las solicitudes, distintos modelos de declaración de existencia de guarda de hecho que, una vez cumplimentados, permitían cursar las peticiones con el objeto de lograr el reconocimiento del derecho y la provisión del correspondiente recurso.

No faltaron funcionarios que, no obstante lo anterior, dieron cuenta a fiscalía en aplicación de lo dispuesto en el art. 753.3 LEC y no faltaron fiscales que interpusieron demandas de incapacitación”.

5.- Supuestos de guarda de hecho

5.1.- Supuestos claros

5.1.1.- Sustitución de la patria potestad

Indica Sánchez Hernández¹⁹⁵⁹ que el menor “afectado por un grado de discapacidad desde su nacimiento, estando suficientemente protegido en su minoría de edad mediante la patria potestad, alcanzada la mayoría de edad, si no se insta la incapacitación, se puede pasar en su caso, a una guarda de hecho en lugar de la patria potestad prorrogada correspondiente”.

5.1.2.- Personas mayores

Sánchez Hernández¹⁹⁶⁰ destaca que “los avances en la medicina en los últimos años han propiciado un avance en la esperanza de vida. Son muchas las personas mayores que sufren enfermedades degenerativas y viven en residencias de ancianos y podrían ser susceptibles de ser incapacitadas, si bien se evita tal incapacitación para evitar consecuencias traumáticas tanto para la familia” como para la propia persona. Así, esta situación puede conllevar para el director de la residencia de ancianos una

¹⁹⁵⁹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., pp. 16-17.

¹⁹⁶⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., p. 16.

guarda de hecho, de modo que sin llegar a decretar su incapacidad, se le proteja, con la menor intromisión en sus derechos y dignidad como persona¹⁹⁶¹.

Las personas mayores pueden tener mermada su capacidad por la edad de modo leve o incipiente, pero no tienen una falta absoluta de capacidad, y solo necesitan algún apoyo puntual, aunque pudieran estar en el supuesto previsto en el art. 200 CC, “no se procede a su incapacitación¹⁹⁶², por ser suficiente con un mecanismo provisional de protección como la guarda de hecho”.

5.1.3.- Ausencia de tutor

Según Sánchez Hernández¹⁹⁶³, “estamos ante la guarda de hecho en los casos de desaparición del tutor o abandono del pupilo por el tutor -el que ha sido nombrado tutor no asume el cargo-, quedando bajo la protección de otra persona que desempeña funciones de guarda”. También existe guarda de hecho si el tutor, por incompatibilidad o dejación, no ejerce sus funciones y un tercero sin investidura formal desarrolla el cargo sin título; cuando estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por causa de inhabilidad legal; en el supuesto del tutor irregular, cuando “hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales: inventario o fianza; o la tutela putativa, por la nulidad del testamento en que se establezca; o cuando el tutor hubiese prolongado indebidamente el ejercicio de su cargo después de que hubiera debido cesar en él”.

5.1.4.- Pareja

También puede haber guarda de hecho en el caso de pareja de hecho en la que uno de los miembros de la misma, sin haber sido legalmente designado, realiza funciones tuitivas respecto del otro que es susceptible de ser incapacitado.

5.2.- Supuestos dudosos

5.2.1.- Poderes preventivos

¹⁹⁶¹ SANTOS URBANEJA, F., “Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código Civil”, *Jornadas sobre protección jurídica en la incapacidad*, Fundación Tutelar de La Rioja, Logroño, 2007, pp. 148 y ss.

¹⁹⁶² GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., y NAVAS NAVARRO, S., “La situación jurídica de las personas mayores”, en D. Blázquez Martín (coord.), *Los derechos de las personas mayores: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 54.

¹⁹⁶³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., pp. 18-19.

Si se han otorgado poderes preventivos puede plantarse si el apoderado tiene la consideración de guardador de hecho, lo que supondría el deber de comunicar la situación al juez.

Pero la ley no impone expresamente al guardador de hecho la obligación de notificar al juez el hecho de la guarda, ni le obliga a promover la incapacitación. Además, y en todo caso, el apoderado actúa en base al poder dentro de los límites que este establezca, y nunca por iniciativa propia, sino del poderdante¹⁹⁶⁴.

Con los poderes preventivos, que son documentos notariales, fehacientes y eficaces frente a terceros; se puede organizar la futura representación en caso de discapacidad y el régimen de cuidados, dependencia, representación, etc., que ejercerá otra persona, con lo que la futura discapacidad estaría bien atendida.

5.2.2.- Abuelos

El cuidado que los abuelos hacen de los nietos mientras los padres están trabajando en la misma ciudad, o incluso fuera de ella, no es guarda de hecho, es un supuesto de delegación en el ejercicio de las funciones de la patria potestad, y no supone que los progenitores incumplan sus deberes.

El mismo caso se da con los menores que están internos por razón de estudios durante el curso escolar en algún centro docente.

En ninguno de estos casos el guardador actúa por propia iniciativa ni hay desamparo, sino que actúan asumiendo un encargo de los padres¹⁹⁶⁵.

Indica Sánchez Hernández¹⁹⁶⁶ que sí lo es la de “los abuelos que *de facto* ejercitan la autoridad, se hacen cargo de los alimentos, protección y formación integral de sus nietos huérfanos; los abuelos de una menor que se ocupan de su custodia desde que nació ya que los padres viven en otra ciudad y se desentienden por completo de sus obligaciones”.

5.2.3.- Autoridad judicial

Tampoco es guarda de hecho la que se asume como medida de guarda provisional y temporal la autoridad judicial. Los tribunales, en ocasiones excepcionales y en base al

¹⁹⁶⁴ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 303”, cit., p. 2536.

¹⁹⁶⁵ PARRA LUCÁN, M^a A., “Art. 303”, cit., p. 2537.

¹⁹⁶⁶ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., p. 16.

art. 158 CC, sin privar ni suspender la patria potestad, pueden entender que esa medida debe adoptarse en interés del menor. Así, la STS, de 29 de marzo de 2001¹⁹⁶⁷.

6.- Reconocimiento y representación

6.1.- Reconocimiento

Aunque la guarda es de hecho, hay situaciones que exigen su reconocimiento, y quizás el mayor problema que plantea es constatar su existencia, acreditar la situación ante terceros, cuando es necesario.

Para ello se puede utilizar cualquier medio, citaremos diversos instrumentos:

6.1.1.- Acta notarial de notoriedad

6.1.1.1.- Comprobaciones

Recogida en el art. 209 párr. 1º RN, que dice: “*Las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica.*”; en la que el notario tendrá que comprobar la existencia de un discapacitado sin que haya incapacitación judicial o procedimiento para declararlo; y que una persona concreta de modo continuado en el tiempo le presta asistencia, para lo que puede utilizar cualquier medio que el notario estime conveniente.

El inconveniente es que el notario ante esta situación deberá comunicarlo al MF a los efectos de la incapacitación.

Según Santos Urbaneja¹⁹⁶⁸, es preciso acreditar:

- La condición de “guardador”.

El reconocimiento de la condición de guardador de hecho resulta más fácil cuanto más cercano es el parentesco. En estos casos, el “Libro de Familia permite, de modo sencillo, la acreditación del parentesco, circunstancia desencadenante de los derechos y obligaciones de la institución de “alimentos entre parientes” (arts. 142 y ss. CC)”.

Si la guarda la ejercen los padres o los hijos, bastaría con que acrediten su condición y que manifiesten que son guardadores de hecho.

¹⁹⁶⁷ RJ 2001, 9852. Se concede a los abuelos, en uso del art. 158 CC, las medidas de carácter temporal de guarda y custodia.

¹⁹⁶⁸ SANTOS URBANEJA, F., “La guarda de hecho: institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad”, cit., pp. 30-31.

Cuando el guardador no es pariente, sino allegado, “la acreditación deberá hacerse a través de documentación “periférica” (sanitaria, asistencial, administrativa, doméstica, etc.) que acredite la condición de guardador.

En cualquier caso, a efectos de la acreditación de la condición de guardador de hecho resulta de relevancia el hecho de convivir con el guardado. De la convivencia se deriva la “presunción de guarda” de modo que la acreditación de este extremo mediante los distintos pruebas documentales (certificado de empadronamiento u otros que acrediten la convivencia), testificales, etc., será determinante para atribuir la condición”.

– El ejercicio prolongado en el tiempo de la guarda de hecho podrá acreditarse por testigos, declaración de otros familiares, certificado de convivencia, inclusión en la cartilla médica, etc.

– La condición de “presunto incapaz” del guardado. Se puede acreditar “mediante la exhibición de los correspondientes certificados médicos expresivos del padecimiento psíquico (discapacidad intelectual, demencia, trastorno o anomalía mental)”. También hay que acreditar su incidencia en la capacidad de decisión que está mermada o anulada por dicho padecimiento.

Fábrega Ruiz¹⁹⁶⁹, en cuanto a las distintas circunstancias que deben probarse, manifiesta:

“El art. 156.8º, en relación con el art. 167, ambos del RN, establece la obligación de los notarios de valorar la capacidad civil o legal de la persona que comparece ante él para la realización de un acto jurídico concreto. Para ello deberá examinar e identificar al presunto discapacitado, solicitar informes de facultativos sobre ello, hablar con los familiares y allegados, examinar la documentación que se le presente como pueden ser los certificados de minusvalía de las unidades de valoración, etc.”.

A estos cabe añadir la prueba de la inexistencia de incapacitación, “bastará con la partida literal de nacimiento y certificaciones negativas de los Registros Civiles de los últimos domicilios del discapaz en que se manifieste la inexistencia en el Libro de Tutelas de inscripción alguna sobre esa persona. Esto se podrá complementar con una declaración jurada del guardador instante de que dicha incapacidad no ha sido instada”.

6.1.1.2.- Procedimiento

El procedimiento a seguir, indica Fábrega Ruiz¹⁹⁷⁰, sería el siguiente:

¹⁹⁶⁹ FÁBREGA RUIZ, C. F., *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, cit., p. 175.

“1º La persona que requiera al notario deberá demostrar interés legítimo, y afirmar bajo su responsabilidad, la certeza de la relación que se trata de acreditar por notoriedad, bajo pena de falsedad en documento público.

2º El notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, haciendo los requerimientos y notificaciones personales o por edictos que considere necesarias.

3º Las personas que pudieran verse afectadas a juicio del notario, serán notificadas directamente”, y tendrán un plazo prudencial “para alegar lo que estimen oportuno, interrumpiéndose la instrucción del acta si se acredita que existe juicio contradictorio relativo a lo que se trata de acreditar por notoriedad.

4ª En el acta habrá de constar necesariamente, al menos, la declaración de dos testigos que aseveren que de ciencia propia o por notoriedad les constan los hechos cuya declaración de notoriedad se pretende.

5º El notario, si del examen y calificación de las pruebas y del resultado de las diligencias estimare justificada la notoriedad pretendida, lo expresará así, con lo cual quedará conclusa el acta”.

6.1.2.- Modelos de entidades

Hay instituciones, organismos o entidades de carácter público que tienen su propio modelo de declaración de la existencia de una situación de guarda de hecho, que debe firmar el guardador bajo su responsabilidad a los efectos de dicha entidad. Así ocurre en los supuestos derivados de la Ley de Dependencia, para solicitar pensiones o ingresos en residencias o centros especiales.¹⁹⁷¹

6.1.3.- Jurisdicción voluntaria

Señala Fábrega Ruiz¹⁹⁷², como posible forma de reconocimiento, “un procedimiento de jurisdicción voluntaria finalizado por una resolución judicial que declare la existencia de una guarda de hecho. El mayor problema que presenta este medio de constatación es que la actividad jurisdiccional es lenta y el nombramiento de

¹⁹⁷⁰ FÁBREGA RUIZ, C. F., *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, cit., p. 175.

¹⁹⁷¹ FÁBREGA RUIZ, C. F., *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, cit., p. 175.

¹⁹⁷² FÁBREGA RUIZ, C. F., *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, cit., p. 175.

tutor ordinario tardará lo mismo y será más conveniente, lo que podría basarse en los arts. 303 y 762 LEC y 158 CC”.

Sánchez Hernández¹⁹⁷³ apunta que “en los últimos años proliferan las resoluciones judiciales que se limitan a constatar la existencia de una situación de guarda de hecho para exhibirse ante quien demanda la acreditación con el siguiente modelo en su parte dispositiva: “Se tiene por guardador de hecho de D. X a D. Y, debiendo rendir cuenta anual de su gestión, solicitar autorización judicial para cualquier gasto extraordinario” que exceda de una cantidad de euros e informar al Juzgado de cualquier cambio de residencia de la persona en cuyo interés actúa.

6.1.4.- Medidas cautelares

Otra forma de reconocimiento de la guarda de hecho e incluso de su establecimiento podría ser a través de las medidas cautelares del art. 762 LEC. Aunque parece lógico que se nombre preferentemente un administrador o un defensor judicial, no excluye esta posibilidad.

6.1.5.- Certificación del director del centro residencial

Si el incapaz es atendido en un centro residencial, el director del mismo es la persona que materializa esta guarda y podría emitir una certificación en este sentido.

Fábrega Ruiz¹⁹⁷⁴ señala que cuando el incapaz se encuentra residiendo “en un centro residencial, se encuentra atendido por la entidad titular del mismo, siendo la persona que materializa esta guarda el director como máximo responsable del centro. Por vivir allí cotidianamente el discapaz, el director es guardador de hecho en esa cotidianidad y en el campo personal, lo que conlleva para él obligaciones y derechos que deben clarificarse con el fin de evitar conflictos con los familiares del interno, tutores o no.

Esta guarda, que en muchos casos ha terminado transformándose en tutela formal, deriva de las obligaciones “de los responsables de los centros en caso de desamparo del incapaz – por carencia o total desentendimiento de los parientes—. El Director se encuentra en una, casi automática, situación de guardador de hecho, lo que no deja de plantearle problemas por la aformalidad de la misma por lo que muchos prefieren su

¹⁹⁷³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., p. 52.

¹⁹⁷⁴ FÁBREGA RUIZ, C. F., *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, cit., p. 176.

designación como tutor, no como deber, sino como garantía de la actuación que como guardadores realizan”.

En la práctica esta especial guarda de hecho plantea diversos problemas:

- La inestabilidad derivada de los cambios en el personal del centro.
- La posible incompatibilidad entre su labor como gestor de la entidad y la de protector del discapacitado.
- Las posibles interferencias de los familiares que se creen con derechos sobre la persona sin aceptar el criterio de terceros.

Por lo cual, según Fábrega Ruiz¹⁹⁷⁵, sería “conveniente la formalización como tutor o como guardador designado judicialmente, si bien no nombrando a la persona física que ocupa el cargo de Director, sino al cargo en sí o a la entidad titular del Centro sin perjuicio de que la misma comisione a la persona del Director para su ejercicio como tutor delegado. Con ello se evitarían los problemas derivados de los ceses y nuevos nombramientos que harían necesario un nuevo nombramiento judicial.”.

6.1.6.- Decreto del MF

En teoría podría constatarse la guarda por un decreto especial del MF en este sentido. dictado en un expediente informativo a tal fin, si bien esta posibilidad resulta de nula aplicación práctica.

6.1.7.- Anotación en el RC

La anotación puede ser una de las medidas cautelares adoptadas conforme al art. 762 LEC, así que la guarda de hecho que accede al RC será aquella respecto a la cual el juez haya tomado alguna medida.

Es discutible que el guardador de hecho, por sí mismo, pueda promover la anotación preventiva.

El art. 40.1, 2, 3.1º, 6º y 8º LRC establece: “1. *Las anotaciones registrales son la modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo, salvo los casos en que la Ley les atribuya valor de presunción.*

¹⁹⁷⁵ FÁBREGA RUIZ, C. F., *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, cit., p. 176.

2. Las anotaciones registrales se extenderán a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado.

3. Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos:

1.º El procedimiento judicial, administrativo o registral en trámite que pueda afectar al contenido del Registro Civil.

6.º La sentencia o resolución canónica cuya ejecución en cuanto a efectos civiles no haya sido decretada aún por el Tribunal correspondiente.

8.º Las actuaciones tutelares y de otras figuras tuitivas previstas en la Ley, en los casos que reglamentariamente se determinen.”.

De este modo se puede acreditar la condición de guardador de hecho¹⁹⁷⁶.

6.2.- Representación

Art. 164 RN: “La intervención de las otorgantes se expresará diciendo si lo hacen por su propio nombre o en representación de otro, reseñándose en este caso los datos identificativos del documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia, no siendo preciso que la representación legal se justifique si consta por notoriedad al autorizante”.

Fábrega Ruiz¹⁹⁷⁷ destaca que “es posible que el notario, cuando se encuentre ante una representación” que conozca (o llegue a conocer por notoriedad) “pueda permitir la actuación en representación de una persona sin capacidad suficiente en un determinado acto jurídico”. El principal problema está en “si la guarda de hecho puede catalogarse o no como representación legal.

Si consideramos que si lo es, nada obstara a que, por acta de notoriedad, se lleve a cabo su constatación con plenos efectos jurídicos a través de este sencillo procedimiento notarial”.

Ahora bien, la afirmación de considerar la guarda de hecho como representación legal”, “no deja de plantear problemas, ya que no se encuentra recogida expresamente como tal en nuestra legislación”.

Algunos entienden que el guardador de hecho no es representante legal del discapaz, sin embargo otros consideran que cuando actúe en interés del discapaz y con utilidad para el mismo será un auténtico, aunque *sui generis*, representante legal. Es

¹⁹⁷⁶ PÉREZ MONGE, M. “Comentario al art. 303 CC”, cit. p. 1313.

¹⁹⁷⁷ FÁBREGA RUIZ, C. F., *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, cit., p. 175.

verdad que el art. 215 CC no lo incluye junto a las instituciones de guarda, pero es posible deducirla del art. 304 CC, el CC lo regula y lo incluye en el mismo título; y además la ley lo reconoce en la medida que el art. 3 LPPD permite al guardador de hecho constituir el patrimonio protegido en representación del discapaz¹⁹⁷⁸.

En todo caso, la habilitación para actuar del guardador de hecho en su origen proviene directamente de la ley y no de una resolución judicial o administrativa previa.

7.- Ámbito de actuación

Sus facultades no están claramente delimitadas. El guardador de hecho debe actuar de buena fe y con la diligencia de un buen padre de familia, tanto en la esfera personal como en la patrimonial, siempre que sea en interés del guardado. Prestará los cuidados y atenciones que le permitan desenvolverse en la vida diaria y social.

7.1.- Ámbito personal

En el ámbito personal, el guardador de hecho apoya al presunto incapaz en todos los aspectos de su vida, tiene el deber de cuidarlo, alimentarlo, prestarle asistencia médica, formación y, si es posible, promover la adquisición o recuperación de su capacidad. Puede inscribir a la persona con discapacidad en algún curso educativo.

En el ámbito sanitario, el guardador puede hacer una serie de intervenciones. La ley otorga derechos a familiares y allegados a propósito de su familiar o allegado enfermo¹⁹⁷⁹. Pueden:

- Solicitar asistencia médica para sus guardados.

- Recibir información. El art 5.3 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹⁹⁸⁰, establece: *“Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.”*

¹⁹⁷⁸ PÉREZ RAMOS, C., “El problema de la capacidad de obrar de los discapaces”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 42, marzo-abril 2012.

¹⁹⁷⁹ SANTOS URBANEJA, F., “La guarda de hecho: institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad”, cit., p. 32.

¹⁹⁸⁰ BOE-A-2002-22188

El RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización¹⁹⁸¹, dedica el Apartado 7 del Anexo III a “Atención a la salud mental” y establece: “[...] La atención a la salud mental, que garantizará la necesaria continuidad asistencial, incluye:

7.7 Información y asesoramiento a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador/a principal.”.

– Prestar consentimiento por representación. El art. 9.3 de la Ley 41/2002, establece: “3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.”.

– Si ha sido nombrado interlocutor en documento de instrucciones previas. El art. 11.1 de la Ley 41/2002, establece: “[...] El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.”.

– Ser consultado en caso de urgencia (art. 9.2 de la Ley 41/2002).

7.2.- Ámbito patrimonial

El guardador de hecho podrá hacer actos en nombre del guardado que serán válidos si redundan en su beneficio. Puede realizar actos de conservación y de

¹⁹⁸¹ BOE-A-2006-16212

administración, como pedir los derechos derivados de la ley de dependencia, disponer su cuenta corriente, interponer una demanda en defensa de sus intereses, etc.

Pero si el guardador no es el representante legal del presunto incapaz, no puede sustituirlo en negocios patrimoniales. Realiza la administración ordinaria de los bienes del presunto incapaz, pero no puede venderlos ni realizar actos de disposición sobre los mismos, salvo excepcionalmente. Puede hacer pagos ordinarios como los suministros de la vivienda o el coste de un centro.

Sánchez Hernández¹⁹⁸² sostiene que “el guardador de hecho puede realizar actos urgentes y perentorios en defensa del guardado, actos de no excesiva cuantía, actos cotidianos, como la adquisición de productos de consumo, realizar contratos de prestación de servicios. Sin embargo, hay actos que, para una parte de la doctrina, son más dudosos: p. ej. disponer de la cuenta corriente cuya titularidad corresponde al guardado, interponer una demanda, solicitar un préstamo, vender un bien del guardado o renunciar a una herencia. Tales actos, u otros que puedan suponer enajenar, disponer o gravar bienes del guardado, excepcionalmente y por razones de urgencia y necesidad puede, en utilidad del guardado, llevarlos a cabo el guardador de hecho y si no los realizare, no será tanto porque lo impida el art. 304 CC, sino por la dificultad de acreditación de la situación de guarda de hecho¹⁹⁸³ dado que se carece de título en que conste la guarda de hecho, por lo que, en determinadas situaciones, se precisa de una “resolución”¹⁹⁸⁴ que no crea la situación de guarda de hecho, sino que le otorga la virtualidad precisa que sirve de título para amparar la función del guardador de hecho”.

Por otra parte, los actos realizados por el guardador son anulables si anulándolos se defienden mejor los intereses del menor o presunto incapaz. A través de la acción de anulabilidad, se pueden impugnar los actos realizados por el guardador de hecho si causan perjuicio al guardado¹⁹⁸⁵.

Según Pérez Ramos¹⁹⁸⁶, puede instar en nombre del guardado la declaración de herederos, aceptar un legado o la herencia a beneficio de inventario, ceder bienes en

¹⁹⁸² SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., pp. 50-51.

¹⁹⁸³ FÁBREGA RUIZ, C. F., “Aproximación a la guarda de hecho...”, cit., pp. 198 y ss.

¹⁹⁸⁴ LEÑA FERNANDEZ, R., “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, cit., p. 207. “En los supuestos en que los negocios jurídicos alcancen transcendencia registral, los notarios o los registradores de la propiedad no admiten la legitimación del guardador de hecho para otorgar la correspondiente escritura pública, para lo que exigen la oportuna sentencia de incapacidad de la persona susceptible de ser incapacitada”.

¹⁹⁸⁵ LEÑA FERNANDEZ, R., “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, cit., p. 213.

¹⁹⁸⁶ PÉREZ RAMOS, C., “El problema de la capacidad de obrar de los discapaces”, *El Notario del Siglo XXI*, n° 42, marzo-abril 2012.

arrendamiento por tiempo inferior a seis años (art. 271 *a sensu contrario*), aceptar donaciones pura y simplemente, y declarar obra nueva y propiedad horizontal en un edificio ya dividido. La partición de herencia es un caso dudoso. Se podría partir por partes iguales; dejando el bien en proindiviso ordinario. Parece que podría sin problemas de ser el guardador un progenitor y siendo discutible en caso de que el guardador no fuera el progenitor, aunque podría alegarse que lo esencial es la “utilidad” y que el art. 272 CC exige la aprobación judicial *a posteriori*; y también podría realizarse aplicando las normas de gestión de negocios ajenos si luego el tutor o el juez ratifican lo realizado por el guardador.

El juez puede requerirle para que informe sobre la situación del presunto incapaz y de su actuación. Por ello, aunque no tiene las obligaciones del tutor, sí debe llevar una administración clara y ordenada, y parece procedente que obtenga autorización judicial en los mismos casos en que se exige para el tutor (arts. 271 y 272 CC); y deben ejercer su administración con la diligencia de un buen padre de familia (art. 270 CC).

8.- Desamparo

No se producirá el desamparo de un menor (art. 172 CC) o de un incapaz (art. 239 CC) si la guarda se asume adecuadamente.

La SAP de Cádiz, de 22 de diciembre de 2004¹⁹⁸⁷, contiene un resumen de la jurisprudencia menor acerca de la relación entre desamparo y guarda de hecho: “A) *La guarda de hecho, [...] está reconocida como figura dotada de un cierto, aunque mínimo y provisional, estatuto legal o jurídico y sustantividad propia, merecedora, por tanto, de respeto durante el tiempo imprescindible para que se establezcan y entren en funcionamiento las instituciones tutelares o de protección de menores dotadas de normalidad, al margen y distintas de la tutela automática, B) El desamparo siempre tiene que concretarse en un resultado determinado, que es la desprotección del menor de edad; es decir su privación de la necesaria asistencia, ya sea material (alimentos) o moral (afectividad, educacional, relaciones personales, etc.), C) no toda guarda de hecho evidencia desprotección del menor ni, por tanto, desasistencia moral o material, D) no obstante la necesaria provisionalidad de la guarda de hecho, no es obligado el tratamiento o calificación de situación de desamparo.*” Concluye afirmando que: “*la doctrina y la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales que se ha ocupado de*

¹⁹⁸⁷ JUR 2006, 33273

las relaciones entre guarda de hecho y tutela administrativa ha defendido, de forma [...] unánime, que la existencia de un guardador que atiende de modo efectivo las necesidades del menor excluye la situación de desamparo y por ende, la tutela administrativa”.

El criterio de la Fiscalía General del Estado, recogido en la Circular 8/2011 sobre Criterios para la unidad de actuación especializada del MF en materia de protección de menores¹⁹⁸⁸, resume las relaciones entre guarda de hecho y desamparo de la siguiente manera: “1.^a Conocida una situación de guarda de hecho, es preciso promover la constitución de una institución de protección estable. Además, si ello conviene al interés del menor, podrá promoverse y acordarse provisionalmente el mantenimiento de la guarda de hecho como medida cautelar y hasta tanto se constituya o restablezca la institución de protección estable, cuando las circunstancias en las que se desenvuelve dicha guarda de hecho pongan de manifiesto que el menor está recibiendo la necesaria asistencia material y moral. 2.^a Puede ser causa para declarar el desamparo o para suspender o privar de la patria potestad el abandono del menor por sus padres, aunque otra persona, desinteresadamente o no, pero sin obligación ni vínculo jurídico ni personal con el niño, lo recoja y cuide de él. 3.^a Siempre ponderando las singularidades de cada caso”, “se apoyará la opción de declarar en situación de desamparo con asunción de tutela automática al menor entregado con carácter permanente a personas ajenas al círculo familiar, sin perjuicio de evaluar el tiempo y los resultados de la guarda de hecho para que –si así lo exige el interés del menor– los guardadores sean designados acogedores.”.

En la STS, de 27 de octubre de 2014¹⁹⁸⁹, se destaca que si existe un guardador de hecho del menor, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser determinantes las circunstancias concretas de la guarda de hecho interpretadas al amparo del superior interés del menor.

9.- Responsabilidad

¹⁹⁸⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 8/2011 sobre Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores. Consultada en:

<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular%20Proteccion%20Menores.pdf?idFile=3922de06-9a5f-45de-ac27-1f3a56af606d>

¹⁹⁸⁹ Id Cendoj: 28079110012014100534

Sobre la responsabilidad civil del guardador hecho, puede ser de dos tipos: la originada por los actos realizados en el ejercicio de su función y la que deriva de los actos que haga el guardado.

9.1.- Originada por el guardador

Sánchez Hernández¹⁹⁹⁰ señala, “respecto de la responsabilidad del guardador de hecho por los daños y perjuicios ocasionados al guardado o a tercera persona se estará a lo dispuesto en el art. 1902 CC”, que dice: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”*.

El que alegue la responsabilidad del guardador debe probar su culpa o negligencia y que existe el daño, “el nexo causal entre el comportamiento y el daño, así como la existencia de culpa *in vigilando* del guardador de hecho”.

Hay que tener en cuenta el art. 304 CC, en base al cual la persona del guardado está protegida por una acción de anulabilidad, que permite impugnar y anular cualquier acto que haya efectuado el guardado y que no haya redundado en beneficio del guardado.

9.2.- Originada por el guardado

Sobre los daños causados a terceros por el guardado, hay que estar al art. 1903 párr. 1º CC, que dice: *“La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”*¹⁹⁹¹.

¹⁹⁹⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., pp. 54-56.

¹⁹⁹¹ Continúa el art. 1903 CC diciendo: *“Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.*

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”.

El art. 1903 CC literalmente no contempla al guardador de hecho, ya que cita solo a los padres y a los tutores, se duda sobre su interpretación restrictiva o extensiva¹⁹⁹². Se defiende la aplicación extensiva, indica Sánchez Hernández¹⁹⁹³, “por existir entre el guardador y el guardado una relación de jerarquía y subordinación¹⁹⁹⁴ que permite al primero dar órdenes al segundo¹⁹⁹⁵. En todo caso, si se quiere respetar la literalidad del art. 1903 CC, cabe acudir al art. 1902 CC, si el hecho dañoso del guardado se debió” a culpa o negligencia *in vigilando* del guardador de hecho¹⁹⁹⁶.

El art. 61.3 LORPM dice: “3. *Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.*”.

Si el guardador de hecho ha respondido por los actos dañosos del guardado, cabe plantearse si puede repetir contra este por analogía con lo dispuesto en el art. 1904 CC. El guardador ha respondido por el art. 1903 (o en su caso, por el art. 1902 CC), por culpa propia, por omisión del deber de vigilancia, por lo que no puede admitirse que pueda repetir contra el guardado¹⁹⁹⁷.

No cabe “la acción de regreso a través de la remisión del art. 306 al art. 220 ambos del CC¹⁹⁹⁸, ya que este precepto se refiere a supuestos en los que el guardador de hecho hubiese sufrido daños y perjuicios, sin culpa por su parte”, cosa que aquí no ocurre.

¹⁹⁹² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, t. IV, ed. Reus, Madrid, 1981, p. 941.

¹⁹⁹³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., pp. 54-56.

¹⁹⁹⁴ No acepta esta analogía BUSTOS VALDIVIA, I., “El guardador de hecho ante los hechos dañosos producidos por su guardado”, en R. Herrera Campos (coord.), *Libro Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Universidades de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000, p. 281”.

¹⁹⁹⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Sistemas de Derecho Civil*, vol. II, ed. Tecnos, Madrid, 2006, p. 649.

¹⁹⁹⁶ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, cit., pp. 54-56; Sánchez Hernández dice que “en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito, son numerosas las SSTs en que se considera al guardador de hecho responsable civil en base a una *ratio decidendi* de carácter penal, así las SSTs de 13 de septiembre de 1984 (RJ 1984, 4296) y de 5 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1650)”.

¹⁹⁹⁷ ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho civil II*, ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 515; “defiende que la responsabilidad del art. 1903 es subsidiaria, de manera que el que responda de los daños nada tendrá que reclamar contra el autor material del daño”.

¹⁹⁹⁸ ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho*, cit., p. 140; “considera que el juego del art. 1903 CC impide el del art. 220 CC porque si hay responsabilidad civil en base al art. 1903 CC, existe culpa del guardador de hecho”.

Si el causante del daño es penalmente inimputable, el art. 118.1.1ª CP establece que: *“1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:*

1.ª En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.

Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.”.

La inimputabilidad penal no excluye que el juez pueda considerar al autor de los hechos imputable civil. En tal caso, deberá indemnizar a las víctimas con su propio patrimonio y la responsabilidad de los guardadores solo será exigible si son culpables (STS, de 6 de octubre de 1989¹⁹⁹⁹).

10.- La guarda de derecho

La guarda de hecho en nuestra legislación está concebida para desaparecer en cuanto se constate su existencia y se pase a otra forma tutiva. Por ello, carece de estabilidad, pero esto no tiene por qué ser así.

10.1.- Legislación

De hecho, se encuentra regulada o afectada, aunque sea escasamente, tanto en el CC (arts. 303, 304 y 306), como en la LJV (art. 52), en la LPPD (art. 3), en la LEC (art. 762), LRC (art. 40), y en otras normas legales.

En todos estos arts. se concede cobertura legal y amplias facultades a la autoridad judicial para mantener la guarda de hecho si fuera conveniente para la persona guardada. El guardador de hecho estará sujeto al control y vigilancia del juez y tendrá la legitimación que la resolución judicial le otorga, con lo que tendría un respaldo de derecho. Con lo que soluciona el principal problema para la autoridad judicial del

¹⁹⁹⁹ TOL 5.133.027

guardador de hecho, cuál es su acreditación, que efectuará con el auto judicial, que incluso podrá acceder al RC (art. 40.3.9º LRC).

10.2.- Supuestos

Lescano Feria²⁰⁰⁰ señala que “aunque, formalmente, el CC garantiza la protección de las personas con discapacidad, sigue existiendo un rechazo sociológico a la incapacitación²⁰⁰¹, producto de la falta de ajuste a las necesidades de protección de cada persona”.

Hay que “adaptar las instituciones tuitivas existentes a los requerimientos concretos de la persona incapacitada. Se trata de lograr un sistema de protección personalizado que tomase en consideración las necesidades concretas de la persona”. Porque, si bien se cuenta con un modelo de protección bien argumentado, en la práctica no funciona. Por tanto, resulta imprescindible adaptar los mecanismos de protección a las circunstancias discapacitado en cada momento²⁰⁰².

Se dan “situaciones en las que el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar resulta ser incompatible, porque, o bien se trata de circunstancias que no se ajustan al art. 200 CC”, “pero que requieren protección; o bien se contienen, pero la incapacitación no resulta ser el medio más conveniente”²⁰⁰³.

“Existen otras formas de protección, que, judicialmente controladas, pueden garantizar los derechos personales y patrimoniales de las personas, sin necesidad de llegar al procedimiento de modificación de la capacidad de obrar”²⁰⁰⁴. Procedimiento que no hace falta entablar si la persona ya tiene protección en su círculo familiar o social.

²⁰⁰⁰ LESCANO FERIA, P., “La guarda de hecho a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, ed. Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2015.

²⁰⁰¹ SEGURA ZURBANO, J. Mª., “La auto-incapacitación, la auto-tutela y los poderes preventivos de la incapacitación”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 20, 2005, pp. 61-84; GONZÁLEZ PORRAS, J. M., “Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas”, en R. Casado Raigón/I. Gallego Domínguez (coord.), *Personalidad y capacidad jurídica*, 2005, pp. 697-710.

²⁰⁰² ELÓSEGUI SOTOS, A., “Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal”, en S. De Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de la protección en materia de discapacidad*, 2010, p. 255.

²⁰⁰³ LESCANO FERIA, P., “La guarda de hecho a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, cit.

²⁰⁰⁴ SANTOS URBANEJA, F., “Dos cuestiones relativas a la protección legal de las personas mayores: ¿Qué debemos proteger?, ¿qué significa capacidad para decidir por sí mismas?”, en J. M. González Porras/I. Gallego Domínguez (coord.), *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas Legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas Mayores*, Córdoba, 17-18 de noviembre de 2000, p. 85.

Como indica Leciñena Ibarra²⁰⁰⁵, “se ha acudido a esta figura como actuación de carácter temporal a la espera de la adopción de otras medidas de protección en la esfera personal y patrimonial del guardado”. Así, la SAP de Burgos, de 18 de enero de 1999²⁰⁰⁶ y el AAP de Barcelona, de 28 junio de 2007²⁰⁰⁷.”.

Y “también aparece cuando es necesaria la intervención de la persona con discapacidad en un negocio jurídico” y se obvia su incapacitación. Hay personas con alguna limitación que están bien cuidadas a cargo de un guardador de hecho que cubre todas sus necesidades salvo las jurídicas, cuando sea necesario que las mismas presten un consentimiento, o puedan no entender un concreto negocio pero son plenamente capaces para gestionar su vida.

“Con el mantenimiento o la creación *ex novo* por la autoridad judicial de la guarda de hecho (derivando con ello en guarda de derecho), se buscan soluciones que cohabiten con la tutela o la curatela pero satisfagan necesidades distintas de las que cubren éstas; un recurso con el que dar respuesta a las concretas necesidades de las personas con discapacidad, lejos de los procedimientos de incapacitación, invasivos de su capacidad de obrar y en clara alternativa a los mismos”.

10.3.- Jurisprudencia

Leciñena Ibarra²⁰⁰⁸ señala que “lo cierto es que la realidad judicial desafía la concepción de la guarda de hecho como situación fáctica “inadecuada” a la que se aconseja poner fin cuanto antes, para ofrecernos una utilización versátil de la figura, desvelando su potencial como instrumento de protección incorporado de facto al elenco de figuras que recoge el art. 215 CC. En efecto, los repertorios de jurisprudencia nos descubren una reorientación de esta guarda hacia una figura tuitiva flexible, capaz de perpetuarse en el tiempo, idónea para salvar la ausencia en nuestro ordenamiento de una figura apta para prestar el apoyo necesario que la CDPD prescribe”.

Hay reconocimiento de la existencia de esta guarda de derecho en diversas disposiciones judiciales como: la SAP de Zamora, de 30 de julio de 2012²⁰⁰⁹, el AAP de

²⁰⁰⁵ LECIÑENA IBARRA, A., “La guarda de hecho y el sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: consideraciones sobre una posible reforma”, cit.

²⁰⁰⁶ AC 1999\2949

²⁰⁰⁷ JUR 2007\292702

²⁰⁰⁸ LECIÑENA IBARRA, A., “La guarda de hecho y el sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: consideraciones sobre una posible reforma”, cit.

²⁰⁰⁹ JUR 2004\255455

Zamora, de 24 de noviembre de 2005²⁰¹⁰, y la STS, de 29 de marzo de 2001²⁰¹¹. Todos ellos casos en los que no se constituye la tutela por considerar que no existe causa suficiente de privación de la potestad o en su caso, de remoción de tutor, lo que se hace es nombrar guardadores, normalmente a los abuelos o tíos.

El Auto del Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba, nº 5, de 29 de abril de 2013²⁰¹², en aplicación de la CDPD, y la LAAD, acuerda en base al art. 216.2 CC en relación con el art. 158 CC, habilitar a los padres en su condición de guardadores de hecho de su hijo para disponer de los fondos de la cuenta bancaria de este. Con lo que no insta la incapacitación en base al art. 303 CC, que hubiera sido lo normal.

10.4.- Conclusión

Algunos autores propugnan la extensión de la guarda de hecho y una regulación más extensa.

Parra Lucán²⁰¹³ destaca que “si se regula la guarda de hecho y se establecen requisitos y formalidades, acreditaciones y controles, a medio y largo plazo ya no será una guarda de hecho, sino que en la práctica se convertirá en una guarda de derecho sin previa incapacitación o, si se quiere, una “incapacitación” más relajada, sin procedimiento judicial contradictorio, sin las garantías del procedimiento de incapacitación, pero en las que alguna autoridad externa (¿los servicios sociales? ¿la autoridad judicial?) deberán comprobar que concurren los presupuestos para legitimar la actuación del guardador en la gestión de los asuntos del incapaz”.

Pero al haber menos garantías, se pueden producir fraudes y abusos. Riesgo que se minimiza si el entorno familiar es favorable y no hay desconfianzas sobre las decisiones personales ni sobre la gestión patrimonial. También si no hay un patrimonio relevante y en la práctica la guarda se limita al cuidado personal.

Se discute sobre la conveniencia de una generalización de las guardas de hecho, porque se le priva al incapaz de las garantías existentes en las instituciones de guarda y protección; y también porque en el ámbito personal hay decisiones muy relevantes.

²⁰¹⁰ JUR 2006\28448

²⁰¹¹ RJ 2001\9852

²⁰¹² JUR 2013\208043

²⁰¹³ PARRA LUCÁN, Mª. A., “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en S. De Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Colección Monografías de Derecho Civil, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 263-264.

La realidad es que la guarda de hecho se ha convertido en una figura útil y adaptable con rapidez y facilidad a diversas situaciones.

Según Leciñena Ibarra²⁰¹⁴, esta actuación de los operadores jurídicos “pone de manifiesto, primero la buena disposición de la figura en la protección de los intereses personales y económicos de los mayores con discapacidad en clara alternativa a su necesaria incapacitación; y segundo la posible conveniencia *de lege ferenda* de su reconocimiento legal como guarda de apoyo a personas que, pese a sus limitaciones para actuar por sí solas, no se justifica o no resulta conveniente o necesaria su incapacitación judicial”.

Lescano Feria²⁰¹⁵ señala que “si el incapaz no incapacitado está bajo la guarda de hecho y ésta se ejerce de una manera plena, satisface y beneficia a la persona se puede considerar como mecanismo de protección idóneo, sin necesidad de llegar al proceso de modificación de la capacidad de obrar, que en muchos de los casos es una situación traumática para las familias y para la persona que tiene disminuida su capacidad²⁰¹⁶. En estos supuestos, es claro que no existe motivo para incapacitar y si no lo hay no tiene porqué iniciarse la incapacitación, la cual se reserva para los supuestos más graves”.

Así, Elósegui Sotos²⁰¹⁷ se pregunta: “¿Para qué vamos a incapacitar a una persona que se encuentra guardada de hecho y no tiene problemas? Si la guarda de hecho está funcionando correctamente, no sé qué beneficio mayor le pueda dar la incapacitación”.

Además, si se adopta esta guarda, siempre está abierta la posibilidad de promover con posterioridad y en caso de considerarlo más conveniente o de que no funcione la guarda de modo correcto, la incapacitación de la persona guardada.

La CDPD cambia el planteamiento de la discapacidad. Cambia a la sustitución por representación por los apoyos necesarios. Las figuras tuitivas ya no sustituyen la voluntad del tutelado, sino que le asisten para ejercitar su capacidad de obrar respetando sus derechos, voluntad, preferencias y autonomía. Santos Urbaneja²⁰¹⁸ precisa que “la

²⁰¹⁴ LECIÑENA IBARRA, A., “La guarda de hecho y el sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: consideraciones sobre una posible reforma”, cit.

²⁰¹⁵ LESCANO FERIA, P., “La guarda de hecho a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, cit.

²⁰¹⁶ ELÓSEGUI SOTOS, A., “Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal”, cit., pp. 251-252.

²⁰¹⁷ ELÓSEGUI SOTOS, A., “Aspectos judiciales. Taller de trabajo”, en J. L. Madrazo Juanes/ J. L. Basoko Eizagirre/J. I. Pozo Chico (dir.), *I Congreso. La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, Donostia-San Sebastián 9 y 10 de marzo 2006, p. 97

²⁰¹⁸ SANTOS URBANEJA, F., “La guarda de hecho: institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad”, marzo 2017, p. 5.

Disponible en: <<http://fernandosantourbaneja.blogspot.com.es/2017/04/>>

promulgación de la CDPD obliga a adaptar la legislación española con una inaplazable reforma del CC y la LEC.

No obstante lo anterior, existen en la legislación civil española instituciones e instrumentos que pueden servir para plasmar en la práctica y hacer realidad los principios de la CDPD”, sin tener que llegar a la incapacitación judicial, medidas menos restrictivas de derechos como la figura del guardador de hecho, que es práctica y debería ser mucho más utilizada por los profesionales del derecho que tienen muchas reticencias respecto a la utilización de la misma. Quizás sea por las dificultades en la acreditación de su existencia, lo que crea inseguridad jurídica.

11.- Extinción

El CC no determina las causas de extinción de la guarda de hecho, pero podemos decir que termina:

- Cuando el presunto incapaz recupere la razón o el menor alcance la mayoría de edad.
- Cuando desaparezcan las causas que la motivaron.
- Por la muerte, declaración de fallecimiento, ausencia del guardador de hecho o del guardado.
- Por incapacitación del guardador.
- Cuando la autoridad judicial sustituya al guardador de hecho por otra persona en el mismo cargo por ser más idóneo o dispuesto, o transitoriamente por un defensor judicial; o de modo definitivo por un tutor o curador.
- Si a quien la ejercía el juez le nombra defensor judicial (art. 758 LEC) o administrador judicial (art. 299 bis CC), porque ya no será una guarda de hecho, su función se limitará a las funciones que determine la resolución judicial que le nombra y le legitima.
- Por decisión del guardador, con causa justificada y previo conocimiento de la autoridad judicial.
- Y *de facto*, cuando el guardador abandone su función voluntariamente, caso en el que podría producirse una situación de desamparo.
- En todo caso por decisión judicial.

12.- Ley de Dependencia

La LAAD y el Libro Blanco de la Dependencia²⁰¹⁹ tratan de cambiar el paradigma de la asistencia familiar por el sistema de atención a la dependencia profesionalizada. El último, destaca Fábrega Ruiz²⁰²⁰, impulsó “la generalización de las instituciones tutelares, para que velen porque ninguna persona en situación de dependencia quede sin guarda legal, lo que parece excluir la guarda de hecho”. Pero no es así porque “la guarda de hecho es una de las formulas previstas legalmente para la protección de las personas con discapacidad como lo demuestra su inclusión en el articulado del CC” y además tiene una gran implantación práctica.

El guardador de hecho puede tener intervención en los mecanismos establecidos en la Ley de Dependencia.

El art. 4.2 j) LAAD establece que las personas en situación de dependencia tendrán derecho *“A iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley [...] En el caso de los menores o personas incapacitadas judicialmente, estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal”*.

El art. 28.1 LAAD, al regular el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema, indica que el mismo se iniciará: *“a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especificidades que resulten de la presente Ley”*²⁰²¹.

Luego están legitimados para poner en marcha los mecanismos de la ley: la persona afectada por la dependencia o persona que lo represente.

La cuestión es qué ocurre si el dependiente no ha sido incapacitado, entonces se plantea si será posible que la petición la presente, conforme al art. 304 CC, el guardador de hecho por ir esta en beneficio del discapaz.

²⁰¹⁹ IMSERSO, *Atención a las personas en situación de Dependencia, Libro Blanco de la Dependencia*, edita Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), Madrid, 2004. Consultado en: < <https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/libroblanco.pdf> >

²⁰²⁰ FÁBREGA RUIZ, C. F., *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, cit., pp. 206-207.

²⁰²¹ La remisión a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común debe entenderse hecha a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Es evidente que la persona dependiente tiene interés en que se valore su dependencia y si la petición la presenta el guardador de hecho, (un familiar directo o persona allegada) debe admitirse aunque no esté legitimado estrictamente por la ley.

Además, el art. 19.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa concede legitimación a *“Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo”*.

En el mismo sentido, el art. 54 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que el procedimiento puede iniciarse a instancia de persona interesada, recogiendo el concepto de interesado el art. 4 entre los que se incluyen *“Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos”*.

Habrà que determinar si el guardador de hecho tiene interés legítimo, parece claro que sí, ya que se le permite solicitar la prestación y al familiar cuidador le interesa la concesión de la ayuda para la dependencia; y parece que es lo más conveniente con la línea de la Ley. Y así lo ha contemplado nuestra jurisprudencia civil, que admite que el guardador de hecho puede actuar como demandante en interés de su guardado.

VI.- ART. 1377 CC

Un caso singular dentro de este tema es el previsto en el art. 1377 CC, que dice: *“Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges.*

Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes.”.

Con lo que si un cónyuge está privado de prestar su consentimiento por razón de discapacidad, puede hacerlo el otro con autorización judicial sin necesidad de recurrir a un largo y complejo procedimiento de incapacitación.

TEMA VII.- LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006, SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

I.- EL PROCESO FORMATIVO DE LA CONVENCIÓN

1.- Antecedentes

1.1.- Naciones Unidas

La AG de las NNUU aprobó la CDPD y el Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (PFCDPD), el 13 de diciembre de 2006.

Antes ya había otros instrumentos de DDHH que se referían a la discapacidad. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)²⁰²², el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)²⁰²³ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁰²⁴, que constituyen en su conjunto la Carta Internacional de DDHH²⁰²⁵. Promueven y protegen los derechos de todas las personas, incluyendo a las personas con discapacidad, mediante la cláusula de la no discriminación. Aparece en el art. 2 de los tres instrumentos, que dispone que los Estados han de garantizar los DDHH sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social²⁰²⁶. La expresión “*cualquier otra*

²⁰²² Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la AG en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

²⁰²³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la AG en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.

²⁰²⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la AG en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el art. 49.

²⁰²⁵ La Carta Internacional de Derechos Humanos comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos.

²⁰²⁶ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Guía de formación*, Serie de capacitación profesional, n° 19, Nueva York y Ginebra, 2014, p. 23.

Art. 2 DUDH: “*Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*”.

Art. 2 PIDESC: “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*”.

Art. 2 PIDCP: “*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión,*

condición social” comprende la protección contra la discriminación por motivos de discapacidad²⁰²⁷.

Otros tratados sobre DDHH, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²⁰²⁸, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²⁰²⁹, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes²⁰³⁰, la Convención sobre los Derechos del Niño²⁰³¹ y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares²⁰³², también imponen a los Estados las obligaciones de luchar contra la discriminación y eliminarla. De todos estos instrumentos, solo la Convención sobre los Derechos del Niño menciona la discapacidad en su art. 2 (*“los impedimentos físicos”*) entre los motivos prohibidos de discriminación: *“Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.”*.

En el Convenio n.º 159 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas)²⁰³³, se aborda la cuestión de la igualdad de oportunidades, la igualdad de trato y la no discriminación. También es de destacar la Convención de la ONU para la Educación, la Ciencia y la Cultura, relativa a

opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”.

²⁰²⁷ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 23.

²⁰²⁸ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la AG en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el art. 19.

²⁰²⁹ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada el 18 de diciembre de 1979, por la AG de las NNUU. Entrada en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981.

²⁰³⁰ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la AG en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el art. 27.

²⁰³¹ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la AG en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el art. 49.

²⁰³² Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Adoptada por la AG en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

²⁰³³ Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo, durante su LXIX reunión, celebrada en Ginebra, el 20 de junio de 1983.

la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza²⁰³⁴, particularmente cuando se complementa con los principios de una educación inclusiva aprobados en la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales: Acceso y Calidad²⁰³⁵.

Son relevantes las declaraciones autorizadas de los comités que supervisan la aplicación de los tratados de DDHH. Como importantes para las personas con discapacidad podemos citar las Observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales n.º 20²⁰³⁶, en ella se explica que las palabras “*cualquier otra condición social*” abarcaban, entre otras cosas: la discapacidad, la edad, la nacionalidad, el estado civil y la situación familiar, la orientación sexual e identidad de género, el estado de salud, el lugar de residencia y la situación económica y social; y la n.º 5²⁰³⁷, en la que se definen los factores que causan discriminación contra las personas con discapacidad. La Recomendación general n.º 18 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer²⁰³⁸, que se refiere a la doble discriminación que afecta a las mujeres con discapacidad (como mujeres y como personas con discapacidad). Y la Observación general n.º 9 del Comité de los Derechos del Niño²⁰³⁹, acerca de los derechos de los niños con discapacidad²⁰⁴⁰.

Otros instrumentos relevantes de DDHH son la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental²⁰⁴¹, que es el primer instrumento específico de NNUU en el que se reconocen derechos a la persona con discapacidad intelectual; la Declaración de los Derechos de los Impedidos²⁰⁴², el Programa de Acción Mundial para las Personas con

²⁰³⁴ Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada en París el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la ONU para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Entrada en vigor: 22 de mayo de 1962, de conformidad con el art. 14.

²⁰³⁵ Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales: Acceso y Calidad. Celebrada en Salamanca, España, 7- 10 de junio 1994.

²⁰³⁶ Observación General n.º 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, párr. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 42º periodo de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009.

²⁰³⁷ Observación general n.º 5: Personas con discapacidad, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11º período de sesiones, 1994.

²⁰³⁸ Recomendación General n.º 18: Mujeres discapacitadas, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, décimo período de sesiones, 1991.

²⁰³⁹ Observación General n.º 9: Los derechos de los niños con discapacidad, del Comité de los Derechos del Niño, 43º periodo de sesiones, Ginebra, 11 a 29 de septiembre de 2006.

²⁰⁴⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 23-24.

²⁰⁴¹ Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, proclamada por la AG en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971. En su punto 1 afirma que “*El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos.*”.

²⁰⁴² Declaración de los Derechos de los Impedidos, proclamada por la AG en su resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

Discapacidad²⁰⁴³ y las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad²⁰⁴⁴. Aunque no son jurídicamente vinculantes, esos instrumentos, que fueron aprobados por la AG de las NNUU, “simbolizan el compromiso moral y político de los Estados a los efectos de la adopción de medidas encaminadas a proteger a las personas con discapacidad, lo que incluye la legislación y las políticas nacionales”²⁰⁴⁵.

En la década de los ochenta se evolucionó desde el modelo rehabilitador hacia el modelo social en el ámbito internacional. Así, el año 1981 fue proclamado Año Internacional de los Impedidos²⁰⁴⁶ por la AG de NNUU con el lema “Participación e igualdad plenas”. En 1982 se aprobó la resolución titulada Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad²⁰⁴⁷ y se declaró el Decenio de las NNUU para los Impedidos (1983-1992).

Entre sus muchos objetivos, se planteó el inicio de un proceso de elaboración de una Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Se realizó una propuesta que fue rechazada por la AG de las NNUU²⁰⁴⁸.

En 1990, la AG aprobó una resolución que respaldaba las Directrices de Tallin para el desarrollo de los recursos humanos en la esfera de los impedidos²⁰⁴⁹, en las que, según Quinn y Degener²⁰⁵⁰, se destacan varias estrategias “que incluyen la participación de las personas con discapacidades en la sociedad”, “el fortalecimiento de las actividades comunitarias y de autoayuda, la promoción de la educación y la formación, el empleo, la concienciación de la comunidad y la cooperación regional e internacional”.

El Decenio culminó con un instrumento que, no siendo vinculante, sí fue el documento paradigmático en lo referido al tratamiento y la protección de las personas

²⁰⁴³ Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por la AG el 3 de diciembre de 1982 en su resolución 37/52.

²⁰⁴⁴ Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad aprobadas por la AG el 20 de diciembre de 1993 en su resolución 48/96, anexo.

²⁰⁴⁵ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 24.

²⁰⁴⁶ Resolución de la AG, 31/123, de 16 de diciembre de 1978.

²⁰⁴⁷ Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por la AG el 3 de diciembre de 1982 en su resolución 37/52.

²⁰⁴⁸ QUINN, G. y DEGENER, T., “La aplicación de la autoridad moral. Adopción de la perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos por conducto de las normas no vinculantes de las Naciones Unidas”, en AA.VV., *Derechos Humanos y Discapacidad: Uso Actual y Posibilidades Futuras de los Instrumentos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el Contexto de la Discapacidad*, United Nations Publications, Nueva York y Ginebra, 2003, p. 26.

²⁰⁴⁹ Aprobadas en la resolución 44/70 de la AG, de 15 de marzo de 1990.

²⁰⁵⁰ QUINN, G. y DEGENER, T., “La aplicación de la autoridad moral...”, cit., p. 26.

con discapacidad en el marco de NNUU: las Normas Uniformes. En el año 1993, la AG de NNUU aprobó una resolución histórica titulada Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad. Estas normas uniformes orientan la acción de NNUU en la esfera de la discapacidad y relegan la prevención y rehabilitación del modelo médico a favor de una perspectiva de DDHH. Destaca De Lorenzo García²⁰⁵¹ que estas Normas Uniformes se han considerado como “el estándar básico legal internacional a los efectos de la adopción de programas, leyes y políticas con relación a la discapacidad”. Fueron “el único referente válido hasta la entrada en vigor de la Convención”, que las derogó pero “sobre la que irradió muchos de sus principios, valores y experiencias”.

1.2.- Europa

El Consejo de Europa tiene dos instrumentos fundamentales, que como indica De Lorenzo García²⁰⁵², “gozan de eficacia jurídica como norma de derecho internacional: el Convenio para la protección de los DDHH y de las libertades fundamentales²⁰⁵³ y sus Protocolos, especialmente el Protocolo n.º 11²⁰⁵⁴, que modifica el sistema de protección, fundamentalmente para proteger los derechos civiles y políticos; y la Carta Social Europea y sus Protocolos, incluida la revisión de 1996²⁰⁵⁵, fundamentalmente en lo que atañe a la protección de los derechos sociales”.

Hay otros tratados europeos como el Tratado de Ámsterdam²⁰⁵⁶, que “introdujo en el Tratado de la Unión Europea una disposición explícita, en su art. 13, sobre la lucha contra la discriminación en diversos ámbitos, entre otros, las discapacidades”; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁰⁵⁷, proclamada junto al Tratado de

²⁰⁵¹ DE LORENZO GARCÍA, R., “La Convención, un desafío inaplazable”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, ed. Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2015.

²⁰⁵² DE LORENZO GARCÍA, R., “La Convención, un desafío inaplazable”, cit.

²⁰⁵³ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953.

²⁰⁵⁴ Protocolo n.º 11 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio, hecho en Estrasburgo, el 11 de mayo de 1994.

²⁰⁵⁵ Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961; y Carta Social Europea revisión hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996.

²⁰⁵⁶ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (97/C 340/01) firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997, entrando en vigor el 1 de mayo de 1999.

²⁰⁵⁷ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza. Esta Carta ha sido adaptada y sustituida por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea hecha en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007.

Niza²⁰⁵⁸, “que ha comenzado a surtir plenos efectos jurídicos desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa²⁰⁵⁹, y que prohíbe la discriminación y reconoce el derecho de las personas con discapacidad de beneficiarse de medidas que favorezcan su integración”; la Comunicación de la Comisión Europea, refrendada por el Consejo en diciembre de 1996²⁰⁶⁰, sobre “Igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías. Una nueva estrategia comunitaria en materia de minusvalías” y la Comunicación de la Comisión del año 2000²⁰⁶¹ titulada “Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”; y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000²⁰⁶², relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación²⁰⁶³.

El Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, introduce importantes novedades como el “reconocimiento expreso de los derechos, libertades y principios establecidos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, otorgándole el mismo valor que los Tratados de la UE, es decir, que es jurídicamente vinculante. Los arts. 21 y 26 de la citada Carta prohíben la discriminación por razón de la discapacidad, junto a otras y explícitamente reconocen el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la Comunidad”.

También hay otros instrumentos regionales en África, América y Europa, como la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, de la Organización de los Estados Americanos²⁰⁶⁴, la Convención sobre el Reconocimiento de Calificaciones Relativas a

²⁰⁵⁸ Tratado de Niza, elaborado por el Consejo Europeo entre los días 7 y 9 de diciembre de 2000 y firmado el 26 de febrero de 2001. Entró en vigor el 1 de febrero de 2003.

²⁰⁵⁹ Tratado de Lisboa, firmado por la Unión Europea (UE) en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.

²⁰⁶⁰ Comunicación de la Comisión, de 30 de julio de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas minusválidas - Una nueva estrategia comunitaria en materia de minusvalía. (COM(96) 406 final).

²⁰⁶¹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad, de 12 de mayo del 2000 (COM/2000/0284 final)

²⁰⁶² 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. Publicado en «DOCE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000. (DOUE-L-2000-82357)

²⁰⁶³ Que ha sido transpuesta al derecho español mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

²⁰⁶⁴ Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en Guatemala el 7 de junio de 1999. Entrada en vigor: 14 de septiembre de 2001.

la Educación Superior en la Región Europea, del Consejo de Europa²⁰⁶⁵, y su Plan de Acción para la promoción de los derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad²⁰⁶⁶.

1.3.- Necesidad de la CDPD

A pesar de este aparentemente amplio marco jurídico internacional, era necesaria una convención explícita sobre los derechos de las personas con discapacidad para reafirmar sus DDHH y garantizar su participación en la sociedad; y para abordar de manera más global los problemas de las personas con discapacidad y proteger y promover mejor sus derechos con un instrumento jurídicamente vinculante.

Bariffi²⁰⁶⁷ indica que “hacia la entrada del siglo XXI, y pese a que la comunidad internacional había desarrollado una intensa labor normativa en relación con la protección específica de los derechos de las personas con discapacidad, pasando de una perspectiva médico-asistencialista a una perspectiva social y de DDHH, todos dichos esfuerzos no habían logrado establecer ningún instrumento internacional jurídicamente vinculante que resultara de aplicación específica al contexto de la discapacidad. Paralelo a ello, y aunque los tratados universales de derechos humanos eran de aplicación directa respecto de las personas con discapacidad, la práctica internacional previa a la adopción de la CDPD demostraba un escaso y deficiente abordaje de los derechos de las personas con discapacidad. Ello podía evidenciarse en las decisiones provenientes de los órganos de vigilancia de los mismos, ya sea a través de Comentarios Generales, Observaciones Finales a los informes de los Estados, y en las Comunicaciones Individuales. Asimismo, los informes presentados por los Estados Partes a los tratados internacionales de DDHH demostraban una tendencia similar.

La invisibilidad de la discapacidad en el marco de los tratados internacionales de DDHH, sumada al hecho de la presión internacional del movimiento de personas con discapacidad, generaron la necesidad imperiosa de negociar y adoptar un tratado

²⁰⁶⁵ Convenio sobre reconocimiento de cualificaciones relativas a la educación superior en la Región Europea (número 165 del Consejo de Europa), hecho en Lisboa el 11 de abril de 1997. Entrada en vigor: 1 de febrero de 1999.

²⁰⁶⁶ Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015. NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 110.

²⁰⁶⁷ BARRIFFI, F. J., *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Colección Convención ONU n.º 11, L.C. Pérez Bueno/L. Lidón Heras (dir.), Cermi, Ediciones Cinca, Madrid, 2014, p. 446.

internacional de DDHH específico de protección de los derechos de las personas con discapacidad.”.

La realidad es que seguían considerándose beneficiarias pasivas de la asistencia y no auténticos titulares de derechos; y a pesar de algunas mejoras, la situación era nefasta. Las personas con discapacidad eran invisibles en sus sociedades y seguían siendo marginadas, y violados sus DDHH²⁰⁶⁸.

Por ello, en 2001 la Oficina del Alto Comisionado de las NNUU para los DDHH (ACNUDH) “encargó la realización de un estudio sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema de DDHH existente”. Estudio que concluyó afirmando que “los instrumentos y mecanismos existentes no prestaban suficiente atención a la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad; que la falta de un sistema concreto de protección jurídica constituía una laguna; y que un enfoque de DDHH exigía reforzar ciertos conceptos para reemplazar o aclarar normas previas”. Por ello, “era esencial revisar algunos de los enfoques anteriores, aprobar un instrumento jurídicamente vinculante para aclarar conceptos y normas relacionados con los DDHH y establecer claras obligaciones jurídicas para los Estados”²⁰⁶⁹. Era necesario “contar con un tratado de DDHH dedicado expresamente a la discapacidad”²⁰⁷⁰.

1.4.- Trabajos previos

La conclusión de la CDPD supuso numerosos trabajos previos, un largo proceso y la suma de múltiples esfuerzos. En ella participaron los Estados miembros de NNUU, cuerpos y organizaciones de NNUU, instituciones de DDHH nacionales, y organizaciones no gubernamentales, entre las que sobresalen las plataformas sociales en defensa de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias²⁰⁷¹.

Destaca De Lorenzo García²⁰⁷² que “la necesidad de crear una Convención concreta sobre los derechos de las personas con discapacidad se planteó por primera vez en 1987, durante la celebración de una Reunión de Expertos encargados de comprobar la aplicación del Programa de Acción Mundial”. En la Cuadragésima Segunda Sesión de la AG de NNUU celebrada ese mismo año, se presentó el primer esbozo de

²⁰⁶⁸ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 24-25.

²⁰⁶⁹ Además, el estudio reseña que las personas con discapacidad y las organizaciones que las representaban no estaban utilizando las normas y los mecanismos de DDHH existentes para proteger y promover sus derechos.

²⁰⁷⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 24-25.

²⁰⁷¹ DE LORENZO GARCÍA, R., “La Convención, un desafío inaplazable”, cit.

²⁰⁷² DE LORENZO GARCÍA, R., “La Convención, un desafío inaplazable”, cit.

Convención. Al año siguiente, se realizó un nuevo intento, que fracasó debido al temor a que un régimen de DDHH fuera excesivo y difuso, a que se consideraba que los mecanismos existentes bastaban para una adecuada protección y a que algunas Delegaciones veían complicado ratificar una Convención porque sus legislaciones internas no trataban la discapacidad como motivo de discriminación.

Pero la idea de que la discapacidad fuera considerada como una cuestión de DDHH, “de que las personas con discapacidad se hicieran visibles”, y “de que dispusieran de una herramienta jurídica vinculante para hacer valer sus derechos”, fue avanzando progresivamente gracias, entre otros, a dos informes realizados en el marco de NNUU.

El primero fue el llamado “Principios, orientaciones y garantías para la protección de las personas recluidas por mala salud mental o que padecen trastornos mentales”, de 1986, elaborado por E. I. A. Daes²⁰⁷³. Condujo a que en 1991 la AG aprobara una Resolución que contenía los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental”²⁰⁷⁴, que daban importancia a la calidad del trato, a que este fuera positivo y al derecho a la libertad²⁰⁷⁵.

El segundo informe se denominó “Los derechos humanos y las personas con discapacidad”, elaborado en 1993 por L. Despouy²⁰⁷⁶. Da cuenta de los abusos generalizados de DDHH en lo referente a la discapacidad. Dice que mientras otros grupos vulnerables sí estaban protegidos por convenciones temáticas, no lo estaban los discapacitados. Además, Despouy recomendó que todos los órganos de vigilancia de los tratados de DDHH supervisaran su aplicación a las personas discapacitadas; y de forma particular, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales asumiese el papel de la aplicación de los DDHH de las personas discapacitadas²⁰⁷⁷, lo que quedó refrendado en su Observación General n.º 5 sobre “Las personas con discapacidad”, de 1994²⁰⁷⁸.

²⁰⁷³ E/CN.4/Sub.2/1983/17/Rev.1. Elaborado en 1986 por E. I. A. Daes, que fue nombrada Relatora Especial por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

²⁰⁷⁴ Resolución de la AG 46/119, de 17 de diciembre de 1991.

²⁰⁷⁵ QUINN, G. y DEGENER, T., “La aplicación de la autoridad moral...”, cit., p. 26.

²⁰⁷⁶ Publicación de las NNUU, n.º de venta: S.92. XIV.4. Elaborado en 1993 por L. Despouy, que fue nombrado Relator Especial por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

²⁰⁷⁷ QUINN, G. y DEGENER, T., “La aplicación de la autoridad moral...”, cit., p. 26.

²⁰⁷⁸ Observación general N.º 5: Personas con discapacidad, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11º período de sesiones, 1994.

Como recoge De Lorenzo García²⁰⁷⁹, “en la Cumbre Mundial de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la discapacidad celebrada en Beijing en el año 2000 se plantea, nuevamente, la necesidad de una Convención específica para la discapacidad. El documento final de la Cumbre “La Declaración de Beijing sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Nuevo Siglo²⁰⁸⁰”, sostenía que era la ocasión perfecta para que las organizaciones no gubernamentales y los Estados colaborasen en un proceso encaminado a elaborar y adoptar una Convención temática”.

2.- Participación de las personas con discapacidad

Cualquier innovación en el ámbito de la discapacidad tenía que ser global. La CDPD fue el resultado de la actuación de los Estados, la sociedad civil, en especial las organizaciones de personas con discapacidad, las organizaciones internacionales y los académicos que apoyaban el movimiento de la discapacidad. La participación de personas con discapacidad en “foros y actividades internacionales que precedieron a la Convención, como el primer examen internacional de la aplicación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, fue clave para dar paso a un enfoque diferente”²⁰⁸¹. Una amplia coalición de organizaciones de personas con discapacidad y ONG conexas constituyeron el Caucus Internacional de la Discapacidad²⁰⁸² como portavoz de estas organizaciones pertenecientes a todas las regiones del mundo.

Varias ONG, entre las que se incluían organizaciones de personas con discapacidad, fueron acreditadas ante el Comité Especial que redactó la Convención y

²⁰⁷⁹ DE LORENZO GARCÍA, R., “La Convención, un desafío inaplazable”, cit.

²⁰⁸⁰ Declaración de Beijing sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Nuevo Siglo, adoptada el 12 de marzo del 2000 en la Cumbre Mundial de organizaciones no gubernamentales. “La conferencia instaba a los Jefes de Gobierno de los Estados al inicio del proceso de elaboración de la citada Convención, al mismo tiempo que comprometían a las organizaciones participantes, en el esfuerzo de alcanzar un instrumento jurídico internacional con fuerza vinculante.”.

²⁰⁸¹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 23-25; QUINN, G. y DEGENER, T., “La aplicación de la autoridad moral...”, cit., p. 25; señalan que “el Programa de Acción Mundial pedía que se realizara una vigilancia periódica en los niveles nacional, regional e internacional. El primer examen internacional importante se celebró en 1987 y el segundo en 1992”, sin grandes progresos. Con respecto al de 1987, realizado en Estocolmo, “recomendó que se elaborase una convención sobre los DDHH de las personas con discapacidades”. El de 1992 señaló que “la ejecución del Programa seguía siendo impedida por la pobreza, la enfermedad, la guerra y otros factores”, “que las personas con discapacidades aun no desempeñaban un papel integral en los procesos de adopción de decisiones”.

²⁰⁸² El Caucus Internacional de la Discapacidad, como coalición de más de 70 organizaciones internacionales, regionales y nacionales que se ocupan de las personas con discapacidad a escala mundial, consultado en: NACIONES UNIDAS, “Tratado sobre las personas con discapacidad con la finalidad de corregir las injusticias que prevalecen en esa esfera”,

<<https://www.un.org/spanish/disabilities/convention/disabilitytreaty.html>>

participaron de modo activo en los períodos de sesiones y reuniones, lo que la AG respaldó. Su grado de participación en el proceso de redacción no tuvo precedentes en las negociaciones sobre tratados de DDHH de NNUU. En el último período de sesiones del Comité Especial, había registrados unos 800 miembros de organizaciones de personas con discapacidad.

El papel clave de la sociedad civil no concluyó tras la aprobación de la CDPD, sino que prosigue durante su aplicación. Las personas con discapacidad son fundamentales para garantizar las actividades de promoción y la información sobre la CDPD²⁰⁸³.

3.- Aprobación

El proceso de negociación de una convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad se inició con la adopción de la resolución de la AG de NNUU, de 19 de diciembre de 2001²⁰⁸⁴, titulada “Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, en la que se decidió establecer un comité especial abierto a la participación de todos los Estados Miembros y observadores de las Naciones Unidas para que examine propuestas relativas a una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, sobre la base de un enfoque holístico de la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación.

El Comité Especial de la ONU, tras celebrar ocho periodos de sesiones²⁰⁸⁵, realizó en el año 2001 un proyecto de Convención Internacional sobre Derechos de las

²⁰⁸³ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 44-45.

²⁰⁸⁴ Resolución aprobada de la AG de NNUU, A/RES/56/168, de 19 de diciembre de 2001, en su 88ª sesión plenaria.

²⁰⁸⁵ Primera Sesión, del 29 de julio al 9 de agosto de 2002. Informe sobre la Primera Sesión. ONU Doc A/57/357.

Segunda Sesión, del 27 de junio al 3 de julio de 2003. Informe sobre la Segunda Sesión. ONU Doc, A/58/118. En la que se decidió la creación de un Grupo de Trabajo que comenzara a elaborar un borrador, reuniéndose por primera vez del 5 al 16 de junio de 2004. Informe del Grupo de Trabajo del Comité Especial, ONU Doc, A/AC.265/2004/ WG/1.

Tercera Sesión, del 24 de mayo al 4 de junio de 2004. Informe sobre la Tercera Sesión, ONU Doc, A/AC.265/2004/5.

Cuarta Sesión, del 23 de agosto al 3 de septiembre de 2004. Informe sobre la Cuarta Sesión, ONU Doc, A/59/360.

Quinta Sesión, del 24 de enero al 4 de febrero de 2005. Informe sobre la Quinta Sesión, ONU Doc, A/AC.265/2005/2.

Sexta Sesión, del 1 al 12 de agosto de 2005. Informe sobre la Sexta Sesión, ONU Doc, A/60/266.

Personas con Discapacidad, que tras diversos avatares, llegó a buen fin el 13 de diciembre de 2006, día en que la 76ª sesión plenaria de la AG de la ONU aprobó por consenso la CDPD²⁰⁸⁶, también conocida como Convención de Nueva York, ciudad sede de NNUU.

Se complementa con el Protocolo Facultativo de la CDPD (PFCDPD) de la misma fecha (13 de diciembre de 2006). En virtud del cual todo Estado Parte en el Protocolo reconoce la competencia del Comité de NNUU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para controlar el correcto cumplimiento de la CDPD.

El día 30 de marzo de 2007 ambos instrumentos quedaron abiertos a la firma en la sede de NNUU y un número sin precedente de países, 81, firmó la Convención. En abril de 2020, 163 partes habían firmado la CDPD y 94 el PFCDPD; y 181 habían adherido o ratificado la primera y 96 el segundo²⁰⁸⁷.

El 3 de abril de 2008 el gobierno de Ecuador entregó el vigésimo documento de ratificación de la CDPD con lo que se alcanzaron las ratificaciones necesarias para su entrada en vigor. Este hecho y su vinculación para los Estados Partes se produjo, conforme a su art. 45.1²⁰⁸⁸, el 3 de mayo de 2008. Así, se constituyó como el primer instrumento universal de carácter vinculante que aborda de forma específica los derechos de las personas con discapacidad²⁰⁸⁹.

El Reino de España firmó la CDPD y su PFCDPD el 30 de marzo de 2007, los ratificó sin formular reserva alguna el 23 de noviembre de 2007, depositó los Instrumentos de Ratificación el 3 de diciembre de 2007²⁰⁹⁰ y entró en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008, formando desde entonces parte del ordenamiento jurídico español, a todos los efectos.

Séptima Sesión, del 6 de enero al 3 de febrero de 2006. Informe sobre la Séptima Sesión, ONU Doc, A/AC.265/2006/2.

Octava Sesión, del 14 al 25 de agosto, y el 5 de diciembre de 2006. Informe provisional de Comité Especial, ONU Doc, A/AC.265/2006/4. Informe Final del Comité Especial, ONU Doc, A/61/611, 6 de diciembre de 2006.

²⁰⁸⁶ Resolución 61/106, A/61/611, de 24 de enero de 2007.

²⁰⁸⁷ NACIONES UNIDAS, “Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)”.

Consultado en: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>>

²⁰⁸⁸ Art. 45.1 CDPD: “La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión.”.

²⁰⁸⁹ BARRIFFI, F. J., *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica...*, cit., p. 129.

²⁰⁹⁰ Instrumento de Ratificación de la CDPD, BOE n.º 96, de 21/04/2008 (BOE-A-2008-6963).

Instrumento de Ratificación del PFCDPD, BOE n.º 97, de 22 de abril de 2008 (BOE-A-2008-6996).

La UE aprobó la CDPD por decisión del Consejo de Europa, el 26 de noviembre de 2009²⁰⁹¹.

4.- Conceptos

Para la mejor comprensión de la CDPD, creemos conveniente que fijemos una serie de conceptos referentes a los tratados internacionales.

4.1.- Firma, ratificación y adhesión

La firma de la Convención “es un acto en virtud del cual un Estado u organización regional de integración manifiesta su interés en el tratado y su propósito de pasar a ser parte en él”.

Pero “los Estados y organizaciones no están obligados por su firma, si bien han de abstenerse de actos por los que se frustren el objeto y el fin de la Convención”, según lo dispuesto en el art. 18 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (CVDT)²⁰⁹².

La ratificación “consiste en el depósito, mediante una carta oficial, del instrumento de ratificación ante el Secretario General NNUU en su calidad de depositario de la Convención”, de conformidad con el art. 41 CDPD²⁰⁹³.

Al depositar el “instrumento de ratificación, el Estado manifiesta a nivel internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”. La ratificación “da lugar a que las normas internacionales de DDHH garantizadas en el tratado adquieran eficacia jurídica frente al Estado y obliga a este a informar a la comunidad internacional sobre las medidas adoptadas para adaptar su legislación, su normativa y su práctica a las normas internacionales.

El proceso de algunos Estados para expresar su consentimiento en obligarse abarca un único acto”, el de adhesión. “Consiste en el depósito de un instrumento de adhesión en poder del depositario y tiene el mismo efecto jurídico que la ratificación;

²⁰⁹¹ Además del Instrumento de confirmación de la CDPD, aprobó la Declaración sobre la competencia de la Unión Europea en cuestiones regidas por la Convención y una reserva sobre el art. 27.1 referente a la reserva que pueden hacer los Estados miembros respecto a la no discriminación por discapacidad en las fuerzas armadas.

²⁰⁹² NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 54.

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Entrada en vigor: 27 de enero de 1980.

²⁰⁹³ Art. 41 CDPD: “El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención.”.

sin embargo, a diferencia de la ratificación, el depósito no ha de estar precedido de la firma”.

Los Estados y las organizaciones regionales de integración pueden decidir que la ratificación o la adhesión abarquen la CDPD y su PFCDPD o solo la Convención²⁰⁹⁴.

4.2.- Reservas y declaraciones

“En el momento de la firma o ratificación de la Convención o de su adhesión a ella, los Estados y las organizaciones regionales de integración pueden realizar un ajuste en la aplicación del tratado formulando una reserva”. El art. 2 párr. 1º CVDT define la reserva como: *“una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.”*

También pueden formular declaraciones, que “son manifestaciones del modo en que se entiende un asunto al que se refiere la Convención o una interpretación de una disposición concreta”²⁰⁹⁵.

5.- Incorporación de un tratado al ordenamiento interno

Una vez la Convención ha entrado en vigor en un Estado, no supone necesariamente que pase automáticamente a ser parte de su derecho nacional.

Como indica García Pons²⁰⁹⁶, la CDPD “supone una revolución en todos los órdenes, pero en particular en lo referente a la adaptación a ella de las legislaciones internas de los Estados que han procedido a su ratificación”. No es fácil porque “hay que superar muchos prejuicios y tabúes hasta ahora instalados en la sociedad”. En este sentido, el art. 8 CDPD *“Toma de conciencia”*, es importante porque además de los Estados, “la sociedad civil tiene un papel muy activo en esta tarea”.

La CDPD obliga a los Estados parte a revisar su legislación para cumplirla, para lo que tendrán que analizar su derecho interno, poner de manifiesto las contradicciones que puedan existir con el tratado y reformar su legislación para cumplirlo, para que el

²⁰⁹⁴ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 54.

²⁰⁹⁵ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 55.

²⁰⁹⁶ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. I, 2013, p. 140.

derecho internacional se transforme en derecho interno. Para ello seguirán sus propios procedimientos.

En algunos sistemas jurídicos, como en el del *common law*, generalmente la revisión de la legislación es previa a la ratificación e incorporación de un tratado internacional, en otros, como el latino-germánico suele hacerse con posterioridad.

Hay dos tipos de países en lo referente a incorporar los tratados al ordenamiento jurídico interno.

5.1.- Países monistas

Los países monistas “consideran que el derecho interno y el derecho internacional forman un único ordenamiento jurídico”.

“El acto de ratificación de un acuerdo internacional lo incorpora de inmediato al derecho nacional” y “puede ser aplicado directamente por un juez nacional y ser invocado por los ciudadanos como si se tratase de una ley nacional. Un juez puede declarar inválida una norma nacional si contradice a normas internacionales”.

En los Estados en que la Convención es directamente aplicable, esta ocupa diversos lugares en la jerarquía normativa interna.

En algunos Estados, el derecho internacional siempre tiene prioridad, en tanto que en otros se adopta el principio de la *lex posteriori*”²⁰⁹⁷.

En su Observación general n.º 31, el Comité de DDHH destacó expresamente el importante rango de los tratados internacionales de DDHH, que se deriva directamente del principio contenido en el art. 27 CVDT, con arreglo al cual un Estado parte “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”. Se señaló que ese principio “se aplica con el fin de evitar que los Estados partes invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado”²⁰⁹⁸.

²⁰⁹⁷ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 58.

²⁰⁹⁸ Observación General n.º 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13), del Comité de DDHH, 80º periodo de sesiones (2187a sesión), adoptada el 29 de marzo de 2004.

En España, las disposiciones de la Convención producen efectos jurídicos directos en el marco jurídico nacional y, en principio, son directamente aplicables, incluso por los tribunales²⁰⁹⁹.

5.2.- Países dualistas

En los países dualistas, los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se consideran separados.

Los tratados internacionales no surten efecto en sus ordenamientos jurídicos internos. Debe aprobarse legislación nacional para incorporarlo²¹⁰⁰.

II.- EL NUEVO MODELO DE LA CDPD

1.- Esencia de la CDPD

La CDPD es un marco regulatorio dirigido a que los DDHH de las personas con discapacidad se respeten, se protejan y se hagan efectivos en igualdad de condiciones que las demás personas, y que ejerzan sus derechos y libertades fundamentales sin discriminación. Su objetivo esencial es consagrar y conseguir la igualdad de todas las personas.

Contempla una serie de derechos y principios que forman una unidad normativa que requiere una interpretación sistemática y transversal para ser eficaz.

“La CDPD es un tratado de DDHH, esto es, un acuerdo internacional entre Estados en el que se recogen DDHH y las correspondientes obligaciones de los Estados”²¹⁰¹ y también es un instrumento para su desarrollo.

En ella, “se reconocen los derechos de las personas con discapacidad, que son los mismos que los de las demás personas; pero se reafirma que las personas con discapacidad también han de disfrutar de tales derechos”²¹⁰², porque con frecuencia ven cómo se les deniegan o no son conscientes de que los tienen.

Recoge la igualdad en el goce y ejercicio de los DDHH fundamentales, que no crea sino que reconoce, que son irrenunciables, no sujetos a restricciones o suspensiones, de aplicación directa e inmediata por cualquier autoridad y que operan frente al poder del Estado y ante las posibles acciones u omisiones de otras personas.

²⁰⁹⁹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 59.

²¹⁰⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 58.

²¹⁰¹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 25.

²¹⁰² NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 25.

Reconoce que la discapacidad es una construcción social y que es la sociedad quien debe eliminar las barreras que impiden que participen plenamente en ella las personas con discapacidad. Y pretende producir un cambio legal y social que garantice la inclusión en la sociedad de las personas con discapacidad²¹⁰³.

El tratado establece de manera detallada “las obligaciones de los Estados de promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad”, que en ocasiones exigen que los Estados tomen medidas diferentes o adicionales para lograr que tales derechos se hagan efectivos²¹⁰⁴.

“Al prohibir la discriminación por motivos de discapacidad y disponer que se realizarán ajustes razonables en favor de las personas con discapacidad con miras a garantizar la igualdad, promueve la plena participación de esas personas en todos los ámbitos de la vida.

Al establecer la obligación de promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad, la CDPD cuestiona percepciones anteriores, la costumbre y el comportamiento basados en estereotipos, prejuicios, prácticas nocivas y estigmas en relación con tales personas”; y establece un enfoque de empoderamiento basado en los DDHH.

Al prever un mecanismo para la presentación de denuncias, el PFCDPD garantiza que las personas con discapacidad “tengan derecho a una reparación por las violaciones de los derechos consagrados en la Convención”²¹⁰⁵.

Especifica “cuáles son las instituciones nacionales e internacionales necesarias para aplicar la CDPD y proceder a su seguimiento. En el plano nacional, tales instituciones pueden ser los organismos encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la CDPD y los mecanismos de coordinación de los gobiernos, así como mecanismos independientes”. “A nivel internacional, la CDPD establece el Comité CDPD y una Conferencia de los Estados Partes, encargada de examinar todos los aspectos relacionados con la aplicación”²¹⁰⁶.

“La CDPD sienta nuevas bases y requiere una nueva forma de enfocar la discapacidad”, exige soluciones innovadoras.

“Los objetivos, conceptos y disposiciones de la Convención han de ser debidamente comprendidos por todos los interesados: desde los funcionarios de los

²¹⁰³ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 27.

²¹⁰⁴ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 25- 26.

²¹⁰⁵ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., prólogo.

²¹⁰⁶ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 26.

gobiernos a los parlamentarios y jueces; desde los representantes de los organismos, fondos y programas de las NNUU a los profesionales que se ocupan de ámbitos tales como los de la educación, la salud y los servicios de apoyo; desde las organizaciones de la sociedad civil al personal de las instituciones nacionales de DDHH; desde los empresarios a los representantes de los medios de comunicación; y desde las personas con discapacidad a las organizaciones que las representan ante la opinión pública en general”²¹⁰⁷.

Es una cuestión de gran importancia que afecta a un colectivo humano de más de 700 millones de personas, aproximadamente el 10% de la población mundial, otras estimaciones hablan del 15%; y con tendencia ascendente, puesto que si bien los avances médicos ayudan a que disminuya, el crecimiento de la población mundial y la mayor expectativa de vida hace que crezca en mayor proporción.

2.- Terminología

“La terminología que se utiliza para referirse a las personas con discapacidad o interactuar con ellas es importante”.

“Ciertas palabras y expresiones pueden resultar ofensivas, causar descrédito, ser superficiales o reforzar estereotipos. Una terminología apropiada fomenta el respeto y muestra una comprensión más profunda de la discapacidad”²¹⁰⁸.

En el transcurso de la historia diversos términos y conceptos se han usado para referirse a las personas con discapacidad, las palabras enajenado, subnormal, retrasado, loco, idiota, incapaz, inválido, deficiente, imbecil, minusválido, discapacitado y otros con connotación peyorativa aparecen en el lenguaje ordinario pero también en textos normativos con gran inexactitud y confusión ya que no reflejan la realidad²¹⁰⁹.

No es una mera cuestión terminológica, como advierte Verdugo Alonso²¹¹⁰, sobre estas expresiones subyacen una serie de valores y actitudes determinados. Por ello, la OMS y otros organismos e instituciones vienen trabajando en aspectos lexicológicos.

²¹⁰⁷ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., prólogo.

²¹⁰⁸ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 21.

²¹⁰⁹ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional y europeo*, tesis doctoral, J. Cardona Llorens (dir.), Universitat Jaume I, Castellón, 2010, pp. 19-20.

²¹¹⁰ VERDUGO ALONSO, M. A., “Personas con deficiencias, discapacidades y minusvalías”, en A. L. Aguado Díaz/M. A. Verdugo Alonso (coord.), *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*, 3ª ed., ed. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002, p. 5.

En los primeros trabajos sobre la discapacidad de la OMS ya se advierte de que resulta necesario suprimir el hábito de “sustantivar situaciones adjetivas de la persona, por lo que se recomienda no referirse a las personas con discapacidad como “discapacitados”, pues esto termina por identificar a la persona con su discapacidad”²¹¹¹. “Recomienda usar el término “persona con discapacidad” en lugar de “persona discapacitada”, pues la discapacidad, como condición, se tiene, pero no se es”²¹¹². Incluso, como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “persona discapacitada” podría interpretarse erróneamente en el sentido de que se ha perdido la capacidad de funcionar como persona”²¹¹³. Tampoco deberíamos usar el término discapacitados, primero son personas, y luego, personas que tienen una discapacidad.

La expresión “persona con discapacidad” no sólo presenta menos connotaciones negativas que otros términos, sino que salvaguarda la sustantividad de la persona y el carácter adjetivo de la discapacidad²¹¹⁴. Así, el término “persona con discapacidad” es la expresión internacionalmente aceptada y recomendada para referirse a estas personas²¹¹⁵.

Aun así, “cuando se adopta un término aceptable siempre existe el riesgo de inclinarse hacia la corrección política, lo que a su vez puede constituir un obstáculo para mantener una comunicación libre y fluida”²¹¹⁶.

3.- Concepto de discapacidad

²¹¹¹ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., p. 19. “Véase la sección 1 de la CIDD, adoptada en 1976 por la XXIX Asamblea Mundial de la Salud, en su resolución 29.35 y publicada en 1980. Asimismo, la OMS ha recalado en trabajos más recientes la importancia de que los individuos no sean reducidos o caracterizados solo sobre la base de sus deficiencias, limitaciones en la actividad o restricciones en la participación. Vid. anexo 5 de la CIF, aprobada por la Asamblea Mundial de la Salud en su resolución 54.21, de 22 de mayo de 2001”.

²¹¹² BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., pp. 19-20. Señala que, “sin embargo, en ocasiones se ha defendido el uso de la expresión “persona discapacitada” por entenderse que refleja mejor el efecto discapacitante de las barreras sociales. Los defensores de dicha expresión, principalmente de origen anglosajón, argumentan que con este término se pone de manifiesto que, conforme al modelo social de la discapacidad, la persona ha sido discapacitada por la sociedad”. Vid. BARNES, C., y MERCER, G., *Disability*, ed. Oxford: Polity Press, Cambridge, 2003, pp. 17-18.

²¹¹³ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., p. 20. Observación general N.º 5: Personas con discapacidad, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11º período de sesiones, 1994.

²¹¹⁴ CASADO PÉREZ, D., *Comunicación social en discapacidad: Cuestiones éticas y de estilo*, 2ª ed., ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Políbea, Madrid, 2003, p. 29; y FERNÁNDEZ IGLESIAS, J. L., *Guía de estilo sobre discapacidad para profesionales de los medios de comunicación*, ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Políbea, Madrid, 2006, pp. 37 y ss.

²¹¹⁵ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., pp. 19-20.

²¹¹⁶ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 21.

3.1.- Evolución

3.1.1.- CIDDM

Los cambios en el concepto de la discapacidad son consecuencia de la sucesión de diferentes modelos²¹¹⁷ que se han ido sucediendo sobre la misma y que luego veremos.

Por lo complejo del tema, y pese a los múltiples esfuerzos, no existe todavía un consenso internacional definitivo respecto a la definición de discapacidad y de persona con discapacidad.

La OMS en su 29ª AG hizo el primer intento internacional de conceptualizar y clasificar la discapacidad en 1980, en la CIDDM, con la finalidad de complementar el sistema de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE)²¹¹⁸.

Indica Biel Portero²¹¹⁹ que “en la clasificación se diferenciaba entre deficiencias (*impairments*), discapacidades (*disabilities*) y minusvalías (*handicaps*)”²¹²⁰. Según la misma, la deficiencia es cualquier “pérdida o anormalidad permanente o transitoria, psicológica, fisiológica o anatómica, de estructura o función”; discapacidad es “cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionados por una deficiencia, en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano”, y la minusvalía es aquella “incapacidad que constituye una desventaja para una persona dada en cuanto limita o impide el cumplimiento de una función que es normal para esa persona según la edad, el sexo y los factores sociales y culturales”.

“La CIDDM sigue el modelo de las consecuencias de las enfermedades, a través de una secuencia lineal” Es la enfermedad o trastorno la que origina una deficiencia, que dará lugar a una discapacidad que, a su vez, producirá una minusvalía. La CIE influye en los términos empleados, en la relación de la discapacidad con la salud²¹²¹, y sitúa al individuo en el centro de la cuestión.

La CIDDM fue bien recibida por los profesionales de la salud, también por las NNUU y otras organizaciones internacionales. La terminología y los conceptos de la

²¹¹⁷ GORBEÑA ETXEBARRIA, S., GONZÁLEZ PRIETO, V. J., y LÁZARO FERNÁNDEZ, Y., *El Derecho al Ocio de las Personas con Discapacidad. Análisis de la normativa internacional, estatal y autonómica del País Vasco*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1997, p. 33.

²¹¹⁸ EGEA GARCÍA, C., y SARABIA SÁNCHEZ, A., *Experiencias de Aplicación en España de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*, ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2001, pp. 15 y ss.

²¹¹⁹ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., pp. 21-22.

²¹²⁰ El término *disability* se tradujo al español en un primer momento como “incapacidad” para ser sustituido posteriormente por “discapacidad”.

²¹²¹ HENDRIKS, A., y DEGENER, T., “The Evolution of a European Perspective in Disability Legislation”, *European Journal of Health Law*, 1 (4), 1994, p. 247.

clasificación se incorporaron al Programa de Acción Mundial para los Impedidos que la AG adoptó en 1982²¹²².

Pero las personas con discapacidad y sus organizaciones criticaban el que la CIDDM reflejaba el modelo individual de discapacidad, centrándose en la persona y prescindiendo de las barreras del entorno. Los defectos y las limitaciones que tenía la CIDDM fueron haciéndose cada vez más evidentes²¹²³.

3.1.2.- CIDDM-2

Por ello, la OMS en su 54ª AG revisó la clasificación y en 2001 hizo una nueva versión de la CIDDM: la CIDDM-2, que pasó a denominarse Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)²¹²⁴.

La CIF “tiene por objeto brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados relacionados con la salud”²¹²⁵.

“Concibe el funcionamiento y la discapacidad de una persona como una interacción dinámica entre los estados de la salud y los factores contextuales”²¹²⁶.

La CIF utiliza el término discapacidad, no como un componente, sino como un término genérico global que determina el “fenómeno multidimensional resultado de la

²¹²² Resolución de la AG 37/52 de 3 de diciembre de 1982. BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., p. 22.

²¹²³ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., p. 23. “En las Normas Uniformes de NNUU sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, aprobadas por la AG a través de su resolución 48/96 de 20 de diciembre de 1993, se hace referencia expresa a algunos de los problemas que la CIDDM de 1980 había planteado en la conceptualización de la discapacidad”.

Además, en la Introducción de las Normas Uniformes se precisa que “con la palabra discapacidad se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental”.

²¹²⁴ La LIV Asamblea Mundial de la Salud aprobó, a través de su resolución 54.21 de 22 de mayo de 2001, la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, que utiliza CIF como nuevo acrónimo.

²¹²⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 2001, p. 3. En tanto la CIF describe la salud y los estados relacionados con la salud, su aplicación tiene vocación universal, esto es, es válida para cualquier persona, tenga o no discapacidad.

²¹²⁶ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., p. 24; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud...*, cit., p. 9.

interacción de las personas con su entorno físico y social”²¹²⁷. A efectos de la clasificación, la discapacidad “es un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una condición de salud) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)”²¹²⁸. Así, “una persona con discapacidad será, según la CIF, aquel individuo que, al interactuar con diversos factores contextuales, experimenta algún grado de limitación funcional o restricción”²¹²⁹.

No obstante, la CIF también ha recibido críticas, “porque aun cuando tiene en consideración los factores del entorno, el modelo individual y la medicalización de la discapacidad siguen muy presentes en la conceptualización de la misma”. Y “porque el esquema que sigue la CIF es quizá demasiado complejo para su correcta utilización por los operadores jurídicos, lo que dificulta su aplicación en el ámbito de los DDHH”²¹³⁰.

La nueva CIF, como indican Palacios y Bariffi²¹³¹, “se encuentra basada en la integración de dos perspectivas: la médica o biológica, y la social. Con el fin de conseguir la integración de las diferentes dimensiones del funcionamiento, la clasificación utiliza un enfoque “biopsicosocial” que intenta conseguir una síntesis” del concepto de discapacitado.

Indica Biel Portero²¹³² que “cuando comenzaron los trabajos de preparación de un proyecto de Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se cuestionó la idoneidad de incorporar un concepto no jurídico en un instrumento jurídicamente vinculante”. Al fin, “se optó por no definir expresamente la discapacidad y realizar una aproximación a la misma que reafirmase la apuesta por el modelo social”.

²¹²⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud...*, cit., p. 262.

²¹²⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud...*, cit., p. 231.

²¹²⁹ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., p. 25; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud...*, cit., p. 262. Biel Portero afirma que, “no obstante, la CIF no expresa una posición determinada en cuanto al término a emplear para referirse a estas personas, aludiendo al principio de que las personas tienen el derecho de ser llamadas como ellas elijan”.

²¹³⁰ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., p. 26; BIEL PORTERO, I., “Discapacidad, Derecho internacional y cooperación al desarrollo?”, en S. Sanz Caballero y J. Ferrer Lloret (coord.), *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 138.

²¹³¹ PALACIOS A., y BARIFFI, F. J., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, ed. Cinca, Madrid, 2007, p. 63.

²¹³² BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., p. 26.

Con lo que la CDPD “no define qué es la discapacidad, pero sí se indica quienes son las “personas con discapacidad”, delimitando así su ámbito de aplicación personal, con una enumeración que no es exhaustiva. En consecuencia, la CDPD mantiene un concepto amplio y dinámico de “persona con discapacidad”, con un contenido mínimo, pero permitiendo a los Estados que amplíen o evolucionen dicho concepto”²¹³³.

También la CDPD ha recibido críticas porque mantiene términos, como el de “deficiencia”, que es peyorativo²¹³⁴. Y porque al limitar el concepto de “persona con discapacidad” a aquellas personas con deficiencias a largo plazo restringe su alcance.

Concluye Biel Portero²¹³⁵ que “la CDPD se aproxima a la discapacidad desde un enfoque basado, fundamentalmente, en el modelo social. Además, también se aprecia cierta influencia de la CIF, en tanto se reconoce que la discapacidad no tiene su único origen en las barreras del entorno, sino que es el resultado de la interacción entre aquellas y las deficiencias de la persona”.

No parece que en la actualidad exista un concepto de “discapacidad” o de “persona con discapacidad” claro, conciso e internacionalmente aceptado. Sí parece aceptarse genéricamente el modelo social y que los factores contextuales son un elemento clave para determinar la existencia de una discapacidad²¹³⁶.

Algunos siguen pensando que la discapacidad “es una circunstancia inherente a la persona” (p. ej. silla de ruedas). Pero la inmensa mayoría y lo que podríamos llamar “el concepto moderno de discapacidad” va más allá, para él esta consiste en una interacción entre una circunstancia o factor personal de un individuo (p. ej. encontrarse en una silla de ruedas) y factores del entorno (como los edificios inaccesibles) “que dan lugar conjuntamente a la discapacidad y afectan a la participación de ese individuo en la sociedad”²¹³⁷.

3.2.- Factores personales

También llamados factores internos, que se refieren, según Morales Ferrer²¹³⁸, al déficit que tiene la persona para ejercer una actividad en la sociedad²¹³⁹.

²¹³³ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., p. 27.

²¹³⁴ LAWSON, A., “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, n.º 34, 2007, p. 594.

²¹³⁵ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., p. 28.

²¹³⁶ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., p. 29.

²¹³⁷ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 14.

²¹³⁸ MORALES FERRER, S., *El concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, tesis doctoral, M. L. Martínez Velencoso/R. Guillén Catalán (dir.), Universidad de Valencia, Valencia, 2012, p. 13.

Los factores personales son multiformes y pueden ser físicos y socioeconómicos:

- Factores físicos: el género, la etnia, una deficiencia (física, visual, auditiva, intelectual o mental), la estatura, el peso, etc.
- Factores socioeconómicos: la riqueza, la clase social, el grado de inclusión en la sociedad, el nivel educativo y cultural, etc.

Los factores personales pueden interactuar aumentando o disminuyendo la discapacidad. P. ej., alguien con una discapacidad física si es rico puede incrementar su participación en la sociedad²¹⁴⁰.

3.3.- Factores del entorno

O factores externos que como precisa Morales Ferrer²¹⁴¹, “son los que imposibilitan a la persona ejercer la actividad en la sociedad”.

Los factores del entorno los podemos dividir como mínimo en cuatro subfactores:

1.- “Aspectos relacionados con la accesibilidad: ciudades con colinas y cuevas con superficies planas, accesibilidad de los edificios (rampas, aseos, señales en braille, etc.); información accesible (sitios web y documentos en formatos de fácil lectura), transporte público accesible, etc.”.

2.- Aspectos jurídicos y normativos: legislación que proteja los derechos de las personas con discapacidad y evite la discriminación y políticas en este sentido.

3.- Aspectos socioeconómicos: contraste entre el mundo rural y el urbano, entre ricos y pobres, concienciación de la sociedad y disposición de la misma al cambio.

4.- “Aspectos relacionados con los servicios: servicios integradores o segregados (salud, educación o centros para jóvenes), servicios de rehabilitación de base comunitaria, servicios de apoyo social, asequibilidad de los servicios, etc.”²¹⁴².

3.4.- Concepto de las Reglas de Brasilia

Las Reglas de Brasilia²¹⁴³, sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, conceptúa la discapacidad en la regla n.º 7: “Se entiende por

²¹³⁹ DE LORENZO GARCÍA, R., y PALACIOS, A., “Discapacidad, Derechos fundamentales y protección constitucional”, en J. L. Terreros (coord.), *Los Derechos de las personas con discapacidad. Aspectos Jurídicos*, vol. I, Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 2007, p. 7, señalan que “deficiencia es la pérdida de todo o parte de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo”.

²¹⁴⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 7-8.

²¹⁴¹ MORALES FERRER, S., *El concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, cit., p. 13.

²¹⁴² NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 7-8.

discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.”.

3.5.- Concepto de la CDPD

La CDPD se hace eco de un modelo social de la discapacidad en el párr. e) del Preámbulo, que dice: *“Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

La CDPD se basa en que el entorno externo y las actitudes que lo configuran son los factores que establecen la circunstancia denominada “discapacidad”. Ello contrasta con el antiguo modelo médico para el que la discapacidad es el resultado de una deficiencia física, mental o sensorial de la persona²¹⁴³.

En consonancia con esta idea, la CDPD no contiene una definición cerrada de quiénes son las personas con discapacidad, sino que en el art. 1 párr. 2º dice: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*.

Hay que reseñar que conforme a la CDPD:

a) La discapacidad es un concepto que evoluciona y puede adaptarse al entorno imperante en una sociedad y no es un concepto inmutable, que tiene su origen en barreras debidas a la actitud y al entorno.

b) La discapacidad “no es un problema médico, sino una interacción entre una deficiencia y su entorno”. Para la CDPD, las personas tienen una discapacidad “cuando colisionan con un entorno desfavorable o inaccesible. Las personas con discapacidad no necesitan ser curadas”, sino que es el entorno (la sociedad) el que ha de estar abierto a todos sus miembros, para lo que han de eliminarse las barreras.

²¹⁴³ CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, elaboradas en la *XIV Cumbre Judicial Iberoamericana*, celebrada en Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008.

²¹⁴⁴ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 27-28.

c) “La CDPD abarca todos los tipos de discapacidad”. Incluye a las personas con discapacidades físicas, mentales, intelectuales y sensoriales.

d) “Se clasifica a las barreras y no a los seres humanos”. Clasificar a una persona puede ser el primer paso hacia su exclusión. Lo importante es que “las políticas y leyes se hagan eco del modelo social de la discapacidad, en el sentido de que el problema de una persona con discapacidad se mide en función de las barreras existentes y no en función de la categoría o el porcentaje de deficiencia”²¹⁴⁵.

“La referencia expresa a barreras externas a la persona como factores constitutivos de la discapacidad representa un importante paso para apartarse de los conceptos que equiparan la discapacidad con las limitaciones funcionales.

La interacción con las personas con discapacidad se refiere a personas y no a discapacidades” y debe tener lugar en condiciones de igualdad; “las personas con discapacidad no son personas especiales, pueden sentirse especiales (o más probablemente discriminadas) cuando no se realizan ajustes para facilitar su interacción con otras personas”. No obstante, si el entorno ha sido objeto de ajustes apropiados y las actitudes responden a un enfoque social de DDHH, “la interacción puede llevarse a cabo fácilmente”. Para ello se “requiere sentido común y respeto; en un contexto profesional, la interacción con esas personas exige profesionalidad”, lo mismo que esperarían las personas sin discapacidad. “La interacción resulta más fácil cuando las normas son las mismas para todos”²¹⁴⁶.

4.- Modelos de tratamiento de la discapacidad

En el mundo existen y han existido diferentes modelos de tratamiento de la discapacidad dependiendo del momento histórico y la zona geográfica²¹⁴⁷.

Todos los modelos coexisten en la actualidad y pese a la CDPD, la realidad es que los modelos de beneficencia y médico siguen prevaleciendo incluso dentro de la comunidad de DDHH.

4.1.- Modelo de prescindencia

²¹⁴⁵ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 19-20.

²¹⁴⁶ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 20.

²¹⁴⁷ PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, 2008. Distingue entre tres modelos, de prescindencia, médico y social.

En él, la discapacidad es algo negativo, un castigo o maldición divina. Las respuestas sociales y jurídicas se concretan en el ocultamiento de la persona con discapacidad, ya que se tiene la percepción de que estas personas son peligrosas, o lo que es peor, en su eliminación²¹⁴⁸.

“Históricamente las personas con discapacidades mentales e intelectuales han sido objeto de maltrato y abandono en la mayoría de las sociedades. Se han visto sometidas a atrocidades tales como experimentos, tratamientos forzados, terapias de choque e incluso intentos de genocidio.

En la actualidad persisten los estigmas y mitos en relación con las enfermedades mentales, lo que frecuentemente da lugar a discriminación y exclusión. Los estereotipos sobre las personas con discapacidades mentales o intelectuales hacen a estas parecer carentes de inteligencia, “raras”, incapaces de trabajar, sin posibilidades de recuperación, imprevisibles y peligrosas”, lo que ha supuesto su discriminación y empobrecimiento²¹⁴⁹.

4.2.- Modelo de beneficencia

Considera a las personas con discapacidad seres desafortunados, dignos de compasión, que dependen de la asistencia y buena voluntad de otros, sujetos pasivos de acciones de bondad o de asistencia social “en lugar de reconocerles derechos a participar en la vida política y cultural y en su desarrollo”. Cree que no están “en condiciones de sostenerse a sí mismas como consecuencia de su deficiencia” y por ello, las sostiene la sociedad.

Con este enfoque “no se considera ninguna condición relacionada con el entorno; la discapacidad es un problema individual”. Las personas con discapacidad “son objeto de conmisericordia y dependen de la buena voluntad de la sociedad y del Estado: centros de beneficencia, hogares de acogida, fundaciones e iglesias, en los que la sociedad delega”. Con este modelo, “las personas con discapacidad carecen de empoderamiento, no controlan sus vidas y su participación es escasa o inexistente. Se consideran una carga para la sociedad” con el riesgo de que permanezcan al margen de la sociedad.

Este modelo de beneficencia “incrementa la distancia entre las personas con discapacidad y la sociedad en lugar de promover la igualdad y la integración”²¹⁵⁰.

²¹⁴⁸ BARRIFFI, F. J., *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica...*, cit., p. 42.

²¹⁴⁹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 14.

²¹⁵⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 8-9.

4.3.- Modelo médico

También llamado rehabilitador.

La discapacidad no es en sí misma negativa, pero sí es considerada como una anormalidad médica o enfermedad, por lo que las respuestas sociales y legales se centran en la rehabilitación, normalización o curación de la persona para lograr su integración en la sociedad y si no se logra los excluye²¹⁵¹.

En el modelo médico “se hace especial hincapié en la deficiencia de la persona, que se considera que da origen a la desigualdad”. Las personas con discapacidad pueden ser curadas de su deficiencia o reducirla lo máximo posible, “mediante la medicina o la rehabilitación con miras a su reincorporación a la sociedad”, y que puedan sostenerse a sí mismas.

Si no es posible una rehabilitación, las personas con discapacidad no podrán reincorporarse a la sociedad.

Con este enfoque “no se tiene en cuenta ninguna condición del entorno y la discapacidad es un problema individual. Las personas con discapacidad están enfermas, no controlan su vida y han de ser curadas para que recuperen la normalidad”.

Su participación social es escasa o nula. Al ser la discapacidad un problema médico, los profesionales, como médicos, psiquiatras y enfermeros; y las instituciones de beneficencia, generalmente representan los intereses de las personas con discapacidad y tienen amplios poderes sobre ellos, porque se presume que conocen lo que es mejor para ellos.

Ese modelo frecuentemente se mezcla con el modelo de beneficencia²¹⁵².

4.4.- Modelo social

La discapacidad “es percibida como una característica de la diversidad humana con el mismo valor y dignidad que las demás”, por lo que las respuestas sociales y jurídicas se dirigen al respeto de los DDHH, la no discriminación e igualdad de oportunidades²¹⁵³.

Considera que “la discapacidad es la consecuencia de la interacción del individuo con un entorno que no da cabida a las diferencias de ese individuo”, lo que “obstaculiza la participación del individuo en la sociedad. La desigualdad no obedece a la

²¹⁵¹ BARRIFFI, F. J., *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica...*, cit., p. 42.

²¹⁵² NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 9-10.

²¹⁵³ BARRIFFI, F. J., *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica...*, cit., p. 42.

deficiencia, sino a la incapacidad de la sociedad de eliminar los obstáculos que encuentran las personas con discapacidad”.

“La discapacidad es una construcción social: el resultado de la interacción en la sociedad entre los factores personales y los factores del entorno”. No es “un problema individual, sino el resultado de una organización errónea de la sociedad”. Luego “la sociedad debe reestructurar las políticas, las prácticas, las actitudes, la accesibilidad del entorno, las disposiciones normativas y las organizaciones políticas y, por ende, eliminar los obstáculos sociales y económicos que impiden la plena participación de las personas con discapacidad”²¹⁵⁴.

El hecho de pasar del modelo médico al modelo social no significa que se niegue la importancia de los cuidados y la asistencia que, a veces de manera prolongada, proporcionan las instituciones médicas. La diferencia está en el enfoque general del tratamiento que responde a las expectativas del paciente y no a las de la institución. El modelo social atribuye al personal médico nuevas funciones. Su relación con las personas con discapacidad se basa en el diálogo, la libertad, la dignidad y la confianza²¹⁵⁵.

El modelo social se opone a los modelos anteriores. “Los titulares de obligaciones con arreglo a este modelo son el Estado, que abarca a todos los ministerios y ámbitos de la administración así como la sociedad. Según este modelo, las personas con discapacidad están empoderadas, controlan sus vidas y disfrutan de una plena participación en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas. La carga de la discapacidad no recae sobre ellas, sino sobre la sociedad”²¹⁵⁶.

La CDPD supone la evolución del modelo médico de discapacidad²¹⁵⁷ al modelo social, donde las personas con discapacidad “no son objeto de políticas caritativas o asistenciales, sino que son sujetos de DDHH”, y ello no se debe a la buena voluntad de personas o gobiernos, sino a su propia esencia, al respeto a sus derechos naturales. Así, la persona con discapacidad entendida desde su dignidad y autonomía pasa a ser el centro de atención²¹⁵⁸, y debe situarse en igualdad de condiciones con los demás.

²¹⁵⁴ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 10-11.

²¹⁵⁵ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 10.

²¹⁵⁶ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 11.

²¹⁵⁷ Con este criterio, la educación especial se convierte en una herramienta de las personas, la asistencia social y el empleo protegido son los principales medios de manutención. Hay una actitud paternalista y de subestimación de las personas con discapacidad, de ahí la búsqueda de instituciones jurídicas cuya finalidad es la sustitución en la toma de decisiones.

²¹⁵⁸ CORREA MONTOYA, L., “Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia”, *Universitas*, n.º 118, Bogotá, enero-junio 2009, p. 135.

Este nuevo modelo es asumido por la sociedad de un modo diferente dependiendo del tipo de discapacidad, si es física es comúnmente aceptado, pero si es intelectual o mental, ya no es lo mismo y las barreras se multiplican. Por ello, el art. 12 CDPD, que luego veremos, tiene especial importancia, porque se refiere a la obligación de aplicar el modelo social también a este tipo de discapacidad²¹⁵⁹.

4.5.- Modelo de DDHH

El modelo de DDHH respecto de la discapacidad se basa en el modelo social, “ya que reconoce que las personas con discapacidad son sujetos de derechos y que el Estado y otras entidades tienen responsabilidades frente a esas personas”. Considera que “las barreras de la sociedad son discriminatorias y ofrece medios a las personas con discapacidad para que denuncien las situaciones en que se encuentran cuando existen tales barreras”. Las personas con discapacidad tienen derechos e instrumentos para hacerlos valer.

No se basa en la conmiseración, sino en “la dignidad y la libertad. Busca los medios de respetar, apoyar y celebrar la diversidad humana mediante la creación de condiciones que permitan una participación significativa de una gran diversidad de personas, incluidas las personas con discapacidad”. Se trata de que las personas con discapacidad “se ayuden a sí mismas de manera que puedan participar en la sociedad, en la educación, en el trabajo, en la vida política y cultural y en la defensa de sus derechos mediante el acceso a la justicia”²¹⁶⁰.

El enfoque de DDHH “es un acuerdo y un compromiso entre personas con discapacidad, Estados y el sistema internacional de DDHH para poner en práctica algunos de los aspectos primordiales del enfoque social”. El modelo “es vinculante para todos los Estados que hayan ratificado la CDPD”, que “han de eliminar las medidas discriminatorias e impedir que estas se adopten”. Establece que “todas las políticas y leyes deben formularse con la participación de personas con discapacidad, incorporando la discapacidad a todos los aspectos de la actuación política”.

Con arreglo a este modelo, “el principal titular de obligaciones es el Estado, incluidos todos sus ministerios y organismos. Hay ciertas disposiciones que afectan al

²¹⁵⁹ BARRIFFI, F. J., *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica...*, cit., pp. 32-33.

²¹⁶⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 11.

sector privado y se atribuye un papel específico a la sociedad civil, particularmente en el caso de las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan”²¹⁶¹.

La diferencia primordial entre el enfoque médico/de beneficencia, y el enfoque social/de DDHH, respecto de la discapacidad, es el tratamiento “especial” y el tratamiento “inclusivo”²¹⁶².

III.- ESTRUCTURA DE LA CDPD

1.- Contenido

La CDPD tiene un Preámbulo con 25 letras y un articulado con 50 arts., que pueden resumirse de la manera siguiente:

- Art. 1. Propósito.
- Art. 2. Definiciones.

Define conceptos clave de la CDPD: “la comunicación, el lenguaje, la discriminación por motivos de discapacidad, los ajustes razonables y el diseño universal”. No contiene “definiciones propiamente dichas de las expresiones “personas con discapacidad” ni “discapacidad”, ya que se ha adoptado la decisión de considerarlas conceptos que evolucionan”²¹⁶³.

- Art. 3. Principios generales.

“Los principios generales son muy importantes para interpretar y poner en práctica los derechos y otros arts. de la CDPD”. Si se duda acerca del significado de un art., los principios se pueden usar como orientación²¹⁶⁴.

- Art. 4. Obligaciones generales.

“Además de reconocer los derechos de las personas con discapacidad, la CDPD determina quiénes tienen la obligación de ocuparse de esos derechos, qué tienen que hacer y cuándo”²¹⁶⁵.

- Arts. 5 a 30. Cuestiones intersectoriales.

La CDPD constituye un sólido marco de no discriminación e igualdad que repercute en todos los derechos que en ella se consignan.

²¹⁶¹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 11-12.

²¹⁶² NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 12.

²¹⁶³ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 31.

²¹⁶⁴ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 31; “P. ej., cuando establezcan servicios de apoyo para la toma de decisiones, los encargados de formular políticas deben basarse en el respeto de la autonomía de la persona para garantizar que el individuo tenga máxima autonomía en la adopción de decisiones”.

²¹⁶⁵ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 31.

“Abarca la gama completa de DDHH. Como clara expresión de la interdependencia y de la igualdad de rango de todos los DDHH, combina los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales”, que se reconocen a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad.

Como novedad, “la CDPD establece una serie de medidas que imponen a los Estados la obligación de hacer algo que resulta necesario para garantizar los derechos; no obstante, tales medidas no guardan una relación directa con un derecho en particular”. Entre ellas las relacionadas con: “la toma de conciencia, la accesibilidad, las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias, el acceso a la justicia, la movilidad personal, la habilitación y rehabilitación, los datos y estadísticas y la cooperación internacional”²¹⁶⁶.

– Arts. 31 y 33. Medidas de aplicación y seguimiento.

El art. 31 “dispone que los Estados partes recopilarán información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la CDPD. En el art. 33 se exponen las diversas medidas que los Estados partes han de adoptar para establecer marcos nacionales de aplicación y seguimiento”²¹⁶⁷.

– Art. 32. Cooperación internacional.

Se subraya “la importancia de la cooperación internacional, incluida la cooperación para el desarrollo, a los efectos de la observancia de los derechos consignados en ella”²¹⁶⁸.

– Arts. 34 a 39. Comité.

“Establece el Comité CDPD, el cual está facultado para recibir y examinar informes periódicos de los Estados partes” y detalla su estructura funcional²¹⁶⁹.

– Art. 40. Conferencia de los Estados Partes.

La CDPD “establece una Conferencia de los Estados Partes con el fin de considerar todo asunto relativo a la aplicación de la Convención”²¹⁷⁰.

– Arts. 41 y ss. Disposiciones finales.

La CDPD “establece los procedimientos necesarios para la firma, la ratificación y la entrada en vigor y otros requisitos pertinentes”²¹⁷¹.

²¹⁶⁶ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 32-33.

²¹⁶⁷ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 34.

²¹⁶⁸ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 34.

²¹⁶⁹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 34.

²¹⁷⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 34.

2.- DDHH de la CDPD

La CDPD es un tratado de DDHH. Concretamente reconoce:

Derecho a la vida (art. 10)

Igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12)

Libertad y seguridad de la persona (art. 14)

Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 15)

Protección contra la explotación, la violencia y el abuso (art. 16)

Protección de la integridad personal (art. 17)

Libertad de desplazamiento y nacionalidad (art. 18)

Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19)

Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (art. 21)

Respeto de la privacidad (art. 22)

Respeto del hogar y de la familia (art. 23)

Educación (art. 24)

Salud (art. 25)

Trabajo y empleo (art. 27)

Nivel de vida adecuado y protección social (art. 28)

Participación en la vida política y pública (art. 29)

Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (art. 30)

Aunque no establece nuevos derechos ya que reconoce los ya existentes, la CDPD “define con un mayor grado de claridad la aplicación de los derechos a las situaciones concretas de las personas con discapacidad”²¹⁷².

3.- Preámbulo

El Preámbulo de la CDPD está compuesto por 25 letras, entre las que podemos reseñar como más relevantes a los efectos de este estudio:

“a) Recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la

²¹⁷¹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 34.

²¹⁷² NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 35.

dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

b) Reconociendo que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole,

c) Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación,

[...]

e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás,

f) Reconociendo la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad,

g) Destacando la importancia de incorporar las cuestiones relativas a la discapacidad como parte integrante de las estrategias pertinentes de desarrollo sostenible,

h) Reconociendo también que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano,

i) Reconociendo además la diversidad de las personas con discapacidad.

j) Reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso.

k) Observando con preocupación que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para

participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo,

l) Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

m) Reconociendo el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza,

n) Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones,

o) Considerando que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente,

[...]

v) Reconociendo la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales,

w) Conscientes de que las personas, que tienen obligaciones respecto a otras personas y a la comunidad a la que pertenecen, tienen la responsabilidad de procurar, por todos los medios, que se promuevan y respeten los derechos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos,

x) Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones,

y) Convencidos de que una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad

contribuirá significativamente a paliar la profunda desventaja social de las personas con discapacidad y promoverá su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados,”.

4.- Propósito

Art. 1 CDPD: “*Propósito:*

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”.

Subraya las diferentes obligaciones que la CDPD impone a los Estados: “promover²¹⁷³, proteger²¹⁷⁴ y asegurar derechos”²¹⁷⁵.

Afirma que “las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que las demás y que deben poder disfrutar de tales derechos en pie de igualdad con todos los integrantes de la sociedad”.

Con la dignidad inherente se refiere a que el respeto de los DDHH “es lo que en el fondo define las múltiples facetas de nuestra condición de seres humanos. Cuando no se respetan los DDHH no se respeta la dignidad del individuo y esa es la experiencia que tienen muchas personas con discapacidad en todo el mundo”²¹⁷⁶.

Luego la discapacidad no es una circunstancia personal del individuo sino el resultado de la interacción entre una persona y un entorno que con una serie de barreras dificulta o impide el ejercicio de sus derechos y los seres humanos no pueden ni deben ver reducidos sus derechos, ni su capacidad jurídica ni ser discriminados por no estar dentro de los estándares de una supuesta normalidad.

²¹⁷³ “P. ej. sensibilizar sobre los derechos de las personas con discapacidad”.

²¹⁷⁴ “P. ej. establecer leyes y políticas que reconozcan los derechos de las personas y recursos cuando se infrinjan esos derechos”.

²¹⁷⁵ “P. ej. promover el acceso físico a los correspondientes servicios y la información al respecto”. NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 26.

²¹⁷⁶ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 26.

El propósito de la CDPD solo se puede lograr si las personas con discapacidad y todos los agentes sociales, y en especial las personas que mantienen una relación directa por motivos profesionales con ellos, participan de un modo activo.

5.- Definiciones

Art. 2 CDPD: “*Definiciones:*

A los fines de la presente Convención:

La “comunicación” incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso;

Por “lenguaje” se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal;

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;

Por “diseño universal” se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El “diseño universal” no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.”.

Estas definiciones sirven de aclaración y de interpretación de todos los derechos de las personas con discapacidad.

IV.- PRINCIPIOS GENERALES

Art. 3 CDPD: *“Principios generales:*

Los principios de la presente Convención serán:

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

Estos principios generales también reflejan el cambio de criterio de la CDPD hacia el modelo social y de DDHH, y ayudan a los Estados a interpretar todas las demás disposiciones de la misma, comprenderlas y aplicarlas con eficacia.

1.- Principio de autonomía

El Preámbulo en su letra n) indica: *“Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”* y en la o): *“Considerando que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente”.*

El art. 3 a) CDPD habla de la *“El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.*

La autonomía es la base esencial de la dignidad y de los DDHH y lograrla es un objetivo fundamental de la CDPD.

“Cuando se respeta la dignidad de las personas con discapacidad, se valoran sus experiencias y opiniones, las cuales pueden ser conformadas sin temor de perjuicios físicos, psicológicos o emocionales”²¹⁷⁷.

Históricamente, la autonomía personal se negó a las personas con discapacidad, en particular a las que tenían discapacidad intelectual o mental, por lo que avanzar en este principio es fundamental. Sin ella no se puede articular un auténtico sistema de derechos. La CDPD reconoce que las personas con discapacidad sean autónomas y puedan manejar sus propios asuntos, autonomía que no se basa en la independencia, sino en la interdependencia, por ello la autonomía personal, la capacidad y los apoyos pueden coexistir y son la base del sistema.

“La autonomía individual significa estar a cargo de la propia vida y tener la libertad de tomar las propias decisiones. El respeto de la autonomía individual de las personas con discapacidad significa que estas personas tienen, en igualdad de condiciones con los demás, opciones de vida razonables, están sujetas a la mínima interferencia en su vida privada y pueden tomar sus propias decisiones, con apoyo adecuado en caso necesario”²¹⁷⁸.

El principio de autonomía tiene una doble vertiente, física y volitiva.

1.1.- Autonomía física

Plasmada en el Preámbulo de la CDPD en su letra v): “*Reconociendo la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*”.

Se trata de un concepto de autonomía física más amplio que la mera accesibilidad centrada en eliminar barreras arquitectónicas. Los Estados miembros deben eliminar los obstáculos físicos. Pero además, en las medidas de accesibilidad²¹⁷⁹ pone en plano de igualdad la eliminación de las barreras físicas que impidan el acceso a edificios y medios de transporte y aquellas otras que impidan el acceso a la información, tecnologías de la información y comunicaciones.

²¹⁷⁷ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 16.

²¹⁷⁸ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 16.

²¹⁷⁹ Que aparecen, en su mayoría, en el art. 9 CDPD.

1.2.- Autonomía volitiva

Es la autonomía que afecta a la toma de decisiones y es la que estudiaremos más profundamente en este trabajo. En ella podemos distinguir:

a) La autonomía preventiva, por la que el propio interesado decide el sistema que hay que aplicar si llega a perder la capacidad y designa la persona que le apoyará o representará. Se manifiesta en figuras como la autotutela o los poderes preventivos.

b) La autonomía consustancial a la personalidad, que conserva la persona con discapacidad tras establecerse un sistema de apoyos o representación que tiene que respetar esa capacidad natural y los DDHH del interesado.

La clave en esta materia es el art. 12 CDPD, referido a la personalidad, la capacidad jurídica y las medidas de salvaguardia, que analizaremos posteriormente.

2.- Principio de no discriminación

2.1.- Introducción

La discriminación se refiere al hecho de tratar a alguien de manera diferente y no necesariamente negativa. Sin embargo, “la discriminación también puede significar que alguien trata a otra persona de manera injusta como consecuencia de sus características personales”. Es a este significado al que se refiere la DUDH, que reconoce en su art. 2 párr. 1º que: *“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”*. “Esta sencilla afirmación se repite en leyes y constituciones nacionales y en tratados regionales y de las NNUU”²¹⁸⁰.

La discriminación por motivos de discapacidad “es uno de los principales problemas que enfrentan las personas con discapacidad o relacionadas con ellas. Se manifiesta en diferentes formas y puede tener efectos desastrosos en sus vidas y, por extensión, en el resto de la sociedad”²¹⁸¹. Según la Observación general n.º 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²¹⁸²: “[...] La discriminación contra las personas con discapacidad existe desde hace mucho tiempo y reviste formas diversas, que van desde la discriminación directa, como por ejemplo la negativa a

²¹⁸⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 93.

²¹⁸¹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 93.

²¹⁸² Observación general N.º 5: Personas con discapacidad, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11º período de sesiones, 1994.

conceder oportunidades educativas, a formas más “sutiles” de discriminación, como por ejemplo la segregación y el aislamiento conseguidos mediante la imposición de impedimentos físicos y sociales. [...] Mediante la negligencia, la ignorancia, los prejuicios y falsas suposiciones, así como mediante la exclusión, la distinción o la separación, las personas con discapacidad se ven muy a menudo imposibilitadas de ejercer sus derechos económicos, sociales o culturales sobre una base de igualdad con las personas que no tienen discapacidad. Los efectos de la discriminación basada en la discapacidad han sido particularmente graves en las esferas de la educación, el empleo, la vivienda, el transporte, la vida cultural, y el acceso a lugares y servicios públicos.”.

“Aunque la Observación general se centraba concretamente en los derechos económicos, sociales y culturales, lo mismo cabe decir para los derechos civiles y políticos”²¹⁸³.

2.2.- Discriminación e igualdad

Analizar la discriminación exige examinar también el concepto de igualdad. Al luchar contra la discriminación luchamos contra los factores de la sociedad que dan lugar a la desigualdad.

“No obstante, la relación entre la no discriminación y la igualdad genera confusión en cuanto a lo que se entiende por “igualdad”. Se suele pensar en cosas que son las mismas, idénticas o equivalentes. Sin embargo, cuando hablamos de la igualdad en el contexto de los DDHH, no estamos necesariamente diciendo que todas las personas sean idénticas o las mismas. Por el contrario, estamos diciendo que toda persona tiene los mismos derechos. Para garantizar esto, tal vez haya que tratar de manera diferente a dos personas a causa de sus diferencias”, lo que “puede generar confusión y dar lugar a denuncias de discriminación”. Sin embargo, no lo es. “Se trata del reconocimiento de que las personas son diferentes, pero tienen los mismos derechos; para que la igualdad sea una realidad, puede ser necesario adoptar estrategias diferentes para personas diferentes”²¹⁸⁴.

“La lucha contra la discriminación exige algo más que meramente prohibirla. Exige también centrarse en la esencia de la discriminación indirecta, cambiando en

²¹⁸³ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 93. “P. ej. en muchos países se sigue denegando a algunas personas con discapacidad el derecho al voto, así como la capacidad jurídica para contraer matrimonio, formalizar contratos o comprar o vender bienes”.

²¹⁸⁴ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 94.

primer lugar los prejuicios subyacentes de la sociedad que causan discriminación, mediante la promoción de la igualdad. Por esa razón, frecuentemente es necesario adoptar medidas específicas para alcanzar la igualdad de las personas que sufren discriminación, incluidas las personas con discapacidad. Las medidas específicas en favor de una persona con discapacidad no se consideran discriminatorias, sino que constituyen un trato diferenciado justificado”. Se reconoce en la CDPD, cuyo art. 5.4 dispone lo siguiente: *“No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.”*

De esta manera, la CDPD “reconoce que, para garantizar la igualdad de facto con otras personas, en ocasiones tal vez sea necesario adoptar medidas específicas en favor de las personas con discapacidad”²¹⁸⁵.

2.3.- Normativa de la CDPD

El Preámbulo de la CDPD lo indica en sus letras h): *“Reconociendo también que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”*; y p): *“Preocupados por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición”*.

El art. 2 párr. 3º CDPD establece: *“Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;”*.

Además lo recogen los arts. 2 párr. 4º, 4.1 y 5 CDPD:

Art. 2 párr. 4º CDPD: *“Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga*

²¹⁸⁵ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 103.

desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;”.

Art. 4.1 CDPD: *“Obligaciones generales:*

Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. [...]”.

Art. 5 CDPD: *“Igualdad y no discriminación:*

“1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.”.

La no discriminación es un principio fundamental de todos los tratados de DDHH y es la base para que la CDPD sea efectiva, no una mera cláusula programática. Interactúa con cada uno de los derechos sustantivos de las personas con discapacidad. Derechos que eran previos, del ser humano por el hecho de serlo, no son nuevos, ni los crea el Tratado.

“Esencialmente entraña la prohibición de la discriminación de alguien por motivos de discapacidad, habida cuenta de que la discriminación impide que las personas disfruten de sus derechos en igualdad de condiciones con otras personas. No obstante, la no discriminación se considera actualmente un principio mucho más amplio, que abarca no solo la prohibición de los actos discriminatorios, sino también la

adopción de medidas de protección contra una posible discriminación en el futuro y contra la discriminación oculta y el fomento de la igualdad”²¹⁸⁶.

2.4.- Definición de la discriminación en la CDPD

La CDPD define la discriminación de manera siguiente en su art. 2: “*Por ‘discriminación por motivos de discapacidad’ se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.*”.

Para mejor comprender esta definición, la examinaremos por partes.

2.4.1.- Distinción, exclusión o restricción

Los actos constitutivos de discriminación pueden ser bastante diversos.

- Una “*distinción*” “puede ser una diferenciación expresa entre dos personas por motivos de discapacidad”.
- Una “*exclusión*” “es una situación en que una persona, por motivos de discapacidad, no puede entrar en un determinado espacio o participar en una determinada actividad”.
- Una “*restricción*” “es una limitación del derecho de las personas a participar en ciertos aspectos de la vida civil, cultural, económica, política o social”²¹⁸⁷.

2.4.2.- Por motivos de discapacidad

La CDPD se refiere a la “*discriminación por motivos de discapacidad*”. “Esta expresión abarca más que la discriminación contra las personas con discapacidad, ya que se centra no solo en proteger a las personas con discapacidad, sino en luchar contra la propia discriminación para eliminarla finalmente, independientemente de que vaya dirigida contra las personas con discapacidad o las demás personas. Por consiguiente, la discriminación por motivos de discapacidad no apunta únicamente a las personas con

²¹⁸⁶ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 17.

²¹⁸⁷ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 97.

discapacidad, sino también a las personas que, por diferentes razones, están asociadas a las personas con discapacidad (discriminación por asociación)”²¹⁸⁸.

2.4.3.- Propósito o efecto

El art. 2 párr. 3º CDPD aclara que esas distinciones, exclusiones o restricciones constituyen violaciones cuando tengan: “*el propósito o el efecto*”.

El propósito “es una finalidad discriminatoria” y el efecto, “un resultado objetivo, independientemente de cuál sea la finalidad”.

“No es necesario que exista una finalidad de discriminar para que se produzca la discriminación. Lo esencial es lo que experimenta la persona que sufre discriminación. La imprudencia y el descuido pueden producir un efecto discriminatorio igual o incluso mayor que un acto que se realice con finalidad discriminatoria”²¹⁸⁹.

2.4.4.- Reconocimiento, goce o ejercicio

La protección contra la discriminación abarca:

El “*reconocimiento*” “de los derechos de las personas con discapacidad (p. ej. en las leyes)”.

El “*goce*” “sin trabas de sus derechos por esas personas”.

Su “*ejercicio*”, “como la capacidad de adoptar medidas para lograr el disfrute de un derecho, p. ej., la asistencia a una escuela”²¹⁹⁰.

2.4.5.- Igualdad de condiciones

La CDPD “no pretende crear nuevos derechos para las personas con discapacidad, sino luchar contra la discriminación, es decir, contra las barreras y actitudes que impiden que las personas con discapacidad gocen de sus derechos. La finalidad que en definitiva se persigue es que toda persona, independientemente de que tenga o no tenga una discapacidad”²¹⁹¹, pueda disfrutar de los mismos “*derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo*”.

²¹⁸⁸ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 97-98.

²¹⁸⁹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 98.

²¹⁹⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 98.

²¹⁹¹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 99.

2.4.6. Denegación de ajustes razonables

2.4.6.1.- En relación con la discriminación

La CDPD “reconoce que la denegación de ajustes razonables constituye una forma de discriminación. Para promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados partes han de adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”.

La CDPD, “aunque dispone que se realicen ajustes en función de las necesidades particulares de las personas con discapacidad, se refiere a ajustes razonables. Cuando los ajustes impongan una carga desproporcionada o indebida a la persona o entidad que se espera que los realice, el hecho de no proceder a realizarlos no constituiría discriminación”.

“Los ajustes razonables constituyen una modificación realizada en favor de una persona que los ha pedido. Así pues, un empleado que haya tenido un accidente de automóvil y requiera ciertas modificaciones para seguir trabajando puede pedir al empleador que realice ajustes razonables”²¹⁹².

“La CDPD impone a los Estados la carga de garantizar ajustes razonables. No obstante, dado que gran parte de ellos son necesarios en el sector privado, los Estados deben valerse de la legislación para obligar al sector privado a realizar ajustes razonables”²¹⁹³.

El incumplimiento injustificado de los ajustes razonables supone una auténtica discriminación. El art. 5.3 CDPD señala: *“A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”*.

2.4.6.2.- Definición

La CDPD, cuyo art. 2 define los ajustes razonables como: *“las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas*

²¹⁹² NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 99-100. “Esto es diferente de las medidas de accesibilidad general del art. 9 de la Convención, que no están necesariamente destinadas a particulares (aunque obviamente estos se benefician de ellas), sino a la comunidad en general. En tanto que los Estados han de alcanzar la accesibilidad general a lo largo del tiempo, un particular puede pedir ajustes razonables de manera inmediata y presentar una demanda ante el tribunal si los ajustes no se realizan”.

²¹⁹³ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 99-100.

con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

El concepto de ajuste razonable está lejos de ser claro. Sobre esta falta de claridad, el propio Comité de NNUU se ha referido en reiteradas ocasiones.

2.4.6.3.- Relación con la accesibilidad

La definición de la CDPD no hace referencia a la accesibilidad. La Observación general n.º 2 sobre el art. 9, del Comité de NNUU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²¹⁹⁴, afirmó: *“La obligación de realizar ajustes razonables es una obligación ex nunc, lo que significa que estos son exigibles desde el momento en que una persona con una deficiencia los necesita en una determinada situación, por ejemplo, el lugar de trabajo o la escuela, para disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones en un contexto particular. En este caso, las normas de accesibilidad pueden servir de indicador, pero no pueden considerarse obligatorias. Los ajustes razonables pueden utilizarse como medio para garantizar la accesibilidad a una persona con una discapacidad en una situación particular. Con la introducción de ajustes razonables se pretende hacer justicia individual en el sentido de garantizar la no discriminación o la igualdad, teniendo en cuenta la dignidad, la autonomía y las elecciones de la persona. Por lo tanto, una persona con una deficiencia rara puede solicitar ajustes que no estén comprendidos en el alcance de ninguna norma de accesibilidad”.*

Como señala De Asís Roig²¹⁹⁵, la exigencia de accesibilidad, como cualquier derecho, posee unos límites:

1.- “Límites de lo necesario (tipo de bienes, productos o servicios sobre los que se proyecta la accesibilidad)”. “Vienen a justificar la ausencia de accesibilidad cuando se produce en ámbitos no relacionados con la vida independiente, la participación social y la igualdad de oportunidades”.

2.- “Límites de lo posible (situación del conocimiento científico, diversidad humana, carga, actitudinal)”. “Se proyectan básicamente sobre el diseño universal si bien también en las medidas de accesibilidad. Tiene que ver con el estado del

²¹⁹⁴ Observación general n.º 2 del Comité de NNUU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre el art. 9: accesibilidad, undécimo periodo de sesiones, del 31 de marzo al 11 de abril de 2014.

²¹⁹⁵ P. ej., su informe sobre España del año 2011.

DE ASÍS ROIG, R., “De nuevo sobre los ajustes razonables”, cit., pp. 105-106.

conocimiento y la diversidad humana. El diseño para todos tiene sus límites en el estado de la ciencia y la técnica y en la posibilidad de conocer la diversidad humana”. También “tiene que ver con actitudes y derechos, la exigencia de lo posible se traduce en exigencia de razonabilidad y esta en exigencia de proporcionalidad”. Hay que tener en cuenta cómo afecta el diseño a los derechos y cuál es su coste.

3.- “Límites de lo razonable (ausencia de justificación de la accesibilidad al afectar a otros derechos y bienes o al constituir un coste desproporcionado)”. El ajuste razonable “radica en la existencia de una falta de accesibilidad justificada y por lo tanto no discriminatoria; en el segundo, en que no sea una carga indebida o desproporcionada. En todo caso, la razonabilidad no puede convertirse en una estrategia que oculte verdaderos casos de discriminación”.

Sobre los costes, al referirnos a los DDHH, no podemos limitarlos por su coste excesivo salvo que dicho coste dañe otros derechos. La limitación de los derechos solo se justifica utilizando razones apoyadas en derechos de igual valor.

2.4.6.4.- Problemas

Los ajustes razonables presentan dos problemas, siguiendo a De Asís Roig²¹⁹⁶:

1.- “Desde el punto de vista de su exigibilidad, al hacerse referencia en su propia definición a la posibilidad de verse limitado cuando suponga una carga desproporcionada, parece que nos encontramos con una exigencia susceptible de ser dejada a un lado fácilmente”. Todo derecho está limitado pero solo por otros derechos.

2.- En relación con su proyección, “el ajuste es una medida que tiene una proyección en una persona y en un caso particular”. Sin embargo, a veces, “se considera ajuste aquello que sirve para un colectivo en general o para una caso particular”.

2.5.- Formas de discriminación

2.5.1.- Discriminación *de iure* y *de facto*

– Discriminación *de iure*. Es la discriminación en la legislación. Los DDHH prohíben la discriminación en la legislación por motivos de discapacidad²¹⁹⁷.

²¹⁹⁶ DE ASÍS ROIG, R., “De nuevo sobre los ajustes razonables”, cit., p. 107.

²¹⁹⁷ P. ej., en algunos países, la legislación electoral dispone que las personas con discapacidades mentales que se encuentren bajo tutela no pueden votar.

– Discriminación *de facto*. Es la discriminación en la práctica. “La protección contra la discriminación no consiste únicamente en prohibir la discriminación en las leyes”, incluye la protección contra la discriminación en la práctica²¹⁹⁸.

2.5.2.- Discriminación directa e indirecta

– Discriminación directa. Es “cuando una persona es tratada menos favorablemente que otra en una situación similar por un motivo relacionado con la discapacidad”.

– Discriminación indirecta. “Se refiere a las leyes, políticas o prácticas que parecen neutrales, pero que no tienen en cuenta las circunstancias particulares de las personas con discapacidad, lo que, por consiguiente, causa un daño o tiene un efecto desproporcionado en el ejercicio de sus derechos”²¹⁹⁹.

2.5.3.- Discriminación múltiple

En el Preámbulo de la CDPD se recuerda “*la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición*”²²⁰⁰.

2.5.4.- Discriminación sistémica

“Lamentablemente gran parte de la discriminación es sistémica. Los enfoques de beneficencia y médico respecto de la discapacidad siguen aún muy enraizados en todas las sociedades y a todos los niveles. La discriminación sistémica tarda tiempo en modificarse. En parte como medio para hacer frente a esa discriminación, en el art. 8 CDPD se dispone que los Estados han de realizar una labor de sensibilización respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de sus derechos y de su dignidad”²²⁰¹.

²¹⁹⁸ P. ej. se protege contra los actos discriminatorios de los empleadores. NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 94- 95.

²¹⁹⁹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 95.

²²⁰⁰ P. ej. una mujer con discapacidad puede sufrir discriminación por motivos de su sexo y de su discapacidad.

²²⁰¹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 96.

2.5.5.- Acoso

“El acoso se produce cuando una persona es objeto de comentarios, es ridiculizada o es sometida a un trato denigrante por causa de su discapacidad. La legislación debe proteger contra el acoso”²²⁰².

2.5.6.- Trato diferenciado justificado

“Aunque toda discriminación está prohibida, en ocasiones es permisible tratar a dos personas de manera diferente por motivos de discapacidad”.

“No toda diferenciación de trato constituye discriminación. Los criterios para determinar si un trato diferenciado está justificado figuran en otros ámbitos del derecho de los DDHH:

a) Los criterios para establecer esa diferenciación han de ser razonables y objetivos;

b) La finalidad del trato diferenciado ha de ser lograr un propósito legítimo, es decir, un propósito que esté en consonancia con los principios de DDHH”²²⁰³.

2.6.- Responsabilidad

Cuando se trata de la discriminación, existen diferentes grados de responsabilidad, aunque el Estado es el titular primario de la obligación²²⁰⁴.

2.6.1.- Estados

“Los Estados y las organizaciones de integración regional, que están constituidas por Estados soberanos, pueden ser signatarios de la CDPD. Esta impone obligaciones específicas a los Estados partes a los efectos de proteger, promover y garantizar los derechos de las personas con discapacidad”. Además, “los Estados se comprometen a tomar medidas pertinentes y efectivas en relación con la cooperación internacional en apoyo de los esfuerzos nacionales para hacer efectiva la CDPD (art. 32 CDPD). Aunque los Estados tienen una responsabilidad primaria en relación con la observancia de los derechos de las personas con discapacidad en su jurisdicción, también han de cooperar

²²⁰² NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 96.

²²⁰³ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 96-97.

²²⁰⁴ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 105.

con otros Estados. Esto pone de manifiesto sus responsabilidades extraterritoriales de promover, proteger y garantizar los derechos de las personas con discapacidad”²²⁰⁵.

2.6.2.- Organizaciones internacionales y regionales

También compete responsabilidad a las organizaciones internacionales y regionales, como NNUU, el Banco Mundial, el Consejo de Europa, etc.²²⁰⁶.

2.6.3.- Empresas privadas

Si bien los Estados son los principales titulares de obligaciones con arreglo a la CDPD, “los que ponen en práctica muchas de sus disposiciones no son agentes del Estado, sino empresas privadas. El sector privado desempeña un papel muy importante en la prestación de servicios pertinentes”.

Según el art. 4.1 e) CDPD, los Estados partes deben “*Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;*”, “han de garantizar que el sector privado respeta los derechos de las personas con discapacidad, por lo que los Estados deben disponer de mecanismos apropiados para hacer un seguimiento del sector privado y que las políticas del Estado relacionadas, p. ej., con la educación, el empleo y la salud, incorporen el principio de la no discriminación y sean adoptadas por los proveedores privados de servicios”²²⁰⁷.

2.6.4.- Proveedores de servicios

La CDPD “también se refiere a servicios concretos, como el apoyo a la adopción de decisiones (art. 12), la asistencia personal para llevar una vida independiente (art. 19), el papel de los maestros (art. 24) y el papel de los profesionales de la salud (art. 25).

Los proveedores de servicios también desempeñan un papel importante en el establecimiento de las condiciones necesarias para que las personas con discapacidad gocen plenamente de sus DDHH”. Los propios proveedores de servicios “pueden discriminar por sí mismos a las personas con discapacidad de manera intencional o

²²⁰⁵ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 105.

²²⁰⁶ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 105.

²²⁰⁷ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 106.

involuntaria. Así, el Estado ha de tomar medidas para garantizar que los proveedores de servicios tengan conocimiento de la CDPD y la apoyen”²²⁰⁸.

2.6.5.- Las personas y las familias

El art. 4.1 e) dispone que los Estados han de adoptar “*todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, [...] discrimine por motivos de discapacidad;*”. Eso exige establecer penas adecuadas y otras medidas judiciales para proteger contra la discriminación.

Y el art. 8.1 a) CDPD exige “*Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas*”²²⁰⁹.

3.- Participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad

Este principio general del art. 3 CDPD tiene especial importancia, habida cuenta de la tradicional invisibilidad de muchas de esas personas en relación con las decisiones que les afectan.

“Los conceptos de participación e inclusión plenas y efectivas promueven una realidad en que todas las personas pueden intervenir plenamente en las dimensiones pública y privada de sociedad y en las decisiones que afectan a sus vidas. Significan que la sociedad y los agentes pertinentes valoran a las personas con discapacidad y las reconocen como participantes en igualdad de condiciones”.

La participación efectiva supone una intervención real que “debe ser lo más activa posible con objeto de que las personas con discapacidad intervengan en los procesos de adopción de decisiones y las actividades correspondientes”. “Los encargados de adoptar decisiones deben tener en cuenta las propuestas e ideas presentadas por las personas con discapacidad, lo que entraña modificar su actuación, actividad o decisión o, cuando eso no sea posible, explicar por qué no pueden hacerlo”²²¹⁰. Implica la posibilidad de emitir opiniones, influir y de presentar denuncias cuando se deniega la participación.

²²⁰⁸ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 106.

²²⁰⁹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 106.

²²¹⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 17.

“La inclusión requiere un entorno físico y social accesible y libre de barreras”. Es transformar la sociedad en general y adaptarla para que las personas con discapacidad puedan participar en ella en igualdad de condiciones que las demás.

Además, se trata de un proceso doble que promueve la aceptación de las personas con discapacidad y su participación y alienta a la sociedad a abrirse y a ser accesible a esas personas”²²¹¹.

“La participación y la inclusión no son experiencias que se producen en un momento determinado, sino que tienen lugar a lo largo de toda la vida”²²¹².

4.- Respeto por la diferencia

El respeto por la diferencia supone la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.

El respeto por la diferencia “entraña aceptar a otras personas en un contexto de comprensión mutua. Pese a algunas diferencias visibles y aparentes entre las personas, todas ellas tienen los mismos derechos y la misma dignidad. En relación con la discapacidad, ese respeto entraña aceptar a las personas con discapacidad tal como son en lugar de sentir lástima de ellas o considerarlas un problema que ha de resolverse”²²¹³.

5.- Igualdad de oportunidades

“La igualdad de oportunidades está estrechamente vinculada a la no discriminación. Se refiere a una situación en que la sociedad y el entorno están al alcance de todos, incluidas las personas con discapacidad”.

“No siempre significa que están al alcance de todos exactamente las mismas oportunidades, ya que el hecho de tratar a todos de la misma manera podría dar lugar a desigualdades. Por el contrario, se reconocen las diferencias entre las personas y se garantiza que, a pesar de ellas, todos tienen las mismas oportunidades de disfrutar de sus derechos”²²¹⁴.

6.- La accesibilidad

²²¹¹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 44.

²²¹² NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 17.

²²¹³ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 17.

²²¹⁴ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 18.

“Para que la accesibilidad y la igualdad se conviertan en una realidad, hay que eliminar las barreras que impiden el disfrute efectivo de los DDHH por las personas con discapacidad.

La accesibilidad permite que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida”.

Es importante “en todos los ámbitos de la vida, pero, en particular, en el entorno físico, tal como el de los edificios, la vía pública, la vivienda, el transporte, la información y las comunicaciones y otras instalaciones y servicios abiertos o a disposición del público”²²¹⁵.

7.- Igualdad entre el hombre y la mujer

“El principio de la igualdad entre el hombre y la mujer indica que se deben reconocer expresamente los mismos derechos al hombre y a la mujer, en pie de igualdad, y que se deben arbitrar los medios adecuados para garantizar a la mujer la posibilidad de ejercer sus derechos.

Pese a la superposición con el principio de la no discriminación, la reiteración de la igualdad entre el hombre y la mujer está expresamente incluida en los tratados, habida cuenta de que sigue habiendo muchos prejuicios que impiden su plena aplicación”²²¹⁶.

8.- Evolución de los niños

“El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas es un principio que ya está incluido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Debe considerarse un proceso positivo y propicio que respalda la maduración, la autonomía y la autoexpresión del niño. Mediante este proceso, los niños adquieren progresivamente cierto nivel de conocimientos, de competencias y de comprensión, particularmente sobre sus derechos.

Su participación en los procesos de adopción de decisiones que les afectan, incluido su derecho a preservar su identidad, debe ampliarse a lo largo del tiempo de acuerdo con esta evolución”²²¹⁷.

²²¹⁵ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 18.

²²¹⁶ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 18.

²²¹⁷ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 18.

V.- OBLIGACIONES

Las obligaciones de los Estados parte son de dos niveles: en el art. 4 CDPD se establecen obligaciones generales y en cada uno de los arts. posteriores se establecen obligaciones en relación con derechos concretos.

1.- Obligaciones generales

Art. 4 CDPD: *“Obligaciones generales:*

“1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;

d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;

e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;

f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;

g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y

tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible;

h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;

i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

4. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida.

5. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones.”.

2.- Síntesis de las obligaciones generales

Las obligaciones de los Estados son:

1.- “Revisar las leyes y políticas vigentes, para garantizar que respetan la CDPD y no establecen normas y principios incompatibles; y aprobar leyes y políticas nuevas para velar por que el marco jurídico y normativo sirva de respaldo a la aplicación de la CDPD.

Esas leyes podrían consistir en leyes contra la discriminación y en leyes generales sobre la discapacidad”, “aunque también podrían consistir en leyes sobre la tutela, la educación, la salud mental, etc. Asimismo quedan abarcadas la legislación secundaria y los reglamentos. Las políticas podrían ser estrategias nacionales de desarrollo sobre la discapacidad o estrategias sobre la inclusión social, así como estrategias de los departamentos y ministerios para mejorar los derechos de las personas con discapacidad”.

2.- Proporcionar financiación.

3.- “Hacer accesibles bienes y servicios: gran parte de la CDPD se basa en el acceso a bienes y servicios, como las tecnologías de apoyo, la atención de la salud y la educación”.

4.- Promover la toma de conciencia de los derechos de las personas con discapacidad y de que “muchas de las barreras a que se enfrentan consisten en actitudes negativas”.

5.- “Impartir formación: la formación sobre la CDPD dirigida a los profesionales, como los maestros y los profesionales de la salud, es importante para el ejercicio de muchos de los derechos de las personas con discapacidad, particularmente los relacionados con el acceso a los servicios”.

6.- Recopilar datos.

7.- “Fomentar la capacidad: de conformidad con el enfoque de DDHH respecto de la discapacidad, para lograr la plena aplicación de la CDPD es esencial fomentar tanto la capacidad de los Estados para que cumplan las obligaciones que les impone la Convención como la de las personas con discapacidad para que puedan hacer valer sus derechos”²²¹⁸.

3.- Obligaciones positivas y negativas

²²¹⁸ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 38-39.

El sistema internacional de DDHH se basa en el reconocimiento de obligaciones negativas y positivas:

Las obligaciones negativas consisten en la obligación del Estado de abstenerse de hacer algo o en la libertad frente al Estado.

Las obligaciones positivas consisten en la obligación del Estado de adoptar medidas para promover derechos o en la libertad a través del Estado²²¹⁹.

4.- Respetar, proteger y cumplir

Cada vez se está extendiendo más el recurso a la fórmula “respetar, proteger y cumplir” para referirse a las obligaciones de los Estados.

1.- La obligación de respetar: los Estados han de “abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos” y “de realizar cualquier acto que sea incompatible con la CDPD”.

2.- La obligación de proteger: “los Estados han de impedir la violación de los derechos por terceros, como las empresas privadas, los profesionales de la medicina, etc.”; y “adoptar medidas para eliminar la discriminación del sector privado”.

3.- La obligación de cumplir: “los Estados han de adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole para el ejercicio de los derechos”, aprobar legislación que sea compatible con la CDPD; y adoptar medidas para lograr el ejercicio progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales²²²⁰.

VI.- CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL ART. 12 CDPD

1.- Texto

Art. 12 CDPD: *“Igual reconocimiento como persona ante la ley:*

“1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. 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.

²²¹⁹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 39.

²²²⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 39.

3. *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*

4. *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*

5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”.*

Este art. es el punto clave de la CDPD y el que más problemas plantea en su aplicación práctica a la hora de adaptar las legislaciones internas de los países signatarios.

2.- Consenso

Para redactar y aprobar el art. 12 CDPD hubo que hacer muchos esfuerzos y superar diversos problemas para llegar a algún entente. Las dificultades se producían por las múltiples diferencias idiomáticas, terminológicas y conceptuales entre las legislaciones de los diferentes Estados.

Como destaca García Pons²²²¹, la discusión versaba en la distinción entre capacidad jurídica y la llamada capacidad de obrar. Los países occidentales

²²²¹ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006...”, pp. 67-68.

propugnaban el reconocimiento de ambas de modo unificado. Otros, como China, Rusia y los países islámicos, se referían solo a la capacidad jurídica sin referirse a la capacidad de obrar. Existían diferentes tradiciones, sensibilidades y mentalidades, unas favorables a los derechos de las personas con discapacidad, tanto en su titularidad jurídica como en su ejercicio práctico; y otras reconociendo una titularidad formal de los derechos a las personas con discapacidad, reservando a su legislación interna la regulación del ejercicio práctico de estos derechos.

La solución pasó por introducir una “nota a pie de página” del art. 12 que decía: *“En árabe, chino y ruso, la expresión capacidad jurídica se refiere a la capacidad jurídica de ostentar derechos, no a la capacidad de obrar”*, pero tras diversos debates fue suprimida en el texto definitivo que hemos visto y aprobó la AG. Si bien en el proceso de firma y ratificación de la CDPD se hicieron multitud de reservas y declaraciones interpretativas sobre el art. 12 CDPD.

El término capacidad de obrar usado tradicionalmente en derecho español no aparece en el texto, aunque podemos entender que se refiere a él al hablar de *“ejercicio de su capacidad jurídica”*.

Álvarez Lata y Seoane Rodríguez²²²² señalan que el título del art. 12 CDPD, *“Igual reconocimiento como persona ante la ley”* (*Equal recognition before the law; Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*), y el empleo de la expresión *“capacidad jurídica”* (*legal capacity; capacité juridique*) significa que engloba tanto a la capacidad jurídica como a la capacidad de obrar. Esta distinción no se efectúa literalmente en el art. 12, aunque sí se puede inferir del mismo. El art. 12.1 CDPD trata de “la capacidad jurídica en sentido estricto, esto es, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, equiparada a la personalidad jurídica. El art. 12.2 CDPD puede ser interpretado de modo que la expresión capacidad jurídica aúne ambos significados”. Cabe interpretar la expresión capacidad jurídica como referida a nuestra capacidad de obrar. “La alusión a la igualdad de condiciones, en el sentido de equiparación, y la referencia a todos los aspectos de la vida admite esta interpretación, que también se basa en los arts. 1 y 3 CDPD”.

²²²² ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Derecho privado y Constitución*, n.º 24, 2010, pp. 22-24.

3.- Explicación

3.1.- Art. 12.1 CDPD

Art. 12.1 CDPD: *“Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.”*.

Este derecho está reconocido en el art. 6 DUDH²²²³ y el art. 16 PIDCP²²²⁴.

Los Estados Partes *“reafirman”*, porque ya la tienen, el derecho de las personas con discapacidad a su personalidad jurídica, como algo innato, previo y consustancial a toda persona, que no es concedido o nace con la CDPD.

Tener personalidad jurídica significa que la ley te reconoce como una persona y puedes tener derechos y obligaciones. Es necesario para tener capacidad jurídica²²²⁵.

Como señala Biel Portero²²²⁶, *“el derecho al reconocimiento como persona es una condición necesaria para la titularidad de derechos, por lo que no admite excepciones”*, cualquier restricción a este derecho supone una violación del mismo.

3.2.- Art. 12.2 CDPD

Art. 12.2 CDPD: *“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.”*.

Quien tiene personalidad jurídica tiene capacidad jurídica, y ambas son plenas y no se pueden limitar²²²⁷.

El art. cambia la concepción y regulación de la capacidad jurídica legal que reconoce a todas las personas en igualdad y, por tanto, también a las personas con discapacidad.

Capacidad jurídica *“significa que tienes derechos y obligaciones ante la ley y puedes ejercerlos por ti mismo, aunque necesites ayuda, y que eres responsable de tus*

²²²³ Art. 6 DUDH: *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”*.

²²²⁴ Art. 16 PIDCP: *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”*.

²²²⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU”, *Observación sobre el derecho de las personas con discapacidad a ser iguales ante la ley*, hecho entre el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014, editado el 19 de mayo de 2014, p. 8.

²²²⁶ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., p. 326.

²²²⁷ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., p. 327.

actos, es algo necesario para poder participar en la sociedad. En algunos países esto se llama capacidad de obrar.

Un concepto a considerar es el de la capacidad mental, que es “la habilidad para tomar decisiones”. Es un término confuso, no es objetivo ni científico. Las personas tenemos capacidades mentales diferentes. Algunas necesitan más ayuda para tomar decisiones que otras. Además, nuestra capacidad mental puede cambiar según los criterios que la valoran. Todas las personas tienen derecho a tener capacidad jurídica, aunque tengan una capacidad mental diferente²²²⁸.

Muchas veces se identifican y confunden capacidad jurídica y capacidad mental como si fueran la misma cosa y no lo son.

Si una persona tiene dificultad para tomar una decisión se evalúa su capacidad mental, si se concluye que es poca, se niega a la persona su derecho a tomar la decisión, con lo que se niega su capacidad de obrar, que es una parte de la capacidad jurídica. Esta forma de actuar es discriminatoria porque se usa con personas con discapacidad solo por tenerla y porque la valoración de la capacidad mental es subjetiva. Por eso, los países no deben utilizar la capacidad mental para negar a una persona su capacidad jurídica²²²⁹.

3.3.- Art. 12.3 CDPD

3.3.1.- Apoyos

Art. 12.3 CDPD: “*Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*”.

Aunque la capacidad jurídica es plena, a veces es posible que para ejercitarla las personas con discapacidad no puedan hacerlo de forma autónoma, “porque su posibilidad de comprender, decidir o expresar su voluntad puede estar limitada”. Necesitan apoyos y los países están obligados a darle los necesarios a las personas con discapacidad para ejercer su capacidad jurídica²²³⁰.

La prestación de apoyo es un mecanismo diseñado por la CDPD para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad. El art. 12.3 CDPD reconoce

²²²⁸ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 6.

²²²⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 7.

²²³⁰ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., p. 328.

este apoyo de manera genérica, pero la obligación de promover formas de asistencia y apoyo aparece también específicamente contemplada en otros preceptos²²³¹.

El art. 12.3 CDPD se refiere, como indican Álvarez Lata y Seoane Rodríguez²²³², “a la capacidad de obrar limitada o disminuida, exigiendo la provisión de medidas de apoyo ajustadas a las necesidades de cada persona con discapacidad para suplir tales limitaciones en su ejercicio”. Solo en casos extremos “podrán requerir la sustitución en la toma de decisiones, pero siempre completado y modulado por el principio de participación, que obliga a integrar en la mayor medida posible a la persona con discapacidad en el proceso de toma de decisiones”.

El Consejo de Europa en la Recomendación n.º 5 sobre el Plan de Acción para para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad²²³³, en su línea de acción n.º 12, partiendo del derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica, también recomienda a los Estados que proporcionen *“una asistencia adecuada a las personas que se encuentran con dificultades para ejercer su capacidad jurídica y procurar que esta asistencia sea proporcional al grado de ayuda requerido”*²²³⁴.

Si se necesita la intervención de terceros, estos ya no sustituyen a la persona con discapacidad sino que le apoyan. Apoyos que pueden ser necesarios para proteger al interesado y evitar que si se le atribuye un derecho total para tomar sus decisiones, pueda perjudicarse a sí mismo. Ese apoyo garantiza que pueda ejercer sus derechos y obligaciones y realizar actos jurídicos válidos. Los apoyos deben respetar los derechos y las preferencias de las personas.

Los apoyos pueden ser muchos y muy distintos. Las personas somos diferentes y necesitamos apoyos diferentes, por lo que puede haber muchos tipos, algunos son:

- Persona de apoyo. Es una persona de confianza que te ayuda a decidir.
- Apoyo entre pares. Significa recibir ayuda y ayudar a personas que son parecidas a ti.

²²³¹ En el art. 9 en relación con el acceso a la información, en el art. 23 en relación con la crianza de hijos, en el art. 24 en relación con la educación, en el art. 29 en relación con el derecho al voto.

²²³² ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., pp. 23-24.

²²³³ CONSEJO DE EUROPA, Recomendación Rec(2006) n.º 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015, adoptada por el Comité de Ministros el 5 de abril de 2006, durante la 961ª reunión de Delegados de Ministros.

²²³⁴ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad...*, cit., p. 328.

– Diseño universal. Es cuando un espacio lo pueden usar todas las personas. Las medidas de accesibilidad son las que ayudan a las personas a usar los espacios.

– Métodos de comunicación diferentes a los métodos habituales. P. ej. el lenguaje de signos o el Braille.

– Medidas de planificación. Significa tener la oportunidad de planificar lo que vas a hacer, tener la información que necesitas y tiempo suficiente para decidir²²³⁵.

3.3.2.- Cambios en la situación

Este art. supone el cambio de los mecanismos de sustitución en el ejercicio de la capacidad jurídica, presentes en muchas legislaciones nacionales, por mecanismos de apoyo.

Ya no se decide por la persona, sustituyendo su voluntad, se trata de ayudar a decidir a la persona por sí misma. Las medidas de apoyo son mecanismos de asistencia en todo el proceso de toma de decisiones (comprensión y evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias).

El cambio del modelo de sustitución por el modelo de apoyo en la CDPD es un cambio total. La sustitución en la toma de decisiones no cabe “dentro de la exigencia de igual capacidad jurídica, ni siquiera como excepción a la regla general del apoyo; excepción que entraría en juego, como algunos reclaman, en relación con las discapacidades más severas”. Si bien en algunas situaciones es evidente que la necesidad de apoyo será tan intensa²²³⁶ que en la práctica será una sustitución, la acción de sustitución se producirá por la concurrencia de una situación determinada y por razón de discapacidad y se hará desde el modelo de apoyo, por lo que tendrá que ser coherente con las preferencias, valores, deseos etc. de la persona con discapacidad, ser tomada para ella y no por ella²²³⁷.

²²³⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 8.

²²³⁶ Si no se puede conocer por ningún medio la voluntad de la persona.

²²³⁷ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad, propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Informe n.º 23 elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ConsoliderIngenio 2010, en el marco del Proyecto *Estudio, implementación y seguimiento sobre Capacidad Jurídica de la CDPD en los ordenamientos jurídicos locales* coordinado por la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, abril 2012, p. 16.

3.3.3.- Características

La CDPD deja abierto a las legislaciones nacionales el concreto sistema de apoyo, que siguiendo al Instituto de DDHH Bartolomé de las Casas²²³⁸ y al Comité CDPD²²³⁹, debería tener, al menos, las siguientes características:

- Implantarse paulatinamente y durante un periodo de tiempo deberá convivir con el sistema de sustitución.

- Debe ser un sistema complejo. No se trata solo de reemplazar el nombre de tutela o curatela por el de persona de apoyo, sino de crear y promover “diversas figuras de apoyo y dotarlas de un estatus legal, adaptar o reemplazar otras instituciones legales”, prevenir ciertas situaciones, “desarrollar una acción política que garantice la capacitación de las personas con discapacidad y de las personas de apoyo, dotar de recursos materiales, humanos y financieros etc.”.

- Debe ser diverso, individualizado, adaptado y centrado en la situación de la persona. La asistencia debe adaptarse a la situación considerando el tipo de figura de apoyo y el acto jurídico.

- Debe reconocer y valorar los apoyos informales.

- Involucrar a toda la sociedad, Administraciones y sujetos privados, todos deben contribuir. Por ello, la educación y la capacitación de los profesionales que actúan en diferentes áreas (jurídica, médica, económica, laboral, social, negocial etc.) es fundamental.

- “Respetar los deseos, preferencias y voluntad de las personas, que deben ser siempre tenidos en cuenta, también en la propia elección de las medidas y de la propia figura de apoyo”. Supone situar en el centro del sistema la autonomía y no la protección de la persona.

- El sistema de apoyo debe diseñarse de un modo abierto e inclusivo.

- Debe ser amplio: los mecanismos de asistencia deben darse en todas las esferas en las que las personas requieran apoyo en la toma de sus decisiones.

- Se tiene que mantener mientras sean necesarios y revisarse periódicamente.

- Debe favorecer y potenciar al máximo el ejercicio de los derechos de las personas a las que se asiste y ser respetuoso con los mismos.

²²³⁸ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 17.

²²³⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., pp. 11-16.

- Tener las salvaguardas del art. 12.4 CDPD, que deberán concretarse en la implementación del sistema de apoyos²²⁴⁰.
- Estar disponible para todas las personas, aunque tengan grandes necesidades de apoyo.
- Las personas de apoyo deberían tener un carnet o un documento legal para demostrar que son personas de apoyo.
- Debe haber un sistema para que otras personas protesten y rechacen los sistemas de apoyo si piensan que no tienen en cuenta las preferencias de la persona apoyada.
- Los apoyos tienen que ser gratis o costar muy poco, para que las personas que tienen poco dinero también puedan usarlos.
- Necesitar apoyo para tomar decisiones no puede ser un motivo para negar a una persona el acceso a otros derechos fundamentales. Como el derecho al voto o a casarse.
- Las personas deben poder aceptar o rechazar los apoyos. También cambiar unos apoyos por otros²²⁴¹.

3.4.- Art. 12.4 CDPD

Art. 12.4 CDPD: *“Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”.*

Los países deben proporcionar junto con los apoyos, las “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos”, que las protejan de los abusos,

²²⁴⁰ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., pp. 17-19.

²²⁴¹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 11.

garantizando y respetando “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” con discapacidad.

Los países “deben proteger a las personas de la influencia indebida”, que es cuando “una persona engaña a otra, la controla, la atemoriza, la agrede o la amenaza para conseguir algún beneficio”. Y también deben protegerles de la existencia coyuntural de conflictos de intereses.

“Las medidas de protección de la influencia indebida tienen que respetar el derecho a cometer errores y a asumir riesgos.

A veces, intentamos averiguar las preferencias de una persona pero no lo conseguimos”. Cuando no conocemos sus preferencias, hacemos lo que pensamos que es mejor para ella pero con nuestras preferencias y opiniones. Esto debe cambiar. Lo que tenemos que hacer es pensar que quiere esa persona, y actuar según sus preferencias²²⁴².

Además, las salvaguardias deben:

- Ser “*proporcionales y adaptadas*” a la situación de cada persona.
- Aplicarse “*en el plazo más corto posible*”, sin dilaciones burocráticas excesivas.
- Ser examinadas periódicamente por la autoridad competente.

3.5.- Art. 12.5 CDPD

Art. 12.5 CDPD: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*”.

Los países deben garantizar el derecho de las personas con discapacidad a tomar decisiones económicas y a tener bienes en las mismas condiciones que las demás personas²²⁴³.

²²⁴² COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 9.

²²⁴³ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 14.

Se centra en el aspecto patrimonial y en la intervención de la persona con discapacidad en la vida económica, pueden ser titulares de bienes, administrarlos y pedir créditos, lo que supone que la persona con discapacidad pueda intervenir, decidir y gestionar su vida económica.

4.- Obligaciones respecto al art. 12 CDPD

Los Estados parte respecto al art. 12 CDPD tienen la obligación de proteger y respetar los derechos de las personas con discapacidad desde que ratifican la CDPD. Especialmente el derecho a la capacidad jurídica.

Para la correcta aplicación del art. 12 CDPD, los países deben tomar una serie de medidas:

- Reconocer a las personas con discapacidad como personas ante la ley.
- Reconocer que tienen capacidad jurídica en todos los ámbitos de su vida, en igualdad de condiciones que las demás personas.
- Eliminar normas discriminatorias que quitan el derecho a decidir.
- Crear leyes que protegen el derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones para todas las personas.
- Asegurar que las medidas de protección de la personas con discapacidad garantizan sus derechos y sus preferencias.
- Consultar y colaborar con las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan para hacer y aplicar las leyes y normas.
- Evitar medidas que discriminan a las personas con discapacidad.
- Eliminar las leyes sobre sistemas sustitutivos de toma de decisiones y hacer otras leyes que garanticen apoyos para ejercer los derechos.
- Evitar que otras personas y entidades impidan ejercer sus derechos a las personas con discapacidad.
- Dar los apoyos necesarios a las personas con discapacidad para que puedan ejercer y disfrutar su capacidad jurídica y sus derechos.
- Ayudar a que las personas con discapacidad tengan más confianza y desarrollen sus capacidades. Así, necesitaran menos apoyos y sabrán reconocer los apoyos que necesitan.

Los países tienen la obligación de hacer todo esto de forma inmediata. La falta de dinero y de recursos no es un motivo para no cumplir con sus obligaciones²²⁴⁴.

5.- Relación del art. 12 CDPD con otros arts.

El art. 12 CDPD está estrechamente relacionado con otros arts. de la Convención, ya que el derecho a la capacidad jurídica es necesario para ejercer otros derechos. Es un derecho sustantivo y además un principio transversal.

“En su interpretación debe tenerse en cuenta el modelo social que inspira la CDPD, su Preámbulo, y otros arts., como el art. 1, que establece el objeto de este Tratado, el art. 2, que define el concepto de personas con discapacidad y el art. 3, que establece los principios generales que deben guiar su aplicación”. Además, “el art. 12 CDPD se relaciona también con derechos concretos contenidos en el articulado de la Convención”, ya que confiere el poder de ejercer los demás derechos de la Convención conforme a la propia voluntad. Por ello, “cualquier restricción de la capacidad jurídica por motivo de discapacidad supondrá además una discriminación en el ejercicio del resto de los derechos”²²⁴⁵.

5.1.- Art. 5 CDPD

“Igualdad y no discriminación”.

“Las personas con discapacidad son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos”, se “prohíbe cualquier discriminación a una persona por tener discapacidad y se garantiza su protección frente a la misma”²²⁴⁶. “Discriminar es evitar que una persona ejerza sus derechos por alguna característica personal”.

“La discapacidad no es un motivo para negar la capacidad jurídica”. En ocasiones, los países pueden negar la capacidad jurídica a las personas, pero los motivos tienen que

²²⁴⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 15.

²²⁴⁵ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 21.

²²⁴⁶ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Análisis de la situación por artículos de la Convención”, en L.C. Pérez Bueno/ J. Martín Blanco (dir.), *Derechos humanos y discapacidad, informe España 2017*, Colección Convención ONU n.º 22, Ediciones Cinca, Madrid, aprobado el 5 de abril de 2018, p. 36.

ser los mismos para todas las personas. P. ej. porque ha sido condenada y está en la cárcel²²⁴⁷.

Para no sufrir discriminación, las personas tienen derecho a ajustes razonables que les permitan ejercer su capacidad jurídica. “Los ajustes razonables son adaptaciones y cambios en la comunidad y en los espacios, que una persona necesita para poder usarlos en igualdad de condiciones”, deben ser asumibles económica y materialmente por la persona o entidad que tiene que hacerlos.

“Tener ajustes razonables y tener apoyos son dos derechos diferentes” que tienen las personas con discapacidad. “Los países están obligados a hacer los ajustes razonables necesarios” y a dar apoyo “para que las personas con discapacidad ejerzan su capacidad jurídica”²²⁴⁸.

Cualquier restricción de la capacidad jurídica por motivo de discapacidad supone una discriminación prohibida por el art. 5 CDPD. “Los Estados parte tienen el deber de derogar todas las normas y prácticas que discriminan a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica y de adoptar todas las medidas necesarias para lograr la igualdad en este terreno”²²⁴⁹.

5.2.- Art. 6 CDPD

“Mujeres con discapacidad”.

Las mujeres tienen mayor vulnerabilidad y sufren más discriminación²²⁵⁰.

“Las mujeres son iguales a los hombres ante la ley. Todas las personas tienen el mismo derecho a la capacidad jurídica. Las mujeres con discapacidad también.

Las personas con discapacidad sufren bastante discriminación. Las mujeres con discapacidad sufren mucha discriminación. Por eso defender la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad es muy importante”²²⁵¹.

5.3.- Art. 7 CDPD

²²⁴⁷ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 13.

²²⁴⁸ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 13.

²²⁴⁹ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 21.

²²⁵⁰ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Análisis de la situación por artículos de la Convención”, cit., p. 43.

²²⁵¹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 14.

“Niños y niñas con discapacidad”.

Los Estados deben garantizar que los niños y niñas con discapacidad tengan y disfruten de los mismos derechos que todos²²⁵².

Los niños y niñas crecen y desarrollan sus capacidades. Es necesario cuidar, respetar y proteger su desarrollo y sus intereses a la vez. Tienen derecho a expresar su opinión en lo que les afecte.

“Los países deben tener en cuenta las preferencias de todos los niños por igual, de los niños y niñas con discapacidad y sin discapacidad”²²⁵³.

5.4.- Art. 8 CDPD

“Toma de conciencia”.

“La finalidad es que en todos los planos de la sociedad, se tome conciencia sobre los derechos de las personas con discapacidad y su dignidad, y se superen prejuicios y estereotipos”. La correcta aplicación de la CDPD exige que se tome conciencia social porque está muy relacionada con el acceso o denegación de las personas con discapacidad. Es esencial eliminar los prejuicios y generar conciencia en la sociedad sobre el respeto a los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad²²⁵⁴.

5.5.- Art. 9 CDPD

“Accesibilidad”.

La accesibilidad es un requisito esencial para “lograr la independencia y la participación de las personas con discapacidad”. Los Estados “deben garantizar la accesibilidad al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones”²²⁵⁵.

La capacidad jurídica es necesaria “para que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y participar en la sociedad”. Porque si vives de

²²⁵² COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Análisis de la situación por artículos de la Convención”, cit., p. 44.

²²⁵³ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 20.

²²⁵⁴ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Análisis de la situación por artículos de la Convención”, cit., p. 48.

²²⁵⁵ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Análisis de la situación por artículos de la Convención”, cit., p. 55.

forma independiente tienes que tomar tus decisiones y representarte a ti mismo. Si otra persona toma tus decisiones no eres independiente²²⁵⁶.

La accesibilidad requiere que los Estados eliminen las barreras que impiden que las personas con discapacidad ejerzan su derecho a la capacidad jurídica y a tomar sus propias decisiones.

Las barreras pueden ser la falta de información fácil de entender y la falta de la posibilidad de comunicación.

5.6.- Art. 13 CDPD

Art. 13 CDPD: “*Acceso a la justicia*

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.”.

Las personas con discapacidad necesitan capacidad jurídica para exigir el pleno acceso a la justicia, como participantes directos o indirectos, y el cumplimiento de sus derechos y sus obligaciones en los juzgados y en los tribunales en igualdad de condiciones que las demás personas²²⁵⁷.

“Los países deben garantizar la representación legal a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás.

Las denuncias y declaraciones de personas con discapacidad valen lo mismo que las denuncias y declaraciones de otras personas. Los países deben dar formación y

²²⁵⁶ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 15.

²²⁵⁷ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Análisis de la situación por artículos de la Convención”, cit., pp. 69-70.

sensibilizar a policías, jueces y a otras personas que participan en los procesos judiciales para que las den el mismo valor”²²⁵⁸.

El derecho de acceso a la justicia también es “un derecho instrumental para la efectiva protección y garantía de los demás derechos, tiene una estrecha conexión con el art. 12 CDPD. Para garantizar el efectivo acceso a la justicia de las personas con discapacidad es necesario reconocer su capacidad “procesal” ” y “los ajustes que puedan resultar necesarios y, por tanto, en este ámbito han de operar también los mecanismos de apoyo”. “Deben eliminarse todas las trabas legales que niegan a las personas con discapacidad su actuación como partes plenas en los procesos judiciales y establecerse las medidas positivas necesarias que faciliten su participación”. “La combinación de estos dos arts. obliga a revisar las legislaciones que consideran que algunas “deficiencias” suponen la falta de capacidad para actuar como testigos, jurados o como profesionales en el ámbito de la Administración de justicia”²²⁵⁹.

5.7.- Arts. 14, 17 y 25 CDPD

“Libertad y seguridad de la persona” (art. 14 CDPD), *“Protección de la integridad personal”* (art. 17 CDPD) y *“Salud”* (art. 25 d) CDPD²²⁶⁰).

La “igualdad en la capacidad jurídica que el art. 12 CDPD establece se ve también vulnerada cuando se permite una privación de libertad, institucionalización, internamiento, una detención o un tratamiento médico obligatorio por motivo de discapacidad”. En este sentido, el art. 12 CDPD se conecta con los arts. anteriores²²⁶¹.

5.8.- Art. 19 CDPD

“Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad”.

²²⁵⁸ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 16.

²²⁵⁹ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 22.

²²⁶⁰ Art. 25 d) CDPD: “Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado”. Establece la necesidad de que la atención médica a las personas con discapacidad se base en su consentimiento libre e informado

²²⁶¹ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., pp. 22-23.

“Las personas con discapacidad deben tener oportunidades para vivir de forma independiente” y a ser incluidas en la comunidad, para ello deben poder “tomar decisiones en igualdad de condiciones con las demás personas”.

Los países deben entender y reconocer que los apoyos naturales²²⁶² “en la comunidad son muy importantes para que las personas con discapacidad tomen decisiones por sí mismas” y puedan ejercer la capacidad jurídica.

Las personas con discapacidad “pueden decidir dónde y con quién vivir y deben tener capacidad jurídica para hacerlo”, y la tendrán con independencia de con quién quieran vivir²²⁶³.

Una persona sin capacidad jurídica puede ser internada sin su consentimiento. Esto pasa mucho a las personas con discapacidad y vulnera su derecho a vivir de forma independiente.

Las personas con discapacidad tienen derecho a ejercer su capacidad jurídica y a tener apoyos para poder hacerlo, da igual con quién decidan vivir²²⁶⁴.

“Deben establecerse los apoyos necesarios para que las personas con discapacidad puedan decidir acerca de su modo de vida”. También en base a estos arts. si las “relaciones familiares y de amistad han sido cortadas debido a una institucionalización”, deben crearse “las condiciones necesarias en el espacio social para que se puedan conocer sus preferencias”²²⁶⁵.

5.9.- Art. 22 CDPD

“Privacidad”.

Se reconoce el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada²²⁶⁶.

Si no se reconoce la capacidad jurídica, la persona que representa y sustituye accede a mucha información privada de la persona con discapacidad, con lo que negar la capacidad jurídica es vulnerar su derecho a la privacidad.

²²⁶² “Apoyos naturales: son las ayudas que encuentras en tu entorno de manera normal. P. ej. la que te da tu familia o tus amigos”.

²²⁶³ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 20.

²²⁶⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 27.

²²⁶⁵ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 23.

²²⁶⁶ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Análisis de la situación por artículos de la Convención”, cit., p. 111.

“Los países deben garantizar que se respeta el derecho a la privacidad cuando una persona recibe apoyos para ejercer su capacidad jurídica”²²⁶⁷.

5.10.- Art. 29 CDPD

“Participación política”.

Se reconocen los derechos políticos y participar en los asuntos públicos de las personas con discapacidad²²⁶⁸.

“Tener derecho a la capacidad jurídica significa: poder votar a representantes políticos, poder ser un candidato político en unas elecciones, poder ser miembro de un jurado.

Los países deben garantizar que las personas con discapacidad tengan los apoyos que necesitan para votar en secreto, utilizar su derecho a ser candidatas en unas elecciones” y “a ejercer cargos y puestos públicos”²²⁶⁹.

VII.- MEDIDAS DE APLICACIÓN

1.- Adoptar medidas

En el art. 4.1 a) CDPD se indican “las medidas de aplicación necesarias para el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad sin discriminación alguna”²²⁷⁰. Dispone que los Estados parte se comprometen a: *“Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención”.*

Podemos observar que dice:

1.- *“todas las medidas”.* “Eso indica que la aplicación debe ser global, esto es, debe abarcar todas las posibles medidas pertinentes en relación con la CDPD. En el art. 4 se establecen algunas de esas medidas”.

2.- *“medidas legislativas, administrativas”*, y también medidas *“de otra índole”*. Las medidas legislativas y administrativas son básicas para aplicar un tratado internacional, pero hay que adoptar más medidas para aplicar tratados de DDHH

²²⁶⁷ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 21

²²⁶⁸ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Análisis de la situación por artículos de la Convención”, cit., p. 167.

²²⁶⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general Número 1...”, cit., p. 21.

²²⁷⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 63.

abarcando “la educación, la financiación, el desarrollo, los programas sociales, el fomento de la capacidad, las medidas judiciales, etc.”.

3.- “*que sean pertinentes*”, “teniendo en cuenta los principios y obligaciones de la CDPD. Han de estar en consonancia con ella”²²⁷¹.

2.- Leyes, políticas y presupuestos

2.1.- Leyes

2.1.1.- Obligación de reformarlas

Una medida para aplicar la CDPD es revisar el marco legislativo y normativo nacional para modificar o derogar las leyes discriminatorias y adoptar nuevas medidas legislativas para garantizar la futura aplicación.

Art. 4.1 b) CDPD: “*Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad*”.

La revisión de las leyes (y políticas) vigentes es una obligación de todos los Estados partes. Incluso en los Estados en que la CDPD es automáticamente aplicable, siempre será necesario garantizar que toda la legislación interna, incluido el derecho regional o consuetudinario, se ponga en consonancia con la CDPD²²⁷².

2.1.2.- Elementos para promover el cumplimiento

En el art. 4 CDPD y en otras disposiciones de este texto “se indican algunos factores que hay que tener presentes al examinar y reformar las leyes”:

1.- “Hacer referencias expresas a la CDPD en la legislación interna”.

2.- Asegurarse de que lo que se entiende por “discapacidad” a nivel interno, está en consonancia con lo que se entiende por tal en la CDPD.

3.- Definir la “discriminación” en consonancia con la CDPD (art. 2 párr. 3º CDPD), que la entiende de una forma muy amplia, y requiere la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad en todos los ámbitos y las medidas jurídicas que la impidan, y promuevan la igualdad.

²²⁷¹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 63.

²²⁷² NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 68.

4.- Revisar toda la legislación pertinente y no solo la legislación relacionada con los derechos de las personas con discapacidad²²⁷³. Han de examinarse: la constitución, las leyes, reglamentos y políticas sobre la no discriminación, discapacidad, tutela, derecho penal, educación, salud, protección social, construcción, derecho laboral, protección de la intimidad, normativa electoral, inmigración, infancia y propiedad intelectual.

5.- Reconocer a los titulares de derechos de modo que la legislación sobre la discapacidad no excluya a ningún titular de derechos y proteja “a las personas con discapacidades físicas, mentales, psicosociales, intelectuales y sensoriales²²⁷⁴”.

6.- Reconocer a los titulares de obligaciones y sus responsabilidades. Hay que asegurarse:

– “De que la reforma se extienda a todos los niveles de la administración”. En el art. 4.1 d) CDPD se dispone que los Estados han de “[...] *velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella.*”. “Las autoridades públicas incluyen no solo a las autoridades centrales, sino también a las autoridades regionales, provinciales y locales”.

– “De que quede regulado el sector privado”. En el art. 4.1 e) CDPD se dispone que los Estados han de “*Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad.*”. “Los particulares y las organizaciones o empresas tienen obligaciones en relación con las personas con discapacidad de, como mínimo, no discriminarlas”.

7.- “Delimitar el marco institucional de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad”. En el art. 33 CDPD se señalan tres mecanismos para la aplicación y el seguimiento: los “*organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención*”, con la “*posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles*”; y los “*mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención.*”. “Otras instituciones, como los comités parlamentarios y la judicatura, también desempeñan funciones que pueden delimitarse en la legislación”.

²²⁷³ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 69; “esto es importante, ya que muchos ámbitos jurídicos y normativos pueden producir efectos en el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad, incluso cuando no se haga referencia a la discapacidad ni a esas personas.”.

²²⁷⁴ Como es el caso de las personas sordas, ciegas y sordociegas.

8.- “Tomar disposiciones en relación con la legislación secundaria, las medidas administrativas y las medidas presupuestarias”.

“Es conveniente destacar que deben prevalecer los principios más elevados de protección: si las disposiciones de la CDPD sobre ciertas cuestiones son menos firmes que la legislación vigente a la sazón en el Estado, en ese caso se aplicará esta última”²²⁷⁵.

2.1.3.- Recursos efectivos

Si se violan los derechos de las personas con discapacidad, deben tener derecho a su recurso efectivo, las leyes deben establecerlo y señalar los medios de acceder a ellos.

“La legislación debe garantizar que los tribunales estén dotados de autoridad para recibir denuncias en caso de inobservancia de los derechos. Esto está implícito en la CDPD” y se recoge en otros tratados de DDHH. “Las personas con discapacidad que sean objeto de discriminación en cualquier ámbito deben tener acceso a la justicia. Los recursos deben abarcar todos los DDHH, es decir, los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales”²²⁷⁶.

2.1.3.1.- Judiciales

Los recursos judiciales son los primeros.

Los países monistas al ratificar la CDPD quedan automáticamente obligados. Los habitantes de ese Estado, “incluidas las personas con discapacidad, a quienes se hayan denegado derechos concretos recogidos en la CDPD”, pueden exigirlos ante un tribunal nacional y solicitar al juez correspondiente que aplique la CDPD y decida que la legislación nacional es inválida. “El juez no tiene que esperar a que la CDPD se incorpore a la legislación nacional: la CDPD ha sido ratificada y en principio sus disposiciones son directamente aplicables”. “El enfoque monista resultará ventajoso siempre que los jueces nacionales sean competentes y estén familiarizados con las normas internacionales y los DDHH”.

En los países dualistas en los que la CDPD no es directamente aplicable, “su ratificación o la adhesión a ella alienta a la judicatura a aplicar el derecho interno de

²²⁷⁵ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 68-70.

²²⁷⁶ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 70.

manera compatible con la Convención”. Una vez la incorporada al derecho interno, los tribunales pueden y deben aplicarla en sus fallos²²⁷⁷.

2.1.3.2.- Otros

También hay otros recursos que en algunos casos pueden ser más adecuados como: los tribunales de asuntos relacionados con los consumidores, los recursos administrativos, las comisiones nacionales de DDHH, los defensores del pueblo, las comisiones de la igualdad, los comisionados encargados de la discapacidad, etc. El acceso a ellos puede ser más fácil, “incluso sin un abogado, y pueden resultar más baratos y menos intimidantes”.

En algunos casos, “la mediación y el arbitraje pueden ser preferibles”, suponen “un menor grado de confrontación y se basan en soluciones (recursos) sobre las que pueden ponerse de acuerdo todas las partes.

Los inspectores de trabajo y los inspectores escolares pueden servir para atribuir responsabilidad a los empleadores y profesionales de la educación y, de resultados de ello, pueden aportar soluciones (recursos) que son más rápidas, baratas” y efectivas que los recursos judiciales²²⁷⁸.

2.1.4.- Proceso

“Cada Estado tiene su propio proceso de reforma legislativa y normativa. No obstante, debe seguir ciertos principios para garantizar que el proceso incluya a las personas con discapacidad y otros agentes pertinentes y resulte también efectivo”.

Es importante señalar que el art. 4.3 CDPD dice: *“En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.”*. “Su participación debe servir de apoyo a la totalidad de la reforma legislativa y normativa.

La revisión y la reforma legislativa entrañan la adopción de medidas como las siguientes”:

²²⁷⁷ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 71.

²²⁷⁸ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 71.

- “Distinguir todas las leyes directa o indirectamente relacionadas con la CDPD”.
- “Revisar la compatibilidad de las leyes con la CDPD”.
- “Realizar un análisis del interés nacional, lo que incluye una consulta abierta”.
- “Celebrar una audiencia pública en el parlamento”.
- “Examinar los tipos de legislación que se necesitan, como, p. ej., una ley general sobre la discapacidad, una ley sobre la no discriminación o leyes sectoriales que incluyan disposiciones sobre los derechos de las personas con discapacidad”.
- “Preparar modificaciones de la legislación”.
- “Debatir las modificaciones en el parlamento”.
- “Considerar la posibilidad de preparar un plan de acción nacional de DDHH con miras a la aplicación”.
- “Garantizar la financiación de las nuevas disposiciones”.
- “Incluir el proceso y las modificaciones en el informe inicial que se presente al Comité CDPD”²²⁷⁹.

2.2.- Políticas

“Las leyes incorporan los compromisos internacionales al marco jurídico interno y frecuentemente ello entraña una mejora real de la situación de los DDHH sobre el terreno. No obstante, en muchos casos las políticas pueden ser importantes para acelerar la aplicación.

Aunque las leyes establecen derechos y obligaciones, las políticas pueden entrañar la adopción de medidas para alcanzar objetivos con plazos determinados con objeto de que se cumplan las obligaciones. Las políticas son particularmente pertinentes para el ejercicio progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales”, pero “son también pertinentes para los derechos civiles y políticos”²²⁸⁰.

El art. 4.1 c) CDPD dice: “[...] los Estados Partes se comprometen a:

c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad”.

2.3.- Presupuestos

²²⁷⁹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 72-73.

²²⁸⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 73.

Las medidas presupuestarias en el contexto de la reforma legislativa son esenciales en la mayor parte de las leyes y las políticas.

“Aunque algunas leyes y políticas, como las que prohíben ciertas conductas, como la discriminación o la tortura”; no necesitan financiación, sí la necesita la mayor parte de las relacionadas con los DDHH²²⁸¹. Si no la tienen, es imposible su aplicación y su proclamación se convierte en un mero artificio.

3.- Servicios inclusivos

3.1.- Prestación de servicios

Las leyes y políticas “deben ir acompañadas de medidas prácticas, la prestación de servicios, para que sean realidad. Mediante la prestación de servicios, los agentes estatales y no estatales encargados de prestarlos pueden garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a las instalaciones, los bienes y los servicios a los que tienen derecho según la CDPD”²²⁸².

La prestación de servicios existía mucho antes de la aprobación de la Convención, pero hoy es necesario que se ajuste a sus principios y contribuya a su aplicación efectiva²²⁸³.

3.2.- Clases

“El logro de servicios inclusivos y no discriminatorios para las personas con discapacidad de conformidad con la CDPD no significa forzosamente que sean necesarios los mismos servicios para todas las personas en todos los momentos”. Igual que con otros aspectos de la CDPD, “la prestación de servicios requiere un enfoque doble”. Unas veces, “la CDPD exige el acceso a servicios generales en igualdad de condiciones con las demás personas”. Otras quizá “sea necesario proporcionar un apoyo concreto a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de los mismos derechos que las demás personas”.

“Se requieren tres modalidades de servicios para aplicar la CDPD”: generales, de apoyo y específicos²²⁸⁴.

²²⁸¹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 76.

²²⁸² NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 78.

²²⁸³ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 79.

²²⁸⁴ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 79.

3.2.1.- Servicios generales

“Son los servicios utilizados y proyectados para la totalidad de la población. En tales casos, es importante que los servicios sean inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. De hecho, la accesibilidad es esencial: al garantizar que las instalaciones, los bienes, los servicios, el transporte, la información y la tecnología son accesibles, muchas personas con discapacidad pueden disfrutar de sus derechos y vivir en forma independiente en la comunidad de la misma manera que las personas sin discapacidad”²²⁸⁵.

3.2.2.- Servicios de apoyo

“Son los servicios que contribuyen directamente a superar las barreras que enfrentan las personas con discapacidad y tienen por objeto reforzar su participación en la sociedad en general. En otras palabras, en tanto que el acceso a los servicios generales garantiza que los mismos servicios son accesibles a todas las personas con o sin discapacidad, el acceso a los servicios de apoyo requiere servicios adaptados a las personas con discapacidad”²²⁸⁶, p. ej., suministro de sillas de ruedas, asistencia personal como ayuda en tareas cotidianas, apoyo para la adopción de decisiones jurídicas, etc., en igualdad de condiciones con las demás personas²²⁸⁷.

3.2.3.- Servicios específicos

“Tales servicios preparan a las personas con discapacidad para su inclusión en la sociedad en general o, en ocasiones, sustituyen a los servicios generales o de apoyo cuando la persona en cuestión no puede adaptarse plenamente a la comunidad. En estos casos, los servicios tienen siempre como objetivo la inclusión y no el aislamiento”²²⁸⁸.

4.- Toma de conciencia y formación

“La toma de conciencia recogida en el art. 8 CDPD, que incluye la formación, es otra importante medida de aplicación”.

El art. 4.1 i) dice: “[...] *los Estados Partes se comprometen a:*

²²⁸⁵ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 79-80.

²²⁸⁶ “Pero no a las personas sin discapacidad”.

²²⁸⁷ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 80.

²²⁸⁸ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 80.

i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.”.

“Como la discapacidad obedece a la interacción entre una deficiencia y un entorno desfavorable, el entorno se refiere no solo al entorno físico, sino también a actitudes desfavorables y a la información negativa o inaccesible en la sociedad; la toma de conciencia y la formación en relación con la CDPD son esenciales para modificar el entorno”²²⁸⁹.

5.- Investigación y desarrollo

El art. 4.1 f) g) y h) dice: “[...] los Estados Partes se comprometen a:

f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;

g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible;

h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;”.

“La investigación ha producido importantes efectos en las vidas de las personas con discapacidad. Las innovaciones tecnológicas basadas en el principio del diseño universal las están ayudando a vivir de forma independiente”²²⁹⁰.

²²⁸⁹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 84.

²²⁹⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 87.

6.- Información

“Las estadísticas y la reunión de datos están sirviendo para que el Estado y otros agentes comprendan las barreras que enfrentan” y puedan seleccionar mejor las medidas de aplicación²²⁹¹, se recoge en el art. 31 CDPD, que establece: *“1. Los Estados Partes recopilarán información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención. En el proceso de recopilación y mantenimiento de esta información se deberá:*

a) Respetar las garantías legales establecidas, incluida la legislación sobre protección de datos, a fin de asegurar la confidencialidad y el respeto de la privacidad de las personas con discapacidad;

b) Cumplir las normas aceptadas internacionalmente para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como los principios éticos en la recopilación y el uso de estadísticas.

2. La información recopilada de conformidad con el presente artículo se desglosará, en su caso, y se utilizará como ayuda para evaluar el cumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones conforme a la presente Convención, así como para identificar y eliminar las barreras con que se enfrentan las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos.

3. Los Estados Partes asumirán la responsabilidad de difundir estas estadísticas y asegurar que sean accesibles para las personas con discapacidad y otras personas.”.

7.- Seguimiento

7.1.- Concepto

“Aunque no siempre se concibe como una medida de aplicación, el seguimiento también desempeña un papel clave. Gracias a él, es posible determinar qué medidas de aplicación han funcionado” y cuáles no. “Contribuye a perfeccionar las leyes y políticas y otras medidas de aplicación y a garantizar una óptima utilización de los presupuestos”. También sirve para “detectar violaciones de derechos, lo que permite resarcir a las víctimas y evitar que se produzcan nuevas violaciones”.

²²⁹¹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 87.

“Es fundamental el proceso por el que los Estados partes informan al Comité CDPD. La sociedad civil y las instituciones nacionales de DDHH también pueden proporcionar información al Comité” mediante los informes alternativos²²⁹².

Además del seguimiento a nivel internacional, también puede hacerse otro nacional.

Según el “Manual de capacitación para la fiscalización de los derechos humanos” del ACNUDH²²⁹³, “la “fiscalización” es un término amplio que se refiere a la actividad de obtención, verificación y utilización inmediata de informaciones para atender problemas de DDHH. La fiscalización de los DDHH comprende la obtención de informaciones sobre incidentes, la observación de acontecimientos (elecciones, juicios, manifestaciones, etc.), la visita de lugares como los centros de detención y campamentos de refugiados, conversaciones con autoridades de gobierno para obtener información y procurar soluciones y otras medidas inmediatas. La expresión comprende las actividades de evaluación cumplidas en la Sede de NNUU o la oficina central de la operación, así como la comprobación directa de hechos y otras tareas sobre el terreno. Además, la fiscalización tiene un aspecto temporal por el que suele desarrollarse durante un periodo de tiempo prolongado”.

7.2.- Características

“El seguimiento es un proceso: abarca la recopilación, la verificación y la utilización de información.

La recopilación de información puede referirse a muchas situaciones: situaciones que se producen una única vez o situaciones duraderas.

No se refiere solo a situaciones, sino también a leyes, políticas y presupuestos. Cuando exige modificaciones de ciertas leyes y políticas, es importante que el seguimiento también incluya la revisión de leyes, políticas, estrategias y presupuestos para determinar la medida en que se hacen eco de las normas y principios del tratado.

– Afecta a varios agentes. El seguimiento de los DDHH se refiere a la situación de los derechos y de los titulares de esos derechos, así como a la observancia de las

²²⁹² NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 49-50, 89.

²²⁹³ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Manual de capacitación para la fiscalización de los derechos humanos*, Serie de capacitación profesional, n.º 7, Nueva York y Ginebra, 2001, p. 10.

obligaciones y a los titulares de estas últimas. Por consiguiente, el seguimiento debe abarcar a todas las partes del proceso.

– El seguimiento tiene como objetivo mejorar la observancia de los derechos y obligaciones. Si se ha producido la violación de un derecho, la información debe servir para intentar aportar soluciones, ofrecer recursos a las víctimas y ayudar a los agentes del Estado a respetar esos derechos en lo sucesivo.

– Puede hacerse en diferentes etapas y con información directa de la fuente primaria o mediante la utilización de fuentes secundarias”²²⁹⁴.

VIII.- MECANISMOS DE APLICACIÓN Y SEGUIMIENTO

1.- Plano nacional

La CDPD “es bastante flexible en cuanto a la forma de tales mecanismos, razón por la que los Estados pueden adaptarlos a las circunstancias nacionales.”

“Cuando se ajusta a los Principios de París²²⁹⁵, el marco nacional para la aplicación y el seguimiento tiene mucha importancia, ya que constituye un medio independiente de ayuda y también de verificación de la aplicación de la CDPD”²²⁹⁶.

1.1.- Mecanismos

Aparecen recogidos en el art. 33 CDPD.

– “El establecimiento de uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la CDPD”.

– “El establecimiento o la designación de un mecanismo de coordinación gubernamental para facilitar la adopción de medidas en diferentes sectores y a diferentes niveles”.

– Establecimiento de un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes para proteger y supervisar la aplicación de la CDPD (art. 32.2 CDPD), “como el de una institución nacional de DDHH o una oficina del ombudsman, para promover, proteger y supervisar la observancia de la CDPD. Ese marco debe ajustarse a

²²⁹⁴ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 89-90.

²²⁹⁵ Elaborados en el primer Taller Internacional de Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, celebrado en París del 7 al 9 de octubre de 1991 y adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de las NNUU con la Resolución 1992/54, de 1992, reafirmada por la AG con la Resolución 48/134 de 1993.

²²⁹⁶ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 40.

los Principios de París, que establecen las normas sobre la independencia y las funciones de esas instituciones de supervisión, tal como acordó la AG”²²⁹⁷.

1.2.- Funciones

Las instituciones nacionales de DDHH “pueden desempeñar muchas funciones, a saber”:

- “Supervisar el cumplimiento por el gobierno de las obligaciones que le impone la Convención.
- Formular recomendaciones al gobierno sobre la adopción de medidas para mejorar la aplicación.
- Revisar y promover la armonización de las leyes nacionales relacionadas con la discapacidad.
- Presentar dictámenes sobre los proyectos y propuestas de ley relacionados con la discapacidad para asegurarse de que se ajusten a la CDPD.
- Promover la ratificación de instrumentos relacionados con la discapacidad”.
- “Realizar una labor de sensibilización acerca de los derechos de las personas con discapacidad y la lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad.
- Recibir quejas de personas y grupos de personas por violaciones de la CDPD.
- Elaborar programas de educación en materia de DDHH.
- Hacer aportaciones a los informes del Comité CDPD.
- Cooperar en los planos regional e internacional con otras instituciones nacionales de DDHH”²²⁹⁸.

1.3.- Parlamentos

Los parlamentos nacionales pueden hacer una gran labor de aplicación y seguimiento de la CDPD por medio de comisiones parlamentarias, comisiones de investigación, formulación de preguntas directas a los ministros, examen de los nombramientos del ejecutivo, supervisión de los organismos públicos no gubernamentales y examen presupuestario y control financiero²²⁹⁹.

²²⁹⁷ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 40.

²²⁹⁸ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 40-41.

²²⁹⁹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 121-122.

1.4.- Tribunales nacionales

“Los tribunales nacionales también pueden desempeñar un importante papel en la aplicación y el seguimiento de la CDPD”. Les corresponde la función de protección jurídica de los derechos de las personas con discapacidad recogidos en la CDPD.

“Las personas con discapacidad que consideren que sus derechos han sido violados deben poder acceder a las instituciones nacionales de DDHH y otros mecanismos del art. 33 CDPD, pero también deben tener la oportunidad de recurrir a los tribunales para obtener una reparación exigible con arreglo a derecho.

Los tribunales nacionales se ocupan de interpretar y aplicar la CDPD en el país. Las causas que se sustancian ante los jueces nacionales constituyen un medio para probar la aplicación de la CDPD a la luz de las circunstancias nacionales. Los fallos judiciales pueden servir para aclarar lo que significan las normas mundiales en el contexto nacional”²³⁰⁰.

“Sirven de cauce para conseguir reparaciones jurídicamente exigibles cuando se prueba la comisión de abusos. Pueden ser particularmente pertinentes cuando una persona, un grupo de personas o una organización de la sociedad civil decide plantear un caso que sienta un precedente judicial. El fallo del tribunal puede tener amplias repercusiones, como la modificación de la legislación o las actitudes. No obstante, la actuación de los tribunales puede ser lenta y costosa, razón por la que los posibles litigantes han de decidir si merecen la pena el tiempo y el costo que entrañaría incoar la correspondiente causa”²³⁰¹.

“Merced a las causas que se sustancian ante los tribunales nacionales:

- Es posible reflexionar sobre los ámbitos en que se ha podido avanzar para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad, así como sobre determinados ámbitos en que existen problemas (particularmente cuando se plantea la misma denuncia en varias causas).

- Se refuerza el respeto de los derechos de las personas con discapacidad. La causa incoada ante un tribunal no solo sirve para que el demandante obtenga una reparación, sino que también puede impulsar una reforma legislativa y una mayor claridad en los instrumentos legales”. También “puede servir para que se cobre

²³⁰⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 122.

²³⁰¹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 41.

conciencia de tales derechos y de la Convención”. Con ello, “se evitan violaciones similares”²³⁰².

2.- Plano internacional

La CDPD prevé dos mecanismos: el Comité CDPD y la Conferencia de los Estados Parte.

2.1- El Comité CDPD

2.1.1.- Constitución

Art. 34 CDPD: “1. *Se creará un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, “el Comité”) que desempeñará las funciones que se enuncian a continuación.*

2. El Comité constará [...] un máximo de 18 miembros.

3. Los miembros del Comité desempeñarán sus funciones a título personal y serán personas de gran integridad moral y reconocida competencia y experiencia en los temas a que se refiere la presente Convención. Se invita a los Estados Partes a que, cuando designen a sus candidatos, tomen debidamente en consideración la disposición que se enuncia en el párrafo 3 del artículo 4 de la presente Convención.

4. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes, que tomarán en consideración una distribución geográfica equitativa, la representación de las diferentes formas de civilización y los principales ordenamientos jurídicos, una representación de género equilibrada y la participación de expertos con discapacidad. [...].”.

El Comité es “un órgano independiente de seguimiento del tratado”. “Su función primordial consiste en revisar los informes sobre la aplicación de la CDPD presentados por los Estados partes, junto con los informes paralelos de la sociedad civil, y emprender un diálogo constructivo con los Estados partes para reforzar la aplicación de la CDPD. El Comité también puede recibir quejas en relación con el PFCDPD y realizar investigaciones sobre posibles violaciones graves y sistemáticas de la Convención”²³⁰³.

²³⁰² NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 122-123.

²³⁰³ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 41.

2.1.2.- Cooperación

Art. 37 CDPD: *“Cooperación entre los Estados Partes y el Comité*

1. Los Estados Partes cooperarán con el Comité y ayudarán a sus miembros a cumplir su mandato.

2. En su relación con los Estados Partes, el Comité tomará debidamente en consideración medios y arbitrios para mejorar la capacidad nacional de aplicación de la presente Convención, incluso mediante la cooperación internacional.”.

2.1.3.- Relación con otros órganos

Art. 38 CDPD: *“Relación del Comité con otros órganos*

A fin de fomentar la aplicación efectiva de la presente Convención y de estimular la cooperación internacional en el ámbito que abarca:

a) Los organismos especializados y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de las disposiciones de la presente Convención que entren dentro de su mandato. El Comité podrá invitar también a los organismos especializados y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los ámbitos que entren dentro de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados y a otros órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de la Convención en las esferas que entren dentro de su ámbito de actividades;

b) Al ejercer su mandato, el Comité consultará, según proceda, con otros órganos pertinentes instituidos en virtud de tratados internacionales de derechos humanos, con miras a garantizar la coherencia de sus respectivas directrices de presentación de informes, sugerencias y recomendaciones generales y a evitar la duplicación y la superposición de tareas en el ejercicio de sus funciones.”.

2.2.- Conferencia de los Estados Partes

Art. 40 CDPD: *“Conferencia de los Estados Partes*

1. Los Estados Partes se reunirán periódicamente en una Conferencia de los Estados Partes, a fin de considerar todo asunto relativo a la aplicación de la presente Convención.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la Conferencia de los Estados Partes en un plazo que no superará los seis meses contados a partir de la entrada en vigor de la presente Convención. Las reuniones ulteriores, con periodicidad bienal o cuando lo decida la Conferencia de los Estados Partes, serán convocadas por el Secretario General.”.

La Conferencia “se reúne en Nueva York por lo menos bienalmente para examinar asuntos relacionados con la aplicación de la CDPD”²³⁰⁴.

“A diferencia de las conferencias de los Estados partes de otros tratados de DDHH, la de la CDPD también celebra debates sustantivos sobre cuestiones relacionadas con la aplicación de la Convención”²³⁰⁵.

Desde 2008, doce sesiones de la Conferencia han tenido lugar²³⁰⁶. La undécima, del 12 al 14 de junio de 2018, con tema general “No dejar a nadie atrás a través de la plena aplicación de la CDPD”²³⁰⁷; y la duodécima, celebrada del 11 al 13 de junio de 2019, con tema general “Asegurar la inclusión de las personas con discapacidad en un mundo cambiante a través de la implementación de la CDPD”²³⁰⁸. En 2020 la celebración de la Conferencia estaba prevista para los días 10 a 12 de junio y ha sido pospuesta, en principio, para la segunda semana de diciembre de 2020.

3.- Informes al Comité

3.1.- Informes de los Estados

3.1.1.- Obligación de informar de los Estados

²³⁰⁴ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pP. 41-42.

²³⁰⁵ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 147.

²³⁰⁶ NACIONES UNIDAS, “Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”. Consultado en: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/conference-of-states-parties-to-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2.html>>

²³⁰⁷ Y los siguientes subtemas para los cuales se organizaron tres mesas redondas:

1.- El espacio fiscal nacional, las asociaciones público-privadas y la cooperación internacional para fortalecer la aplicación e implementación de la CDPD.

2.- Mujeres y niñas con discapacidad.

3.- Participación política e igual reconocimiento ante la ley.

Además, un tema transversal sobre promoción de estadísticas sobre la discapacidad de alta calidad y desglose de datos por discapacidad para la plena realización de los derechos de las personas que viven en situación de discapacidad, que se incluye en las tres mesas redondas.

NACIONES UNIDAS, “11th session of the Conference of States Parties to the CRPD, 12 to 14 June 2018”. Consultado en: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/conference-of-states-parties-to-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2/cosp11.html>>

²³⁰⁸ NACIONES UNIDAS, “12th session of the Conference of States Parties to the CRPD”. Consultado en: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/conference-of-states-parties-to-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2/cosp12.html>>

Art. 35 CDPD: *“Informes presentados por los Estados Partes*

1. *Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la presente Convención en el Estado Parte de que se trate.*

2. *Posteriormente, los Estados Partes presentarán informes ulteriores al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite.*

3. *El Comité decidirá las directrices aplicables al contenido de los informes.*

4. *El Estado Parte que haya presentado un informe inicial exhaustivo al Comité no tendrá que repetir, en sus informes ulteriores, la información previamente facilitada. Se invita a los Estados Partes a que, cuando preparen informes para el Comité, lo hagan mediante un procedimiento abierto y transparente y tengan en cuenta debidamente lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 4 de la presente Convención.*

5. *En los informes se podrán indicar factores y dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la presente Convención.”.*

Art. 36.1 CDPD: *“Consideración de los informes*

1. *El Comité considerará todos los informes, hará las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas respecto a ellos y se las remitirá al Estado Parte de que se trate. Éste podrá responder enviando al Comité cualquier información que desee. El Comité podrá solicitar a los Estados Partes más información con respecto a la aplicación de la presente Convención.”.*

Art. 39 CDPD: *“Informe del Comité*

El Comité informará cada dos años a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Partes en la Convención. Esas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité, junto con los comentarios, si los hubiera, de los Estados Partes.”.

El Comité, como indica García Pons²³⁰⁹, “tiene por misión vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en la CDPD por los Estados partes, y por las Organizaciones Regionales de Integración, que la hayan ratificado”. A tales efectos, estos presentarán al Comité un

²³⁰⁹ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006...”, p. 117.

informe sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir la CDPD y sobre los progresos realizados. “El Comité decidirá las directrices aplicables al contenido de los informes”.

“El Comité emprende un diálogo constructivo con los Estados partes y publica observaciones finales y recomendaciones para efectuar un seguimiento de las medidas encaminadas a mejorar y reforzar la aplicación de la Convención. Otras partes interesadas, como las instituciones nacionales de DDHH y las organizaciones de la sociedad civil, también pueden intervenir en este diálogo” a través de los informes alternativos²³¹⁰.

3.1.2.- Documentos que hay que preparar

“Hay dos documentos principales que ha de preparar el Estado”:

- “El documento básico común, que debe contener información general sobre el Estado que presenta el informe y el marco general de protección y promoción de los DDHH”.

- El documento específico que se presente al Comité CDPD, que debe contener información específica relativa a la aplicación, en la legislación y en la práctica, de los arts. 1 a 33 CDPD. Debe contener también información detallada sobre las medidas sustantivas adoptadas para alcanzar los objetivos mencionados y sobre los avances logrados²³¹¹.

3.1.3.- Contenido del documento específico

“En cuanto a los derechos reconocidos en la CDPD, el documento específico sobre esta deberá indicar”:

- “Si el Estado parte ha adoptado políticas, estrategias y un marco jurídico nacional para hacer efectivos cada uno de los derechos reconocidos en la CDPD, indicando los recursos disponibles para tal fin y los medios económicamente más eficaces de utilizar esos recursos”.

- “Si el Estado parte ha aprobado legislación integral contra la discriminación por motivos de discapacidad para aplicar las disposiciones de la CDPD en este sentido”.

²³¹⁰ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 147-148.

²³¹¹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 128.

- “Todo mecanismo establecido para vigilar los progresos en la consecución plena de los derechos reconocidos en la CDPD”.
- “Los mecanismos establecidos para asegurar que las obligaciones que tiene el Estado parte con arreglo a la CDPD estén plenamente integradas en su actuación como miembro de organizaciones internacionales”.
- “La incorporación y aplicabilidad directa de cada uno de los derechos reconocidos en la CDPD en el ordenamiento jurídico nacional, con ejemplos específicos de causas judiciales pertinentes”.
- “Los recursos judiciales y de otra índole de que disponen las víctimas para obtener reparación en caso de que se hayan violado sus derechos”.
- “Los obstáculos estructurales u otros obstáculos importantes, producto de factores sobre los que el Estado parte no tiene control, que impiden la plena realización de los derechos reconocidos en la CDPD, incluidos detalles de las medidas adoptadas para superarlos”.
- “Datos estadísticos sobre el modo en que se hace efectivo cada uno de los derechos reconocidos en la CDPD, desglosados por sexo, edad, tipo de discapacidad (física, sensorial, intelectual y mental), origen étnico, población urbana o rural y otras categorías pertinentes, presentados en forma comparativa anual para los últimos cuatro años”²³¹².

3.1.4.- Lista de cuestiones

“Una vez que el Comité ha recibido el informe del Estado parte, el relator para el país (un miembro del Comité) lo examina y, con su asistencia, el Comité determina si está completo o no el informe. Sobre esa base, el Comité remite una lista de cuestiones al Estado parte con miras a que se complemente el contenido del informe”²³¹³.

3.1.5.- Observaciones finales

“En la etapa siguiente, el Estado parte comparece ante el Comité para entablar con él un diálogo constructivo. Partiendo de esa base, el Comité formula observaciones finales y recomendaciones al Estado parte”²³¹⁴.

²³¹² NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 129-130.

²³¹³ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 133.

²³¹⁴ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 135.

“Una vez que hayan sido aprobadas las observaciones finales, se publican casi de inmediato en el sitio web del ACNUDH”²³¹⁵.

Así pues, los Estados deben por lo menos dar publicidad a las observaciones finales. Además, deben adoptar medidas para proceder al seguimiento de las recomendaciones, ya que tendrán que informar sobre la aplicación cuatro años después”²³¹⁶.

3.1.6.- Utilidades

“La preparación del informe puede ayudar a los representantes del Estado a:

- Revisar la legislación y las políticas nacionales para asegurarse de que son compatibles con la Convención y examinar sus repercusiones en las personas con discapacidad.

- Detectar deficiencias en el marco jurídico y normativo.

- Velar por que se designen organismos encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la Convención y mecanismos de coordinación en la administración pública que funcionen adecuadamente.

- Detectar deficiencias de financiación de los ministerios y programas que puedan retrasar la aplicación.

- Establecer relaciones de colaboración con otros agentes, como las organizaciones de personas con discapacidad, durante todo el proceso de preparación del informe.

- Realizar otras actividades...”²³¹⁷.

3.2.- Informes alternativos

Los informes alternativos son muy útiles y “constituyen un medio importante para que la sociedad civil y las instituciones nacionales de DDHH puedan influir en el proceso de presentación de informes. No existe una definición precisa de lo que constituye un informe alternativo ni existe un formato concreto que haya de seguirse. En general, un informe alternativo proporciona al Comité datos complementarios a los

²³¹⁵ <www.ohchr.org>

²³¹⁶ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 137.

²³¹⁷ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 42.

suministrados por el Estado parte con el fin de que el Comité disponga de la información más completa del estado en que se encuentra la aplicación de la CDPD”.

“Mediante el suministro de información complementaria, el objetivo final del informe alternativo es garantizar que se formulen las observaciones finales y las recomendaciones más pertinentes como ayuda para la aplicación en lo sucesivo”²³¹⁸.

IX.- PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CDPD

1.- Introducción

La CDPD va acompañada del PFCDPD, de 13 de diciembre de 2006, o sea, de la misma fecha que la CDPD, complementario pero independiente de aquella. Por él, todo Estado parte en el PFCDPD “reconoce la competencias del Comité de NNUU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para controlar el correcto cumplimiento de lo dispuesto en la CDPD”²³¹⁹.

Tanto la CDPD como el PFCDPD, tienen el carácter de tratado o convenio internacional, con independencia uno de otro, aunque están íntimamente relacionados²³²⁰.

El PFCDPD “es un instrumento jurídico internacional independiente, adjunto a la CDPD”. El PFCDPD, como indica su nombre, es facultativo, por lo que “los Estados no están obligados a ratificarlo cuando ratifican la CDPD”. No se puede ratificar el PFCDPD sin hacerlo antes con la CDPD, pero sí se puede ratificar la CDPD sin hacerlo luego con el Protocolo, “es objeto de un proceso separado de ratificación o adhesión. Para ser parte en el PFCDPD, el Estado de que se trate ha de ser parte en la Convención. Las reservas al PFCDPD están permitidas en la medida en que no sean incompatibles con el objeto y el propósito de la Convención y del Protocolo”²³²¹.

Según el art. 10 PFCDPD, “*El presente Protocolo estará abierto a la firma de todos los Estados y las organizaciones regionales de integración signatarios de la Convención en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, a partir del 30 de marzo de 2007.*”; y el art. 11 PFCDPD: “*El presente Protocolo estará sujeto a la ratificación de los Estados signatarios del presente Protocolo que hayan ratificado la Convención o se hayan adherido a ella. Estará sujeto a la confirmación oficial de las*

²³¹⁸ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 139.

²³¹⁹ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006...”, p. 61.

²³²⁰ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006...”, p. 115.

²³²¹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 148.

organizaciones regionales de integración signatarias del presente Protocolo que hayan confirmado oficialmente la Convención o se hayan adherido a ella. Estará abierto a la adhesión de cualquier Estado u organización regional de integración que haya ratificado la Convención, la haya confirmado oficialmente o se haya adherido a ella y que no haya firmado el presente Protocolo.”.

El CERMI²³²² destaca que “el PFCDPD da al Comité CDPD la autoridad para examinar denuncias individuales de violaciones de cualquiera de los derechos consagrados en la Convención, cuando la persona haya agotado las vías de recurso en el nivel nacional.”.

2.- Alternativas

García Pons²³²³ destaca que “los Estados partes pueden:

a) “Ratificar solamente la CDPD y no ratificar el PFCDPD, en cuyo caso el Comité de NNUU no tendrá competencia para recibir comunicaciones individuales” “de personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación de sus derechos en base a informaciones fidedignas que revelen violaciones graves o sistemáticas por el Estado (control blando) ni para iniciar investigaciones de los derechos recogidos en la CDPD (control duro)”.

b) “Ratificar la CDPD y ratificar el PFCDPD, pero utilizando en este la cláusula *opt-out* del art. 8 PFCDPD, en cuyo caso el Comité sí podrá recibir comunicaciones individuales (control blando)”, “pero no podrá iniciar una investigación por violaciones de un Estado parte de los derechos recogidos en la CDPD (control duro)”.

c) “Ratificar la CDPD y el PFCDPD sin más, es decir, sin formular ninguna reserva, en cuyo caso el Estado parte se somete a ambos tipos de control por parte del Comité de NNUU”.

Esta última opción es la que eligió el Reino de España, “aceptando por consiguiente todo tipo de controles por parte del Comité para verificar el cumplimiento de la CDPD”.

²³²² CERMI, *Guía de fácil uso de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para Operadores Jurídicos 2019*, elaborada por la Delegación del CERMI para los DDHH y la Convención de la ONU, abril 2019, p. 17. Consultado en: <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Gu%C3%ADa%20de%20P%C3%A1cil%20uso.pdf>

²³²³ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006...”, pp. 116-117.

3.- El Comité

Precisa el CERMI²³²⁴ que “en el PFCDPD confiere potestad al Comité CDPD, órgano integrado por 18 expertos” independientes, “para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupo de personas, o en nombre de esas personas o grupo de personas”, o en nombre de estas, “que aleguen ser víctimas de violaciones de los derechos reconocidos y protegidos por la Convención”.

De acuerdo con el art. 1 PFCDPD: *“1. Todo Estado Parte en el presente Protocolo (“Estado Parte”) reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“el Comité”) para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas.*

2. El Comité no recibirá comunicación alguna que concierna a un Estado Parte en la Convención que no sea parte en el presente Protocolo.”.

“Al pasar a ser partes en el PFCDPD, los Estados reconocen la competencia del Comité de recibir denuncias (denominadas comunicaciones) de particulares que afirmen que se han violado disposiciones de la CDPD”. El Comité también puede “realizar investigaciones cuando haya recibido información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas de la CDPD por un determinado Estado parte”²³²⁵.

4.- Actuaciones

Según la gravedad de la denuncia que se presente, el Comité puede realizar dos tipos de actuaciones.

4.1.- Las comunicaciones

A las que se refieren los arts. 3, 4 y 5 PFCDPD.

Art. 3 PFCDPD: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 del presente Protocolo, el Comité pondrá en conocimiento del Estado Parte, de forma confidencial, toda comunicación que reciba con arreglo al presente Protocolo. En un plazo de seis meses, ese Estado Parte presentará al Comité por escrito explicaciones o declaraciones*

²³²⁴ CERMI, *Guía de fácil uso de la Convención Internacional...*, cit., p. 17.

²³²⁵ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 148-149.

en las que se aclare la cuestión y se indiquen las medidas correctivas que hubiere adoptado el Estado Parte, de haberlas.”.

Art. 4 PFCDPD: *“1. Tras haber recibido una comunicación y antes de llegar a una conclusión sobre el fondo de ésta, el Comité podrá remitir en cualquier momento al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.*

2. El ejercicio por el Comité de sus facultades discrecionales en virtud del párrafo 1 del presente artículo, no implicará juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación.”.

Art. 5 PFCDPD: *“El Comité examinará en sesiones privadas las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo. Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar sus sugerencias y recomendaciones, si las hubiere, al Estado Parte interesado y al comunicante.”.*

“El procedimiento para la presentación de comunicaciones individuales que se establece en el PFCDPD es similar al de otros tratados internacionales de DDHH”.

“Las personas y grupos de personas que afirmen haber sido víctimas de una violación de alguna disposición de la CDPD pueden presentar una denuncia al respecto al Comité”.

“Los particulares pueden presentar denuncias al Comité cuando consideren que un Estado parte ha violado los derechos que les corresponden en virtud de la CDPD. La denuncia correspondiente se envía al Equipo de Peticiones del ACNUDH”²³²⁶.

“Si la comunicación es admisible, el Comité examina el fondo de la comunicación. En otras palabras, determina si se ha producido una violación de la CDPD. Si la comunicación es inadmisibile, las partes son informadas de ello y concluye el procedimiento”²³²⁷.

4.2.- La información fidedigna

Los arts. 6 y 7 PFCDPD contemplan el supuesto más grave, llamado control duro.

Art. 6 PFCDPD: *“1. Si el Comité recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos recogidos en la*

²³²⁶ (CH-1211 Ginebra 10) por correo electrónico (petitions@ohchr.org) o en caso de urgencia por fax (+41 22 917 90 22); NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 149.

²³²⁷ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., p. 150.

Convención, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar observaciones sobre dicha información.

2. Tomando en consideración las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como toda información fidedigna que esté a su disposición, el Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros que lleven a cabo una investigación y presenten, con carácter urgente, un informe al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio.

3. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado Parte interesado, junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas.

4. En un plazo de seis meses después de recibir las conclusiones de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité, el Estado Parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité.

5. La investigación será de carácter confidencial y en todas sus etapas se solicitará la colaboración del Estado Parte.”.

Art. 7 PFCDPD: *“1. El Comité podrá invitar al Estado Parte interesado a que incluya en el informe que ha de presentar con arreglo al artículo 35 de la Convención pormenores sobre cualesquiera medidas que hubiere adoptado en respuesta a una investigación efectuada con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo.*

2. Transcurrido el período de seis meses indicado en el párrafo 4 del artículo 6, el Comité podrá, si fuera necesario, invitar al Estado Parte interesado a que le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación.”.

A estos efectos, el art. 8 PFCDPD contiene la cláusula *opt-out*²³²⁸, por virtud de la cual: *“Todo Estado Parte podrá, al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de la adhesión a él, declarar que no reconoce la competencia del Comité establecida en los artículos 6 y 7.”.*

5.- Beneficios del Protocolo facultativo

— Es un “mecanismo que puede ser importante para proteger a las personas con discapacidad y reforzar las capacidades nacionales”.

²³²⁸ Cláusula de exención.

– “Puede constituir un medio para fortalecer los mecanismos nacionales de protección”.

– “También puede constituir un medio para confirmar la normativa del Estado”.

– “El Comité ha de refrendar o cuestionar los fallos de los tribunales nacionales. Se ofrecerá a orientar a los tribunales nacionales y otros mecanismos de protección de los DDHH mediante el desarrollo del contenido sustantivo de los derechos reconocidos en la CDPD y las obligaciones conexas de los Estados. La jurisprudencia internacional también puede promover la jurisprudencia nacional”.

– “Puede ayudar a los Estados partes a realizar cambios”.

– “El procedimiento de investigación con arreglo al PFCDPD puede ofrecer la oportunidad de servirse de expertos internacionales para resolver problemas difíciles”.

– “Los procedimientos del PFCDPD también aclaran cómo ha de aplicarse la CDPD en determinados casos”.

– “Los procedimientos sirven para incorporar la CDPD al derecho interno. Los dictámenes y las recomendaciones del Comité pueden impulsar reformas legislativas como medio para poner en consonancia la práctica del Estado con la CDPD”.

– “El PFCDPD constituye un mecanismo para que la sociedad civil emprenda acciones legales estratégicas con el fin de impulsar cambios fundamentales”.

– “Puede proteger a las víctimas y a las posibles víctimas”.

– “El procedimiento de denuncias es relativamente fácil de utilizar por las víctimas”²³²⁹.

²³²⁹ NACIONES UNIDAS, *Convención sobre Derechos...*, cit., pp. 169-170.

TEMA VIII.- EFECTOS DE LA CDPD EN ESPAÑA I

I.- SITUACIÓN ESPAÑOLA

1.- Principios constitucionales

La promulgación de la CE obligó a revisar con arreglo a sus principios la legislación referente a menores e incapacitados.

La CE incorporó a nuestro derecho, aunque tibiamente, el modelo social de atención a las personas con discapacidad, superando en algunos aspectos el anterior sistema asistencial. El modelo social se basa en los DDHH, prima la dignidad de estas personas, su integración social, el logro de la igualdad real y efectiva y la garantía integral del ejercicio de los derechos y libertades que establece la CE²³³⁰. Es un cambio radical en el tratamiento de la discapacidad, al proclamar como principios superiores, la libertad, la igualdad y la justicia.

El art. 49 CE, dentro de *“De los principios rectores de la política social y económica”*, constitucionaliza la protección jurídica de las personas con discapacidad al decir: *“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*.

El art. 53.3 CE establece: *“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”*; art. que el TC ha tenido en cuenta en diversas ocasiones.

Además, la CE ampara a las personas con discapacidad, en virtud de lo dispuesto en los arts. 9.2, 10 y 14 CE.

El art. 9.2 CE dispone: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su*

²³³⁰ AZÚA BERRA, P., “Evolución de la legislación española en materia de discapacidad en la etapa democrática”, en L. C. Pérez Bueno (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje a Rafael de Lorenzo*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 121 y ss.; PALACIOS RIZZO, A., “La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española”, en L. C. Pérez Bueno (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje a Rafael de Lorenzo*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 143 y ss.

plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.” y, por tanto, también de las personas con discapacidad.

El art. 10 CE dice: “1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”; y entre esos tratados internacionales, la CDPD.

El art. 14 CE consagra: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*”. La igualdad y la no discriminación son derechos fundamentales de todas las personas, susceptibles de amparo ante el TC y de tutela por los tribunales ordinarios.

Todos estos preceptos constitucionales exigían un enfoque nuevo en la protección de las personas con discapacidad²³³¹, que empezó con la Ley 13/1983, y continúa con muchas otras, que iremos viendo.

2.- Art. 49 CE

La CE de 1978 ya mostró preocupación por integrar a las personas con discapacidad. Fue pionera al incluir de forma expresa un art., el art. 49 CE, referido exclusivamente a las personas con discapacidad.

²³³¹ Expresamente, así lo reconoce la Exposición de motivos de la LIONDAU (que ha sido derogada por el TRLGDPD, que continúa en esta línea), que recoge: “*La Constitución Española, en [sus arts. 9.2, 10 y 49, enumera derechos y libertades que] constituyen hoy uno de los ejes esenciales en la actuación sobre la discapacidad. Los poderes públicos deben asegurar que las personas con discapacidad puedan disfrutar del conjunto de todos los derechos humanos: civiles, sociales, económicos y culturales.*

Transcurridos más de veinte años desde la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, sin poner en cuestión su vigencia, se considera necesario promulgar otra norma legal, que la complemente y que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad. Dos razones justifican esta nueva ley: la persistencia en la sociedad de desigualdades, pese a las inequívocas proclamaciones constitucionales y al meritorio esfuerzo hecho a partir de aquella ley, y, lo que es más importante todavía, los cambios operados en la manera de entender el fenómeno de la «discapacidad» y, consecuentemente, la aparición de nuevos enfoques y estrategias: hoy es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos.

Siendo esto así, es preciso diseñar y poner en marcha estrategias de intervención que operen simultáneamente sobre las condiciones personales y sobre las condiciones ambientales.”.

Como indica De Lorenzo García²³³², “el art. 49 CE contiene básicamente tres mandatos”:

- Uno “a los poderes públicos para que desarrollen políticas, pero sin garantías de cuándo lo realizarán o cuál será su contenido”.

- “Un objetivo prestacional *“prestarán la atención especializada que requieran”*, que es el núcleo del art. y que fue desarrollado por la LISMI”.

- “Y, finalmente, un ejercicio de voluntarismo político mediante la expresión “amparo especial” para que puedan disfrutar todos los derechos fundamentales, pero sin fijar criterio alguno, ni mecanismo de implementación ni garantías de observancia, para su consecución”.

La Instrucción 3/2010, de la Fiscalía General del Estado²³³³, destaca que la legislación española en desarrollo de este art. venía adaptando nuestro sistema a las necesidades de protección de las personas más vulnerables para “procurarles la atención especializada y el amparo necesario para el disfrute de sus derechos fundamentales”.

“Así, la regulación sustantiva y procesal sobre el régimen jurídico de las personas con discapacidad, en la actualidad contenida básicamente en los arts. 199 y ss. CC y arts. 756 y ss. LEC., fue modificada por la reforma del CC por Ley 13/1983, de 24 de octubre”, que abandonó “el binomio tradicional de capacidad o incapacidad”, y estableció un sistema proteccionista, con diversas situaciones adaptables a las necesidades de protección del interesado. Idéntica orientación siguió la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del CC en materia de adopción.

Posteriormente, la LPPD, de 18 de noviembre de 2003, introdujo un nuevo sistema de protección sin necesidad de declaración de incapacidad, aplicable a personas a las que se refiere el art. 2.2 LPPD.

En el mismo sentido, la LIONDAU, de 2 de diciembre de 2003, y la LAAD, de 14 de diciembre de 2006; tienen por objeto impulsar las garantías que precisan las personas con discapacidad “para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país.

²³³² DE LORENZO GARCÍA, R., “Reforma social de la Constitución: comentarios y reflexiones al artículo 49”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *Anales de Derecho y Discapacidad*, ed. Cinca, n.º 3, Año III, junio 2018, pp. 19 y 22.

²³³³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción n.º 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas. Consultada en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Instruccion_3_10.pdf?idFile=389240c8-6daa-45be-8f72-613866093664

La jurisprudencia del TS también desde fechas pretéritas, viene sosteniendo que la incapacitación solo constituye un sistema de protección frente a las limitaciones del individuo”, y que los derechos fundamentales del sometido a dicho sistema de protección son inalienables²³³⁴.

En la actualidad habría que reformar el art. 49 CE, porque su texto responde al modelo médico-rehabilitador y aunque establece un compromiso genérico de “amparo especial” para el ejercicio de los derechos de todo el Título I en favor de las personas con discapacidad, no hay ningún mecanismo que garantice su aplicación.

Por ello, siguiendo a De Lorenzo García²³³⁵, hay que abordar “una nueva y completa redacción del art. 49 CE”, que:

- Formule un compromiso rotundo en favor de las personas con discapacidad.
- Se centre en la dignidad de la persona y en los principios contenidos en los arts. 9.2 y 14 CE.
- Se inspire en la CDPD, para que sus principios, valores, ejercicio de derechos y garantías se expandan a todo el ordenamiento jurídico.
- Permita entroncar el contenido de este art. considerado como principio rector con el manto garantista de los derechos fundamentales.
- Queden bien definidos los elementos esenciales que sirvan de hoja de ruta para el legislador.
- Comporte un mandato a los poderes públicos de desarrollo de las políticas adecuadas de protección de las personas con discapacidad que aseguren su igualdad de oportunidades e inclusión social.

El Consejo de Ministros en 2018 aprobó el Anteproyecto de reforma del art. 49 CE, que dota de mayor protección a los derechos de las personas con discapacidad; destacando en su nota de prensa lo siguiente²³³⁶: “el art. 49 CE fue un gran avance en la protección de las personas con discapacidad. Reconoció constitucionalmente al colectivo y previó un ámbito concreto de protección. No obstante, el paso de cuatro décadas ha hecho envejecer el texto constitucional. Además, en este tiempo se ha aprobado la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, que ha supuesto un punto de inflexión en el reconocimiento y protección de sus

²³³⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción n.º 3/2010..., cit., pp. 1-4.

²³³⁵ DE LORENZO GARCÍA, R., “Reforma social de la Constitución...”, cit., p. 33.

²³³⁶ LA MONCLOA, “Aprobado el Anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución que dota de mayor protección a los derechos de las personas con discapacidad”, 7 de diciembre de 2018. Consultado en:
<<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/071218-enlaceconstitucion.aspx>>

derechos. Con esta reforma, el art. 49 CE se actualiza para adaptarlo a la Convención de 2006 y se modifica íntegramente tanto desde el punto de vista del lenguaje como de su estructura y contenido.

En primer lugar, se modifica la terminología que emplea el art. 49 para referirse ahora al colectivo de las personas con discapacidad. De esta manera, se actualiza el lenguaje de una forma que refleja los propios valores de la Constitución y la dignidad inherente a este colectivo.

En segundo lugar, se reforma la estructura del art. en coherencia con la multiplicación de los enfoques desde los que se aborda la discapacidad. Así, se divide el precepto en cuatro apartados, cada uno de los cuales refleja una dimensión diferente de la protección de las personas con discapacidad.

En tercer lugar, se modifica el contenido del art. 49, para adaptarlo a las concepciones actuales sobre la protección de las personas con discapacidad, que ya no se basan en la concepción médico-rehabilitadora que subyace en su redacción original.

De este modo se pone el énfasis sobre los derechos y deberes de los que son titulares las personas con discapacidad, como ciudadanos libres e iguales. Además, se fijan los objetivos que deben orientar la acción positiva de los poderes públicos como son su plena autonomía personal y su inclusión social, políticas que deberán respetar siempre la libertad de elección y preferencias de las personas con discapacidad.

En la fijación de estas políticas, la reforma incluye expresamente la participación de sus organizaciones representativas, con el objetivo de que sean consultadas y cooperen activamente en la adopción de las políticas públicas que les afecten.

La situación de especial vulnerabilidad de las mujeres y niñas con discapacidad justifica claramente que el nuevo art. 49 de la Constitución haga una alusión expresa a la atención específica de sus necesidades.

Se consagra asimismo el principio de protección reforzada de las personas con discapacidad, para que reciban la atención especializada que requieren y se encuentren especialmente amparadas para el disfrute de los derechos que la Constitución otorga a toda la ciudadanía.

Finalmente, se hace una referencia a la protección que ofrecen los tratados internacionales que velan por los derechos de las personas con discapacidad”.

Quedando así redactado el texto articulado del nuevo art. 49 CE:

“1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”.

3.- Situación jurídica actual de las personas con discapacidad

En la España actual, para una persona con discapacidad pueda realizar negocios jurídicos con plena eficacia se recurre a la incapacitación. Esto debía ser una medida excepcional, porque limita o suprime la capacidad de la persona y suspende la presunción de capacidad, que es un principio general, así, entre otras, la STS, de 19 de mayo de 1998²³³⁷.

Esta línea jurisprudencial aplica los arts. 199 y 200 CC, reseñando que como afecta a principios constitucionales y a la dignidad de la persona, debe tener las necesarias garantías para evitar peligros²³³⁸. Pero en España no está regulado ningún otro procedimiento menos agresivo para apoyar la toma de decisiones de la persona²³³⁹.

El proceso de incapacitación, tal como hoy se concibe, tiene como función principal la protección del incapaz: *“ésa y no otra es la finalidad primordial de la incapacitación: la protección de la persona que no se halla en condiciones físicas o*

²³³⁷ RJ 1998/3378. SSTS, de 7 de diciembre de 1983 (RJ 1983/6922), 4 de enero de 1991 (RJ 1991/106) y 3 de septiembre de 1996 (RJ 1996/9747).

²³³⁸ Uno de ellos, el abuso de la incapacitación como medida asociada al envejecimiento: SAP de Barcelona, de 10 octubre 2003 (AC 2003/2045).

²³³⁹ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Derecho privado y Constitución*, n.º 24, 2010, p. 29.

psíquicas de protegerse a sí misma”, dice la STS, de 31 de diciembre de 1991²³⁴⁰; y la STS, de 29 de abril de 2009²³⁴¹, afirma: “*Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona*”.

La incapacitación, según la ley, es un sistema graduable y revisable que no puede ser uniforme ni consistir en privar a la persona de toda su capacidad de obrar; y al basarse en el déficit de autogobierno, no es igual para todos (STS, de 31 de diciembre de 1991²³⁴²). La LEC exige al juez la determinación de la extensión y efectos de la incapacitación y una estricta práctica de pruebas en el proceso, so pena de nulidad por su naturaleza constitucional (STC, 174/2002, de 9 de octubre²³⁴³; y SSTs, de 16 de marzo de 2001²³⁴⁴ y 15 de julio de 2005²³⁴⁵).

Dentro de la incapacitación, el juez puede elegir entre tutela o curatela y podría regular muy amplia y detalladamente el estatuto de cada persona adaptándose a sus circunstancias individuales. Se echa a faltar una fórmula mixta en la que el juez diseñe un “traje a medida” con las necesarias medidas de apoyo, asistencia, administración e incluso representación, lo que podría hacerse en la práctica como viene proponiendo la doctrina²³⁴⁶.

La realidad práctica es que como regla general los procesos de incapacitación acaban con una tutela; mientras que la curatela, que es más respetuosa con la CDPD, se aplica pocas veces, si bien últimamente se está extendiendo.

La actividad notarial debe proteger los derechos de la persona y gracias a ella se han generado muchas de las instituciones jurídicas de protección de las personas y específicamente de las personas con discapacidad.

En la evolución jurídica de la cuestión, en España encontramos dos momentos importantes: la Ley 13/1983, que reconoce que la capacidad de la persona con discapacidad debe adaptarse a la que tenga naturalmente, y la CDPD.

²³⁴⁰ RJ 1991/9483

²³⁴¹ RJ 2009/2901

²³⁴² RJ 1991/9483

²³⁴³ BOE-T-2002-20593

²³⁴⁴ RJ 2001/6635

²³⁴⁵ RJ 2005/6531

²³⁴⁶ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., p. 30.

4.- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del CC en materia de tutela

El CC en su redacción originaria seguía el modelo de prescindencia²³⁴⁷, establecía un modelo de incapacitación total con sustitución por otra persona con una tutela de familia²³⁴⁸.

La Ley 13/1983 supuso un hito y un avance importante en el tratamiento jurídico de la discapacidad, en ella se introdujo la curatela. Hasta entonces, el CC español no graduaba la capacidad de la persona, de modo que tenía plena capacidad o incapacidad absoluta, se la incapacitaba judicialmente y se le negaba su capacidad de obrar²³⁴⁹. Esta Ley reconoce que la capacidad era graduable y debía adaptarse a la que se tuviera con carácter natural.

Como señala Lora-Tamayo²³⁵⁰, con carácter precursor, la STS, de 5 de marzo de 1947²³⁵¹, “entendió que la ley entonces vigente tenía una laguna, cuando no permitía regular los efectos de la debilidad o el atraso mental como distintos de los de la demencia o locura”, y ajustó la extensión de la tutela al grado de intensidad de la perturbación. Esta sentencia fue seguida por otras como por la STS, de 6 de febrero de 1968²³⁵².

La Ley 13/1983 reforma el CC, así el art. 267 CC establece: “*El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.*”; además, se incluyó en él la regulación del procedimiento de incapacitación, que luego se traslada con buen criterio a la LEC, bajo la rúbrica “*De los procesos sobre la capacidad de las personas*”, y se introdujo mejoras importantes como p. ej. permitir el nombramiento del cargo tutelar en la misma sentencia que declare la incapacitación, art. 760.1 LEC: “*La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado [...]*”.

Ello supuso un gran avance y el reconocimiento de la individualidad de la persona discapacitada. La graduación era necesaria ya que las discapacidades intelectuales

²³⁴⁷ PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, en L. C. Pérez Bueno (dir.), Colección Cermi, n.º 36, ed. Cinca, Madrid, 2008.

²³⁴⁸ Con tutor, protutor y consejo de familia.

²³⁴⁹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, n.º 4-5, 2015-2016, pp. 44-45.

²³⁵⁰ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad...”, cit., p. 45.

²³⁵¹ RJ 1947, 343

²³⁵² TOL 4.292.563

pueden ser de muchísimos tipos y, consecuentemente, los apoyos que cada persona necesite.

Como indican Álvarez Lata y Seoane Rodríguez²³⁵³, las normas que establecía la reforma de 1983 no se han aplicado “con la extensión y efectividad que cabía esperar, y en la práctica han consolidado un modelo rígido, preconfeccionado y casi inmutable, en el que la incapacitación absoluta y, por ende, la tutela constituyen las respuestas generales a la situación de falta de capacidad”. “En consecuencia, la gradualidad y la necesidad de adecuación de la capacidad al autogobierno del individuo no han sido implantadas y, en cierto modo, se ha frustrado así la eficacia del sistema articulado en torno a la incapacitación”.

La Ley trasladó el control de la tutela al ámbito judicial desde el Consejo de Familia. Se pasó de una tutela de familia a una tutela de autoridad.

Señala Guilarte Martín-Calero²³⁵⁴ que la reforma de 1983 se basa en tres principios:

a) “La graduabilidad de la incapacitación, en cuya virtud se ajusta la declaración de incapacitación al grado de incapacidad singular y concreta de cada persona”.

b) La “tutela de autoridad, conforme al cual esta materia sale del ámbito de lo privado y se somete al control y fiscalización de la autoridad judicial y del MF (art. 216 CC)”. Aunque también reconoce el papel de la familia en “la protección de la persona necesitada de protección (art. 234 CC)”.

c) La pluralidad de guarda de modo que se puede establecer una protección diversa en función de las circunstancias: la sustitución o representación legal y la asistencia (art. 215 CC).

5.- CDPD

Destaca el CERMI²³⁵⁵ que la CDPD “es el gran hito internacional sobre la discapacidad, el elemento de mayor valor que ha producido la comunidad mundial en

²³⁵³ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., p. 13.

²³⁵⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La capacidad para testar y el artículo 12 de la Convención de Nueva York”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, ed. Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2015.

²³⁵⁵ CERMI, *Guía de fácil uso de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para Operadores Jurídicos 2019*, elaborada por la Delegación del CERMI para los DDHH y la Convención de la ONU, abril 2019, p. 4. Consultado en:

relación con este grupo humano y su influencia positiva se puede apreciar en muy diversos ámbitos, desde la misma concepción de los DDHH y las nuevas dimensiones de los mismos, hasta el reconocimiento y la protección de los derechos de las personas con discapacidad en los diferentes ordenamientos internos de los países parte y en la práctica jurídica”.

El Reino de España firmó la CDPD y el PFCDPD, sin formular reserva alguna, mediante Instrumentos de Ratificación, ambos de fecha 23 de noviembre de 2007, que depositó en NNUU el 3 de diciembre de 2007, y se publicó en el BOE de 21 y 22 de abril de 2008²³⁵⁶, respectivamente, entrando en vigor de forma simultánea el 3 de mayo de 2008. Por ello, el 3 de mayo se estableció como Día Nacional de la CDPD²³⁵⁷.

Por tanto, como señala el CERMI²³⁵⁸ “la Convención forma parte plenamente del ordenamiento jurídico español y es invocable ante las autoridades políticas, judiciales y administrativas. Sus dispositivos de garantía, protección y amparo están vigentes.

El art. 96 de nuestro Texto Constitucional español dispone que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno. La Convención versa fundamentalmente sobre el reconocimiento de los DDHH de las personas con discapacidad y en esa línea hay que resaltar el art. 10.2. de la Constitución española, que señala que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. La interrelación de los dos preceptos de la Norma fundamental significa que la Convención como tratado es una norma jurídica al igual que lo son las leyes, decretos o cualquier otro tipo de norma y puede y debe ser invocada ante los tribunales de justicia en defensa de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias.

<<https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Gu%C3%ADa%20de%20f%C3%A1cil%20uso.pdf>>

²³⁵⁶ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, BOE n.º 96, de 21 de abril de 2008.

Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, BOE n.º 97, de 22 de abril de 2008.

²³⁵⁷ Mediante Resolución de 7 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de febrero de 2019, por el que se establece el día 3 de mayo como Día Nacional de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (BOE-A-2019-5136).

²³⁵⁸ CERMI, *Guía de fácil uso de la Convención Internacional...*, cit., pp. 10, 19-20.

Pero, además, se muestra un alcance singular porque no solo obliga al intérprete de las normas de derechos a utilizar las normas internacionales, sino porque sitúa a estas en un nivel supralegal”.

Como vimos, la CDPD reconoce, promueve, protege y asegura diversos DDHH.

Bajo la rúbrica *“Igual reconocimiento como persona ante la ley”*, el art. 12.1 CDPD reconoce que *“las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”*; el art. 12.2 CDPD *“[...] las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.”*; sin perjuicio de que, como establece el art. 12.3 CDPD, *“Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.”*

Por tanto, la persona con discapacidad tiene la misma capacidad que cualquiera y será ella quien en principio deberá actuar, aunque sea con apoyos; pero no puede ser sustituida.

Puede necesitar medidas de apoyo, indica Lora-Tamayo²³⁵⁹, “proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”, “que se deben aplicar en el plazo más corto posible y que están sujetas a exámenes periódicos por el órgano judicial competente”.

“La incapacidad ya no puede ser un estado civil diferente, las personas discapaces también son capaces para obrar. Debe existir una integración también en el mundo jurídico. Ya no se trata de incapacitar, sino de “capacitar”, lo que supone ver la cuestión desde el punto de vista positivo, de la capacidad y de las cualidades de la persona con discapacidad”.

La entrada en vigor de la CDPD obliga al replanteamiento de los procesos de toma de decisiones de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico privado español²³⁶⁰.

6.- Correlación de los derechos fundamentales de la CE con la CDPD

²³⁵⁹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad...”, cit., pp. 49-50.

²³⁶⁰ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., p. 13.

Comparando ambos textos vemos que la mayoría de los arts. de la CDPD contienen derechos fundamentales que ya están reconocidos en la CE²³⁶¹.

Así, la CDPD reconoce:

- La igualdad y no discriminación (art. 5), mujeres con discapacidad (art. 6) e igualdad ante la ley (art. 12); y la CE contiene el principio de igualdad en el art. 14.
- El derecho a la vida (art. 10), y la CE en el art. 15.
- La protección frente a la tortura (art. 15), protección frente a la explotación (art. 16) y protección de la integridad personal (art. 17); y la CE contiene el derecho a la integridad física y moral y prohibición de tratos degradantes en el art. 15.
- La libertad y seguridad (art. 14), y la CE en los arts. 17 y 25.
- El respeto de la privacidad (art. 22); y la CE contiene los derechos al honor y la intimidad en el art. 18.
- La libertad de circulación (art. 18), libertad de residencia (art. 19) y movilidad (art. 20); y la CE contiene la libertad de circulación y residencia en el art. 19.
- Las libertades de expresión e información (art. 21), y la CE en el art. 20.
- La participación política y pública (art. 29); y la CE contiene el derecho de asociación en el art. 22 y el derecho a la participación política en el art. 23.
- El acceso a la justicia (art. 13); y la CE contiene la tutela judicial efectiva en el art. 24.
- La capacidad jurídica (art. 12.5); y la CE contiene los derechos a la propiedad privada y a la herencia en el art. 33.
- El trabajo y empleo (art. 27); y la CE contiene el derecho al trabajo en el art. 35 y la libertad sindical en el art. 28.

II.- CONCEPTO DE CAPACIDAD

1.- División tradicional de la capacidad

Tradicionalmente el derecho español distingue entre capacidad jurídica, que es la aptitud para ser titular de derechos y deberes; y la capacidad de obrar, que lo es para poder ejercitarlos con plenos efectos jurídicos y que varía en atención a las

²³⁶¹ MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., “La recepción de la Convención en el Derecho español como tratado internacional de derechos humanos”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, ed. Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2015. Según Martínez Pujalte, “en el sistema constitucional español sólo cabe denominar propiamente “derechos fundamentales” [...] a los que se encuentran reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución española (artículos 14-38)”.

circunstancias particulares de cada uno. La capacidad de obrar puede ser plena, que corresponde a todas las personas mayores de edad no incapacitadas, o limitada, que varía en función de las circunstancias personales.

De Castro y Bravo²³⁶² fue el que estableció y definió los conceptos de persona, personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Gullón Ballesteros²³⁶³ afirma que “la capacidad jurídica es la aptitud que posee toda persona para ser titular de derechos y obligaciones, mientras que la capacidad de obrar es la aptitud de la persona para obrar eficazmente en el ámbito jurídico”, para adquirir y ejercitar derechos y asumir obligaciones.

La capacidad jurídica es “expresión de la igualdad y dignidad de la persona que recoge la CE”. “Hace al hombre sujeto de derecho”. No se concede, ya que deriva de la personalidad humana, de la que es un reflejo. Las circunstancias personales no le afectan, no tiene graduaciones.

La capacidad de obrar presupone la personalidad, pero en su concepción tradicional “admite graduaciones, porque no son iguales las condiciones de madurez ni la capacidad de entender y querer” en todas las personas.

El art. 12 CDPD plantea la cuestión de si en España continua la distinción clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, o si las ha unificado en el concepto de capacidad jurídica.

Como sostiene García Pons²³⁶⁴, “podría interpretarse que cuando el art. 12 CDPD habla en sus dos primeros párrafos de la “*personalidad jurídica*” y de la “*capacidad jurídica*”, se está refiriendo a la aptitud de toda persona de ser titular de derechos y obligaciones jurídicas (concepto clásico de capacidad jurídica); mientras que, cuando en los párrafos tercero y cuarto se habla del “*ejercicio de la capacidad jurídica*” se está refiriendo a la capacidad de ejercicio efectivo (concepto clásico de capacidad de obrar)”²³⁶⁵. Pero mantener la diferencia entre ambos tipos de capacidad plantea muchos problemas prácticos. Algunos países usan esta distinción para limitar o suprimir

²³⁶² DE CASTRO Y BRAVO F., *Derecho civil de España*, t. II, cit., pp. 20 y ss.

²³⁶³ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, t. I, 3ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 1980, p. 264.

²³⁶⁴ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. I, 2013, p. 70.

²³⁶⁵ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela. El artículo 223-II del Código Civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 24; GARCÍA PONS, A., *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pp. 45-47.

derechos de las personas con discapacidad, a los que solo se les reconoce la capacidad jurídica pero se les limita o suprime en la práctica el ejercicio de su capacidad con lo que les discrimina y se vulnera la CDPD.

Según García Pons²³⁶⁶, la capacidad jurídica va implícita en la cualidad de ser persona, sin que sea necesario considerarla como un tipo de capacidad distinta de la capacidad de obrar o de ejercicio como se pone de manifiesto con los instrumentos internacionales sobre DDHH y con algunas constituciones nacionales de los Estados. La DUDH²³⁶⁷, así como los Pactos Internacionales sobre esta materia, son aplicables a todos los seres humanos sin excepción y por tanto incluyen a las personas con discapacidad. Pero la realidad es que respecto a este tipo de personas aquellos instrumentos no se aplicaban ni cumplían.

2.- Unificación de capacidad

Al relacionar el concepto de personas con discapacidad del art. 1 CDPD y la definición de discriminación por motivo de discapacidad del art. 2 CDPD, se infiere que las personas con discapacidad (incluida la mental o intelectual) tienen plena capacidad jurídica, incluyendo la capacidad de ejercicio o de obrar, y esta no se puede limitar o anular por motivos de discapacidad.

La CDPD reconoce la personalidad y la capacidad jurídica. Todos los seres humanos somos personas con independencia de la capacidad. Toda persona por el hecho de serlo tiene personalidad jurídica y también ha de tener capacidad jurídica sin ningún tipo de discriminación o distinción. Personalidad y capacidad son inherentes a la condición de persona, con independencia de cualquier circunstancia física, psíquica o sensorial que le afecte.

El art. 12.2 CDPD no diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, solo recoge un concepto uniforme de capacidad jurídica *“en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.”*

García Pons²³⁶⁸ afirma que el análisis del art. 12 CDPD ha propiciado una interpretación de la capacidad distinta de la clásica. El término “capacidad jurídica” se refiere “a la capacidad de actuar en derecho de la persona con discapacidad, pues su

²³⁶⁶ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., pp. 71-72.

²³⁶⁷ Aprobada por la AG de NNUU, el 10 de diciembre de 1948.

²³⁶⁸ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., p. 73.

cualidad de ser titular de derechos y obligaciones jurídicas está contemplada en el propio art. cuando habla de que la personalidad jurídica es inherente a la persona”.

Así, puede “mantenerse que la “*capacidad jurídica*” que menciona el art. 12 CDPD abarcaría no solo la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones jurídicas” que corresponde a toda persona sino también la de ejercitarlos, con lo que dicho término englobaría tanto la capacidad jurídica como la de ejercicio. Con esto, se produce una unificación de la capacidad.

3.- Doctrina

3.1.- A favor

La mayoría de la doctrina actual considera que el art. 12 CDPD integra dentro del concepto de capacidad jurídica a la capacidad de obrar y restringe la incapacitación como mecanismo de anulación de la capacidad²³⁶⁹.

Antes de la CDPD, Sánchez de la Torre²³⁷⁰ mantuvo la desaparición de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, considerando la capacidad jurídica como “el conjunto de todas las facultades operativas de un sujeto jurídico al que se le imputaran las consecuencias de sus actos jurídicamente relevantes”. Afirma que “discapacidad” es una forma de “capacidad”; “no es mera negación global, lo cual sería “incapacidad” sino un modo de estar modulado para cada uno el alcance de la propia capacidad y denota una manera especial de ser capaz”.

Afirman De Asís Roig, Barranco Avilés, Cuenca Gómez y Palacios Rizzo²³⁷¹, que la actual regulación española de la capacidad, en particular por lo que se refiere a la incapacitación, entra en colisión con lo señalado en la CDPD. La discapacidad por sí misma no puede ser un motivo para limitar o restringir la capacidad para ejercer

²³⁶⁹ Afirman que la CDPD engloba ambos conceptos en uno solo que es la capacidad jurídica, SANTOS URBANEJA, F., “Crónica de Previstonia. A propósito de los efectos en el Código civil de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con discapacidad” (Comunicación), en AA.VV., *Jornadas de Fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas*, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2009, pp. 25-26.

²³⁷⁰ SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “Capacidad, personalidad jurídica, derecho subjetivo, responsabilidad”, *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 23; y “Discapacidad, condición humana y dignidad humana”, *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 376.

²³⁷¹ DE ASÍS ROIG, F., BARRANCO AVILÉS, Mª C., CUENCA GÓMEZ, P., y PALACIOS RIZZO, A., “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad en el Derecho Español”, en AA.VV., *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 28.

libremente los derechos fundamentales. La persona con discapacidad puede necesitar apoyos para el ejercicio de sus derechos, pero siempre hay que respetar su voluntad y preferencias; incluso en las situaciones en que no resulte posible conocer la voluntad de la persona y haya que tomar una decisión en su nombre, debe hacerse teniendo como base los principios de la CDPD.

Seoane Rodríguez²³⁷² afirma que “la expresión capacidad jurídica de la CDPD ha de entenderse también en el sentido de la capacidad de obrar”. El objetivo de la CDPD es afirmar que “la persona con discapacidad tiene derechos, es capaz y debe actuar por sí misma en la medida de lo posible”; y que es “necesario revisar los procesos de modificación de la capacidad de obrar y los modelos de representación y guarda de las personas con discapacidad, hacia modelos más flexibles que permitan apoyos puntuales e individualizados, y no necesariamente permanentes, refuercen instituciones ya existentes, como la guarda de hecho, e incorporen nuevas figuras como la asistencia”.

3.2.- En contra o con posturas intermedias

Legerén Molina²³⁷³ señala que la tradicional distinción entre capacidad jurídica y de obrar a la vista de la CDPD podría replantearse, si bien “a la espera de las eventuales modificaciones que disminuyan la inseguridad jurídica que se produciría de eliminar tal distinción en el contexto normativo actual, mantenemos la tradicional diferencia entre ambas.”.

Según Rams Albesa²³⁷⁴, aunque la CDPD no distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, ello obliga a prescindir de tan eficaz distinción, aunque sí debe ser interpretada y aplicada conforme a los nuevos parámetros que se desprenden de la CDPD; debe prevalecer el sistema de apoyo basado en la asistencia o curatela sobre el de sustitución o tutela, “más acorde con la libertad y dignidad de la persona, debiendo acudir a la sustitución solo para los casos extremos de ausencia de autogobierno, y prevaleciendo siempre el interés de la persona con discapacidad”.

²³⁷² SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica”, *Siglo Cero. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual, vol. 42 (1), n.º 237, 2011, pp. 28-29; GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., pp.73-75.

²³⁷³ LEGERÉN MOLINA, A., *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 293.3 del Código Civil*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 28, n.10.

²³⁷⁴ RAMS ALBESA, J., “Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez”, *Revista Crítica de derecho Inmobiliario*, año n.º 87, n.º 723, enero-febrero 2011, pp. 211 y ss.

Pereña Vicente²³⁷⁵ señala los límites entre el principio de autonomía y el de protección y la vocación universal de la CDPD que, al pretender convenirse en un instrumento ratificado por prácticamente todos los países del mundo, debe utilizar formulaciones genéricas que engloben sistemas de protección muy diferentes, “la Convención no pretende imponer a todos los Estados que sustituyan sus propias instituciones por otras, sino que lo que pretende es que cada Estado respete sus postulados y principios pero sin imponer determinadas instituciones”.

Martínez de Aguirre y Aldaz²³⁷⁶ destaca que “en lo relativo a la diferencia entre capacidad jurídica y de obrar, se entiende que el mantenimiento de la distinción es compatible con la CDPD, y reconducible a su art. 12, cuyo n.º 2 se referiría a la capacidad jurídica, mientras que su n.º 3, al hablar del “*ejercicio de su capacidad jurídica*”, estaría aludiendo a la capacidad de obrar.”. Y “homogeneizar el tratamiento jurídico de unas y otras discapacidades puede provocar distorsiones, y sobre todo falta de adecuación de ese tratamiento a las peculiaridades de algún tipo concreto de discapacidad”.

III.- TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El art. 13 CDPD plantea una revisión general de los procedimientos judiciales.

1.- Derecho de acceso a la justicia

El acceso a la justicia recogido en el art. 13 CDPD “supone garantizar a las personas con discapacidad y su entorno la posibilidad a acudir en igualdad de condiciones que los demás”, a hacer valer sus derechos ante la autoridad judicial.

Es necesaria “la adaptación real del órgano judicial para la plena protección de la persona con discapacidad, mediante la creación de nuevos espacios que garanticen la accesibilidad a la justicia (medios de transporte adecuados para llegar a las sedes judiciales, accesibilidad del inmueble, condiciones de espera, colocación física de los

²³⁷⁵ PEREÑA VICENTE, M., “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, en J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 195-205.

²³⁷⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, The global law collection, ed. Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 27, 36.

profesionales sin escalones, estrados o banquillos, en espacios cómodos y accesibles.)”²³⁷⁷.

La persona con discapacidad debe ser “debidamente informada desde el inicio del proceso por parte de todas las autoridades correspondientes, de la naturaleza de su participación en todas las diligencias en que sea requerida, explicando de forma clara y sencilla el posible resultado de la intervención. En función de cada discapacidad habrá de hacerse efectivo este derecho (discapacidad cognitiva: lenguaje sencillo; discapacidad auditiva: intérpretes; discapacidad visual: dispositivos auditivos, etc.)”²³⁷⁸.

“La capacitación del personal de la Administración de Justicia que los poderes públicos deben promover, de acuerdo con el art. 13.2 CDPD, implica que las autoridades judiciales, el MF, y el personal de apoyo a cargo del proceso”, reciban la debida formación, “mediante los programas y cursos especialmente encaminados a la sensibilización de los operadores jurídicos ante la situación de la persona con discapacidad. Esta formación especializada se extenderá a la Escuela Judicial, Centro de Estudios Jurídicos, Universidades, Colegios de Abogados y Procuradores, academias de formación de policías, etc., a fin de que reciban la formación adecuada en orden al trato que deben dispensar a las personas con discapacidad y a que conozcan los mecanismos legales para evitar cualquier causa de victimización secundaria”²³⁷⁹.

2.- Buenas prácticas sobre el acceso a la justicia

El CGPJ ha publicado la “Guía de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela de los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia”²³⁸⁰.

²³⁷⁷ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de Diciembre de 2006.”, según las conclusiones de las *Jornadas de fiscales especialistas en la protección de personas con discapacidad*, celebradas en Alcalá de Henares los días 20 y 21 de septiembre de 2010, y elaboradas por C. Ganzenmüller Roig, F. Santos Urbaneja, G. López Ebri, C. Fábrega Ruiz, N. López-Mora González, F. Alcántara Barbany, D. Mayor Fernández y A. de la Blanca García, p. 41. Consultado en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Manual%20de%20B.P.Fiscales.pdf?i_dFile=df6f1b57-1782-41af-8049-8ecc71c5069c

²³⁷⁸ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., pp. 41-42.

²³⁷⁹ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., pp. 42-43.

²³⁸⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela de los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia”. Directores: P. Aguirre Zamorano y M. Torres Vela; Coordinación, R. Pérez-Puig González, 2011. Consultado en:

Conforme a la misma, el desarrollo normativo en materia de discapacidad ha sido “prodigioso” desde la aprobación de nuestra CE. La CDPD y las Reglas de Brasilia han supuesto un revulsivo en esta materia. Es “necesario dar un nuevo enfoque al planteamiento y tratamiento de los derechos sociales y jurídicos de las personas con discapacidad” que “refleje el cambio del modelo rehabilitador hacia el modelo social que incorporan ambos instrumentos”. Es necesario pues trasladar los principios de la CDPD “a todo el ordenamiento jurídico, para evitar las situaciones de discriminación que todavía persisten”.

La CDPD “es ya derecho español, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico” y por ello “resulta necesario que se aborde una profunda modificación de nuestro derecho interno en todos los ámbitos”²³⁸¹.

“En concreto, en el ámbito de la justicia, la CDPD plantea una revisión general de los procedimientos estatales por los que se garantiza el derecho a una tutela judicial efectiva (en el sentido general: proceso civil, penal, administrativo, arbitral etc.)”. Hay que garantizar el acceso real de las personas con discapacidad, “para lo cual se requieren medidas especiales como accesibilidad e instalaciones, comunicación e información y ajustes razonables a las necesidades especiales de las personas con discapacidad”.

Entre los muchos aspectos a revisar y “desde el punto de vista procesal, es necesario abordar el derecho de defensa de la persona con discapacidad, así como el proceso de incapacitación judicial”²³⁸².

IV.- MINISTERIO FISCAL

1.- La adaptación del MF a la CDPD

La aplicación de los principios y derechos reconocidos en la CDPD “constituye un importante reto para todas las instituciones y particularmente para el MF, toda vez que,

<<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Documentos-de-interes/Guias-y-Protocolos/Guia-de-buenas-practicas-sobre-el-acceso-y-tutela-de-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-en-sus-relaciones-con-la-administracion-de-justicia-a-la-luz-de-la-convencion-de-la-ONU-y-de-las-Reglas-de-Brasilia>>

La Guía incorpora las “Reglas de Brasilia” sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, elaboradas en la *XIV Cumbre Judicial Iberoamericana*, celebrada en Brasilia los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

²³⁸¹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela...”, cit., p. 9.

²³⁸² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela...”, cit., pp. 9-10.

en desarrollo de sus funciones constitucionales”, el art. 3.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF)²³⁸³, le atribuye la de “*Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.*”²³⁸⁴.

Ya la Instrucción 4/2008, de 30 de julio de 2008, sobre el control y vigilancia por el MF de las tutelas de personas discapaces²³⁸⁵, “expresaba la oportunidad de abordar diversas reformas legislativas para la adecuación del ordenamiento jurídico al propósito de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de los DDHH y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad establecido en el art. 1 CDPD”. Con posterioridad, trató el tema en la Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas²³⁸⁶.

El MF se dotó en el 2010 de un “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del MF en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de Diciembre de 2006”²³⁸⁷.

El Manual indica que la CDPD exige que “*las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás*” (art. 13 CDPD), lo que se configura “como el conjunto de medidas, servicios y apoyos que les permiten sin discriminación alguna, la utilización de los servicios judiciales”, a fin de “conseguir el eficaz ejercicio de sus derechos en igualdad con los demás, mediante los apoyos

²³⁸³ BOE-A-1982-837

²³⁸⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción n.º 3/2010..., cit., p. 9.

²³⁸⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción 4/2008, 30 de julio de 2008, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces. Consultada en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INSTRUCCI%C3%93N%204_08.pdf?idFile=7f45d5ed-2b76-4636-865c-007cd9ca71e8

²³⁸⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción n.º 3/2010..., cit., pp. 1-2.

²³⁸⁷ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de Diciembre de 2006.”, según las conclusiones de las *Jornadas de fiscales especialistas en la protección de personas con discapacidad*, celebradas en Alcalá de Henares los días 20 y 21 de septiembre de 2010, y elaboradas por C. Ganzenmüller Roig, F. Santos Urbaneja, G. López Ebri, C. Fábrega Ruiz, N. López-Mora González, F. Alcántara Barbany, D. Mayor Fernández y A. de la Blanca García. Consultado en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Manual%20de%20B.P.Fiscales.pdf?idFile=df6f1b57-1782-41af-8049-8ecc71c5069c

personales o técnicos necesarios, para adecuar su grado de autonomía personal en este ámbito.

Los operadores jurídicos deben ser conscientes de la importancia que tiene el conocimiento de las diversas necesidades de las personas con discapacidad, a fin de asegurarles el empleo de los recursos que garanticen el disfrute de iguales oportunidades, acceso y participación, en idénticas condiciones que todo ciudadano.

Para ello deberán respetar la diversidad de los seres humanos, “según su edad, etnia, género, condición socioeconómica, orientación sexual y discapacidad”, bajo el principio de que “todos somos igualmente diferentes”²³⁸⁸.

Los fiscales deberán evitar que sus intervenciones “se realicen utilizando fórmulas de carácter genérico o de contenido estereotipado, en las que se prescinda del análisis concreto de la situación de la persona cuya capacidad se cuestiona”²³⁸⁹.

Por ello, los fiscales se deberán interesar en que las resoluciones judiciales concreten no solo el alcance de la modificación que proceda, sino también la medida de protección o apoyo que deba adoptarse.

“En cada caso concreto, se han de tener en cuenta la capacidad de decisión y de ejercicio acerca de una serie de habilidades vitales que afectan a diversos ámbitos”.

En su virtud, en todos los procesos de determinación de la capacidad de una persona, los fiscales “interesarán la pericial consistente en el examen por el médico forense de la persona cuya capacidad se cuestiona y el informe de los Servicios Sociales que se estimen adecuados, ya que en estos procedimientos, a la luz de la CDPD”, “lo que se pretende no es limitar *in genere* la capacidad jurídica de la persona afectada, sino determinar su alcance y extensión con base a las habilidades conservadas, lo que implica, su ineludible concreción en relación con los distintos ámbitos de su vida”²³⁹⁰.

2.- Manual de buenas prácticas

Conforme al “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del MF en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13

²³⁸⁸ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., p. 2.

Paradójicamente sigue habiendo fiscales que en su quehacer diario no parecen tener claro su régimen interno ni la aplicación de la CDPD.

²³⁸⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción n.º 3/2010..., cit., p. 10.

²³⁹⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción n.º 3/2010..., cit., pp. 11-12.

de Diciembre de 2006”, la actividad del MF en este ámbito tiene una serie de fases o de intervenciones progresivas que es preciso diferenciar²³⁹¹.

2.1.- Fase preprocesal

2.1.1.- Acceso del ciudadano a la Fiscalía

“El acceso a la fiscalía lo tiene cualquier ciudadano, persona física o jurídica, que conociera la existencia de una persona con discapacidad en situación de desprotección, o que carezca de los apoyos necesarios que aseguren su inclusión social. Las autoridades o funcionarios públicos que por razón de su profesión tengan conocimiento de la desprotección de una persona con discapacidad tienen la obligación de ponerlo en conocimiento del MF”.

“Tanto el juez como el MF actuarán de oficio en interés del menor o de la persona con discapacidad, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos”,²³⁹².

2.1.2.- Diligencias preprocesales

2.1.2.1.- Fundamento

El art. 5.2 *in fine* EOMF²³⁹³ establece: “*También podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye*”; lo que incluye la labor de protección de las personas con discapacidad²³⁹⁴.

La determinación de las funciones que la legislación atribuye al MF para utilizar las Diligencias preprocesales se recogen:

– Desde el punto de vista sustantivo, el CC al regular en el Libro I, Título X, las instituciones de la tutela, la curatela y la guarda de las personas con discapacidad.

– Desde el marco procesal, en la LEC, en el Libro IV que contiene la regulación de los procesos especiales, y en particular, el Título I “*De los procesos sobre*

²³⁹¹ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., p. 2.

²³⁹² MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., pp. 2-4.

²³⁹³ Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del EOMF.

²³⁹⁴ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., p. 5.

capacidad, filiación, matrimonio y menores”, y sus dos primeros capítulos: “*De las disposiciones generales*” y “*De los procesos sobre la capacidad de las personas*”²³⁹⁵.

2.1.2.2.- Objeto

Sin ánimo exhaustivo, se procederá a la incoación de las diligencias preprocesales cuando en el ámbito de la protección de las personas con discapacidad se requiera la determinación y valoración de los hechos que sirvan de base para:

- 1.- La presentación de la demanda de incapacidad (art. 757.2 LEC).
- 2.- La solicitud del internamiento (art. 763 LEC).
- 3.- La solicitud de las medidas cautelares (art. 762.2 LEC).
- 4.- Cualesquiera medidas de protección personal y/o patrimonial de las personas internadas (art. 4º.2 EOMF)
- 5.- El control del guardador de hecho (art. 303 CC).
- 6.- La recapacitación (art. 761.1, 2 LEC).
- 7.- La determinación y valoración de la persona o institución que en la demanda de determinación de la capacidad va a ser propuesta como tutor, curador o apoyo (arts. 759 y 760 LEC).
- 8.- Presentar la solicitud de remoción del tutor, curador o apoyo (art. 248 CC).
- 9.- Y en general, cualquier otro de naturaleza similar a las anteriores²³⁹⁶.

2.1.2.3.- Contenido

“En cada caso el fiscal examinará las circunstancias concurrentes y valorará cada situación, atendiendo fundamentalmente al interés de la persona con discapacidad, de modo que si esta cuenta con los apoyos necesarios para asegurar su protección y participación social, archivará las diligencias”.

“En estas diligencias se determinará la situación personal, patrimonial y social de la persona, siendo necesario especificar la causa (deficiencia física, psíquica, intelectual o sensorial, grave y de carácter persistente) y el motivo, (situación de desprotección que le impida gobernarse por sí mismo).

²³⁹⁵ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., p. 6.

²³⁹⁶ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., pp. 6-7.

La determinación de las relaciones de la persona con discapacidad con las de su entorno cotidiano, ya sean familiares o no, son importantes para que el fiscal pueda concretar en la demanda la propuesta de la persona de apoyo”²³⁹⁷.

2.1.2.4.- Tramitación

“En la tramitación de las diligencias preprocesales encaminadas a la averiguación de la necesidad o no de protección de las personas con discapacidad”, el MF podrá contar “además de con los médicos forenses, con la colaboración de los médicos de la Seg. Soc. que presten sus servicios tanto en salud mental como en atención primaria, recabando de los mismos los informes médicos que fueran precisos”²³⁹⁸.

Igualmente podrá solicitar la colaboración de especialistas en psicología, trabajo social, comunicación, educación especial y discapacidad de su ámbito territorial autonómico o local, sin perjuicio de acudir si fuere preciso, a otras instituciones.

En definitiva, el fiscal cuenta con los medios de investigación oportunos para averiguar la situación real tanto en el área personal, en especial su salud; como en la económica de la persona con discapacidad. Esta información servirá a la fiscalía para concretar los apoyos a articular judicialmente”²³⁹⁹.

2.1.3.- Informe médico previo

“En todas las diligencias preprocesales relativas a los procedimientos de determinación de la capacidad”²⁴⁰⁰ “se requerirá informe médico, previo a la presentación de la demanda, cuyo contenido mínimo, deberá referirse:

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

b) Efectos de la referida enfermedad o deficiencia, para el adecuado gobierno de su esfera personal y patrimonial”, referidos a las siguientes áreas:

“1.- Habilidades de la vida independiente:

Autocuidado: aseo personal, vestirse, comer, desplazamiento etc.

²³⁹⁷ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., p. 7.

²³⁹⁸ “Comunicaciones u órdenes de valoración dirigidos a los Centros de Salud Mental, Hospitales, y demás servicios públicos que puedan conocer de su situación”.

²³⁹⁹ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., pp. 9-10.

²⁴⁰⁰ “Salvo que por los antecedentes, o por la información médica recibida, se conociere cumplidamente su situación sanitaria y alcance de sus habilidades.”.

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

2.- Habilidades Económico-jurídico-Administrativas:

Conocimiento de su situación económica.

Capacidad para tomar decisiones de contenido económico: seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos etc.

Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros.

Capacidad para realizar disposiciones testamentarias.

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

3.- Habilidades sobre la salud:

Manejo de medicamentos.

Seguimiento de pautas alimenticias.

Autocuidado: cuidado de heridas, úlceras etc.

Consentimiento del tratamiento.

4.- Habilidades para el transporte y manejo de armas:

Capacidad para la conducción de vehículos.

Capacidad para el uso de armas.

5.- Habilidades en relación con este procedimiento:

Conoce el objeto del procedimiento.

Conoce sus consecuencias.

6.- Capacidad Contractual:

Conoce el alcance de: préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial”²⁴⁰¹.

2.2.- Fase procesal

2.2.1.- Presentación de la demanda

“Son muchos los supuestos, en los que se requiere por los padres, familiares o allegados de la persona con discapacidad, que por parte del MF se presente la demanda de incapacidad”, “sin estar plenamente convencidos de que es necesario, y sin que quede acreditada la conveniencia de su iniciación y la eficacia de la resolución que se

²⁴⁰¹ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., pp. 10-11.

vaya a dictar en su día. Frecuentemente se inician solo para resolver temas puntuales, tales como:

- 1.- Personas que no pueden vivir solas.
- 2.- Personas que no tienen o no conservan los hábitos necesarios de higiene y alimentación.
- 3.- Personas que no quieren irse a vivir a una residencia.
4. Personas que no tienen disponibilidad económica, para contratar personas, servicios o ayudas que completen sus limitaciones para vivir de forma independiente”.
- 5.- Personas que, en un futuro no sean conscientes “de su verdadero estado de salud, y su situación les impida dar un consentimiento informado a una intervención quirúrgica o a un tratamiento médico”.
- 6.- Personas, que con la evolución de su enfermedad pueden “no saber o comprender operaciones o actuaciones complejas: contratos, operaciones crediticias, administración del patrimonio, etc.”.

A la luz de la CDPD, “iniciar un procedimiento de determinación de la capacidad para conseguir alguna de las finalidades anteriores u otras de igual naturaleza”, no es proteger el interés de la persona con discapacidad.

“Lo que no significa, que no haya que resolver las necesidades arriba descritas y con celeridad y eficacia, pero a través de procedimientos e instituciones diferentes contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.

Una gran mayoría de las demandas dirigidas a la constitución de los apoyos de las personas con discapacidad se inician por la Fiscalía. Por lo tanto, hasta que en nuestro derecho interno se realice la esperada adecuación a la CDPD, es necesario introducir *de facto*, en estos procedimientos, la exigencia de que se especifique con claridad en la demanda cual es el motivo (necesidad, objetivo, problema) que ha llevado a interponerla.

Ello permitiría analizar la capacidad actual de la persona en relación con un solo acto o negocio jurídico, el que importa”²⁴⁰².

“Cada demanda tendrá un diseño específico de apoyos, adecuado a la persona con discapacidad a la que se refiere. La propuesta dirigida al juzgado debe de tener en cuenta el tipo de discapacidad de cada persona, y prever la posibilidad de establecer

²⁴⁰² MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., pp. 11-12.

mecanismos de revisión tras la finalización del procedimiento judicial, ya que la discapacidad es cambiante y dinámica”.

“Se procurará durante la tramitación del procedimiento que el juzgado reciba toda la información necesaria”. “La finalidad probatoria debe de encaminarse no solo al diseño de los apoyos que cada persona necesita, sino también al nombramiento de quien ha de apoyarle, dicho apoyo será el que complementa la capacidad para lograr la plena y efectiva participación en la sociedad y goce de sus derechos y libertades”²⁴⁰³.

La misión de la persona o institución de apoyo debe quedar concretada en la sentencia, y “habrá de ejercitar su cargo teniendo en cuenta el interés superior de la persona con discapacidad, y siempre bajo la supervisión del juzgado y del MF.

Su designación, dependerá de cada caso concreto²⁴⁰⁴, y en el supuesto en el no existan familiares o personas idóneas cercanas, el fiscal habrá de proponer y el juez nombrar a la institución que más se adecue al perfil de la discapacidad probada”²⁴⁰⁵.

“La distinta tipología de apoyo, la contempla la CDPD bajo una perspectiva abierta, por lo que en nuestra legislación actual tiene un difícil encaje, pero en el derecho comparado se reconocen expresamente a modo de ej. las redes de apoyo, el administrador patrimonial, los servicios comunitarios, el apoyo mutuo, el asistente personal, y la planificación anticipada mediante la autotutela”.

²⁴⁰³ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., p. 13.

²⁴⁰⁴ El Manual del MF destaca la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (SJPI), de Las Palmas de Gran Canaria, de 27 de abril de 2010, juicio verbal de incapacidad n.º 678/09, que dice: “Conforme dispone el art. 760 debe determinarse el régimen de protección a que debe quedar sometido la demandada así como la persona que, con arreglo a la ley, ha de asistirle en aquellos ámbitos en que presenta el déficit.

En atención a las circunstancias fácticas antes reseñadas, resulta procedente constituir en este supuesto un régimen de curatela, bastando la protección de apoyo en el ámbito en que realmente incide la deficiencia (STS 31-12-1991 y 30-06-2004).

Por lo que al curador se refiere, no supe la voluntad de la afectada, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino de asistencia y protección en cuanto presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial.

En cuanto a la persona que ha de asumir dicho cargo, de las pruebas practicadas y las propuestas que hacen las partes incluido el Ministerio Fiscal para dicho cargo, procede acordar como medida de apoyo el nombrar como curador de doña [...], a don [...], quien asistirá a su hermana para aquellas actividades ya mencionadas, y en la que se aprecia su mayor déficit.

[...]

Esta función se ejercerá con sujeción a lo establecido en los artículos 259 y s. del Cc. y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España en noviembre de 2007, y entrada en vigor en Mayo de 2008. En concreto y en aplicación del Art. 12 de la misma, se recuerda al curador que entre sus obligaciones, está el intentar en la medida de lo posible que la demandada, vaya recuperando la misma, solicitando en su caso vía judicial su rehabilitación, total o parcial.”.

²⁴⁰⁵ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., pp. 13-14.

“Mención especial hay que hacer respecto de la tutela institucional o automática”, que la fiscalía entiende compatible con la CDPD, “así como la prestada por una persona de confianza o una red de varias personas”, siendo aconsejable la individualización de las funciones prestadas, prevaleciendo el “interés de la persona con discapacidad, frente a cualquier otro”²⁴⁰⁶.

2.2.2.- Contenido mínimo de la sentencia

“Se deberá dar una efectiva aplicación al contenido del art. 760 LEC, y teniendo en cuenta la voluntad y preferencias de la persona a la que se refiere, se precisará con total individualización:

- a) El régimen de apoyos y salvaguardias.
- b) Persona o personas, o institución en quien recaiga el nombramiento.
- c) Los mecanismos de control para su desarrollo.
- d) La duración temporal de los apoyos y su revisión, cuando así proceda.
- e) El plan de actuación del apoyo designado, cuando este sea “el más intenso”, y se confiera al apoyo de hecho, la representación del tutelado.
- f) Preservación del derecho al voto²⁴⁰⁷. Deberá interpretarse la Ley General Electoral de acuerdo con el espíritu de la CDPD”.
- g) “Privación de los permisos de armas o de conducir cuando constituyan un riesgo para la propia persona, familiares o terceros”²⁴⁰⁸.

2.3.- Fase de vigilancia y control del apoyo determinado

2.3.1.- En relación a la persona

²⁴⁰⁶ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., p. 15.

²⁴⁰⁷ La SJPI, de Las Palmas de Gran Canaria, de 27 de abril de 2010, juicio verbal de incapacidad n.º 678/09, señala que *“En cuanto al derecho de sufragio, cuya privación se interesó en la demanda, no resulta procedente. La interpretación de Ley General Electoral de acuerdo con el espíritu de la Convención, exige respetar, en la mayor medida posible, la autonomía y los derechos fundamentales de la persona con capacidad modificada, de modo que no podrá privársele del derecho de sufragio activo con carácter general, salvo casos excepcionales, en cuanto que ello supondría un retroceso en la necesaria integración social que se propugna respecto. [...] [el] derecho al voto [...] solo requiere una manifestación de voluntad, para la que resulta necesaria no tanto un determinado nivel de raciocinio o de conocimiento, sino la expresión de una opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales, en función de la formación cultural de cada persona.”*

²⁴⁰⁸ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., pp. 15-16.

Insiste la CDPD (art. 12.4) en la importancia de “la vigilancia y control efectivo del apoyo establecido, bajo el principio de temporalidad y conocimiento puntual de la persona, de su patrimonio, inclusión social y vida independiente.

La Instrucción n.º 4/2008, impone a los fiscales la obligación de solicitar anualmente de los juzgados correspondientes, que se requiera a todos los tutores para que informen de forma amplia y razonada sobre la situación de la persona con discapacidad a su cuidado, así como sobre su patrimonio”.

“El tutor está obligado a velar por el tutelado y tiene la obligación de informar al juez cada año de su situación personal (art. 269.4 CC)”, lo que no obsta “a que el fiscal o el juez puedan en cualquier momento, conforme al art. 232 párr. 2º CC o en el art. 233 CC, respectivamente, exigir del tutor que informe sobre la situación personal o patrimonial y del estado de la administración.

Esta obligación genérica debería concretarse judicialmente cuando el apoyo acordado sea el más intenso, es decir, cuando el complemento que debe prestarse” a la persona con discapacidad incluya actividades representativas y sustitutivas.

“En este caso, deberá estudiarse la implantación de un “Plan de protección individualizado”, que comprenda, además de los deberes legales generales, los específicos y particulares adaptados a las necesidades del caso, con pleno respeto a los derechos, a la voluntad y preferencias de la persona apoyada, preservando su interés superior”.

“La persona apoyada, cuando fuere posible, será oída en el juzgado sobre cualquier cuestión relativa al plan de seguimiento, su cumplimiento o posible revisión o modificación”²⁴⁰⁹.

2.3.2.- En relación al patrimonio

También debe establecerse “la vigilancia sobre el patrimonio del tutelado durante el ejercicio de la tutela”, prevé el CC “las cautelas de protección patrimonial, que el tutor debe desarrollar para determinar cuál es la situación patrimonial inicial de la persona sometida a tutela (formación del inventario)”, para “asegurar aquellos bienes de extraordinario valor que no deben quedar en poder del tutor (el depósito), y finalmente, garantizar la conservación del patrimonio” por medio de la rendición anual de cuentas,

²⁴⁰⁹ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., pp. 17-18.

sin perjuicio de que el fiscal o el juez puedan en cualquier momento exigir del tutor que informe del estado de la administración. En virtud de las expresadas funciones de vigilancia atribuidas al MF, es preciso establecer las pautas necesarias para controlar las operaciones realizadas”, y tratar de conseguir “la conservación del patrimonio del tutelado”, y en la medida de lo posible, una prudente rentabilidad²⁴¹⁰.

“A estos efectos se tendrá en cuenta la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el RC, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la LPPD, donde se atribuye legitimación al MF y a los tutores o guardadores de hecho para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho”²⁴¹¹. Así, la Disp. adic. única de la Ley 1/2009, establece:

“1. El Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificativa de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

2. Estarán obligados a facilitar la información a que se refiere el apartado anterior, con sujeción a sus respectivas normas de procedimiento, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, las Haciendas Forales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, los centros u organismos públicos de gestión tributaria de las Comunidades Autónomas, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, los Notarios y cualquier otro organismo público que por razón de sus funciones y competencias pueda tener información de la relevancia patrimonial o contable a que se refiere esta norma.

3. La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones.”.

²⁴¹⁰ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., p. 19.

²⁴¹¹ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., pp. 21-22.

2.3.3.- Patrimonios protegidos

La LPPD regula los patrimonios protegidos. La Exposición de motivos señala, que *“uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos”*.

Conforme al art. 5 LPPD, la administración del patrimonio protegido puede estar encomendada a persona distinta del tutor, estableciendo el art. 7.1 párr. 1º LPPD que *“La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza.”*.

En el art. 3.3 c) párr. 2º LPPD se establece que *“Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución.”*²⁴¹².

2.4.- Internamiento no voluntario

El ingreso no voluntario por razón de trastorno psíquico no es una sanción, sino *“el instrumento jurídico que pretende resolver el conflicto de intereses entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la integridad física y moral de las personas”*. La falta de equilibrio y ponderación en la actuación de los poderes públicos y de los particulares puede provocar una lesión de los derechos cuya protección se persigue, tanto por exceso (limitación injustificada de la libertad), como por defecto (desprotección de la integridad física y moral).

*“La aplicación, control y duración de los internamientos no voluntarios, deberá efectuarse con sometimiento estricto a la CDPD”*²⁴¹³.

²⁴¹² MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., pp. 22-23.

²⁴¹³ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., pp. 23-24.

2.5.- Realidad social

“El progreso de la medicina y la calidad de vida alargan notablemente la esperanza de vida de los ciudadanos, provocando el aumento de las personas mayores, y del colectivo de personas con problemas de dependencia, que demanda cuidados permanentes y costosos, difíciles de atender por las familias”, lo que supone un mayor número de “ingresos de las personas mayores en residencias, ante el acceso al trabajo de la mujer, tradicionalmente cuidadora de aquellos, así como por las nuevas tendencias sociales de nuclearización familiar, y movilidad geográfica”²⁴¹⁴.

“En España, los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población de las personas en situación de vulnerabilidad. Según la “Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD)” correspondiente al año 2008”²⁴¹⁵, se extraen las conclusiones siguientes:

- “El número de personas residentes en España con discapacidad alcanza los 3.847.900 millones, lo que supone el 8,5% de la población.
- Un total de 608.000 personas con discapacidad viven solas en su hogar.
- 1.390.000 millones de personas no pueden realizar alguna de las actividades básicas de la vida diaria sin ayuda.
- 269.000 personas que residen en centros de personas mayores, centros de personas con discapacidad, hospitales psiquiátricos y geriátricos tienen alguna discapacidad”.

“En nuestro ordenamiento jurídico, el MF es el órgano constitucional encargado de la protección y garantía de los derechos de las personas especialmente vulnerables, entre las que se encuentran las personas mayores”²⁴¹⁶.

2.6.- Conclusión del MF

La CDPD es un instrumento básico en la guía de la intervención del MF “en los procesos de capacidad y resulta de extraordinaria ayuda en la comprensión de los problemas que se suscitan en el día a día de las personas con discapacidad, su entorno familiar y asociaciones que los apoyan en el logro de una vida participativa, independiente e igualitaria”. “Sus mentores son profundos conocedores de la situación

²⁴¹⁴ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., pp. 34-35.

²⁴¹⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “Encuesta sobre discapacidades, autonomía personal y situaciones de dependencia”, Encuesta 2008, última disponible.

²⁴¹⁶ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., p. 35.

en que se encuentran las personas con discapacidad, sus problemas cotidianos, sus necesidades más apremiantes, etc. pero también su sensibilidad, sus valores, sus aspiraciones, desde una perspectiva de extraordinaria practicidad. La CDPD, que se origina en la creencia de que la sociedad internacional tiene “una deuda pendiente” con las personas con discapacidad, cuyos derechos no están suficientemente garantizados, no solo va dirigida a los Estados partes o a los directamente interesados, sino a toda la sociedad, que debe tomar conciencia y fomentar el respeto y dignidad de la persona con discapacidad. Y muy especialmente se dirige, a los que desde la administración de justicia tenemos la misión de proteger sus derechos y garantizar los apoyos necesarios, para que se incluyan y participen realmente en nuestra sociedad plural, igualitaria y democrática. En este empeño, estaremos siempre comprometidos”²⁴¹⁷.

Esta interpretación trata de ajustar el sistema español de incapacidad con la CDPD.

Pero para adaptar la legislación española al art. 12 CDPD hay que hacer un cambio radical en la regulación de la capacidad jurídica y modificar muchas normas de diferentes ámbitos. Hasta entonces, los operadores jurídicos “deben mantener una actitud activa y comprometida con el cambio de enfoque que supone la CDPD posibilitando en la práctica” su aplicación en la mayor medida posible²⁴¹⁸.

V.- APLICACIÓN DIRECTA EN DERECHO ESPAÑOL

1.- Incorporación al ordenamiento interno

La aplicación de los tratados internacionales en derecho español se rige por lo dispuesto en los arts. 96.1 CE y 1.5 CC.

Según el art. 96.1 CE: *“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma*

²⁴¹⁷ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., pp. 49-50.

²⁴¹⁸ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad, propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Informe n.º 23 elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ConsoliderIngenio 2010, en el marco del Proyecto *Estudio, implementación y seguimiento sobre Capacidad Jurídica de la CDPD en los ordenamientos jurídicos locales* coordinado por la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, abril 2012, pp. 45-46.

prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.”.

Por su parte, el art. 1.5 CC establece: *“Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado».”.*

Luego una vez ratificados y publicados los tratados o convenciones internacionales serán de aplicación directa. En consecuencia, la CDPD es una norma jurídica directamente aplicable en España.

Además, el art. 10.2 CE establece: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”*²⁴¹⁹.

Por tanto, los tratados internacionales tienen en su incorporación al derecho español un doble efecto: el directamente aplicativo, por el art. 96.1 CE; y el interpretativo, por el art. 10.2 CE.

“Para precisar el alcance del art. 10.2 CE, hay que tener en cuenta la jurisprudencia del TC, que afirma tanto la aplicabilidad directa como la interpretación de los tratados conforme a lo que definen los órganos de garantía de los mismos”²⁴²⁰.

La STC, de 23 de noviembre de 1981²⁴²¹, afirma “que las normas, han de ser interpretadas, en virtud del art. 10.2 CE, a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales que España haya celebrado sobre la materia”²⁴²². Lo reitera la STC, de 24 de abril de 2006²⁴²³: *“de conformidad con la Constitución, el Pacto no solo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades*

²⁴¹⁹ Con lo que la CDPD es referente en la interpretación de los derechos fundamentales.

También la Carta de los Derechos Fundamentales, publicada el 14 de diciembre de 2007 y que la Ley Orgánica 1/2008 de 30 de julio que ratifica el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 incorpora al derecho interno español, siendo de aplicación directa. Dicha Carta establece en su art. 20: *“todas las personas son iguales ante la ley”*, en el art. 21.1: *“se prohíbe toda discriminación [...] por discapacidad”*, y el art. 26: *“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”*.

²⁴²⁰ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2016”, L. Cayo Pérez Bueno/A. Peláez Narváez (dir.), *Colección Convención ONU n.º 19*, ed. Cinca, Madrid, 2017, p. 16.

²⁴²¹ STC, n.º 38/1981, de 23 de noviembre de 1981.

²⁴²² COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2016”, cit., p. 17.

²⁴²³ STC, n.º 116/2006, de 24 de abril de 2006, FJ 5º.

públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2). Este Tribunal, desde sus primeras Sentencias, ha reconocido la importante función hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7, citando entre otras las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4; y 78/1982, de 20 de diciembre, FJ 4), habiendo declarado expresamente que el contenido de los derechos humanos reconocidos en el Pacto constituye parte también del de los derechos fundamentales, «formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español» (ATC 260/2000, de 13 de noviembre, FJ 2)».

También hay que considerar el principio de jerarquía normativa del art. 9.3 CE²⁴²⁴ por el que una norma no puede contradecir otra de rango superior.

Indica García Pons²⁴²⁵ que “los tratados o convenciones internacionales, ratificados y publicados oficialmente por el Estado español, “ocupan un valor jerárquico superior a la ley, no solo a la ley ordinaria sino también a las leyes orgánicas”; “forman parte del ordenamiento interno y las normas jurídicas en ellos contenidas son de aplicación directa por jueces, tribunales, fiscales y demás operadores jurídicos; además, servirán como módulo de interpretación de las leyes internas en materia de derechos fundamentales y libertades que la CE reconoce (art. 10.2 CE)”. Además, “el indiscutible carácter de pacto internacional entre Estados soberanos que reviste un tratado obliga a su cumplimiento”.

El CGPJ dice que “la CDPD es ya derecho español, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico” y “por ello resulta necesario que se aborde una profunda modificación de nuestro derecho interno en todos los ámbitos”²⁴²⁶.

El Preámbulo de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD dice: “España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril

²⁴²⁴ Art. 9.3 CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”.

²⁴²⁵ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., pp. 63-64, 99.

²⁴²⁶ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela...”, cit., p. 9.

de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. A partir de este momento, y conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución Española de 1978, forma parte del ordenamiento interno, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge.”.

“Además de la normativa constitucional, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, refuerza dicha obligatoriedad. Dicha ley establece:

a) La eficacia de los tratados internacionales válidamente celebrados a partir de la fecha que determine el tratado, o en su defecto, de la fecha de su entrada en vigor (art. 28.2).

b) Son de aplicación directa, y tanto el Estado como las CCAA, deben adoptar las medidas para su ejecución (art. 30).

c) En caso de conflicto, prevalecen los tratados frente a cualquier norma del ordenamiento interno, salvo las de rango constitucional (art. 31).

d) Las disposiciones dictadas en ejecución de tratados internacionales se interpretarán de conformidad con el tratado que desarrollan (art. 35.4)”²⁴²⁷.

Por todo ello, como Sostiene García Pons²⁴²⁸ “incluso sin haberse llevado a cabo en España la adaptación de la legislación civil a la CDPD, la doctrina insiste en las posibilidades que presenta su aplicación directa, aun sin dicha adaptación legislativa. Y los tribunales de justicia han empezado a aplicar la CDPD directamente como derecho interno vinculante, en sus resoluciones”²⁴²⁹.

Luego “estamos ante un tratado internacional que es directamente invocable y aplicable” y que debe hacer frente a una realidad “de vulneración de derechos, que exige una evolución en la forma de entender y aplicar el principio de igualdad, no discriminación y autonomía desde la dimensión de los DDHH que proclama la CDPD”²⁴³⁰.

²⁴²⁷ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2016”, cit., p. 16.

²⁴²⁸ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., p. 99.

²⁴²⁹ “Lo mismo que algunos tribunales de ámbito internacional, como el TEDH, que aplicó directamente la CDPD en su sentencia de 30 de abril de 2009 (TEDH, Sección 1), Caso Glor contra Suiza, concediendo el amparo a un ciudadano suizo que había sufrido discriminación por causa de discapacidad en relación con su no aptitud para el servicio militar y la prestación social sustitutoria del mismo.”.

²⁴³⁰ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2016”, cit., p. 17.

2.- Doctrina

2.1.- Aplicación directa

Es la postura de los integrantes del Consejo de Expertos de Justicia y DDHH²⁴³¹, cuyas conclusiones publicadas en 2010, abogan “1.º) por aseverar que la Convención, una vez que ha sido ratificada por España es de obligado cumplimiento. 2.º) por entender la capacidad jurídica como un *prius* esencial de la persona, en la que se incluye la capacidad de ejercicio y de la que no puede ser privada la persona como perteneciente al ámbito de los DDHH. 3.º) por estimar suprimido el proceso judicial de incapacitación quedando este sustituido por un procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones en el que nunca tendrá cabida la representación legal y permanente de la persona con discapacidad. 4.º) por considerar objeto de revisión las tutelas y curatelas constituidas hasta la fecha para adaptarlas a la Convención y configurarlas como medidas de apoyo, con la intensidad y permanencia que requiera cada situación”. Además, señala Leña Fernández²⁴³² que “en los momentos actuales, la doctrina, en general va evolucionando, aunque con muchas matizaciones, hacia la asunción de los criterios que recoge la Convención”.

Corral Beneito²⁴³³ sostiene que “el CC está ya derogado por la CDPD”. Los operadores jurídicos deben “aplicar los contenidos de este tratado, que ya es derecho positivo. La CDPD hace desaparecer el proceso de incapacitación y señala que todos somos iguales en tomar las propias decisiones que tengan eficacia jurídica”. Es partidario de la aplicación directa y ya de su texto.

Solís Villa²⁴³⁴ opina que “la CDPD no es una meta sino un punto de partida, no hay que dejarse llevar por el optimismo; es un camino dificultoso que exige un trabajo ímprobo para actualizar toda la normativa a la luz de los principios de la ONU. No es

²⁴³¹ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, “Informe de Conclusiones. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Acceso a la Justicia en España”, Fundación Aequitas, Ministerio de Justicia, Madrid, 1 de junio de 2010. Consultado en: < http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=ae369f13-a86e-4f65-8a6a-8dada52c2b40&groupId=10228>

²⁴³² LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo con un apunte previo sobre la capacidad*, Fundación Aequitas.

²⁴³³ CARRASCOSA, J. M., “La legislación española a la vista de la Convención de la ONU”, *Revista Escritura Pública*, n.º 75, mayo-junio 2012, p. 68; se da noticia de las Jornadas que se celebraron sobre este tema en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia en el mes de abril de 2012, y la opinión del notario R. Corral Beneito.

²⁴³⁴ CARRASCOSA, J. M., “La legislación española a la vista de la Convención de la ONU”, cit., p. 69; recoge la opinión de I. Solís Villa.

necesario esperar al cambio legislativo, los operadores jurídicos ya pueden realizar trajes a medida para cada situación”.

Varela Autrán²⁴³⁵ afirma que la CDPD “está ahí con todo el vigor que le otorgan los arts. 96 CE y 1.5 CC y no debiera obviarse ya en el enjuiciamiento de las actuales situaciones de discapacidad”.

De la misma opinión Estarás Ferragut²⁴³⁶, considera que “la CDPD es de aplicación inmediata, recoge derechos directamente invocables por los ciudadanos ante los tribunales de justicia, esto es, no necesitan desarrollo legislativo interno del país signatario”.

2.2.- Contrarios a ella

Otros consideran que la aplicación directa no es necesaria ni conveniente.

Plantea Leña Fernández²⁴³⁷ que “¿cómo puede ser de aplicación directa la Convención cuando choca con distintos preceptos de nuestro CC en materia de capacidad, incapacitación y tutela? Dado que la Convención no es un texto articulado sobre estas materias su aplicación directa produciría la derogación de los preceptos que las regulan en nuestro CC, sin ser sustituidos por otros, lo cual produciría un vacío legal en nuestro derecho que tendría que llenar la jurisprudencia”. Cita a Pérez de Ontiveros²⁴³⁸ que estima no ser totalmente exacta la opinión de que “la tutela es opuesta a los principios de la Convención”. Destaca, en un plano más radical, la postura de Rams Albesa, que “sostiene que es evidente que la Convención no es aplicable directamente”, “se trata de una Convención que no era necesario ni conveniente ratificar”, “porque nuestras soluciones legislativas y nuestra tradición jurídica es muy superior técnicamente, al pensamiento expresado por esta y porque (esa ratificación) supone un acto de seguidismo más a los que ya nos tienen acostumbrados nuestros sucesivos poderes legislativos con referencia a algunos tratados internacionales. La Convención de Nueva York sigue una moda de típica solidaridad verbal propia de la inanidad política y social de las Naciones Unidas y, por si fuera poco, no aporta nada a los países signatarios de la Convención Europea de DDHH”.

²⁴³⁵ VARELA AUTRÁN, B., “La tutela ante la Convención”, *Revista Escritura Pública*, n.º 60, noviembre-diciembre 2009, pp. 68-69.

²⁴³⁶ ESTARÁS FERRAGUT, R., “El derecho de la Persona. El Notario y la ratificación por la Unión Europea de la Convención de la ONU”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 328, mayo 2012, p. 60.

²⁴³⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo...*, cit.

²⁴³⁸ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Mª. C., “La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho privado y Constitución*, n.º 23, 2009, pp. 335-368.

3.- Tribunales

En las sentencias sobre capacidad de las personas se está produciendo un giro significativo, que por otro lado creemos que resulta obligatorio, considerando la importancia de los DDHH que están en juego. Cada vez son más completas y detalladas, y se tiene más en consideración a la persona y su circunstancias específicas para proveerla del apoyo que en cada caso sea más conveniente para ella. Podemos decir que paulatinamente van introduciendo la CDPD, llegando incluso a la aplicación directa al considerarla como norma de derecho interno (arts. 96.1 CE y 1.5 CC).

Pero tradicionalmente la jurisprudencia ha mantenido una visión que podríamos denominar conservadora de las exigencias del art. 12 CDPD.

Veremos una secuencia histórica de resoluciones judiciales referentes al tema.

3.1.- TC

3.1.1.- STC, de 14 de febrero de 2011²⁴³⁹

La STC, de 14 de febrero de 2011, como recoge García Pons²⁴⁴⁰, “decidió otorgar el amparo solicitado por una persona internada en un centro penitenciario que había sido incapacitada judicialmente, sin haber sido emplazada ni oída en el proceso a pesar de los insistentes escritos del demandado oponiéndose al mismo. Este alegaba vulneración de su derecho a la defensa, asistencia letrada y proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haberse seguido dicho procedimiento sin hacer posible su comparecencia personal o, subsidiariamente, alegaba también vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”, *“Si bien el derecho a la asistencia letrada y a la defensa (art. 24.2. CE) se ha vinculado especialmente al proceso penal y sólo en menor medida al resto de procesos. es indudable que también despliega todo el potencial de su contenido en relación con procedimientos como el de incapacitación no sólo por lo esencial de los derechos e intereses que en el mismo se ventilan sino por la situación de presunta incapacidad del sometido a este procedimiento. Esta conclusión también cabe extraerla del artículo 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (Boletín Oficial del Estado 21 de abril de 2008), en cuyo apartado primero, a los efectos de garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones, se prevé la*

²⁴³⁹ TOL 2.054.040

²⁴⁴⁰ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., pp. 100-101.

posibilidad de ajustes de procedimiento para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de estas personas como participantes directos e indirectos en todos los procedimientos judiciales. En su apartado segundo se incluye, además, una apelación a la necesidad de que los Estados parte promuevan la formación adecuada de los que trabajan en la Administración de Justicia a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia”.

“Con anterioridad a esta sentencia, el TC ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre el delicado tema del internamiento involuntario en centros de personas con discapacidad intelectual o con problemas de deterioro cognitivo que hacían inviable la prestación de un consentimiento válido por parte de la persona ingresada. Cabe citar en este sentido las SSTC 131/2010²⁴⁴¹ y 132/2010²⁴⁴², ambas de fecha 2 de diciembre, que declararon inconstitucionales determinados párrafos de los arts. 211 CC (finalmente derogado por la LEC), y 763 LEC, respectivamente”. La inconstitucionalidad deriva de que, al tratarse de materia reservada a una ley orgánica (art. 81 CE), su regulación mediante ley ordinaria infringe la CE²⁴⁴³.

3.1.2.- STC, de 27 de enero de 2014²⁴⁴⁴

La STC, de 27 de enero de 2014, ante una supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a la educación, resuelve un recurso de amparo para tratar de *“determinar si la resolución [...] de la Comisión de escolarización [...] que acordó que el hijo de los recurrentes continuara escolarizado en un colegio público de educación especial en lugar de estudiar en un centro ordinario, ha vulnerado los arts. 14, 15 y 27 CE”*.

El TC deniega el amparo puesto que *“la lectura de la resolución [...] impugnada, integrada con el conjunto del expediente, al que se atiene (en particular, al nuevo informe psicopedagógico realizado al alumno [...]), permite concluir que se exteriorizaron en la misma las razones que condujeron a la decisión de escolarización adoptada en un centro de educación especial y que éstas, además, son coherentes con la finalidad principal que se pretende, que el menor satisfaga adecuadamente sus necesidades educativas especiales, siendo respetuosas con los criterios previstos legalmente para la aplicación de este tipo de resoluciones, quedando, en consecuencia,*

²⁴⁴¹ TOL 2.007.363

²⁴⁴² TOL 2.007.387

²⁴⁴³ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., pp. 101-102.

²⁴⁴⁴ BOE-A-2014-2058

acreditada su proporcionalidad.”; así, “no vulneraron su derecho fundamental a la educación ni a la igualdad, en atención a la existencia de una supuesta discriminación, al haber motivado y ponderado suficientemente las razones en que se basa la adopción de tal medida excepcional, siendo, en consecuencia, dicha iniciativa respetuosa con el contenido de los arts. 27, 14 y 49 CE, interpretados estos preceptos de conformidad con los textos internacionales suscritos por España (art. 10.2 CE), en los términos expuestos con anterioridad”.

3.1.3.- ATC, de 28 de noviembre de 2016²⁴⁴⁵

Este ATC desestima el recurso de súplica interpuesto por el MF contra la inadmisión a trámite de un recurso de amparo interpuesto contra la STS, de 17 de marzo de 2016²⁴⁴⁶, en relación con el derecho de voto, que dice: *“La decisión de privación del derecho de sufragio activo es [...] legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada”.*

Los padres del incapaz interpusieron recurso de amparo, que resulta inadmitido a trámite, alegando *“vulneración del art. 23 CE en relación con la interpretación —que debe dársele de conformidad con el art. 10.2 CE— conforme a lo establecido en los arts. 29, 5 y 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, [...] y vulneración del art. 23 CE en relación con el art. 14 CE y de conformidad con el criterio interpretativo fijado en la citada Convención.”.*

Por ello, el MF interpone recurso de súplica señalando que *“no puede descartarse, en el caso, la lesión del art. 23.1 CE por parte de los órganos judiciales, lo que infiere de los siguientes extremos: (i) no parece haberse valorado adecuadamente la manifestación realizada por la interesada en la vista de su voluntad de seguir votando [...] (ii) no se practicó prueba alguna que acreditara que el ejercicio del derecho de voto cause un perjuicio [...] o que tuviera perturbada su capacidad de*

²⁴⁴⁵ ATC 196/2016, de 28 de noviembre. Recurso de amparo 2415/2016

²⁴⁴⁶ Id Cendoj: 28079110012016100151

decisión autónoma; (iii) el nivel de conocimientos políticos ni la supuesta “influenciabilidad” de la persona, no parecen argumentos suficientes para privar del derecho fundamental al voto por razón de discapacidad; lo primero porque supone exigir a las personas con discapacidad intelectual un plus que no se exige a las demás personas con derecho de voto; y lo segundo, porque el concepto de “influenciabilidad” es difícilmente objetivable, no puede presumirse, puede darse en personas sin discapacidad sin que ello sea argumento válido para privarles del ejercicio del derecho de voto, y porque hay en el ordenamiento garantías suficientes para proteger la libertad de voto de los electores.”.

El recurso de súplica es desestimado, confirmando el TC el criterio del TS. Sin embargo, en defensa de la estimación del recurso de súplica, el voto particular de una magistrada evidencia el incumplimiento de la CDPD en nuestro ordenamiento y destaca que *“ni el art. 23.1 CE recoge las razones por las que una persona discapacitada podría ser privada de su derecho de voto, ni esas razones se explicitan tampoco en el art. 3.1 b) LOREG que [...] no establece ningún criterio, ni estándares mínimos, a los cuales deban sujetarse los órganos judiciales, de manera que la privación del derecho de voto a los discapacitados queda absolutamente remitida al libre criterio judicial, en un procedimiento que, a diferencia de lo previsto, debería encontrarse presidido por el beneficio del incapacitado, y que habría de tender, conforme al art. 29 de la Convención, a remover los obstáculos y facilitar los medios necesarios para que las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, tuvieran derecho a votar y a participar en la vida pública de la misma forma que los demás ciudadanos.”.*

Hoy, tras la LO 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la LOREG, se admite el derecho a voto de todas las personas.

3.1.4.- STC, de 27 de febrero de 2017²⁴⁴⁷

La STC, de 27 de febrero de 2017, a raíz de la STC, de 14 de febrero de 2011²⁴⁴⁸ y el art. 13 CDPD, resuelve un recurso de amparo y declara que *“se ha vulnerado el derecho fundamental a no padecer indefensión (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)”.*

²⁴⁴⁷ BOE-A-2017-3872

²⁴⁴⁸ BOE-A-2011-4808

3.1.5.- STC, de 22 de enero de 2018²⁴⁴⁹

La STC, de 22 de enero de 2018, resuelve un recurso de amparo en relación con las resoluciones administrativas y judiciales que, al examinar una solicitud de ayuda para situación de dependencia y autorización en un programa de atención individualizada en un centro de asistencia a personas discapacitadas, aplican indebidamente una regla de exclusión por edad.

El TC indica que *“no se le denegó la asistencia residencial para personas con discapacidad porque no la necesitase, sino porque estaba excluido por razón de edad.”*.

Por ello, el TC declara *“que ha sido vulnerado su derecho fundamental a no ser discriminado por razón de edad y de discapacidad (art. 14 CE).”* y *“la nulidad de los actos impugnados [...] Como medida para la restitución del derecho, se acuerda la retroacción de las actuaciones”*.

3.2.- TS

3.2.1.- STS, de 29 de abril de 2009²⁴⁵⁰

Versa sobre la legalidad y constitucionalidad del procedimiento de incapacitación²⁴⁵¹ regulado en la LEC; y en particular la adecuación del mismo a la CDPD.

Sigue una línea tradicional contraria a sustituir la tutela por apoyos a la persona con discapacidad.

En el recurso de casación se plantea determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de la CDPD, debe considerarse la legislación española relativa a la incapacitación contraria a la misma.

El MF sostiene que el problema del recurso es ver si la interpretación de los arts. 199 y 200 CC son acordes con la CDPD. En ese sentido, señala que *“debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor”* añadiendo que *“la figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las*

²⁴⁴⁹ BOE-A-2018-2459

²⁴⁵⁰ Id Cendoj: 28079110012009100273

²⁴⁵¹ De “modificación de la capacidad de obrar” por virtud de la Ley 1/2009; y de “determinación de apoyos” por obra de la Ley 26/2011.

circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos y su apoyo a los actos que se le marquen sea revisable por los tribunales". Asimismo, "la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces".

Además, indica el escrito que la CDPD dota a la discapacidad de un "carácter dinámico", que "resultara trascendental en la interpretación de las disposiciones relativas a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y a la determinación de los apoyos que requiera para ejercer en plenitud su capacidad de actuar. (Art. 12)". Sostiene que "La Convención adopta el modelo "social de discapacidad" que sustituye al "modelo médico o rehabilitador", actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se le confiere únicamente carácter residual. La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones.

La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a "adoptar" una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar. [...]

La Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. [...]

La Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria "igualdad", proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar. [...]

La Convención propugna la sustitución del modelo de "sustitución en la toma de decisiones" por el nuevo modelo de "apoyo o asistencia en la toma de decisiones", aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno."

Por lo tanto, concluye el escrito del MF que *"la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa, y por ello consideramos necesario, que por parte de la Sala, pueda marcarse el camino interpretativo de los aspectos fundamentales de su aplicación"*. Y propone una solución intermedia de carácter transitorio, con base a la institución más respetuosa de la curatela, a la espera de medidas legislativas que se adapten a la CDPD.

El TS declara no haber lugar a los recursos. El Pleno considera que tras la entrada en vigor de la CDPD, resulta necesario realizar una *"interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico"* a la luz de los principios contenidos en aquélla, a fin de integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer, *"Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección."*

Declara como interpretación adecuada a la CDPD que *"el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:*

1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC .

2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada."

De esta manera, el TS declara ajustado a la CE y a la CDPD el proceso español de incapacitación, al ser una medida de protección a favor de la persona que no la discrimina, debido a las específicas características que en esta se presentan y que hacen necesaria aquella medida.

Se basa además en una STC, de 9 de octubre de 2002²⁴⁵², y en el derecho comparado.

La STS es discutida por la doctrina²⁴⁵³, mayormente es criticada por parte de la doctrina civilista al pronunciarse sobre la compatibilidad del sistema de incapacitación español y con la CDPD, porque permanece en el modelo médico o rehabilitador y no parece entender el modelo social o integrador de la CDPD.

Fábrega Ruiz²⁴⁵⁴ señala que “esta postura del TS no deja de ser criticable. La sentencia se remite al poder legislativo quien debe realizar las modificaciones legales necesarias para adaptar las medidas de protección establecidas por el derecho español a la idea de medidas de apoyo de las que habla la Convención”.

La CDPD “establece de forma meridiana que la incapacidad absoluta de una persona debe pasar a ser una excepción; debiéndose acordar por tanto en la mayoría de los casos una simple modificación de dicha capacidad, acorde a las circunstancias del caso concreto, con la adopción de aquellas medidas de apoyo necesario, para que se respete la dignidad de dicha persona y le permitan, en el máximo grado posible, ejercer su capacidad de obrar”.

²⁴⁵² BOE-T-2002-20593. En la que se indica: “En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LECiv) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación [...]. La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable”.

²⁴⁵³ RAMS ALBESA, J., “Hombre y persona...”, cit., pp. 286-290; cree que procedía la constitución de una curatela que asistiera a la personas discapacitada y no la tutela como hizo la sentencia; DE PABLO CONTRERAS, P., “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009”, en M. Yzquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 3º, 2009, pp. 555 y ss., es favorable a la sentencia concluyendo que nuestro sistema legal vigente, interpretado conforme a la CE y a la DUDH, no vulnera la CDPD; ESCRIBANO TORTAJADA, P., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 43, afirma que “compartimos totalmente la argumentación de la sentencia y no consideramos que dicho proceso atente contra la Convención de las Naciones Unidas”.

²⁴⁵⁴ FÁBREGA RUIZ, C. F., *La protección jurídica de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las personas discapacitadas*, tesis doctoral, D. Jiménez Liébana (dir.), Universidad de Jaén, Jaén, 2016, p. 342.

“Esta sentencia debería haber considerado contrario a la CDPD el procedimiento de incapacitación, al menos la incapacitación total, por aplicación directa del art. 12.2 CDPD” y del art. 5.2 CDPD “en tanto se trata de disposiciones *self executing*, esto es, que pueden ser directamente aplicadas sin necesidad de la intermediación del legislador nacional. Por el contrario, podría entenderse que la obligación de establecer un sistema de apoyo en la toma de decisiones, recogida en el art. 12.3 CDPD, no es, en términos generales, directamente ejecutiva, al requerir una actuación normativa de los poderes públicos estatales orientada a ponerlo en marcha”²⁴⁵⁵.

Álvarez Lata y Seoane Rodríguez²⁴⁵⁶ afirman que al referirse la STS al derecho comparado para apoyar su argumentación no acierta, ya que los ordenamientos jurídicos de Italia, Alemania y Reino Unido no establecen sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz, como afirma el TS, sino que frente a las clásicas medidas de incapacitación de la personas, las reformas de los países de nuestro entorno han seguido un sistema de apoyos concretos y variables ajustados a las necesidades de cada persona con discapacidad, donde esta participa en el proceso de toma de decisiones, sin cercenar su capacidad de obrar.

3.2.2.- STS, de 21 de septiembre de 2011²⁴⁵⁷

Trata sobre la legitimación procesal de los tutores de una mujer incapacitada para promover un proceso de divorcio en representación de la misma (arts. 7.2 LEC y 86 CC). Se discute si esa posibilidad de actuación en representación del incapaz puede entenderse comprendida en las facultades del tutor en base al art. 267 CC .

Según la STS, en este supuesto y “*siempre que se trate de la acción de separación o divorcio ejercitada por los tutores en nombre e interés de una persona incapacitada, están presentes dos derechos fundamentales:*

1º El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado. El divorcio actual no requiere alegación de causa cuando lo ejercita personalmente el interesado, quien no tiene que justificar sus motivos [...]

2º El derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como

²⁴⁵⁵ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 44.

²⁴⁵⁶ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., pp. 46-48.

²⁴⁵⁷ TOL 2.248.621

establece el art. 271.6 CC, que atribuye a los tutores la legitimación "para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela", siempre con autorización judicial, que no se requerirá "en los asuntos urgentes o de escasa cuantía". Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el art. 271.6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse"²⁴⁵⁸.

Polemiza la doctrina sobre si los derechos fundamentales de la persona, y en concreto, los derechos de la personalidad, se pueden ejercitar por medio de representación legal, la mayoría cree que solo su titular puede ejercitarlos personalmente, con la salvedad de que sí será posible tal representación si la persona discapacitada no puede en absoluto actuar por sí misma debido a su situación psicofísica²⁴⁵⁹.

El TS sostiene que *"La representación legal del tutor le impone el deber de injerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal por las siguientes razones:*

1ª Debe aplicarse lo dispuesto en el art. 216.1 CC, que es la norma general que rige, en cualquier caso, la actuación de los tutores, porque "las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial". Por ello, el art. 271 CC exige autorización judicial para entablar cualquier tipo de demanda.

2ª En segundo lugar, el ejercicio de esta acción debe obedecer a los intereses del incapaz, por lo que debe justificarse que la actuación se lleva a cabo en interés del incapaz [...].

3ª Hay que tener en cuenta que en los procedimientos de derecho de familia en los que son parte menores e incapaces se requiere la actuación del Ministerio Fiscal,

²⁴⁵⁸ ARNAU RAVENTÓS, L., "Legitimación del tutor para interponer una acción de divorcio en representación del incapacitado. Sentencia de 21 de septiembre de 2011", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 89, mayo-agosto 2012, p. 427; critica la referencia del ponente a "la tradicional teoría académica", pero "no trasciende al texto de la sentencia si aquella no aplicación obedece a que la de divorcio no es una acción personalísima o a que, aun siéndolo, tal carácter no puede impedir su interposición mediante representante" ya que el cónyuge no tiene otro modo de entablarla.

²⁴⁵⁹ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 50 y ss.

que deberá velar por sus intereses, con lo que se garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias.”.

Respecto a la CDPD, la STS cita el art. 12.3 y el art. 13 CDPD, cuyos *“principios deben ser tenidos en cuenta en la resolución que se demanda, porque la ratificación del Convenio de Nueva York y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo.”.*

Por todo ello, concluye el TS que *“los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma. Esta solución no es extravagante en el ordenamiento español, ya que el Código civil legitima al Ministerio Fiscal y “a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo” en la acción para pedir la declaración de nulidad de un determinado matrimonio (art. 74 CC), así como a padres, tutores, guardadores y Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art. 75 CC).”.*

La STS, en opinión de García Pons²⁴⁶⁰, está bien fundamentada en lo referente a la aplicación de la CDPD, pero al igual que ocurre con la STS, de 29 abril de 2009²⁴⁶¹, sigue el criterio proteccionista y no el criterio social de los derechos y aunque se refiere al principio general de mayor interés de la persona con discapacidad, no lo hace en los términos de la CDPD.

3.2.3.- STS, de 17 de julio de 2012²⁴⁶²

El incapacitado recurre ante el TS, que dice: *“El primer motivo denuncia la infracción, por inaplicación, de lo establecido en los Arts. 215.2 y 287 CC y la doctrina de esta Sala, en la STS de 29 abril 2009. Queda acreditado por el informe del forense, que el recurrente es capaz de manejar dinero de bolsillo y algo más, pero sería recomendable que le supervisasen en este último aspecto. De acuerdo con ello, para el*

²⁴⁶⁰ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., p. 88.

²⁴⁶¹ TOL 1.514.778

²⁴⁶² TOL 2.635.528

recurrente lo procedente es establecer una curatela en lugar de una tutela. Cita asimismo el Art. 12 de la Convención”.

“El segundo motivo denuncia la infracción, por no aplicación e interpretación, de lo dispuesto en el párrafo segundo del Art. 223 CC y el Art. 234.1 CC, en relación con los Arts. 10, 14, y 20.1 a) y los Arts. 1, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La tesis de la sentencia recurrida que no acepta el nombramiento de la persona designada como tutora por el sometido a tutela, se opone a la debida aplicación de [estos] artículos [...] Según la Convención, debería haberse sometido a curatela y en cualquier caso, debe ser respetada su voluntad y preferencia puestas de manifiesto en la escritura pública otorgada en la que designaba su tutor.”.

El TS desestima ambos motivos, el primero porque “[...] pueden someterse estas personas a un sistema de protección o de apoyo [...] incapacitar de forma limitada [...] únicamente en lo relativo a la disposición de sus bienes, sometiéndole a tutela”, justificando el sometimiento a tutela y no curatela. Indica que la curatela “coexiste con la incapacitación parcial.”, citando el art. 760.1 LEC. Se refiere después a la STS, de 5 de marzo de 1947²⁴⁶³, desde la cual se ha venido graduando los sistemas de incapacitación conforme a las circunstancias de la capacidad de cada persona. Doctrina que recoge la STC, de 9 octubre de 2002²⁴⁶⁴.

Respecto del segundo motivo, y tras destacar que la STS, de 29 de abril de 2009²⁴⁶⁵, ya “declaró que la incapacitación es solo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona.”, afirma que “La previsión de designación de tutor por parte del mismo interesado [...] no aparece establecido en la Convención de Nueva York de 2006.”²⁴⁶⁶. En todo caso, como establece el art. 234 párr. 2º CC, el juez no está vinculado por la autotutela si cree que no es conveniente para el interesado, que es lo que sucede en este caso.

²⁴⁶³ RJ 1947, 343

²⁴⁶⁴ BOE-T-2002-20593

²⁴⁶⁵ TOL 1.514.778

²⁴⁶⁶ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., p. 90.

Lo que, para García Pons, puede ser un error del art. 12.4 CDPD, “se desprende que, para evitar los abusos, una de las principales salvaguardias que deben proporcionar los Estados partes a las personas con discapacidad cuando adopten medidas relativas al ejercicio de su capacidad jurídica, es que tales medidas “respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la personas”; y no puede estar más claramente expresada esa voluntad y esas preferencias de la personas cuando, teniendo capacidad suficiente para ello, comparece ante fedatario público y designa tutor en previsión de que pueda ser incapacitada en un futuro.”.

La STS, al igual que las anteriores, sigue el criterio protector que caracteriza la jurisprudencia relativa a esta materia. Si la discapacidad es extrema y la persona de ningún modo puede actuar y a veces ni manifestar su voluntad, debe protegerse y darle un apoyo personalizado. Pero si el caso no es tan extremo, hay que seguir otros criterios. Quizá aquí la curatela sería más idónea y desde luego más adecuada a la CDPD²⁴⁶⁷.

3.2.4.- STS, de 11 de octubre de 2012²⁴⁶⁸

También sigue una línea tradicional.

El MF interpuso demanda de declaración de incapacidad parcial que se estima y se declara al interesado “[...] *parcialmente incapaz [...] En tal sentido necesitará la asistencia del curador*”.

Se recurre ante el TS, por considerar que la sentencia “*afecta a la tutela judicial civil de los derechos fundamentales recogidos en los art 10 derecho al libre desarrollo de la personalidad, 14 derecho a la igualdad y 19 derecho a la libertad de residencia de la Constitución Española , infracción del art. 200 del Código Civil.*” y por “*oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, citando dos SSTs, de 14 de julio de 2004²⁴⁶⁹ y 28 de julio de 1998²⁴⁷⁰, “*las cuales establecen que en materia de incapacidad debe existir siempre un criterio restrictivo y que tal doctrina ha sido vulnerada por la resolución recurrida*”.

El MF afirma que el recurrente necesita un apoyo, y que sería deseable que la Sala razonara sobre la institución jurídica del apoyo que en este caso sustituya la curatela, cuya regulación no debe ser deformada por el apoyo.

El TS desestima el recurso y considera que “*Las causas de incapacidad, dice la sentencia de 29 de abril de 2009 , están concebidas en nuestro derecho [...] como abiertas [...] [en] el art. 200 CC [...] Es evidente que el art. 322 CC establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir*

²⁴⁶⁷ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., pp. 90-91.

²⁴⁶⁸ TOL 2.674.037.

²⁴⁶⁹ TOL 476.865

²⁴⁷⁰ RJ 1998, 6449

su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media.

[...] no se discute que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. Lo que se cuestiona realmente es si ha quedado o no acreditado que exista una enfermedad psíquica incapacitante que impida a quien recurre gobernarse por sí mismo, y ello es algo que resulta de la prueba que ha sido practicada [...] padece trastorno[s] [...] que limitan las capacidades de querer, entender y libre determinación, de tal forma que su capacidad está limitada”.

Luego la sentencia cita algunos párrafos de la STS, de 29 de abril de 2009²⁴⁷¹, referidos al sistema de protección del CC y su adecuación a la CDPD.

Al fin, dice el TS: *“que se aplique la curatela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención.”.*

Este párr. de la sentencia contiene los conceptos que recoge la CDPD pero sin ningún orden y es un adelanto el incorporar a la jurisprudencia los nuevos criterios de la discapacidad derivados de la CDPD. García Pons²⁴⁷² destaca las siguientes aportaciones de la sentencia:

a) “Las causas de discapacidad (la sentencia dice de incapacidad) están concebidas como abiertas, y habrá que estar a la prueba practicada en el proceso” para “la provisión de los apoyos que sean necesarios”.

b) “Dicha provisión deberá hacerse siguiendo un criterio restrictivo en favor de la persona con discapacidad”, ya que supone limitar derechos fundamentales.

e) Siempre “habrá que tener en cuenta el principio general del derecho del superior interés de la persona con discapacidad”, que “como trasunto del principio general de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad inspira la CDPD”.

3.2.5.- STS, de 24 de junio de 2013²⁴⁷³

²⁴⁷¹ TOL 1.514.778

²⁴⁷² GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., pp. 94-95.

²⁴⁷³ Id Cendoj: 28079110012013100370

La STS indica que el art. 322 CC establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad. Según Fábrega Ruiz²⁴⁷⁴, “para que se incapacite totalmente a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico” lo que verdaderamente sobresale es “que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad impida gobernarse a la afectada por sí misma”.

Dice: *“una situación como esta no permite mantener un mismo status del que se disfruta en un régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula. 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”*.

Se resalta *“la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (SSTS 29 de abril²⁴⁷⁵ [...])”*.

Indica Leña Fernández²⁴⁷⁶ que esta STS “considera la CDPD como suministradora de unos criterios de interpretación aplicables a los preceptos del CC que siguen vigentes e inclinándose por la eliminación de la tutela absoluta y su sustitución por la tutela parcial”.

3.2.6.- STS, de 30 de junio de 2014²⁴⁷⁷

²⁴⁷⁴ FÁBREGA RUIZ, C. F., *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, cit., pp. 352-353.

²⁴⁷⁵ TOL 1.514.778

²⁴⁷⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo...*, cit.

²⁴⁷⁷ Id Cendoj: 28079110012014100468

Esta STS trata de determinar en *“qué manera se encuentra afectado don [...] para adoptar la medida que sea más favorable a su interés y como puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, según propone el Ministerio Fiscal, que tenga en cuenta, como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permitan hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención”*.

Destaca Leña Fernández²⁴⁷⁸ que “asume con claridad la aplicación directa de la Convención y la supresión de la incapacitación total que se convierte en una muerte legal y social de la persona”.

3.2.7.- STS, de 30 de septiembre de 2014²⁴⁷⁹

La STS considera que: *“en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.5 del Código Civil, las normas jurídicas contenidas en la Convención son de aplicación directa y, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución Española, los principios de la Convención deben ser aplicados para resolver los casos referentes a los derechos fundamentales y a las libertades”*. Argumentación que le sirve para respetar la voluntad de la incapacitada en cuanto al nombramiento de tutor, pero no va más allá en otras consecuencias²⁴⁸⁰.

3.2.8.- STS, de 27 de noviembre de 2014²⁴⁸¹

Vuelve a la doctrina de la STS, de 29 de abril de 2009, aunque avanza en el sentido de estimar, por razones preventivas, que mientras no se modifique la legislación, la curatela es la institución idónea.

²⁴⁷⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo...*, cit.

²⁴⁷⁹ Id Cendoj: 28079110012014100497

²⁴⁸⁰ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad...”, cit., pp. 60-61.

²⁴⁸¹ Id Cendoj: 28079110012014100599

Destaca que “la STS 282/2009 ya declaró que la incapacitación es solo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona. [...] Lo que se adopta son medidas de apoyo [...]; apoyos que la Convención de Nueva York [...] no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014), sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención”.

3.2.9.- STS, de 13 de mayo de 2015²⁴⁸²

Esta STS resalta la importancia de “lograr un traje a medida”, indicando que “la incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y [...] si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. [...]

Conforme a la Convención [...] la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección”.

Apunta Leña Fernández²⁴⁸³ que “el TS sigue hablando de sistema de protección sin acoger su sustitución por un sistema de ayuda a la diferencia, y continúa refiriéndose

²⁴⁸² Id Cendoj: 28079110012015100247

a la imposibilidad de privación de la capacidad jurídica, como capacidad para ser titular de derechos, pero sí de la capacidad de ejercicio, con lo que continúa aceptando el procedimiento de incapacitación, aunque hay que tratar de perfilarlo para proteger adecuadamente al incapacitado mediante una graduación muy detallada de su incapacidad que se plasme en la realización para él, un traje a medida.

La frase del traje a medida empleada en esta sentencia por el TS, fue una frase acuñada por mí el año 97 en mi libro “El notario y la protección del discapacitado”, frase que hizo fortuna en los ámbitos doctrinales y que he seguido utilizando, como frase gráfica para poner de manifiesto mi exigencia de sustituir, por este “traje a medida”, confeccionado para cada incapacitado en casa caso, el “pret a porter” que, para salir del paso y por falta de medios, habitualmente utilizaban los jueces y tribunales”.

3.2.10.- STS, de 17 de diciembre de 2015²⁴⁸⁴

A una persona se le somete a curatela *“para la realización de cualquier acto de índole económica, excepto otorgar testamento y llevar dinero de bolsillo para gastos cotidianos”*.

Recorre ante el TS por *“Infracción de los artículos 199 , 200 y 287 del Código Civil y 760 LEC , en relación con el artículo 12 de la Convención [...] y la doctrina jurisprudencial de esta Sala, todo ello en relación con los artículos 10 y 14 CE .”*.

El TS lo desestima y considera adecuado el sometimiento al régimen de curatela, destacando que *“Lo que pretende la Convención [...] "es promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad" de los derechos fundamentales a un colectivo de personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, [...] Siempre teniendo en cuenta [...]que esta persona sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que las cautelas que se imponen son sólo una forma de protección, y [...] que estas medidas no son discriminatorias porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias.”*.

Señala que se trata de *“medidas que no son contrarias a los principios establecidos en la Convención ni constituyen una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad*

²⁴⁸³ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo...*, cit.

²⁴⁸⁴ Id Cendoj: 28079110012015100694

para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas.”.

3.2.11.- STS, de 4 de abril de 2017²⁴⁸⁵

En primera instancia se declara *“la incapacidad, pero limitada para aquellas acciones que exigen seguir el tratamiento médico o el manejo de cantidades de dinero superiores a 400 € mensuales.”*, y le sujeta a curatela

El TS, partiendo de que *“la persona afectada sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que las cautelas que se imponen son sólo una forma de protección.”*, considera que *“la medida de apoyo que establece la sentencia recurrida, en orden a las decisiones que afectan a la enfermedad del recurrente, se considera beneficiosa para el paciente.”*. Estima parcialmente el recurso *“en cuanto a la decisión de índole económica, pues [...] [no] la justifican debidamente.”*, así *“hemos de estar a la presunción de capacidad del demandado para administrar sus bienes.”*.

Por todo ello, el TS suprime *“que el recurrente necesite medidas de apoyo para actos de disposición o administración de sus bienes.”*. Además, *“se establece la obligación de revisar la situación de incapacitación parcial y curatela [...] en un plazo de dos años.”*, lo que supone un criterio que encaja con la CDPD.

3.2.12.- STS, de 16 de mayo de 2017²⁴⁸⁶

El TS indica que *“La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3).*

Se trata, como declara el art. 1 de la Convención, de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se

²⁴⁸⁵ TOL 6.033.541

²⁴⁸⁶ Id Cendoj: 2807911001201700295

proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención).

Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de enjuiciamiento civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias.

El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en sentencia 716/2015, de 15 de julio²⁴⁸⁷).

La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un

²⁴⁸⁷ Id Cendoj: 28079110012015100694

sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC). ”.

Así, el TS sostiene que la situación del incapacitado “*no es la propia de una discapacidad total*”.

Indica que “*la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse. [...] La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona.*”.

Por todo ello, estima “*Declarar la modificación parcial de la capacidad de obrar [...] que se limita tanto en el ámbito personal como en el patrimonial. Para complementar su capacidad necesita la asistencia de un curador.*”.

3.2.13.- STS, de 27 de septiembre de 2017²⁴⁸⁸

Resuelve un recurso de casación sobre la elección entre tutela y curatela para una persona con Síndrome de Down.

El TS cita la STS, de 16 de mayo de 2017²⁴⁸⁹, que sintetiza su doctrina al respecto, como hemos visto: “*para las personas con discapacidad [...] La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona [...]*

[...] por lo que se refiere al ámbito patrimonial, la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a que se refiere el art. 290 CC , sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia; cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, el legislador se refiere subsidiariamente a los actos que genéricamente considera de mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad, que son aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial»”.

El fallo estima que “*Para complementar su capacidad necesitará la asistencia de un curador*”.

²⁴⁸⁸ Id Cendoj: 28079110012017100498

²⁴⁸⁹ Id Cendoj: 2807911001201700295

3.2.14.- STS, de 11 de octubre de 2017²⁴⁹⁰

Resuelve un recurso sobre la desproporcionada incapacitación de una persona que teniendo trastorno psíquico mantiene las facultades necesarias para su autocuidado y necesidades cotidianas.

El TS, tras citar el art. 12 CDPD, destaca la STS, de 1 de julio de 2014²⁴⁹¹, que dice: *“el resultado del juicio sobre la capacidad de una persona debe ser «un traje a medida»”*.

Analizando el caso, el TS estima que *“Aunque el trastorno psíquico que padece [...] distorsiona su percepción de la realidad, expresamente se admite que en su vida diaria goza de autonomía para su atención personal: aseo, alimentación, cuidado de la casa, compras habituales para vivir... De tal forma que la necesidad de apoyos a los que se refiere el art. 12 de la Convención de Nueva York, guarda relación con la necesidad de garantizar su correcta atención médica, que pasa por su sujeción al tratamiento psiquiátrico. [...]*

La Convención de Nueva York de 2006 trata de preservar al máximo que la persona afectada por una discapacidad pueda ejercitar por sí sus derechos, que pueda desarrollar al máximo sus posibilidades de autogobierno. El juez, al resolver sobre el grado de capacidad y autogobierno de esa persona, y constituir los apoyos necesarios mediante un apropiado régimen de guarda legal, debe afinar y ajustarse a aquellos ámbitos en que estrictamente se requieren los apoyos.

En este caso, la incapacitación total resulta excesiva y desproporcionada, pues priva innecesariamente [...] de capacidad para actuar por sí misma en ámbitos que van más allá de su atención médica.”

Así, *“en cuanto que la privación de capacidad no afecta esencialmente a la representación personal y patrimonial de la persona discapacitada, la guarda legal consiguiente puede ajustarse a la curatela”*.

3.2.15.- STS, de 7 de febrero de 2018²⁴⁹²

Resuelve un recurso de casación sobre modificación de la capacidad de la persona, su alcance y la incompatibilidad del régimen de tutela con la limitación parcial de la capacidad.

²⁴⁹⁰ Id Cendoj: 28079110012017100498

²⁴⁹¹ Id Cendoj: 28079110012014100394

²⁴⁹² Id Cendoj: 28079110012018100062

Dice la STS que: “Lo que se discute realmente en el recurso es si es compatible el régimen de tutela con la limitación parcial del alcance de la capacidad”.

“La adecuación de nuestro sistema de tutela y curatela como respuestas legislativas ante la limitación parcial del alcance de la capacidad, ha sido analizada en la sentencia 298/2017, de 16 de mayo²⁴⁹³ [...] en una interpretación acorde a la Convención de Nueva York, la tutela corresponde a una limitación total del alcance de la capacidad y la curatela a supuestos como el que aquí se enjuicia en el que la sentencia refiere una limitación parcial del alcance de la capacidad (además de fijar la idoneidad de la curatela también como sistema de apoyo en los actos de la esfera personal), y en ningún caso una situación de discapacidad total que justificaría el sometimiento a la tutela.”.

El TS estima parcialmente el recurso y “Declarar la modificación parcial de la capacidad de obrar [...], que se limita tanto en el ámbito personal como en el patrimonial. Para complementar su capacidad necesita la asistencia de un curador [...], el cual prestará los apoyos necesarios en el área económico- jurídico-administrativa, a excepción del manejo de dinero de bolsillo”.

3.2.16.- STS, de 3 de marzo de 2018²⁴⁹⁴

Apoyándose en las SSTS, de 29 de abril de 2009²⁴⁹⁵, 1 de julio de 2014²⁴⁹⁶ y 16 de mayo de 2017²⁴⁹⁷, entre otras, el TS sostiene que “debe mantenerse en el aspecto relativo a la modificación de la capacidad [...]. Lo que no se mantiene es el grado de discapacidad, que resulta excesivo y desproporcionado, pues le priva innecesariamente de capacidad para actuar por sí mismo en ámbitos que van más allá de los cuidados médicos, nombrándole un tutor en lugar de un curador, [...] en cuanto que la privación de capacidad no afecta esencialmente a la representación personal y patrimonial [...], y es posible adaptar este sistema de guarda legal a la curatela, con el que va estar más protegido”.

²⁴⁹³ Id Cendoj: 2807911001201700295

²⁴⁹⁴ Id Cendoj: 28079110012018100104

²⁴⁹⁵ Id Cendoj: 28079110012009100273

²⁴⁹⁶ Id Cendoj: 28079110012014100394

²⁴⁹⁷ Id Cendoj: 2807911001201700295

3.2.17.- STS, de 15 de marzo de 2018²⁴⁹⁸

Resuelve un recurso sobre nulidad del consentimiento matrimonial (que considera válido) prestado por persona diagnosticada de Alzheimer y declarada incapaz cinco meses después de la celebración del matrimonio y en virtud de procedimiento iniciado con anterioridad al mismo. Considera que el principio de presunción de capacidad es reforzado por la CDPD.

El TS considera que *“El derecho a contraer matrimonio es un derecho derivado de la dignidad del ser humano que está reconocido en el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 23 del Pacto Internacional”*, y en base a los arts. 1, 12.4, 23.1.a) CDPD.

Afirma que *“no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio favor matrimonii. [...] ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio”*.

3.2.18.- STS, de 15 de junio de 2018²⁴⁹⁹

El TS citando, entre otras, las recientes SSTs, de 16 de mayo de 2017²⁵⁰⁰, 8 de noviembre de 2017²⁵⁰¹ y 7 de marzo de 2018²⁵⁰², destaca la posible atribución *“al curador [de] funciones asistenciales en la esfera personal”*.

“El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención”, descartando que *“el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención”*. Además de que *“La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda*

²⁴⁹⁸ Id Cendoj: 28079110012018100130

²⁴⁹⁹ Id Cendoj: 28079110012018100339

²⁵⁰⁰ Id Cendoj: 2807911001201700295

²⁵⁰¹ Id Cendoj: 28079110012017100566

²⁵⁰² Id Cendoj: 28079110012018100118

tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. [...] Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad”.

Falla que el “parcialmente incapacitado, quede sujeto a la institución de la curatela, pero sin que la intervención del curador se extienda a los actos de disposición mortis causa” al ser “el testamento un acto personalísimo”.

3.2.19.- STS, de 19 de febrero de 2020²⁵⁰³

Declara que en un proceso de incapacitación, si la persona posee un margen de autonomía que le permite un espacio de desarrollo personal sin un control exhaustivo, la institución que mejor garantiza su protección es la curatela.

Además, destaca que “Lo cierto es que la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse.”.

VI.- INCORPORACIÓN DE LA CDPD AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1.- Evolución de la situación

1.1.- Legislación

Como vemos, muchos de los valores, principios y conceptos de la CDPD ya aparecen en nuestro ordenamiento jurídico, se identifican con algunos derechos fundamentales de la CE. Estos derechos se adquieren y ejercitan por el hecho de ser persona, con independencia de que pueda existir o no una discapacidad, que impida o dificulte su ejercicio directo y efectivo.

La CDPD supone la necesidad de cambiar el modelo médico rehabilitador por el modelo social y de DDHH hasta conseguir la total aplicación de la misma.

²⁵⁰³ Id Cendoj: 28079110012020100099

Estos cambios ya se aprecian en una serie de leyes y regulaciones puntuales de los temas de discapacidad en materias civiles, penales, administrativas, laborales, sociales, etc.

Pero para ajustar nuestro derecho a la CDPD habrá que modificar muchas normas y crear otras, en especial lo que afecta al art. 12 CDPD, los derechos de la personalidad, la capacidad jurídica y de obrar, las restricciones, sustituciones y apoyos que les afectan, tutela, curatela, y el proceso judicial de incapacitación, ámbitos todos ellos con importantes diferencias.

La Disp. fin. primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el RC, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, de la LPPD y de modificación del CC y de la LEC y de la normativa tributaria, estableció que *“El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”*. Fue la primera vez en que el legislador se comprometía a reformar el sistema de incapacitación, compromiso incumplido y que además no bastaba para cumplir con las exigencias del art. 12 CDPD ya que la denominación escogida, *“procedimiento de modificación de la capacidad obrar”*, no resulta coherente con el espíritu de la CDPD, y porque la implementación del art. 12 CDPD no puede limitarse a reformar el sistema de incapacitación, incide en muchos otros ámbitos normativos²⁵⁰⁴.

La reforma anunciada en 2009 no se llevó a cabo y los informes aprobados por el Gobierno español durante el año 2010, tanto el “Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” elaborado por una Comisión Interministerial y aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2010, como el “Primer Informe sobre medidas adoptadas en cumplimiento de Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, presentado ante el Comité CDPD en cumplimiento de la obligación establecida en el art. 35 CDPD el 5 de mayo de 2010;

²⁵⁰⁴ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 40.

confirman que la reforma pretendida no suponía un auténtico cambio profundo, que derogara el sistema de incapacitación y lo reemplazara por un sistema de apoyos y una reforma sustancial sobre todos los ámbitos afectados por el art. 12 CDPD. Las propuestas se limitan a ajustes terminológicos y no de fondo, y a retoques del sistema vigente para hacerlo más soportable²⁵⁰⁵.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD estableció un nuevo plazo para proceder a reformar la normativa española en materia de capacidad jurídica. Su Disp. adic. séptima establece que *“El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”*. Esta Ley y su RD de desarrollo, sí que establecen algunas mejoras puntuales.

Aunque este plazo también se ha incumplido, pero reformula los términos del compromiso, que alude ahora a un proyecto de ley *“de adaptación normativa del ordenamiento jurídico español”* al art. 12 CDPD, y no solo de la reforma del sistema de incapacitación y de un *“proceso judicial para la determinación de apoyos”*, y no de modificación de la capacidad de obrar, lo que permite pensar que posiblemente se ha comprendido la necesidad de llevar a cabo una reforma de mayor alcance²⁵⁰⁶.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD, realiza esta adaptación en muchas materias objeto de la CDPD. Así, como señala Lora-Tamayo²⁵⁰⁷, *“trata de la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad a las telecomunicaciones y sociedad de la información, comercio electrónico, espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación, transportes, bienes y servicios a disposición del público, relaciones con las Administraciones públicas, Administración de justicia y patrimonio cultural, el derecho*

²⁵⁰⁵ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 40.

²⁵⁰⁶ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., pp. 39-42.

²⁵⁰⁷ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad...”, cit., pp. 55-56.

a la sanidad sin que la discapacidad pueda ser causa de discriminación, acceso al mundo laboral, se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, etc.”.

“Sin embargo, esta Ley no se atrevió con la adaptación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad a la CDPD”, en su Disp. adic. séptima retrasa la adaptación, concediendo al Gobierno el plazo de un año. A fecha de hoy el mandato al Gobierno de regular esta materia no se ha cumplido, mereciendo ello numerosas críticas, incluso el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de NNUU²⁵⁰⁸, en sus observaciones al Informe presentado por el Estado español ante el mismo en septiembre de 2011”, reprocha al Gobierno de nuestro país el retraso en aplicar una nueva legislación que *“regule el alcance y la interpretación del artículo 12”* y le recomienda revisar *“las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona”*.

La Ley 26/2011 fue desarrollada reglamentariamente por el RD 1276/2011, de 16 de septiembre. Destaca Lora-Tamayo²⁵⁰⁹ que la única referencia que contiene, “con un cierto interés en materia de capacidad, es la relativa a los testigos en los documentos notariales, con lo que pierde la oportunidad de regular algo mucho más importante, como la comparecencia ante el notario como otorgante de las personas con discapacidad”.

La influencia de la CDPD, además de afectar a la legislación sobre discapacidad, llega a todo el ordenamiento jurídico español, incluyendo las leyes autonómicas y locales en materias de su competencia, lo que complica la revisión y aplicación de la legislación conforme a la CDPD.

Deben coordinarse las reformas y adaptaciones legislativas sobre materia de discapacidad que se lleven a cabo en las diferentes administraciones y en las diversas disciplinas jurídicas.

La CDPD se integra en el bloque de DDHH del sistema de la ONU. Es una unidad, un tratado normativo uniforme, integral, que regula los derechos de las personas

²⁵⁰⁸ Órgano encargado del seguimiento de la CDPD.

²⁵⁰⁹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad...”, cit., pp. 56-57.

con discapacidad de modo coherente y completo. En derecho español no existe una regulación de este tipo, no hay un sistema uniforme ni un plan ordenado, más bien es el resultado de una suma sucesiva de normas de diferente origen con modelos diversos y a veces contradictorios. Pero la CDPD ya forma parte de nuestro derecho positivo, y mientras no se produzca una adaptación, se producen fricciones entre ambos ordenamientos.

Quizá lo más eficaz sería promulgar una ley única y uniforme sobre la discapacidad, que modifique todo aquello que en nuestra legislación no se corresponda con la CDPD y que proporcione seguridad jurídica.

Este cambio afecta a los legisladores pero también a todos los operadores jurídicos que deben aplicar la ley y por supuesto, a los notarios, que a través de su trabajo práctico siempre han avanzado en la creación del derecho.

1.2.- Jurisprudencia

El día 3 de mayo de 2008 entró en vigor en España la CDPD. Fernández López, Simón Rodríguez y Magro Servet²⁵¹⁰, destacan que la “Convención no crea nuevos derechos, sino que nos recuerda el deber y la obligación no solo de los Estados Partes, sino también, de los poderes públicos, de respetar y garantizar” los DDHH de las personas con discapacidad.

“Desde esa fecha, forma parte del ordenamiento jurídico español y resulta de obligada aplicación por los Juzgados y Tribunales en los procedimientos que versan sobre capacidad de las personas”, en virtud de los arts. 96 CE y 1.5 CC.

Destacan que si bien, España tiene una abundante legislación “en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad, la incorporación de la Convención a nuestro derecho interno, obliga a realizar ajustes de diversas normas”. Entre esas “las contenidas en el CC y LEC, sobre la capacidad jurídica y capacidad de obrar, las restricciones y sustituciones que pueden encontrar las personas con discapacidad por razón de la misma, así como el procedimiento judicial de incapacidad”.

²⁵¹⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., SIMÓN RODRÍGUEZ, C. Mª., y MAGRO SERVET, V., “La perspectiva judicial. Ámbito jurisdiccional civil”, en P. Aguirre Zamorano/M. Torres Vela (dir.), *Guía de buenas práctica sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia*, Consejo General del Poder Judicial, ed. Lual Ediciones, 2011, pp. 116-123.

Hasta que “se lleven a efecto esos ajustes, los juzgados y tribunales con competencias en materia de discapacidad, están obligados a la aplicación de los principios y postulados que recoge la Convención”. Hay que “realizar una labor de complementación e integración de aquellas normas para la efectiva aplicación del dicho instrumento internacional, pues afectando como ya se ha dicho el procedimiento, a derechos fundamentales de la persona, las normas en cuestión deben interpretarse de conformidad con los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España –art. 10.2 CE– como es el caso de la Convención”.

Conforme al art. 12 CDPD, los jueces a la hora de abordar el procedimiento, deben tener presente lo siguiente:

1.- Que su finalidad última ya no es solo proteger, “sino fundamentalmente favorecer o promover la máxima inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad, en cuanto que son sujetos de derechos y de obligaciones, tienen derecho a tomar sus propias decisiones y a la mayor autonomía posible”.

2.- “Que la capacidad jurídica y la capacidad de obrar constituyen un todo inseparable, o lo que es igual, el principio de capacidad legal reside en la persona y es consustancial a ella”. De modo que “las personas con discapacidad a través de los mecanismos de apoyos adecuados, han de tener garantizada su plena capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto o negocio jurídico.

“3.- Que el procedimiento sobre la capacidad –incapacitación– y la sentencia que le pone fin, no puede constituir una barrera u obstáculo más para la inclusión social de la persona con discapacidad. Por el contrario, debe brindar al afectado la oportunidad de ejercer sus derechos y hacer valer sus intereses con el apoyo de otra persona, de modo que los apoyos que se señalen en la sentencia deben respetar la capacidad en el máximo grado o extensión posible, y sólo en casos extremos podrán diseñarse como apoyo sustitutivos en la toma de decisiones”.

Es muy importante el papel del juez en la práctica de las pruebas, puede acordar de oficio las que estime conveniente (art. 752 LEC), y debe practicar las del art. 759 LEC: examen personal, pericial médica y audiencia de los parientes más próximos.

En el reconocimiento personal, se debe informar conforme a los arts. 12 y 13 CDPD a la persona sobre el objeto y finalidad de la prueba, se examinarán sus datos personales, orientación espacio-temporal, memoria, habilidades funcionales en lo personal, sanitario, social y económico administrativo; y su voluntad y preferencias.

En lo cuanto a la pericial médica, es la prueba que debe ser más completa. No se pueden usar fórmulas estereotipadas ni un simple certificado médico, que es lo que se ha hecho tradicionalmente, diciendo que la persona tiene limitadas sus facultades de autogobierno y que es conveniente una incapacidad total.

El art. 760 LEC establece la obligación de graduar la capacidad, lo que si bien no es fácil, permitirá conocer la patología que afecta a la persona, sus condiciones de vida, qué necesita realmente para ejercer su capacidad jurídica; y en qué habilidades tiene más o menos limitaciones. La sentencia debe establecer las que se encuentran afectadas y precisadas de apoyo y las que no.

También impone “la obligación de establecer en la sentencia, el régimen de guarda y protección al que ha de quedar sometido la persona, o lo que es igual, la asistencia requerida”. Dicha asistencia, hasta que no se arbitren nuevos mecanismos legales, será la tutela en los supuestos excepcionales y extremos, por constituir un mecanismo sustitutivo y de mayor injerencia en la toma de decisiones y en la autonomía de las personas. O la curatela, que es la institución que mejor se adapta a los postulados y principios que consagra la Convención, toda vez que no suple la voluntad de la persona ni la representa, sino que la refuerza y encauza, su función es de asistencia, prestando apoyo en aquellos actos que especifique la sentencia.

Los tribunales con la jurisprudencia del TS están desarrollando un sistema de curatela reinterpretada a la luz de la CDPD, que supone un avance y enseña cómo aplicar los preceptos del CC y LEC al supuesto planteado. Aplican el interés superior de la persona bajo la consideración de que los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. En ningún caso se debe decidir por ellas, salvo que los discapacitados estén imposibilitados de hacerlo por sí mismos.

En las SSTs, de 11 de octubre de 2012²⁵¹¹ y 24 de junio de 2013²⁵¹², y muchas otras, como indica Lora-Tamayo²⁵¹³, se ordena que “se aplique la curatela reinterpretada a la luz de la CDPD, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad”.

²⁵¹¹ Id Cendoj: 28079110012012100607

²⁵¹² Id Cendoj: 28079110012013100370

²⁵¹³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad...”, cit., p. 60.

2.- Posiciones doctrinales sobre la reforma legislativa

Respecto a la reforma legislativa a efectuar en España, en la doctrina hay dos posiciones. Una considera que la CDPD es compatible con las leyes sobre personas con discapacidad psíquica del derecho español, por lo que este no necesita reformas en profundidad y solo algunas adaptaciones. La otra, afirma la incompatibilidad de nuestro sistema con la Convención, por lo que hay que reformarlo para adaptarlo a la CDPD. Lo que se recoge con claridad en las Conclusiones del Curso Discapacidad y Autonomía de la Voluntad²⁵¹⁴, del CGPJ.

2.1.- Clásica

Martínez de Aguirre y Aldaz²⁵¹⁵ destaca que esta posición “cuenta a su favor con el importante respaldo proporcionado por la STS 282/2009, de 29 de abril”, que afirma “la compatibilidad entre nuestro sistema jurídico-privado relativo a la discapacidad mental o intelectual y las reglas de la Convención”.

Considera que en lo principal, nuestra legislación en materia de incapacitación y tutela se adapta a los postulados de la CDPD, toda vez que, a partir de la modificación que introdujo la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del CC en materia de tutela, el procedimiento de incapacitación tiene por principal finalidad la protección de la persona discapacitada para el ejercicio de sus derechos, con lo que se cumplen con creces los principios de protección de la CDPD. El procedimiento regulado en la LEC, arts. 756 y ss., establece el principio de verdad material, legitima al propio interesado para instar el procedimiento, a sus parientes próximos y al Ministerio Fiscal (MF), permite que el interesado se defienda en juicio y se oponga a la demanda, y en la fase probatoria se exige el examen personal del demandado por parte del juez, la audiencia de los parientes más próximos y la prueba que de oficio acuerde el juez. Y lo más importante, obliga al juez a pronunciarse sobre determinados derechos personalísimos: derecho al sufragio y testamento. Así como igualmente le obliga a graduar o pronunciarse sobre la extensión de la limitación de la capacidad. Nuestro ordenamiento

²⁵¹⁴ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Foro de Justicia y Discapacidad, *Curso Discapacidad y Autonomía de la Voluntad*, Toledo, 18 a 20 de abril de 2012, Conclusión sexta.

²⁵¹⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, cit. p. 27.

y también la CDPD mantienen que el juez debe ser restrictivo para privar de la capacidad de obrar. Y esto no viene mejorado en ningún aspecto por la CDPD²⁵¹⁶.

García Pons²⁵¹⁷ dice que la doctrina civilista clásica cree que hay que “conservar las instituciones tutelares y de guarda actuales (tutela, curatela, defensor judicial y guardador de hecho), así como el procedimiento de incapacitación, eso sí adaptando su régimen jurídico” a lo dispuesto en la CDPD y “desarrollando el sistema de curatela o asistencia como principal, adaptado a la persona con discapacidad en cada caso particular, con revisiones periódicas y con atención especial a la propia persona, sus preferencias e intereses”.

Rams Albesa²⁵¹⁸ mantiene la tesis de que la CDPD se refiere en exclusiva a la discapacidad que requiere curatela como regla general, adaptada a la persona, pero no trata de la incapacidad, para la cual puede ser adecuada la incapacitación y la tutela, que “con respeto pleno a las leyes y a la dignidad debida a las personas y más para aquellas que no pueden defenderse por sí mismas, tiene el valor de un acto de defensa del incapaz”. En gran parte coincide con Serrano García²⁵¹⁹, que mantiene la necesidad de “distinguir claramente entre discapacidad e incapacidad, porque la CDPD trata sobre los derechos de las personas con discapacidad”, que en su opinión son las que sufren una discapacidad no incapacitante.

Martínez de Aguirre y Aldaz²⁵²⁰ apunta que en “nuestro sistema jurídico-privado la situación de las personas afectadas por una discapacidad intelectual”, “es compatible con las previsiones de la CDPD”. Señala que es “un sistema dotado de un alto nivel de flexibilidad, que permite diseñar para cada persona afectada por una discapacidad psíquica un traje jurídico a medida de su capacidad real”. Su finalidad es la protección de la persona con discapacidad y está garantizado por la intervención judicial.

“Ciertamente, no es un sistema perfecto: presenta problemas en su aplicación práctica, y también en su diseño, que conviene resolver”, como “el excesivo recurso, más antes que ahora, a soluciones estereotipadas, no adaptadas a la situación y

²⁵¹⁶ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Foro de Justicia y Discapacidad, cit.

²⁵¹⁷ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., p. 140.

²⁵¹⁸ RAMS ALBESA, J., “Hombre y persona...”, cit., p. 251, 256, 283, 287-290.

²⁵¹⁹ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela. El artículo 223-II del Código Civil...*, cit., pp. 44-45; BERROCAL LANZAROT, A. I., “La curatela como institución de protección en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 732, julio-agosto 2012, pp. 2248 y ss.

GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., p.141.

²⁵²⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, cit. pp. 99-100.

capacidades reales de la persona con discapacidad psíquica”; o “la ausencia de un mecanismo legal de revisión periódica, y de oficio, de la situación del incapacitado judicialmente”.

El problema en la actualidad es fundamentalmente económico y de medios. Mientras llegan esos recursos se puede formar a la sociedad y a las familias; y utilizar los instrumentos jurídicos alternativos que ya tenemos, como poderes preventivos, autotutela o las instrucciones previas sanitarias²⁵²¹.

2.2.- Contemporánea

La otra postura entiende que existen graves vulneraciones de los derechos fundamentales de personas con discapacidad en leyes anteriores a la CDPD, que ignoran el nuevo modelo y que por lo tanto deben ser inmediatamente modificadas, como queda patente en los informes que cada año elabora el CERMI²⁵²², como organismo independiente de la sociedad civil de seguimiento de la aplicación de la CDPD. Especialmente se debe hacer un esfuerzo para cumplir el compromiso adquirido por el Estado con la ratificación de la CDPD en relación a la necesidad de reforma del procedimiento de modificación de la capacidad, lo que queda patente por el alto porcentaje de incapacidades totales. Es necesaria una buena exploración judicial y otra por parte del médico forense, que en la práctica dura media hora y suele ser superficial. Se sustituye la voluntad para todo y para siempre con el nombramiento de un tutor y eso no es necesario en todos los casos²⁵²³.

Destaca García Pons²⁵²⁴ que la doctrina mayoritaria, tanto civilista como en otros campos del derecho (administrativo, internacional, filosofía del derecho), y las personas con discapacidad y su movimiento asociativo, propugnan una reforma que establezca “un modelo social y de derechos basado en la CDPD, en el art. 12, en el sistema de apoyos a la capacidad jurídica que la misma establece; en planes de apoyo individualizados, con un gestor o responsable de los mismos, llámese asistente, curador o persona de apoyo, y en un sistema de graduación en la intensidad de los apoyos, de modo que estos se proporcionen en función de las características individuales de la

²⁵²¹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Foro de Justicia y Discapacidad, cit.

²⁵²² Según su página web (<<http://www.cermi.es/ES-ES/QUEESCERMI/Paginas/Inicio.aspx>>) el CERMI es la plataforma de representación, defensa y acción de la ciudadanía española con discapacidad, que se agrupan, para avanzar en el reconocimiento de sus derechos y alcanzar la plena ciudadanía en igualdad de derechos y oportunidades con el resto de componentes de la sociedad.

²⁵²³ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Foro de Justicia y Discapacidad, cit.

²⁵²⁴ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., pp. 141-142.

persona, atendiendo a sus preferencias y a las circunstancias del caso concreto, que tengan carácter temporal y revisiones periódicas, y que tiendan a proporcionar la debida autonomía de la persona”.

El apoyo intenso o representativo (representación legal) “a cargo de un representante autorizado o tutor” se usaría solo “para el supuesto más grave y extremo de discapacidad, perdurable en el tiempo, en que la persona de ningún modo puede actuar o valerse por sí misma, y en ocasiones ni manifestar su voluntad; pero, aun en tales casos se debe procurar una atención y apoyo personalizados, de forma que la persona con discapacidad pueda desarrollar en lo posible su propia personalidad y autonomía, en orden a una mejor calidad de vida”.

Varela Autrán²⁵²⁵ “rechaza la posibilidad de aprovechar la figura de la curatela, por ser una institución propia de la incapacitación judicial que a su vez choca con los principios de la Convención y está sujeta igualmente a revisión”.

Otros autores, como De Asís Roig, Barranco Avilés, Cuenca Gómez, Palacios Rizzo o Álvarez Lata y Seoane Rodríguez²⁵²⁶, “se muestran partidarios de un sistema de apoyos más flexible, variado y ajustado a las capacidades de la persona, cuya implantación eficaz necesita desplegar una serie de medidas que garanticen la autonomía de la persona y su protección a través de la actuación de los cuidadores y guardadores, medidas que, en síntesis, abarcan”:

“a) El establecimiento de las principios clave en esta materia, entre ellos, autonomía, presunción de capacidad, máxima conservación de esta, participación, protección (con carácter subsidiario), proporcionalidad, adecuación al fin e intervención mínima.

b) Diseño legal pormenorizado de los distintos métodos, respuestas y sistemas de apoyo.

c) Temporalidad, revisión y control periódico obligatorio de las medidas, así como individualización de las mismas.

d) Simplificación de los procedimientos y especialización de los órganos judiciales, dando preferencia a la jurisdicción voluntaria sobre la contenciosa.

²⁵²⁵ VARELA AUTRÁN, B., “La tutela ante la Convención”, cit., p. 69. GETE-ALONSO y CALERA, M^a. C., “Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad...”, cit., p. 95.

²⁵²⁶ DE ASÍS ROIG, F., BARRANCO AVILÉS, M^a C., CUENCA GÓMEZ, P., Y PALACIOS RIZZO, A., “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención...”, cit., pp. 29-31; ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., pp. 59-63.

e) Principio de actuación conjunta en la toma de decisiones, facilitando la intervención de la persona con discapacidad en dicho proceso, acompañado de medidas que permitan la recuperación de la capacidad, y desde luego la expresión de su autonomía y preferencias, con criterios claros para el ejercicio de los derechos personalísimos.

f) Definición legal de un margen de capacidad para la realización de actos patrimoniales de naturaleza cotidiana”.

Así, concluye García Pons²⁵²⁷ que todo esto supone un cambio legislativo importante. Hasta ahora, “el ámbito de la representación y asistencia legal determinaba por exclusión la esfera reservada a la posible actuación individual de la persona con discapacidad. En lo sucesivo será al revés: será el ámbito de capacidad jurídica de la persona, y la consiguiente potenciación de la misma, de su autonomía personal y autodeterminación, el que delimite la concreta actuación de los mecanismos de apoyo que se instauren”.

Para todo ello “se requerirá una mayor presencia, actuación y adaptación de los órganos judiciales, jueces y tribunales, del MF, de la Administración Pública, de los funcionarios encargados de la seguridad jurídica preventiva, notarios y registradores, de los profesionales del derecho y, en definitiva, de la sociedad en general”.

Parece que el TS se alineaba con la tesis conservadora (STS, de 29 de abril de 2009²⁵²⁸), aunque va evolucionando; y la Fiscalía General del Estado, con la reformista Instrucción 3/2010²⁵²⁹.

3.- Informe del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010

El 30 de marzo de 2010 el Consejo de Ministros aprobó el “Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”²⁵³⁰.

²⁵²⁷ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., pp. 142-143.

²⁵²⁸ TOL 1.514.778

²⁵²⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Foro de Justicia y Discapacidad, cit.; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción nº 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

Consultada en:

<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Instruccion_3_10.pdf?idFile=389240c8-6daa-45be-8f72-613866093664>

²⁵³⁰ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, 30 de marzo de 2010. Consultado en:

Este Informe visto desde el transcurso de más de una decena de años y la reforma que propugnaba, no suponía el cambio profundo que exige la CDPD, no derogaba el sistema de incapacitación sustituyéndolo por otro de apoyos ni modificaba sustancialmente todos los ámbitos a los que afecta el art. 12 CDPD. Se limita a propugnar unos cambios terminológicos, de forma, y no a cambiar el fondo, solo retoca el sistema vigente para hacerlo más presentable. Sus pronunciamientos siguen viendo la incapacidad desde un punto de vista médico más que desde el de los DDHH, y además, a pesar del trabajo interministerial y de sus buenas intenciones, sigue sin haberse producido la adaptación necesaria²⁵³¹.

3.1.- Antecedentes y justificación

En ellos se dice: “El Consejo de Ministros aprobó el 10 de julio de 2009, a propuesta de la Ministra de Sanidad y Política Social, la creación de un grupo de trabajo interministerial para realizar un estudio integral de la normativa española con el objetivo de adaptarla a las previsiones de la Convención de la ONU de los derechos de las personas con discapacidad.”.

La CDPD “no establece nuevos derechos pero prevé medidas de no discriminación y de acción positiva. Los Estados deberán implantarlas para garantizar a las personas con discapacidad sus derechos en igualdad de condiciones. España ratificó este documento el 30 de marzo de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

La Convención supone un cambio radical en el concepto y aplicación de los derechos de las personas con discapacidad, ya que presenta una elaboración detallada de esos derechos y un código de aplicación. Sus principios generales ya estaban recogidos en los enunciados de la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y

<<http://sid.usal.es/libros/discapacidad/23551/8-4-1/informe-sobre-las-medidas-necesarias-para-la-adaptacion-de-la-legislacion-a-la-convencion-de-la-onu-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacida.aspx>>

²⁵³¹ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 40. “Estos informes consideran las medidas de modificación de la capacidad de obrar como medidas restrictivas”, continúan con la “posibilidad de limitar o incluso de anular, excepcionalmente, la capacidad jurídica cuando concurren las mismas causas establecidas en la legislación vigente, que son causas centradas en las deficiencias individuales; abogan por el mantenimiento de las figuras tradicionales de la tutela y la curatela, aunque reguladas “en el marco global del apoyo”; y, eso sí, se incide en la necesidad ya contemplada en la legislación española, pero incumplida en la práctica, de que las sentencias de “modificación de la capacidad de obrar” detallen las áreas en las que la persona “no puede adoptar decisiones” y en la obligación de respetar los derechos y deseos de la persona y de introducir vías para el control periódico y de oficio”.

accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Sin embargo, la Convención supone un cambio en el concepto de discapacidad, ya que pasa a considerarla como una cuestión de derechos humanos y no como una preocupación en materia de bienestar social.”²⁵³².

“Es [...] obligación de los poderes públicos contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, [...]

Estos ajustes deberían hacerse desde un enfoque de globalidad para que la Convención alcance a todos los sectores del derecho positivo español (civil, penal, procesal, mercantil, laboral, administrativo, etc.). De ahí, la necesidad de la creación de dicho grupo de trabajo con un marcado carácter transversal”.

El estudio realizado “concluye con la necesidad de elaborar diversas modificaciones normativas en las materias que se indican y en el sentido apuntado, con el objetivo de adaptar nuestra normativa vigente a las previsiones de la Convención.”²⁵³³.

3.2.- Competencias del Ministerio de Justicia

“En el ámbito competencial propio del Ministerio de Justicia, la Convención establece varias exigencias que afectan principalmente a cuestiones de Derecho Civil y de Derecho procesal, a destacar las siguientes:

- La igualdad en el reconocimiento como personas ante la ley (art. 12 de la Convención).
- La igualdad en el acceso a la justicia (art. 13 de la Convención).
- El respeto del hogar y la familia y la igualdad de trato en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia y la paternidad (art. 23 de la Convención).

En atención a los cambios que habrán de abordarse, se estudia el impacto de la Convención sobre las siguientes normas: CC, CCom, LEC, LRC, LN, LH, La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ), Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, CP, Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), EOMF”²⁵³⁴.

Nos centraremos en los que se refieren a las materias objeto de este trabajo.

²⁵³² MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., p. 4.

²⁵³³ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., pp. 5-6.

²⁵³⁴ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., pp. 12-13.

3.3.- Efectos de la CDPD en la capacidad jurídica

3.3.1. - Adaptación necesaria

“Bajo el rótulo “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, el art. 12 de la Convención engloba en la capacidad jurídica la capacidad de obrar, a la vez que exige a los Estados Partes reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Para la efectividad de este reconocimiento deberá proporcionarse a la persona con discapacidad los apoyos necesarios en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este planteamiento hace necesario reemplazar el tradicional modelo de sustitución en la toma de decisiones por un modelo de apoyo en la toma de decisiones.

En la necesaria evaluación del grado de correspondencia entre la Convención y la legislación nacional preexistente, se ha de constatar que el conjunto de derechos humanos proclamados en los numerosos instrumentos de Naciones Unidas ya forman parte del ordenamiento jurídico español.

El TC, en Sentencia de 9 de octubre de 2002²⁵³⁵, declara que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad, y se pronuncia sobre la adecuación a la norma constitucional de las disposiciones del CC y de la LEC relativas a la incapacitación y al proceso sobre la incapacidad de la persona.

El TS, en Sentencia de 29 de abril de 2009²⁵³⁶, ha señalado que la normativa sobre incapacitación, interpretada conforme a la citada sentencia constitucional, es conforme con la Convención, siempre que se tenga en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección y no una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características propias. Todo ello con independencia del nombre con el que el legislador acuerde identificar esta medida de protección.

No obstante, es necesario adaptar al espíritu, y también a la terminología de este texto internacional, la legislación sustantiva y procesal interpretada por la jurisprudencia, a fin de garantizar que la modificación de la capacidad de obrar de las

²⁵³⁵ BOE-T-2002-20593

²⁵³⁶ Id Cendoj: 28079110012009100273

personas que no están en condiciones de gestionar por sí solas sus intereses sea la estrictamente necesaria para su adecuada protección y cumpla los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido. Igualmente, ha de insistirse en garantizar el respeto a los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad y, en particular, que las medidas de apoyo en la toma de decisiones y protección establecidas en su beneficio se articulen tomando en consideración sus deseos y preferencias.

Con carácter previo, y en relación con la modificación de la capacidad de obrar, cuando consista en anular el ejercicio de la capacidad jurídica y otorgarla a un tercero, que actuará en representación de la persona con discapacidad, debe quedar limitada a las situaciones excepcionales que lo justifiquen.

También conviene destacar el criterio legal y doctrinal consistente en señalar que las facultades y acciones de carácter personal y los derechos de la personalidad no se pueden ejercitar por representante, lo que lleva a concluir que la modificación de la capacidad de obrar declarada no debe afectar al ejercicio de los derechos de la personalidad, en tanto la persona con discapacidad cuente con una capacidad natural para su normal ejercicio.

Las modificaciones a introducir en los Títulos IX y X del Libro Primero de CC, además de profundizar en el sistema de graduación de la capacidad iniciado con la Ley 13/1983, han de incidir en la exigencia de proporcionalidad y adecuación de las medidas de apoyo a las circunstancias individuales de la persona con capacidad modificada para proteger sus intereses concretos. Proporcionalidad y adaptación que deberán reflejarse en la extensión e intensidad del contenido de la medida y en su duración. La referencia concreta a estos elementos tiene implicaciones prácticas en la ley procesal en cuanto obliga al juez a pronunciarse sobre los mismos en la sentencia judicial que modifique la capacidad de obrar.

Con la finalidad de mejor garantizar el respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual, también deberán modificarse aquellos preceptos que contienen los principios rectores del desempeño de las funciones de apoyo en la toma de decisiones y de protección de las personas con capacidad de obrar modificada para explicitar el respeto de sus derechos, su voluntad y preferencias y, también, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida.

La regulación de las figuras del tutor y curador debe efectuarse en el marco global de “apoyo” previsto en la Convención para asegurar que existan medidas flexibles y

adaptables a las necesidades concretas de quien las precisa, con la menor intervención posible en los derechos y la autonomía de aquellas personas que en determinadas circunstancias no pueden valerse por sí mismas. Conviene introducir referencias explícitas a la “persona de apoyo, o de apoyo en la toma de decisiones” para mejor resaltar en todas las figuras de protección y guarda su dimensión potenciadora de las capacidades de quien no puede adoptar determinadas decisiones por sí mismo.”²⁵³⁷.

3.3.2.- CC

“El art. 12.5 de la Convención obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas que sean necesarias para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a ser propietarias, heredar bienes y a controlar sus propios asuntos económicos, en igualdad de condiciones con las demás.

Por su parte, el art. 23.1 reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad a contraer matrimonio y a formar una familia en igualdad de condiciones con las demás, así como a decidir libremente el número de hijos que quieran tener. [...]

A partir de estos preceptos se ha de analizar la necesidad de ajustar los ámbitos que se apuntaron regulados en el CC.”²⁵³⁸.

3.3.2.1.- Heredar

En relación con la capacidad para heredar, “según establece el art. 744 del CC, pueden suceder aquellos que no estén incapacitados por la ley y, según el art. 996, si la sentencia de incapacitación no dispusiera otra cosa, el sometido a curatela podrá, asistido de curador, aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario.

De este modo, debe entenderse que el CC no prohíbe heredar ni a las personas con discapacidad ni a los incapacitados judicialmente. Ahora bien, la adquisición de una herencia exige que el heredero acepte la herencia, acto para el cual el CC sí exige la plena capacidad de obrar. Por ello, según el CC, habrá que estar a lo que disponga la sentencia de incapacitación, y si no dispusiese lo contrario, se entenderá que permite al incapacitado aceptar la herencia con la asistencia del curador, o en su caso, al tutor como representante legal del incapacitado (el cual, según el art. 271.4º, necesitará

²⁵³⁷ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., pp. 13-15.

²⁵³⁸ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., p. 15.

además autorización judicial para aceptar la herencia sin beneficio de inventario o para repudiarla).

Nuestra legislación vigente respeta por tanto el derecho a heredar de las personas con discapacidad [...]

Por tanto, no resulta necesaria ninguna reforma de la legislación vigente, salvo, en su caso, las adaptaciones terminológicas que pudieran requerirse en caso de introducirse una nueva figura de apoyo al incapacitado, así como las que implicaría la posible sustitución del término “incapacitado” por “persona con capacidad modificada”²⁵³⁹.

3.3.2.2.- Testar

Respecto a la capacidad para testar, “aunque la Convención no se refiere al acto jurídico de testar con carácter expreso, la capacidad para testar aparece unida a la capacidad para heredar y plenamente conectada con el derecho de las personas a ser propietarias y a controlar sus propios asuntos económicos.

En nuestro derecho, el art. 662 del CC permite testar a quienes la ley no lo prohíbe expresamente, y el art. 663 establece la incapacidad para testar de aquél “que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”. Por último, el art. 665 precisa que en aquellos casos en que la sentencia de incapacitación no precise nada acerca de la capacidad para testar, si el incapacitado quiere otorgar testamento, tendrá que acudir al Notario para que éste designe a dos facultativos para que le reconozcan y le autoricen en su caso, respondiendo de su capacidad.

En resumen, no todas las personas con discapacidad ni incapacitadas tienen prohibido testar. Respecto de los incapacitados judicialmente, puede ocurrir que la sentencia haya establecido una prohibición al respecto o puede ocurrir que no diga nada, en cuyo caso se permitirá al incapacitado testar en las condiciones del art. 665.

Por ello, no resulta necesario llevar a cabo ninguna modificación de fondo en este aspecto, si bien sí cabría articular alguna medida de apoyo al incapacitado para que pudiera testar con su asistencia. Por último, de nuevo serían pertinentes ciertas adaptaciones terminológicas, tanto por lo que se refiere a las menciones sobre la

²⁵³⁹ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., pp. 15-16.

“incapacitación”, como en relación con el término “cabal juicio”, demasiado abierto e indeterminado.”²⁵⁴⁰.

3.3.2.3. - Matrimonio

En cuanto a la capacidad para contraer matrimonio, “el art. 56 del CC permite contraer matrimonio a quienes acrediten reunir los requisitos de capacidad establecidos en dicha norma (arts. 44 y ss.) y precisa que *“si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento”*”.

En consecuencia, el CC no prohíbe contraer matrimonio a las personas con discapacidad ni a todos los incapacitados”.

“Encaja por tanto plenamente nuestra normativa con la Convención [...] en la medida en que ésta reconoce el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio “sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”²⁵⁴¹.

3.3.2.4.- Tener hijos y ejercer la patria potestad

Sobre la capacidad para tener hijos y ejercer la patria potestad, “nada dice el CC, debiendo remitirnos en este aspecto a lo que establece el CP, cuyo art. 156 (declarado constitucional por la Sentencia 215/94 de 14 de julio), contempla la posibilidad de esterilizar a personas incapacitadas que adolezcan de graves deficiencias psíquicas. Una regulación que debe revisarse a la luz de la Convención y en concreto del derecho de las personas con discapacidad a mantener su fertilidad, previsto en el art. 23.1 c) de la Convención.”.

Al respecto, habría que apuntar que el art. 156 CP fue modificado por la Disp. adic. primera de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal²⁵⁴² en el sentido siguiente:

Art. 156 CP: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley,*

²⁵⁴⁰ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., pp. 16-17.

²⁵⁴¹ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., p. 17.

²⁵⁴² BOE-A-2015-3439

esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.”.

Disp. adic. primera Ley Orgánica 1/2015: *“La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento.”.*

El informe continúa señalando: “debemos referirnos a la capacidad de las personas que tienen una discapacidad para ejercer la patria potestad sobre sus hijos. El art. 156 establece que la patria potestad se ejercerá por ambos progenitores conjuntamente o por uno solo con el consentimiento del otro, y el art. 157 contempla el ejercicio de la patria potestad por el menor no emancipado. A este respecto establece que éste ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de los padres y, a falta de éstos, de su tutor o, en caso de desacuerdo o imposibilidad, con la del juez.

Nada se establece sin embargo en relación con el ejercicio de la patria potestad por los incapacitados. Por ello, ante la laguna legal existente en esta materia, resulta pertinente añadir un nuevo art. en el que se haga referencia a dicho derecho con las limitaciones que se establecen en el art. 157 para los menores no emancipados.”²⁵⁴³.

3.3.3.- CCom

²⁵⁴³ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., pp. 17-18.

“Las normas de capacidad del CCom están estrechamente ligadas a las que contiene el CC y a la reforma que de estas se pueda llevar a cabo”.

En este sentido, el art. 5 dispone que *“Los menores de dieciocho años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieran ejercido sus padres o sus causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, o tuvieran alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio”*.

“La consideración de este precepto a la luz de las disposiciones de la Convención obligarían a su modificación terminológica, pero también habría de incidirse en que la sentencia de incapacitación o modificación de la capacidad, que habría de pronunciarse sobre este aspecto concreto. [...]

La previsión del art. 5 del CCom debe destacarse que no lleva a que después se incluya a las personas incapacitadas entre las que se impide el ejercicio de la profesión mercantil (art. 14). [...]

Finalmente, en las normas de contratación mercantil del CCom no hay previsiones específicas sobre la capacidad, salvo por remisión a las normas de capacidad general del mismo texto legal (por ejemplo, el art. 282 en relación con el factor).”²⁵⁴⁴.

3.3.4.- LEC

Respecto al impacto de la CDPD sobre la LEC, “Los preceptos de la Convención que aquí interesa ponderar son también art. 12, relativo al igual reconocimiento como persona ante la ley, art. 13, sobre el acceso a la justicia, y arts. 8 (toma de conciencia) y 9 (accesibilidad) [...]

Las reformas del CC mencionadas en [...] este informe han de quedar reflejadas en el Título I del Libro IV de la LEC cuyas disposiciones también deben ser adaptadas a la Convención. Particular atención requiere la regulación del proceso de modificación de la capacidad de obrar en cuanto ha de encauzar la actuación procesal de los operadores jurídicos para llegar a una sentencia que, en primer lugar, gradúe las áreas de la esfera personal y patrimonial de la persona con capacidad modificada sobre las que ésta no puede adoptar decisiones y determinar los actos o categoría de actos que no puede

²⁵⁴⁴ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., p. 18.

realizar por sí sola, sobre la base de que ésta sólo verá restringido el ejercicio de los derechos que expresamente conste en la sentencia y, en segundo lugar, deberá establecer la figura o medidas de apoyo en la toma de decisiones en las áreas o actos en que lo necesite la persona cuya capacidad de obrar se modifica. También, deberá estudiarse la oportunidad de introducir previsiones para, cuando el juez considere temporal la causa que impide a la persona gobernarse por sí misma, pueda precisar en la sentencia la duración de la medida de apoyo acordada y someter a revisión periódica la necesidad de prorrogar, variar o dejar sin efecto la modificación de la capacidad, todo ello de conformidad con el art. 12.4 de la Convención.

En la regulación del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar deberán subrayarse las siguientes premisas consolidadas por la doctrina y la jurisprudencia. En primer lugar, conforme al principio recogido en el art. 10 de la Constitución y en los principios generales de la Convención relativo al respeto de la dignidad inherente de la persona, toda restricción de la capacidad de obrar ha de ser interpretada de forma restrictiva. En segundo lugar, la discapacidad sólo puede ser causa de modificación de la capacidad de obrar, si impide a la persona autogobernarse. En tercer lugar, la inaptitud para el autogobierno es circunstancial en el sentido de que, para su determinación, habría que ponderar lo que hace ordinariamente la persona con discapacidad, lo que necesita hacer y lo que no puede hacer por sí misma; si de esa ponderación resulta que la persona con discapacidad necesita hacer o procurarse algo que no puede hacer o procurarse por sí misma, ésta será el área de falta de autogobierno que ha de ser complementada por la particular figura o la medida de apoyo. [...]

Por lo demás, y en relación con el art. 13 de la Convención, se entiende que la LEC garantiza la accesibilidad en las actuaciones jurisdiccionales, al prever medidas como facilitar la constitución del juzgado fuera de la sede judicial, proceder al interrogatorio domiciliario (art. 311), la utilización de los medios técnicos, electrónicos, etc. (art. 135), facilitar el acceso a libros, archivos y registros judiciales (art. 141), utilizar un lenguaje que facilite la comprensión, facilitar las circunstancias que permitan la presencia de la parte (art. 414), ajustar las reglas de interrogatorio (arts. 301 a 316), facilitar la intervención de intérprete (art. 143) y permitir la grabación de la audiencia o vista o suspenderla hasta que se pueda realizar con todas las garantías, conceder una

atención específica para intervenir como testigo (arts. 360, 361, 364), y como perito (arts. 340, 346).”²⁵⁴⁵.

3.3.5.- LRC

Recientemente, se aprobó la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el RC, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, LPPD.

La LRC utiliza una terminología adaptada a la empleada en la Convención. Así, el art. 1, al relacionar los hechos inscribibles en el RC, en su número 5º alude a las “modificaciones judiciales de la capacidad de las personas”, expresión también reiterada en el art. 38.1º y en el art. 46.

No obstante, el citado art. 38, en la enumeración de anotaciones a realizar a petición del MF o de cualquier interesado, en su número 6º se refiere a la existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz. No parece que el empleo del término en este contexto sea contrario a la Convención, pues alude a una presunción que, cuando quede confirmada por sentencia judicial, daría lugar al empleo de la expresión “modificación judicial de capacidad” utilizada en esta Ley.”²⁵⁴⁶.

3.3.6.- LN

“La LN, en su art. 10.3 exige para el ingreso en el Notariado reunir, entre otras condiciones, no encontrarse comprendido en ninguno de los casos que incapacitan o imposibilitan para el ejercicio del cargo de Notario. En su art. 38 alude a los casos, entre otros, de inhabilitación o incapacidad de un Notario, a efectos de señalar las actuaciones para la custodia de los protocolos del Notario incapacitado o inhabilitado.

No parece que el empleo del término incapacidad en el contexto de esta ley resulte contrario a la Convención, pues sólo quedaría excluido quien no puede ejercer el cargo.

El término incapacidad es un concepto en permanente evolución que, unido a las políticas y programas sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, exigirá una actualización permanente de las normas reglamentarias a efectos de determinar la discapacidad concreta que imposibilite el ejercicio del cargo de

²⁵⁴⁵ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., pp. 18- 19.

²⁵⁴⁶ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., pp. 19-20.

Notario; actualización que deberá efectuarse conforme a los principios generales de la Convención enunciados en su art. 3, concretamente, respecto a la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad y la igualdad de oportunidades.

El RN, al desarrollar el art. 10.3 de la Ley, establece que carecen de aptitud para ingresar en el Notariado “los impedidos física o psíquicamente para desempeñar el cargo” (art. 7.1).

Las consideraciones respecto a la LN son extensivas a este precepto reglamentario.

El art. 182, (tras la reforma del RN por el RD 45/2007, de 19 de enero) establece que son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura “las personas con discapacidad psíquica, los invidentes, los sordos y los mudos”.

Este art. contraviene el espíritu de la Convención, pues pudiera considerarse como una especialidad del acceso a la justicia contemplada en el art. 13.1 y, además, no responde a la realidad de algunas de las discapacidades mencionadas.”²⁵⁴⁷.

Este art. ha sido modificado por el RD 1276/2011, que dice: “1.º *Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere*”; en definitiva, las personas que carezcan de la capacidad natural suficiente para entender, querer y poder testificar, acerca del acto o contrato, lo cual dependerá de sus condiciones psíquicas y también de la naturaleza o complejidad del acto o contrato.

3.3.7.- LOTJ

“Entre las cuestiones de posible incidencia de la Convención sobre el ordenamiento jurídico español figura el requisito de capacidad que la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, en su art. 8.5 establece para ser jurado (*“no estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de Jurado”*).

Se trata de un precepto genérico e inconcreto, que puede permitir interpretaciones restrictivas.”²⁵⁴⁸.

²⁵⁴⁷ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., pp. 20-21.

²⁵⁴⁸ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., p. 36.

“En relación con esta regulación, el propósito será el de declarar la capacidad para ser jurado de las personas incapacitadas, a menos que su situación lo impida, y que a tal fin se les proporcionarán los apoyos materiales y humanos necesarios.”²⁵⁴⁹.

La LO 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones²⁵⁵⁰, modificó la LOTJ en el sentido que luego veremos. Respecto al art. 8.5, modifica su redacción garantizando la participación de las personas con discapacidad en esta institución sin exclusiones: *“Son requisitos para ser jurado:*

5. Contar con la aptitud suficiente para el desempeño de la función de jurado. Las personas con discapacidad no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado, debiéndoseles proporcionar por parte de la Administración de Justicia los apoyos precisos, así como efectuar los ajustes razonables, para que puedan desempeñar con normalidad este cometido.”.

3.3.8.- CP

“En el informe se parte de dos principios. En primer lugar, el de que la definición de persona con discapacidad que se recoge en la Convención debe ser considerada con carácter general en todo el Código Penal y eliminarse todo término peyorativo como “incapaz”, “minusválido” o alusiones a “la enfermedad o situación”, que habrían de ser sustituidos en todo caso por los de “personas con discapacidad”. En segundo lugar, que debe “darse idéntica protección penal a la persona con discapacidad que a los menores, por estar ambos incluidos en el ámbito de máxima vulnerabilidad”, de suerte que “toda norma referida a la protección de menores deberá a continuación referirse a las “personas con discapacidad”. Ambas pretensiones exigen de algunas matizaciones.

De una parte, la amplitud de la definición anteriormente reseñada no permite su traslación sin más en todos los supuestos al CP en la medida en que bajo la misma pueden encontrar acogida situaciones cualitativamente muy diferentes en cuanto, por ejemplo, al desvalimiento, por lo que parece aconsejable acudir en ocasiones, como se verá, a otra terminología. Esto es así porque no toda persona con discapacidad se encuentra en una situación de máxima vulnerabilidad. [...]

²⁵⁴⁹ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., p. 21.

²⁵⁵⁰ BOE-A-2017-14689

Por otro lado, subsiste en el CP el uso de la expresión minusválido. Sin embargo, a este respecto, la decisión que adoptó el legislador se contiene en la Disp. adic. octava de la LAAD a las personas en situación de dependencia. Se establece allí que las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad», de manera que así ha de ser, a todos los efectos, en los casos en que aparecen tales expresiones en el CP.”²⁵⁵¹.

3.3.9.- Proceso penal

Atendiendo al impacto de la CDPD sobre los derechos de acceso y participación en el proceso penal, en la capacidad para denunciar y para querellarse, acceso al proceso penal como imputado, como testigo y como perito, “En general, en estos supuestos la ley española no plantea ninguna restricción contraria a la Convención, sin perjuicio de que pueda preverse un sistema de apoyos que permita el correcto ejercicio de las personas con discapacidad de sus derechos.”²⁵⁵².

3.3.10.- Otros

Respecto a la LRC, LH, EOMF y normativa en materia de asistencia jurídica gratuita, no resulta necesaria su modificación.

4.- Adaptación legislativa efectuada

La modificación normativa se basa en el art. 4 CDPD y como la CDPD forma parte del ordenamiento interno español, es necesaria la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que recoge²⁵⁵³.

En cumplimiento de este mandato que afecta a todos los sectores del derecho español, se han realizado las adaptaciones normativas a la CDPD, que veremos a continuación.

²⁵⁵¹ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., pp. 24- 25.

²⁵⁵² MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias...”, cit., p. 36.

²⁵⁵³ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., p. 108.

4.1.- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia

La LAAD (Ley de dependencia) se promulgó en el mismo mes y año que la Convención y solo un día después de esta.

Si bien no es consecuencia directa de la misma, sí que participa de su espíritu y contribuyó a que se fueran incorporando los principios que aquella proclama a nuestro derecho interno.

El CERMI²⁵⁵⁴ destaca que “sobre este ámbito se quiso construir fallidamente, el cuarto pilar del Estado del Bienestar con la Ley 39/2006. Este nuevo sistema de protección generó grandes expectativas”, pues parecía que “permitiría una respuesta integral y suficiente a las necesidades de las personas con discapacidad, pero la realidad no ha respondido, pues ni la financiación ni el nivel ni la calidad e intensidad de las prestaciones ha supuesto un verdadero salto de bienestar, ni la coordinación con las CCAA ha sido mínimamente razonable, y, por si fuera poco, se ha implantado un criterio de cofinanciación por los beneficiarios”, denunciando su “inequidad y asimetría”.

“A la insuficiencia del sistema se suman los retrasos en el reconocimiento de las ayudas que define la Ley 39/2006. Los retrasos en la valoración de la situación de dependencia, así como en el reconocimiento de los derechos es una constante.”. Fallecen miles de personas esperando las ayudas que reconoce la LAAD.

4.2.- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD

La Ley 26/2011 modifica diversas leyes de diferentes materias: comunicación, sanidad, empleo, accesibilidad, protección civil, cooperación internacional, seguros, comercio electrónico, carrera militar, contratos del sector público, integración social, o el mismo concepto de discapacidad que contenía la LIONDAU²⁵⁵⁵, incorporando la definición de persona con discapacidad contenida en el art. 1 CDPD.

²⁵⁵⁴ CERMI, “Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2016”, L. Cayo Pérez Bueno/A. Peláez Narváez (dir.), *Colección Convención ONU n° 19*, ed. Cinca, Madrid, 2017, pp. 231-232.

²⁵⁵⁵ Art. 1.2 LIONDAU: “A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

4.2.1.- Preámbulo

El Preámbulo dice:

“La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU). Ambos son tratados internacionales que recogen los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los Estados Partes de promover, proteger y asegurar tales derechos.

Resultado de un largo proceso en el que participaron varios actores: Estados miembros y Observadores de la ONU, Cuerpos y organizaciones de especial relevancia de la ONU, incluido el Relator Especial sobre Discapacidad, Instituciones de derechos humanos nacionales, y Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias, muy señaladamente las españolas, esta Convención supone la consagración del cambio de paradigma del enfoque de las políticas sobre discapacidad. Supera definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad para abordar una basada en los derechos humanos.

Se pasa así a considerar a las personas con discapacidad plenamente como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social.

En este sentido, la Convención, situando de modo integral a las personas con discapacidad como sujetos de derecho, establece que sus demandas y necesidades

La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.”.

Art. 1.2 Ley 26/2011: “Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial, contempladas en esta Ley serán de aplicación a las personas con discapacidad, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. En todo caso, las Administraciones públicas velarán por evitar cualquier forma de discriminación que afecte o pueda afectar a las personas con discapacidad.

Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.”.

deben ser cubiertas de forma que puedan alcanzar la igualdad de oportunidades con respecto al conjunto de los ciudadanos. Y, tomando en consideración la perspectiva de las capacidades diferenciadas y la diversidad funcional de una importante parte de la población mundial, que se estima en 650 millones de personas, un diez por ciento de los seres humanos, se pretende adicionalmente incorporar a la sociedad su talento y sus valores.

Para ello se establecen como principios generales el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual –incluida la libertad para tomar las propias decisiones–, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana.

La discapacidad queda configurada como la circunstancia personal y el ecosistema social resultante de la interacción del hecho diferencial de algunas personas con un entorno inadecuado por excluyente en tanto en cuanto que establecido según el parámetro de persona «normal». En ese sentido, una sociedad abierta e inclusiva ha de modificar tal entorno solidariamente para acoger a las personas con discapacidad como elementos enriquecedores que ensanchan la humanidad y le agregan valor y debe hacerlo tomando en consideración la propia intervención de las personas con capacidades diferenciadas. Para ello, adicionalmente, la Convención se constituye en el primer tratado internacional que regula la importancia de la participación de la sociedad civil.

España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. A partir de este momento, y conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución Española de 1978, forma parte del ordenamiento interno, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge.

El texto constitucional, al regular en su artículo 49 la atención a las personas con discapacidad, se inspiró en el modelo médico o rehabilitador, predominante en el momento de su aprobación, el cual consideraba la discapacidad como un problema de la persona, causado directamente por una enfermedad, accidente o condición de su salud, que requiere asistencia médica y rehabilitadora, en forma de un tratamiento individualizado prestado por profesionales. La presente Ley, de acuerdo con la

Convención, supera este modelo médico asumiendo la perspectiva social y de derechos y capacidades, que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social.

La modificación normativa objeto de la presente Ley encuentra su fundamento en el artículo 4 de la Convención, en virtud del cual los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.

Así, por Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, se aprobó el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y se encomendó a diversos departamentos ministeriales que, en el ámbito de sus competencias, impulsasen las reformas comprometidas en tal Acuerdo.

En tal sentido han de tomarse en todo caso en consideración el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo artículo 10 establece que «en la definición e implementación de sus políticas y actividades, la Unión debe tener como objetivo combatir la discriminación basada en motivos sexuales, raciales, de origen étnico, religión o credo, discapacidad, edad u orientación sexual», y la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 23 de diciembre de 2010 por la que la Unión ratificó la Convención.

La presente Ley, por tanto, ahonda en el modelo social de la discapacidad, cuyo precedente inmediato sería la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, pero da un decidido impulso reformador en el sentido de salvaguardar los derechos de tales personas con el objetivo de favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva.

El objetivo de esta Ley es imprimir este nuevo impulso para alcanzar el objetivo de adecuación concreta de la regulación en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la Convención, recogiendo las pertinentes adaptaciones en su articulado.

Para ello, se modifican distintos artículos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, destacando el ajuste de la definición legal de «persona con discapacidad» a la contenida en la Convención. [...]

Esta norma ha sido informada favorablemente por el Consejo Nacional de la Discapacidad, en el que participan las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias.”.

4.2.2.- Disposiciones

Son especialmente interesantes, significativas y trascendentes dos disposiciones de la Ley 26/2011:

1.- La Disp. adic. séptima, con título: *“Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones”*, que daba al Gobierno un año para elaborar un proyecto de ley que adaptara nuestro ordenamiento jurídico al art. 12 CDPD.

Cambia la denominación del antiguo proceso de incapacitación, que pasó a llamarse *“proceso de modificación de la capacidad de obrar”* por la Ley 1/2009, y ahora se denomina *“proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”*.

2.- La Disp. fin. segunda, bajo el título de *“Autorización al Gobierno para la refundición de textos legales”*, anuncia igualmente que: *“El Gobierno elaborará y aprobará, antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un texto refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones; en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”*.

Esta Disp. fin. segunda es resultante de la redacción dada por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, en su Disp. fin. quinta²⁵⁵⁶, que varió la redacción originaria en un punto: donde antes decía *“en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley”*

²⁵⁵⁶ BOE núm. 311, de 27 de diciembre de 2012.

ahora dice “antes del 31 de diciembre de 2013”, porque cumplido el plazo legal, la delegación no se puede entender vigente de modo indefinido por el art. 82.3 CE²⁵⁵⁷.

Pero no modifica la Disp. adic. séptima de la Ley 26/2011, por lo que se mantiene el plazo y la redacción originaria, no parece lógico que no se cambiara para ella también el plazo al 31 de diciembre de 2013.

La obligación del Gobierno de remitir a las Cortes el proyecto de ley de adaptación normativa al art. 12 CDPD reviste gran importancia ya que ambas iniciativas legislativas deben coordinarse, hay que compatibilizar las legislaciones administrativa, laboral y de Seguridad Social, civil y procesal sobre personas con discapacidad para que no existan contradicciones²⁵⁵⁸.

Como sabemos, se ha incumplido el plazo y lo que es peor, el mandato.

4.3.- RD 1276/2011, de 16 de septiembre de adaptación normativa a la CDPD

Por lo que se refiere al RD 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la CDPD, su objetivo, según el Preámbulo, es “*adecuar la regulación reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención, en la línea marcada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto*”; comprende también diversas materias, el transporte, acceso a las nuevas tecnologías, protección civil, sanidad o la función testifical de las personas con discapacidad en el ámbito de la actividad notarial.

Así, modifica el art. 182.1º RN, que dice: “*Son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura:*

1.º Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere.”.

Cabe reseñar la Disp. adic. primera: “*Designación de mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar en España la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, que dice: “*Sin perjuicio de las funciones del Defensor del Pueblo como Alto Comisionado para la defensa de los derechos humanos. y a los efectos del número 2 del artículo 33 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se designa al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), en tanto que asociación de*

²⁵⁵⁷ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., pp. 109-110.

²⁵⁵⁸ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., p. 110.

utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad, como mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España del citado Tratado internacional”.

Con lo que reconoce al CERMI, como representante del mundo de la discapacidad, lo que es importante a efectos de la vigilancia del cumplimiento de la CDPD por parte del Estado español, y a su participación en las políticas oficiales respecto a las personas con discapacidad, según el diálogo civil²⁵⁵⁹.

4.4.- RD 1/2013, de 11 de enero

El RD 1/2013, de 11 de enero, por el que se modifica el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad aprobado por RD 946/2001, de 3 de agosto. Su Exposición de motivos dice que su promulgación tiene el mismo fundamento que la Ley 26/2011, que es el cumplimiento del art. 4 CDPD.

Una de las novedades del Real Decreto 1/2013, es la ampliación de las funciones atribuidas al Real Patronato sobre Discapacidad²⁵⁶⁰, que se refieren al diálogo civil, que supone “la participación de las personas con discapacidad y sus familias, principalmente a través de sus organizaciones representativas, en las políticas y decisiones que les afecten”²⁵⁶¹.

4.5.- RD Leg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

En este texto se recogen los principios de la CDPD para aplicarlos a diversos aspectos de la vida social y administrativa en relación con el discapacitado²⁵⁶².

4.6.- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del CP

²⁵⁵⁹ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., pp. 111-112.

²⁵⁶⁰ Art. único, tres, RD 1/2013, que modifica el art. 3 del Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad, quedando redactado de la siguiente forma: “5. *Desarrollar actividades como órgano técnico de encuentro, reflexión, debate y, en su caso, propuesta, de las Administraciones Públicas, la sociedad civil relacionada con la discapacidad, incluidas las asociaciones y fundaciones, el mundo académico e investigador y el empresarial, a fin de ayudar a orientar las políticas, estrategias, planes, programas y acciones relativas a las personas con discapacidad y a sus familias y la inclusión social de éstas y sus familias, ello sin perjuicio de las funciones que desarrolla el Consejo Nacional de la Discapacidad.*”.

²⁵⁶¹ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., p. 111.

²⁵⁶² LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo...*, cit.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, lleva a cabo la adecuación a la CDPD del CP proporcionando a las personas con discapacidad una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad, tratando de prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute y ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con los demás.

En su Preámbulo se indica que *“Las personas con discapacidad deben ser objeto de una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad. Las normas del Código Penal que sirven a este fin deben ser adecuadas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. Es preciso llevar a cabo una adecuación de la referida Convención a nuestro Código Penal, y ello exige una actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad. El texto original del Código Penal se refiere impropiaamente a «minusvalía» o a «incapaces», una terminología ya superada en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la Convención, desde la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y que debe sustituirse por los términos más adecuados de «discapacidad» y de «persona con discapacidad necesitada de una especial protección».”.*

El principal cambio que introduce esta Ley queda recogido en su art. único número doscientos cincuenta y ocho: *“Sustitución de términos en el Código Penal.*

1. Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a los términos «incapaz» o «incapaces» se sustituyen por los términos «persona con discapacidad necesitada de especial protección» o «personas con discapacidad necesitadas de especial protección».

2. Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al término «minusvalía» se sustituyen por el término «discapacidad.»”.

Entre los arts. modificados del CP por la Ley 1/2015 destacaremos:

– Art. 25 CP: *“A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas*

barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.”.

Esta modificación se corresponde con la Disp. adic. octava de la LAAD²⁵⁶³, y en el Preámbulo de la Ley 1/2015 se añade que: “*para mayor claridad y refuerzo de esta previsión, con la reforma se decide incorporar un apartado para que todas las referencias hechas en el Código Penal al término «minusvalía» se sustituyan por el término «discapacidad», y que el término «incapaz» se sustituya por el de «persona con discapacidad necesitada de especial protección». [...]”.*

4.7.- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

4.7.1.- Preámbulo

El Preámbulo de la LJV dice: “*También se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente. [...]*

Se reserva la decisión de fondo al Juez de aquellos expedientes que afectan al interés público o al estado civil de las personas [...] o cuando estén en juego los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente [...]

A los Notarios y a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles se les encomienda el conocimiento de aquellas materias donde su grado de preparación y su experiencia técnica favorecen la efectividad de los derechos y la obtención de la respuesta más pronta para el ciudadano. [...]

²⁵⁶³ La LAAD establece en su Disp. adic. octava: “*Terminología.*

Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad».

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas.”.

El Título II regula los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas: en concreto, el ordenado a obtener la autorización judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial, el de habilitación para comparecer en juicio y el nombramiento del defensor judicial –estos dos se atribuyen al Secretario judicial–, así como la adopción y las cuestiones relativas a la tutela, la curatela y la guarda de hecho. Este título incluye también los expedientes de concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad, la adopción de medidas de protección del patrimonio de las personas con discapacidad o la obtención de aprobación judicial del consentimiento prestado a las intromisiones legítimas en el derecho al honor, a la intimidad o la propia imagen de menores o personas con capacidad modificada judicialmente. Dentro de este mismo Título se regula también la obtención de autorización o aprobación judicial para realizar actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes o derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente, [...]

El Título III contiene los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia y, dentro de ellos, [...] el de intervención judicial en relación con la adopción de medidas específicas para el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad o para el caso de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente [...]

Como colofón, junto a la disposición derogatoria general y a las disposiciones adicionales sobre las modificaciones y desarrollos reglamentarios requeridos por esta Ley, se incorporan en disposiciones finales las modificaciones pertinentes del Código Civil, el Código de Comercio, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Registro Civil, la Ley de Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, además de la necesaria modificación de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, la Ley del Contrato de Seguros, la Ley de Sociedades de Capital, la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la Ley por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.”.

4.7.2.- Modificaciones del CC por la LJV

La LJV dedica tres capítulos del Título II a la discapacidad: el capítulo VI, *“De la protección del patrimonio de las personas con discapacidad”*; capítulo VII, *“Del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente”*; y el capítulo VIII *“De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente”*.

Los principales cambios que introduce esta Ley a los efectos que nos interesan en este trabajo son:

4.7.2.1.- Matrimonio

– Art. 56 CC relativo a la capacidad para contraer matrimonio.

El art. 56 CC vigente en la actualidad establece: *“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código.*

Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.”.

En la redacción dada por la Disp. fin. 1.9 LJV no vigente aún, establece el art. 56 CC lo siguiente: *“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código.*

Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.”.

No parece que este art. 56 CC se adapte a la CDPD, tiene una discriminación evidente por razón de discapacidad²⁵⁶⁴, y es que una deficiencia mental, intelectual o

²⁵⁶⁴ Cuestión denunciada en el Informe de 2015. COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2015”, L. Cayo Pérez Bueno/L. Lidón Heras (dir.), *Colección Convención ONU n° 15*, ed. Cinca, Madrid, 2016, pp. 77-78.

sensorial, no tiene por qué afectar a la aptitud de una persona para comprender el significado del matrimonio y prestar su consentimiento al mismo, y no se puede negar su capacidad jurídica.

La Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016 de la DGRN²⁵⁶⁵, sobre la interpretación y aplicación del art. 56 CC, señaló que en virtud de la modificación introducida por la Disp. fin. 1.9 LJV, “se amplía la exigencia de dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento a aquellos contrayentes que estuvieren afectados por *“deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales”*. En todo caso, dichos preceptos deben aplicarse a la luz de la CDPD” (arts. 14 y 23 CDPD).

Así, indica que “Por ello, se ha de clarificar el referido precepto, aclarándose que debe interpretarse siempre de manera estricta y en relación a supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de forma evidente e impeditiva, aún proporcionados los apoyos precisos, a la capacidad para prestar el consentimiento, y lógicamente no a aquellos supuestos en que la discapacidad afecte tan solo a los medios, canales o soportes de emisión de ese consentimiento o nada tenga que ver ni guarde relación con la aptitud para prestarlo.

En consecuencia [...] la exigencia [...] de dictamen médico sobre la aptitud para prestar consentimiento [...] se deberá entender limitada exclusivamente a aquellos casos en los que la deficiencia afecte de forma sustancial a la prestación del consentimiento por el interesado en cuestión.”.

Por otro lado, el art. 56 CC presenta una nueva modificación, que entra en vigor en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, según establece la Disp. fin. 21.3 de la LJV, en la redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio; por lo que entra en vigor a partir del 30 de junio de 2020.

La nueva redacción del art. 56 CC dice: *“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código.*

El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y

²⁵⁶⁵ Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016 de la DGRN, sobre la interpretación y aplicación del artículo 56 del Código Civil, relativo a la forma de celebración del matrimonio. Consultada en: < http://www.cnse.es/uploaded/publicaciones/10012017141824_1863.pdf>

protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.”.

Respecto al matrimonio de personas incapacitadas, la STS, de 8 de noviembre de 2017²⁵⁶⁶, señala que *“Para el matrimonio, hay que tener en cuenta que nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no contempla la privación de la capacidad para contraerlo ni en consecuencia prevé que la persona con capacidad limitada requiera autorización judicial para que compruebe su capacidad [...]*

En ausencia de norma expresa que permita privar «in genere» de la capacidad para contraer matrimonio, debe considerarse que las personas con enfermedades mentales o deficiencias sí pueden contraerlo cuando puedan prestar válido consentimiento matrimonial, cuando posean la capacidad natural de entender y querer la unión matrimonial, lo que es posible tanto si la persona está incapacitada (lo confirma el art. 171.4.º CC) como cuando, sin estarlo, adolezca de alguna deficiencia psíquica. Así resulta del tenor del art. 56 CC vigente que exige que quienes deseen contraer matrimonio acrediten previamente que reúnen los requisitos de capacidad exigidos y, si alguno de los contrayentes está afectado por anomalías psíquicas, se exige dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento.

En la redacción del art. 56 CC dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio (y que todavía no está en vigor) se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. De esta forma, se refuerza el desarrollo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo art. 23 establece la obligación de los Estados parte de evitar la discriminación contra las

²⁵⁶⁶ Id Cendoj: 280791100120700566

personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio y la familia y, con este fin, reconocer «el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges»”.

4.7.2.2.- Patria potestad

– Art. 156 párr. 2º CC: *“En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.”.*

– Art. 158 último párr. CC relativo a medidas aplicables a las relaciones paterno-filiales: *“Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.”.*

– Art. 167 CC: *“Cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador.”.*

4.7.2.3.- Acogimiento

– Art. 173.3 párr. 1º CC relativo al acogimiento de menores: *“Si los progenitores o el tutor no consienten o se oponen al mismo, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor, conforme a los trámites de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. La propuesta de la Entidad Pública contendrá los mismos extremos referidos en el número anterior.”.*

4.7.2.4.- Adopción

– Art. 176.2 párr. 1º CC: *“Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha*

Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta.”.

– Art. 177.2 CC: “2. *Deberán asentir a la adopción:*

1.º El cónyuge del adoptante o la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, siempre que no sea también adoptante, salvo que medie separación legal.

2.º Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación. Esta situación sólo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.”.

4.7.2.5.- Tutela

– Art. 219 CC relativo a inscripción de resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela: “*La inscripción de las resoluciones a que se refiere el artículo anterior, se practicará en virtud de testimonio remitido al Encargado del Registro Civil.”.*

– Art. 249 CC: “*Durante la tramitación del expediente de remoción, se podrá suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado un defensor judicial.”.*

– Art. 256 CC: “*Mientras se resuelva acerca de la excusa, el que la haya propuesto estará obligado a ejercer la función.*

No haciéndolo así, se procederá a nombrar un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada.”.

– Art. 259 CC: “*El Secretario judicial dará posesión de su cargo al tutor nombrado.”.*

– Art. 263 CC relativo a la prórroga del plazo del tutor (60 días) en su obligación de hacer inventario: “*El Secretario judicial podrá prorrogar este plazo en resolución motivada si concurriere causa para ello.”.*

– Art. 264 CC relativo al inventario que debe hacer el tutor con respecto a los bienes del tutelado: *“El inventario se formará ante el Secretario judicial con intervención del Ministerio Fiscal y con citación de las personas que aquél estime conveniente.”*.

– Art. 265 CC: *“El dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del Secretario judicial, no deban quedar en poder del tutor serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto.*

Los gastos que las anteriores medidas ocasionen correrán a cargo de los bienes del tutelado.”.

– Art. 299 bis CC relativo a asunción de representación y defensa de una persona que deba ser sometida a tutela y mientras dure ese procedimiento: *“Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Secretario judicial podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.”*.

4.7.2.6.- Defensor judicial

– Art. 300 CC relativo al nombramiento de defensor judicial: *“En expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, se nombrará defensor a quien se estime más idóneo para el cargo.”*.

– Art. 302 CC: *“El defensor judicial tendrá las atribuciones que se le hayan concedido, debiendo rendir cuentas de su gestión una vez concluida.”*.

4.7.2.7.- Emancipación

– Art. 314 CC relativo a las circunstancias que dan lugar a la emancipación: *“La emancipación tiene lugar:*

1.º Por la mayor edad.

2.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad.

3.º Por concesión judicial.”.

4.7.2.8.- Testigos de testamentos

– Art. 681 CC: “No podrán ser testigos en los testamentos:

Primero. Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.

Segundo. Sin contenido.

Tercero. Los que no entiendan el idioma del testador.

Cuarto. Los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical.

Quinto. El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo.”.

4.7.2.9.- Incapacidad para suceder

– Art. 756 CC relativos a la incapacidad para suceder por causa de indignidad: “1. *El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.*

2. El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.

Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada.

También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.

3. El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa.”.

4.7.2.10.- Partición

– Art. 1057 CC: *“El testador podrá encomendar por acto «inter vivos» o «mortis causa» para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.*

No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.”.

– Art. 1060 CC: *“Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.”.*

4.8.- LO 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la LOTJ

Garantiza la participación de las personas con discapacidad en un jurado sin exclusiones, con lo que se adapta al art. 13 CDPD.

4.8.1.- Preámbulo

El Preámbulo de la LO 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones²⁵⁶⁷, dice: *“la actual Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, limita y restringe el derecho de participación de*

²⁵⁶⁷ BOE-A-2017-14689

las personas con discapacidad y no reconoce su igualdad. Esta situación vulnera derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, e incumple lo establecido en la Convención [...]

En coherencia con lo manifestado, y dado que la Convención de [...] establece, entre otras obligaciones para los Estados miembros, la de asegurar que estas personas tengan acceso a la Justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluido el ajuste de los procedimientos para facilitar su desempeño en las funciones efectivas como participantes directos e indirectos, es lo que justifica el llevar a cabo esta reforma.

Son los artículos 2 y 9 de la Convención los que definen los principios de comunicación y accesibilidad de las personas con discapacidad. La aplicación de estos principios en el ámbito de la Justicia implica la supresión de aquellas barreras que interactúan con las deficiencias de las personas impidiendo su participación plena.

Un ámbito especialmente significativo dentro de la Justicia es el que se refiere a la participación que garantiza el artículo 125 de la Constitución española de 1978 en la institución del jurado. La regulación de este derecho se efectuó en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, alguno de cuyos planteamientos requiere una revisión a la luz de los mencionados principios de la Convención de Naciones Unidas.

En concreto, dentro de los requisitos para ser jurado, el artículo 8 de la Ley Orgánica se refiere en su número 5 a la ausencia de impedimento físico, psíquico o sensorial. Una declaración cuya ausencia de matices no da cabida a los apoyos que la sociedad debe prestar a las personas con discapacidad para garantizar su efectiva y plena participación en la vida civil y que han de ser acogidos en dicho precepto.”.

4.8.2.- Modificaciones de la LOTJ

El art. único LO 1/2017 modifica la LOTJ en los términos siguientes:

– El art. 8.5 LOPJ, relativo a los requisitos para ser jurado: “5. *Contar con la aptitud suficiente para el desempeño de la función de jurado. Las personas con discapacidad no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado, debiéndoseles proporcionar por parte de la Administración de Justicia los apoyos precisos, así como efectuar los ajustes razonables, para que puedan desempeñar con normalidad este cometido.”.*

– El art. 12.1 LOTJ, relativo a la excusa para ser jurado: “1. Los mayores de sesenta y cinco años y las personas con discapacidad.”.

– El art. 20 LOTJ: “Dentro de los cinco días siguientes a la recepción del cuestionario, los candidatos a jurados designados lo devolverán al Magistrado que haya de presidir el Tribunal del Jurado, por correo con franqueo oficial, debidamente cumplimentado, haciendo constar, en su caso, aquellas circunstancias personales asociadas a situaciones de discapacidad que pudieran presentar y que fueran relevantes para el ejercicio regular de esta función; asimismo acompañarán las justificaciones documentales que estimen oportunas y concretarán la solicitud de los medios de apoyo y ajustes razonables que necesiten para desempeñar su función.”.

– Disp. adic. tercera LOTJ: “Provisión de los medios de apoyo.

Las Administraciones Públicas competentes proveerán los medios de apoyo necesarios en los Tribunales de Justicia para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a ser jurado.”.

4.9.- LO 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la LOREG

Esta LO impide privar del derecho al voto a las personas con discapacidad, como quiera que se aprobó de un modo precipitado. La aplicación práctica de esta reforma suscita algunas dudas, dando lugar a las Instrucciones de la Junta Electoral Central 5/2019, de 11 de marzo²⁵⁶⁸ y 7/2019, de 18 de marzo²⁵⁶⁹, y al Acuerdo de 16 de abril de 2019²⁵⁷⁰, emitido tras la consulta elevada por el CGN, en el que en relación con la solicitud de voto por correo por persona autorizada notarialmente se considera que el juicio notarial de capacidad debe quedar limitado a constatar el deseo del poderdante de votar y de designar para ello a una persona de apoyo, sin exigir otras valoraciones que pudieran limitar el ejercicio de su derecho.

²⁵⁶⁸ Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre aplicación de la modificación de la LOREG llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE-A-2019-3566), derogada por la Instrucción 7/2019, que da nueva redacción a la Instrucción 5/2019 y publica el texto íntegro definitivo.

²⁵⁶⁹ Instrucción 7/2019, de la Junta Electoral Central, de 18 de marzo, que da nueva redacción a la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo de 2019, sobre aplicación de la modificación de la LOREG llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE-A-2019-4084).

²⁵⁷⁰ Junta Electoral Central, “Acuerdos de la Junta Electoral Central”, sesión JEC: 16/04/2019, núm. acuerdo: 208/2019, núm. expediente: 320/327. Autor: Sr. Director General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia. Consultado en:

<http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/doctrina/acuerdos?packedargs=anyosesion=2019&idacueroiinstruccion=67435&idsesion=932&template=Doctrina%252FJEC_Detalle>

4.9.1.- Preámbulo

La LO 2/2018, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, dice en su Preámbulo: *“la regulación del derecho de sufragio vigente en España choca en este sentido con el principio de igualdad ante la ley consagrado en nuestra Constitución, puesto que la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en su artículo tercero apartado 1, apartados b) y c) dispone:*

«1. Carecen de derecho de sufragio:

b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.»

Sobre esta exclusión de un derecho fundamental, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, [...] aprobó en sus observaciones finales, en su 62.ª sesión²⁵⁷¹, [...] la siguiente recomendación [...]:

«47. Preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción. El Comité lamenta la falta de información sobre el rigor de las normas en materia de prueba, sobre los motivos requeridos y sobre los criterios aplicados por los jueces para privar a las personas de su derecho de voto. El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto.

48. El Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley Orgánica núm. 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar. [...]»”.

Conforme a ello, se produjo la modificación de la LOREG con esta ley.

²⁵⁷¹ Celebrada el 23 de septiembre de 2011.

4.9.2.- Modificaciones de la LOREG

La Ley Orgánica 2/2018 ha modificado lo siguiente de la LOREG:

– Suprime los párrafos b) y c) del art. 3.1 LOREG.

– Da nueva redacción al art. 3.2 LOREG, así: *“Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera.”*.

– Añade una Disp. adic. octava que dice: *“A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1. b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley.”*.

Por ello, a partir del 7 de diciembre de 2018²⁵⁷², han quedado eliminados de nuestro ordenamiento electoral los dos supuestos de incapacidad electoral de naturaleza civil que preveía el art. 3.1 LOREG.

Sin embargo, como indican las Instrucciones 5/2019, de 11 de marzo y 7/2019, de 18 de marzo, ambas de la Junta Electoral Central, *“la nueva redacción del art. 3.2 LOREG, en la que se señala que el derecho de sufragio activo debe ejercerse de forma “consciente, libre y voluntariamente”, así como la referencia a las formas de comunicar el ejercicio de este derecho y los medios de apoyo que se requieran, suscita problemas interpretativos que no han quedado resueltos por el legislador”*. Problemas que intenta resolver la última Instrucción, estableciendo *“la Oficina del Censo Electoral deberá incorporar a dicho censo a todas aquellas personas que hubieren sido excluidas como consecuencia de resoluciones judiciales de naturaleza civil de privación del derecho de sufragio activo. [...]”*

Las Mesas Electorales deberán admitir el voto de cualquier persona que se encuentre inscrita en el censo electoral correspondiente a dicha Mesa. Las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral.

²⁵⁷² Fecha de entrada en vigor de la LO 2/2018.

En el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifestación de constancia, el acta identificará al elector únicamente por el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte. [...]

Las personas que deseen ejercer su derecho de sufragio por correspondencia, si se encuentran en una situación en que por enfermedad o por su incapacidad no puedan realizar la formulación personal del voto, deberán seguir lo dispuesto en el artículo 72.c) de la LOREG y en la Instrucción de la Junta Electoral Central de 10 de febrero de 1992.”.

4.9.3.- Problema notarial

4.9.3.1.- Acuerdo de la JEC

La Junta Electoral Central (JEC), el 16 de abril de 2019, adoptó un acuerdo en respuesta a la consulta realizada por el CGN sobre la actuación que ha de seguir el notario al autorizar poderes electorales a personas afectadas por una discapacidad física o que carezcan de capacidad de obrar. La LO 2/2018 ha suprimido las causas de incapacidad del art. 3.1 LOREG, pero no se ha modificado el art. 72 c) LOREG, que establece el procedimiento del voto por correo de personas que sufran enfermedad o incapacidad que les impida la formulación personal de la solicitud de este voto.

El acuerdo dice: *“En caso de enfermedad o incapacidad que impida la formulación personal de la solicitud, cuya existencia deberá acreditarse por medio de certificación médica oficial y gratuita, aquella podrá ser efectuada en nombre del elector por otra persona autorizada notarial o consularmente mediante documento que se extenderá individualmente en relación con cada elector y sin que en el mismo pueda incluirse a varios electores, ni una misma persona representar a más de un elector. La Junta Electoral comprobará, en cada caso, la concurrencia de las circunstancias a que se refiere este apartado.*

Por otra parte el artículo 8 del Anexo IV del Reglamento Notarial, señala que la prestación para dar fe de actos u operaciones relacionadas con la materia electoral se regirá por la legislación notarial general. En dicha normativa se establece que el notario, en el ejercicio de su función pública, debe comprobar que el otorgante dispone

de capacidad, dando fe de tal extremo en la comparecencia de la escritura pública de poder electoral (artículos 145, 156.8 y 167).

El criterio de esta Junta Electoral Central es que, conforme a una interpretación más favorable al derecho de sufragio, como sugiere el Consejo General del Notariado y en línea con lo aprobado por el legislador en la Ley Orgánica 2/2018, el juicio notarial de capacidad debe orientarse a la constatación del deseo de votar del elector, así como de designar a una persona que le preste su apoyo en la formulación y recepción de la documentación electoral, sin exigir otras valoraciones que pudieran limitar el ejercicio de su derecho.”.

Por todo ello, a los notarios se les plantea un problema, cuando personas que no tienen capacidad natural de entender y querer, y que no pueden desplazarse a votar, quieran otorgar un poder electoral.

Tras la modificación de la LO 2/2018, toda persona puede ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente. Con lo que en la actualidad, solo carecen del derecho de sufragio los condenados por sentencia judicial firme a esta pena (art. 3 LOREG).

4.9.3.2.- Posición negativa

Luego, la persona con discapacidad que no puede entender ni querer, pero sí puede votar, ¿puede otorgar un poder electoral notarial? (art. 8 del Anexo 4º del RN).

A favor de la posición negativa se puede aducir:

– El juicio de capacidad que debe hacer el notario al autorizar un acto jurídico, dando fe de que a su juicio, la persona tiene capacidad suficiente (arts. 17 bis LN y 145 RN). La persona con discapacidad, si no tiene la capacidad para otorgar un poder porque no comprende su significado y no puede prestar un consentimiento válido, si otorga el poder, este estará afectado de nulidad radical.

– Además, el art. 3 LOREG exige que el derecho a voto se ejerza “*consciente, libre y voluntariamente*”; y la persona con estas circunstancias no lo ejerce de esta manera.

– Se puede producir un fraude de ley ya que según el art. 4.2 LOREG: “*Nadie puede votar más de una vez en las mismas elecciones.*”, y podría ser que la persona más cercana a la persona con discapacidad la manipulara para que votara según sus indicaciones, con lo que votaría dos veces.

4.9.3.3.- Posición positiva

Y a favor de la posición positiva:

– La capacidad de las personas se presume siempre (arts. 10 CE y 322 CC). Si se tiene dudas hay que optar a favor de que la persona es capaz.

– El principio general de que quien puede lo más, puede lo menos, con arreglo al cual quien puede votar, puede realizar los actos previos o necesarios para ello, o sea, otorgar un poder para votar por correo.

– La reforma de la LOREG reconoce el derecho de voto sin excepciones a todas las personas con discapacidad, lo que se debe interpretar en el sentido de favorecer el efecto final de la norma, o sea, el otorgamiento del poder para votar.

– El n.º 2º de la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, establece que si una persona con discapacidad va a votar y algún miembro de una Mesa Electoral y de los interventores o apoderados cree *“que el voto no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna”*, con lo que sería válido, aunque al no poder individualizarlo no se comprende la utilidad de esta constancia.

De modo que, si hay dudas, en principio habrá que autorizar el poder, ya que la capacidad se presume y el fin de la norma es favorecer el voto. Aunque si la persona se puede desplazar a votar, lo normal será no autorizar el poder, que se prevé a los solos efectos de subsanar la imposibilidad del desplazamiento.

Si la discapacidad es manifiesta y es imposible que la persona se desplace a votar, la autorización dependerá del criterio de cada notario. Si autoriza el poder, en el juicio de capacidad que efectuará, puede hacer constar que considera a la persona con capacidad para el otorgamiento, según lo dispuesto en la LOREG, e incluso podría añadir su opinión sobre si el voto va a ejercerse *“consciente, libre y voluntariamente”*.

5.- Declaraciones y propuestas oficiales

El Consejo de Ministros del 30 de noviembre de 2012 con motivo del Día Internacional de las Personas con Discapacidad, que era el 3 de diciembre siguiente y dentro de la celebración del Año Internacional de las Personas con Discapacidad, realizó esta declaración: “El Gobierno refuerza su compromiso con los derechos de las personas con discapacidad y reafirma el especial compromiso de España por los derechos de las personas con discapacidad y por su inclusión social y laboral”.

El Gobierno realizó una Proposición no de Ley, relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, para su debate en Pleno, fue admitida a trámite el día 29 de junio de 2012. Su texto dice: *“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen.”*

Esta Proposición no de Ley fue debatida en la Sesión plenaria del Congreso de los Diputados celebrada el día 11 de diciembre de 2012²⁵⁷³, y como idea central de la misma su defensor, el Sr. Vañó Ferré²⁵⁷⁴, expresaba lo siguiente: el art. 12 CDPD “dice que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y por tanto tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida. Para ello se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar el acceso a los apoyos que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Es decir, cambiábamos el sentido de la tutela, evitábamos hablar de sustituir y pretendíamos entrar a hablar de complementar. Es el cambio más importante que el art. 12 pretende. Tiene su complejidad, pero con la colaboración de todos podemos empezar a cambiar un poco el criterio. Como dice la directora de la Fundación Aequitas, Fundación del Notariado, hay que permitir diferentes instrumentos jurídicos que posibiliten a cada persona con discapacidad elaborarse su propio traje a medida. No es posible que el único instrumento sea la incapacitación judicial que, en palabras de las propias personas con discapacidad, equivaldría a la muerte civil. Es decir, a cada persona hay que buscarle su traje a medida, que quiere decir los apoyos necesarios para que pueda desarrollar sus capacidades residuales, que todo el mundo tiene. En cuestión de la capacidad jurídica, el art. 12 cambia el modelo de representación o sustitución en la toma de decisiones por el modelo de apoyo. siendo precisa la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a esos postulados de la convención.”.

²⁵⁷³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 79, pp. 26 y ss.

²⁵⁷⁴ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 79, p. 27.

La Proposición se aprobó con 307 votos a favor y 12 abstenciones²⁵⁷⁵.

Se empezó a trabajar en proyectos sobre modificaciones legislativas de esta materia. Así, p. ej., la Propuesta articulada de reforma del CC y de la LEC para su adecuación al art. 12 de la CDPD, elaborada por una Subcomisión de Expertos del Real Patronato sobre Discapacidad, con fecha 13 de junio de 2012. La propuesta va precedida de una presentación a cargo de Cabra de Luna (Portavoz de la Comisión de Legislación del Real Patronato sobre Discapacidad), y de un Preámbulo o Exposición de motivos²⁵⁷⁶.

Como sabemos, ningún proyecto ha llegado a buen fin.

6.- Informe de 2011 sobre España del Comité CDPD

Conforme al art. 35.1 CDPD, que dice: *“Los Estados Partes presentarán al Comité [...] un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la presente Convención en el Estado Parte de que se trate”*; el Reino de España presentó al Comité su Informe, el 3 de mayo de 2010²⁵⁷⁷, siendo el primer Estado en hacerlo. Tras examinar y evaluar dicho primer informe, el Comité CDPD elaboró su “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del art. 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité CDPD”²⁵⁷⁸.

²⁵⁷⁵ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., pp. 111-114.

²⁵⁷⁶ REAL PATRONATO DE LA DISCAPACIDAD, “Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, elaborada por una Subcomisión de Expertos del Real Patronato sobre Discapacidad, el 13 de junio de 2012, y publicada conjuntamente por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Real Patronato sobre Discapacidad, la Fundación ONCE, la Fundación Aequitas y el Consejo General del Notariado. Disponible en:

<http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=ad9a08fd-4a33-49e5-b3de-5ed711e787c3&groupId=10228>

²⁵⁷⁷ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Sexto período de sesiones (19 a 23 de septiembre de 2011, CRPD/C/ESP/CO/1), 19 de octubre de 2011. Consultado en:

<https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/ESP/CO/1&Lang=Sp>

²⁵⁷⁸ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad Informes iniciales presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 35 de la Convención - España, 3 de mayo de 2010 (CRPD/C/ESP/1). Consultado en:

<https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FESP%2F1&Lang=es>

6.1.- Aspectos positivos

“4. El Comité congratula al Estado parte por los progresos hechos en muchos sectores relacionados con los derechos de las personas con discapacidad, en particular la aprobación de la Ley N° 26/2011, de 1° de agosto de 2011, sobre la adaptación de las normas a la Convención, la modificación de reglamentos y de varias leyes en respuesta a la Convención, y la adopción de importantes medidas positivas en los sectores de la salud, la vivienda y el empleo y en otras esferas.

5. El Comité toma nota con satisfacción de la Ley N° 51/2003 sobre la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la "accesibilidad universal" para las personas con discapacidad, así como de las disposiciones para su aplicación, en particular los reales decretos que establecen las normas básicas de accesibilidad.”.

6.2.- Motivos de preocupación y recomendaciones

Entre los cuales están los relativos al art. 12 CDPD, que dicen:

“33. El Comité observa que la Ley núm. 26/2011 establece un plazo de un año desde su entrada en vigor para la presentación de un proyecto de ley que regule el alcance y la interpretación del art. 12 de la Convención. Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica.

34. El Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes”.

Respecto de la toma de conciencia del art. 8 CDPD, el punto 26 dice: “El Comité insta al Estado parte a que tome medidas proactivas para mejorar el conocimiento de la Convención y de su Protocolo Facultativo en todos los niveles, particularmente en la judicatura y la abogacía, los partidos políticos, los funcionarios parlamentarios y gubernamentales, la sociedad civil, los medios de información y las personas con discapacidad, así como entre el público en general.”; y el punto 56 habla del próximo informe, “El Comité pide al Estado parte que presente su segundo informe periódico a

más tardar el 3 de diciembre de 2015 y que incluya en él información sobre la aplicación de las presentes observaciones finales.”.

Estas observaciones del Comité no tienen fuerza normativa, son recomendaciones y líneas orientativas, sin fuerza legal u obligatoria, pero con un indiscutible carácter diplomático y moral a la vez²⁵⁷⁹.

7.- Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España

El Comité CDPD examinó los informes periódicos segundo y tercero combinados de España²⁵⁸⁰ en sus sesiones 445^a y 446^a²⁵⁸¹, celebradas los días 18 y 19 de marzo de 2019. En su 463^a sesión, celebrada el 29 de marzo de 2019, aprobó las observaciones finales, tituladas “Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España”²⁵⁸².

7.1.- Aspectos positivos

Las Observaciones destacan los aspectos positivos de las medidas legislativas adoptadas en España:

“El Comité celebra la adopción de las siguientes medidas legislativas:

a) La Ley Orgánica núm. 2/2018 para la modificación de la Ley Orgánica núm. 5/1985 del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad;

b) La Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (aprobada por RD Leg. núm. 1/2013), cuyo objeto es aumentar el nivel de participación, empleo e inserción social de las personas con discapacidad mediante, entre otras cosas, una mayor oferta de trabajo decente y la lucha contra la discriminación;

²⁵⁷⁹ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., pp. 119-120.

²⁵⁸⁰ CRPD/C/ESP/2-3

²⁵⁸¹ Vid. CRPD/C/SR.445 y 446

²⁵⁸² COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, aprobadas por el Comité en su 21er período de sesiones (11 de marzo a 5 de abril de 2019. CRPD/C/ESP/CO/2-3), 13 de mayo de 2019, Nueva York, NNUU, 2019. Consultado en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=4&DocTypeID=5

c) Las enmiendas al texto revisado de la Ley núm. 9/2017 de Contratos del Sector Público, que prevé cuotas de puestos de trabajo para las personas con discapacidad;

d) La Ley Orgánica núm. 13/2015 de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que refuerza los derechos de las personas con discapacidad a las que se atribuya un hecho punible o que hayan sido detenidas;

e) La Ley Orgánica núm. 1/2015, por la que se modifica el CP para adecuarlo a la Convención;

f) La Ley Orgánica núm. 1/2017, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones en el jurado del tribunal.

5. El Comité encomia la aprobación por el Estado parte del Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020 a nivel nacional y de otros planes conexos elaborados por las diferentes comunidades autónomas.”²⁵⁸³.

7.2.- Motivos de preocupación y recomendaciones

Como principales motivos de preocupación y recomendaciones:

“6. Preocupa al Comité que varias leyes y políticas nacionales, regionales y municipales, en particular el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (2013) y la Ley de Promoción de la Autonomía Personal (2006), no estén en consonancia con la Convención ni con el modelo de discapacidad basado en los derechos humanos. Al Comité le preocupa que esta falta de armonización dé lugar a la utilización del modelo médico de la discapacidad, en el marco del cual las personas son clasificadas según el diagnóstico y excluidas del amplio alcance previsto en la Convención, según la cual la discapacidad se reconoce en relación con las deficiencias y las barreras presentes en el entorno social, sobre todo en el caso de la discapacidad psicosocial. También preocupan al Comité: [...]

b) La falta de progresos en la aplicación de la recomendación formulada por el Comité en sus anteriores observaciones finales (CRPD/C/ESP/CO/1, párr. 18), relativa a la supresión de las disposiciones jurídicas que refuerzan una percepción negativa de la discapacidad al permitir la interrupción tardía del embarazo sobre la base de las

²⁵⁸³ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observaciones finales..., cit., p. 1.

deficiencias del feto, y la falta de progresos en la eliminación de las iniciativas legislativas destinadas a permitir la eutanasia en casos de discapacidad;

c) Los progresos limitados en lo que se refiere a garantizar la intervención y participación plenas e igualitarias de las personas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en todos los asuntos que las conciernen, incluida la formulación de políticas y leyes públicas;

d) La falta de formación para los profesionales de los campos de la educación, la salud y la justicia, por ejemplo, para darles a conocer los derechos de las personas con discapacidad y las normas consagradas en la Convención.

7. El Comité recomienda al Estado parte que revise y enmiende todas las leyes, políticas y prácticas relativas a la prestación de servicios para las personas con discapacidad a todos los niveles y en todas las comunidades autónomas, de conformidad con los principios consagrados en la Convención y en consonancia con el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos. [...]

d) Siga impartiendo formación a los profesionales, entre otros a los jueces, los agentes del orden, los profesionales de la salud, el profesorado y el personal que trabaja con personas con discapacidad para que conozcan los derechos consagrados en la Convención. [...]

8. Preocupa al Comité que no se reconozca y prohíba explícitamente la discriminación múltiple e interseccional por motivos de discapacidad, sexo, edad, etnia, identidad de género, orientación sexual y cualquier otra condición, en todos los ámbitos de la vida. [...]

9. El Comité recomienda al Estado parte que se remita a su observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación y a las metas 10.2 y 10.3 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, revise su legislación, políticas y estrategias de lucha contra la discriminación, incluida la Ley de Igualdad, se adhiera a la Convención y reconozca y prohíba explícitamente la discriminación múltiple e interseccional por motivos de discapacidad, sexo, edad, etnia, identidad de género, orientación sexual y cualquier otra condición, en todos los ámbitos de la vida. [...]

El Comité recomienda al Estado parte que reconozca que la denegación de ajustes razonables es una forma de discriminación y garantice mecanismos eficaces para proporcionar reparación jurídica y resarcimiento. [...]

22. Al Comité le preocupa que el Código Civil del Estado parte permita privar de capacidad jurídica a una persona por motivos de discapacidad y mantenga regímenes de sustitución en la adopción de decisiones.

23. Recordando su observación general núm. 1 (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley, el Comité recomienda al Estado parte que derogue todas las disposiciones legislativas discriminatorias con miras a abolir por completo los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad e introduzca mecanismos de apoyo para la adopción de decisiones que respeten la dignidad, la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. [...]

24. Al Comité le preocupa lo siguiente: [...]

b) Las barreras existentes en los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones que impiden a las personas participar en las actuaciones judiciales en igualdad de condiciones con las demás, y que en ocasiones menoscaban la credibilidad testimonial de las personas con discapacidad psicosocial o intelectual;

c) El desconocimiento general de las disposiciones de la Convención entre los abogados, los funcionarios judiciales, los jueces, los fiscales y los agentes encargados de hacer cumplir la ley.

25. El Comité recomienda al Estado parte que:

b) Al poner en práctica la recomendación que figura en el párrafo 23, vele por que el tipo de discapacidad o el hecho de encontrarse sujetas al régimen de tutela no impida el pleno acceso de esas personas a la justicia, y por que se preste un apoyo específico a las personas con discapacidad psicosocial o intelectual y a las víctimas de la violencia de género;

c) Instaure programas permanentes de capacitación y campañas regulares de sensibilización e información para los abogados, los funcionarios judiciales, los jueces, los fiscales y los agentes encargados de hacer cumplir la ley, incluidos los agentes de policía y el personal penitenciario, sobre la necesidad de dar acceso a la justicia a las personas con discapacidad”²⁵⁸⁴.

9.- Fallos del sistema español

²⁵⁸⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observaciones finales..., cit., pp. 2-7.

España ha adaptado parte de su legislación a la CDPD, pero falta el derecho civil y procesal, que presentan diversos problemas que dificultan en gran medida la implantación del nuevo sistema derivado de la CDPD y que exigen su replanteamiento²⁵⁸⁵. Lo que habrá que hacer en algún momento, ya que es una obligación asumida por el Estado español.

Como indica Lora-Tamayo²⁵⁸⁶, aunque la CDPD “venga de un organismo internacional tan relevante como la ONU y esté ratificada por España, formando parte de su ordenamiento jurídico interno”, las cosas han cambiado muy poco en el mundo jurídico privado donde sigue sin aplicarse la CDPD. Podemos señalar algunas causas:

9.1.- Tradición inmovilista jurídica y social

La CDPD afecta a una serie de cuestiones que están arraigadas en nuestro ordenamiento jurídico, habiendo dado lugar a una tradición jurídica consolidada que no es fácil de cambiar en la práctica ni en la costumbre y actuación de nuestros operadores jurídicos.

“El nuevo enfoque en el tratamiento de la capacidad jurídica puede y debe adelantarse en sede de aplicación judicial en cumplimiento de los arts. 96 y 10.2 CE”. Hay que tener en cuenta que el éxito del cambio de paradigma depende además de su implantación a través de una reforma legal, de su proyección social. Por lo que “es imprescindible la formación de los operadores jurídicos y de los profesionales de diferentes ámbitos y la educación de la sociedad en general en el modelo social”. También es “crucial la formación y la capacitación de las personas con discapacidad, de sus familias y de las personas de apoyo”²⁵⁸⁷.

Según Lora-Tamayo²⁵⁸⁸, es necesario un cambio de mentalidad conforme a los principios de la CDPD. La persona con discapacidad ejercita sus derechos directamente, ya no se le puede sustituir. Pero el cambio que esto supone en nuestro derecho no se produce automáticamente porque lo establezca la CDPD, sino que requiere una transformación social, tanto en las familias de las personas con discapacidad como en los juristas.

²⁵⁸⁵ A pesar de la tesis mantenida en la STS, de 29 de abril de 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100273).

²⁵⁸⁶ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., “Comparezcan las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 80, julio-agosto 2018. Consultado en:

< <http://www.elnotario.es/opinion/opinion/8795-comparezcan-las-personas-con-discapacidad> >

²⁵⁸⁷ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 48.

²⁵⁸⁸ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., “Comparezcan las personas con discapacidad”, cit.

En las familias porque quieren proteger a los suyos, lo que es lógico al ser personas vulnerables. Las nuevas actuaciones pueden suponer que las cosas no salgan siempre bien, como le pasa a todo el mundo.

En los juristas porque desde tiempo inmemorial exigimos plena capacidad, y ahora cabe la posibilidad de una capacidad “imperfecta”, asistida, y que “debe ser “suficiente” para el otorgamiento del negocio y su plena eficacia tanto para la persona con discapacidad como para los que contratan con ellas”.

La realidad es que los operadores jurídicos, y entre ellos, los notarios, tienen un escaso conocimiento de la CDPD, de los principios inspiradores de la misma y de sus consecuencias jurídicas. Pero la aplicación de la CDPD es un derecho de las personas con discapacidad que aquellos tienen la obligación de conocer y aplicar, hay que adaptar sus actuaciones.

Como sostienen Álvarez Lata y Seoane Rodríguez²⁵⁸⁹, “el mayor problema es su decepcionante aplicación práctica. Una regulación que no es capaz de cumplir sus funciones y satisfacer sus objetivos es un derecho fútil, una legislación y una práctica jurídica retóricas que hay que modificar”. Esto es “suficiente para certificar su falta de idoneidad y ensayar nuevos modelos que den visibilidad y traduzcan legislativamente los postulados normativos de la CDPD, reforzando su aplicabilidad y eficacia”.

9.2.- Modelo médico

La CDPD pasó de un modelo médico a un modelo social. Sin embargo, la realidad española es que aquel se sigue manteniendo en la práctica, por lo que las personas con discapacidad siguen siendo discriminadas, se las considera deficientes y no sujetos de derechos. La discapacidad se considera de un modo negativo, de carencia y de falta de autonomía. La aplicación real del modelo social supone algo más que proclamar teorías, los poderes públicos deben cumplir sus obligaciones y los implicados asumir y exigir sus derechos y ejercitar su autonomía.

9.3.- Minusvaloración del derecho internacional

El art. 10.2 CE establece que “*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la*

²⁵⁸⁹ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., pp. 44-47.

Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”; y conforme al art. 96 CE y 1.5 CC las normas contenidas en los tratados internacionales obligan a España desde su entrada en vigor y son fuente directa de derecho interno una vez publicadas oficialmente. Crean por sí mismas derechos y obligaciones directamente exigibles por los particulares e invocables ante los órganos judiciales y administrativos.

Pero la aplicación práctica de los tratados internacionales no es habitual entre los juristas españoles, es algo extraño en su actuación, en especial por carecer de mecanismos coercitivos para lograr su cumplimiento, no hay sanciones ni se exigen responsabilidades, solo la reprobación de los actos contrarios al tratado.

Destaca De Lorenzo García²⁵⁹⁰ que “se requiere un enorme esfuerzo para introducir en la vida jurídica de los Estados la vigencia de las normas supraestatales, pues no se debe olvidar que los tratados internacionales de DDHH establecen relaciones entre Estados y también entre el Estado y las personas que se encuentran en el ámbito de su jurisdicción territorial”.

9.4.- Primacía del principio de protección

Hasta ahora, la seguridad jurídica y el principio de protección han sido prioritarios, tanto en la ley como en la jurisprudencia, en el trato a las personas con discapacidad, y lo que debería primar es la regla general de la capacidad y la autonomía en la toma de decisiones.

Se sigue pensando que la mejor manera de proteger a una persona con discapacidad es la de la incapacitación y la protección por otros, y con arreglo a la CDPD, debe ser la persona con discapacidad la que actúe, con respeto a sus preferencias y sin perjuicio de los apoyos necesarios.

No existe en nuestro derecho ninguna norma genérica que establezca que siempre que sea posible se tengan en cuenta los deseos de las personas incapacitadas, si la persona tiene suficiente capacidad natural sus deseos y opiniones deben ser respetados, cualquiera que sea la institución tutiva que se haya establecido. Siempre y de modo obligatorio hay que oír a la persona si fuera posible para adoptar medidas que le afecten, hay que propiciar el ejercicio autónomo de sus derechos en la mayor medida posible²⁵⁹¹.

²⁵⁹⁰ DE LORENZO GARCÍA, R., “La Convención, un desafío inaplazable”, cit.

²⁵⁹¹ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., p. 47.

Las normas actuales están orientadas a la “protección” de las personas con discapacidad “por lo que su reforma es vista con desconfianza desde algunos sectores del movimiento de personas con discapacidad y por algunos actores relevantes en el funcionamiento del actual sistema de incapacitación que, si bien se muestran críticos con el sistema actual temen que un nuevo modelo que reemplace completamente al anterior pueda conllevar el desamparo de las personas con discapacidad”²⁵⁹².

“Es importante concienciar de la necesidad del cambio e intentar plantear una reforma equilibrada que tenga como principio central la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad”, pero sin olvidar el principio de protección, pero solo la estrictamente necesaria²⁵⁹³.

9.5.- Incapacitación

La incapacitación, para proteger a las personas con discapacidad, les sujeta a restricciones en el acceso efectivo e igualitario de los derechos fundamentales y suprime la capacidad de la persona para tomar decisiones y ejercer su derecho de autonomía personal. La denegación de la capacidad supone considerar a la persona como objeto legal y no como sujeto de derechos.

Hoy, la persona incapacitada lo acaba siendo con carácter total, salvo que el juez, excepcionalmente, diga otra cosa. Las resoluciones judiciales están preconfiguradas, no evalúan las capacidades existentes, no matizan ni se adaptan a los rasgos particulares y a las necesidades de cada persona, no gradúan el nivel de capacidad, con lo que se incumple el principio de proporcionalidad de la CDPD.

El procedimiento de incapacitación carece de flexibilidad. En muchas ocasiones supone problemas para el afectado y su familia, ya que resulta excesivo para atender la necesidad concreta que se plantea. Y hay un vacío legal si la enfermedad es temporal²⁵⁹⁴.

²⁵⁹² INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 48.

²⁵⁹³ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 48.

²⁵⁹⁴ El art. 200 CC habla de “*enfermedades o deficiencias persistentes*”.

La incapacitación, la mayoría de las veces, es desproporcionada para lo que se busca: no se pretende tanto la incapacitación cuanto la designación de un tutor para realizar un acto o negocio jurídico que urge llevar a cabo²⁵⁹⁵.

No se respeta la temporalidad que exige la CDPD porque no está regulado un procedimiento para la revisión periódica de la situación de las personas con discapacidad que adapte las medidas tomadas a su situación real.

Es evidente que no se cumple lo dispuesto en el art. 12 CDPD.

9.6.- Sustitución representativa

Como dice De Lorenzo García²⁵⁹⁶, “el marco legal establecido en el art. 12 CDPD impone un cambio de modelo del actual sistema de “sustitución representativa” esencia de la figura de incapacitación, por un modelo innovador de “apoyos” ”.

La incapacitación supone la inhabilitación, la falta absoluta de capacidad. La voluntad se sustituye por la de un representante. El tutor sustituye o representa y no asiste de modo graduado. Nuestro derecho privado se basa en un modelo tutelar y proteccionista que no tiene encaje en la CDPD.

Las resoluciones judiciales fijan la tutela como el modelo general y la curatela es secundaria, aunque en la actualidad se observa un relativo aumento de su aplicación; y la guarda de hecho, tal y como está configurada en nuestro derecho, no parece una alternativa jurídica muy viable por su escasa regulación.

En nuestro procedimiento de incapacitación y en la aplicación de las instituciones tutelares prima la privación o limitación de capacidad más que la protección de la persona. Se impone el sentido negativo y así se percibe socialmente, en lugar del positivo con la provisión de mecanismos de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica que respeten los principios generales de la CDPD. Además los jueces, en la mayoría de los casos, se limitan a declarar la incapacitación y el sometimiento a tutela de la persona, que incluso aparece como demandado, cuando la CDPD solo acepta la sustitución en casos extremos prefiriendo las instituciones de apoyo o asistencia en la toma de decisiones. Esta función en derecho español la cumpliría la curatela. Pero si bien tenemos previsto el doble mecanismo de protección: representación y asistencia, el primero se aplica muy mayoritariamente.

²⁵⁹⁵ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., p. 45.

²⁵⁹⁶ DE LORENZO GARCÍA, R., “La Convención, un desafío inaplazable”, cit.

9.7.- Actos personalísimos

Respecto a los actos personalísimos de la persona con discapacidad no hay unanimidad ni claridad sobre la posibilidad de que los haga la propia persona incapacitada con capacidad natural para ello, cuando “la ley no lo regula expresamente y la sentencia no se pronuncia sobre este extremo”, lo que sería una obligación para la misma, pero que desgraciadamente no se cumple con demasiada frecuencia. Y tampoco está clara la delimitación de las posibilidades de actuación del representante en este ámbito²⁵⁹⁷.

9.8.- Falta de patrimonio

Según Lora-Tamayo²⁵⁹⁸, las personas con discapacidad no suelen ser propietarias de un patrimonio que administrar y del que disponer, y sin eso es muy difícil integrarse en la sociedad. Al no tener patrimonio, no pueden ejercer derechos sobre el mismo.

Este hecho se produce por varias circunstancias. Normalmente las personas con discapacidad no trabajaban, por lo que carecían de un salario que administrar. Afortunadamente, por sus propias capacidades o por algunas medidas laborales favorecedoras, cada día se incorporan más al mercado laboral.

También muchas morían en épocas tempranas y antes que sus padres, por lo que nunca heredaban ni salían de la protección paterna. Hoy la esperanza de vida de las personas con discapacidad ha aumentado por el desarrollo médico.

Señala el mismo autor que “en una planificación sucesoria, las familias buscan medidas patrimoniales proteccionistas que cubran sus necesidades, pero sin que ello implique la formación de un patrimonio. Es habitual que al planificar las sucesiones muchas familias dejen en manos de otros hijos capaces su patrimonio porque facilita la administración y disposición del mismo, dejando a las personas con discapacidad la legítima y a la voluntad de los otros hermanos capaces el mantenimiento de su hermano con discapacidad, o, en el mejor de los casos, configurando una renta vitalicia o una pensión a cargo del hermano capaz que recibe más. Quizá sea el momento de arriesgar, porque sin un patrimonio no cabe participación en la vida jurídica privada, y sin ella no hay plena integración social”.

²⁵⁹⁷ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., p. 45.

²⁵⁹⁸ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., “Comparezcan las personas con discapacidad”, cit.

9.9.- Confusión legislativa

El panorama legislativo es confuso, no tiene criterios unívocos y congruentes.

Hay sectores jurídicos²⁵⁹⁹ adaptados a la CDPD y otros, especialmente del derecho civil y procesal, que no lo están, con lo que unos están más evolucionados que otros. El derecho privado no ha recogido los principios que sí han sido asumidos por el derecho público. Nos encontramos con normas de derecho internacional, que son aplicables y normas de derecho interno que contradicen las primeras, lo que genera dudas y confusión sobre la aplicación.

Todo ello complica las labores de interpretación y aplicación de la ley y crea algo que no debería suceder, que es una disminución de la seguridad jurídica.

El CC y la LEC mantienen un sistema opuesto a la CDPD, en el que se produce la anulación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, por la vía de incapacitación, y la sustitución de la misma a través de un tutor. Además, la disposición patrimonial de determinados bienes (especialmente los inmuebles) se somete a unas restricciones que, en una economía de mercado, dejan en desventaja a las personas con discapacidad.

La falta de adaptación dificulta mucho al jurista práctico la aplicación de los principios de la CDPD, ya que duda entre aplicar el ordenamiento interno o el internacional, en vigor ambos, y, en opinión de Lora-Tamayo²⁶⁰⁰, “con prevalencia del segundo sobre el primero, pero que podría causar problemas tanto a la persona con discapacidad como a los que puedan contratar con ella”. En especial, los notarios se encuentran en una difícil situación porque deben evitar conflictos, no producirlos.

9.10.- Terminología

El lenguaje y las palabras que usamos influyen en el pensamiento, condicionan la representación mental de la realidad. En el tema de la discapacidad han ido representando el modelo imperante en cada momento.

La terminología usada en España conserva un matiz negativo.

La CE en su art. 49 denomina a este grupo humano con la expresión “*disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*”, lo que hoy en día es anacrónico y habría que actualizarlo. Históricamente se han usado muchos términos diferentes: “disminuido”,

²⁵⁹⁹ P. ej. el sanitario, el social, el laboral, etc.

²⁶⁰⁰ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., “Comparezcan las personas con discapacidad”, cit.

“postrado”, “deficiente”, “retrasado”, “inválido”, “incapaz”, “subnormal”, “minusválido”, “discapacitado”, etc., podemos observar en todas una carga negativa y hay que erradicarlas buscando un lenguaje que no prejuzgue ni estigmatice.

Recientemente, la RAE a través de su Informe sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas²⁶⁰¹, abordó la cuestión terminológica del art. 49 CE y su posible reforma destacando que usa como sustantivo el término disminuido en el art. 49 y para actualizar “la Constitución en materia de léxico, cabría considerar la posible sustitución de esa voz por personas con discapacidad (física, sensorial y psíquica), mucho más común en la actualidad.”.

La LAAD dice que cuando en los textos normativos se habla de “*minusválidos*” o “*personas con minusvalía*” se entenderá que dice “*personas con discapacidad*”, y que en lo sucesivo se usará el término personas con discapacidad, con lo que trata de suprimir la terminología peyorativa.

Consideramos que no es positiva la moda de tratar de usar términos políticamente correctos que eviten connotaciones negativas, como “personas diferentes”, “físicamente limitadas”, “personas con necesidades especiales”, “personas con diversidad funcional”, “personas con capacidades singulares” y muchos otros ambiguos y retorcidos que generan confusión e inseguridad jurídica. Sin duda, están cargadas de buena intención, pero lo que hacen es esconder la realidad. Otros términos como “capacidad diferente” o “diversidad funcional”, pueden referirse a cualquier persona porque todos somos diferentes y diversos. Y es que contra más clara sea una denominación mejor para todos.

Actualmente, existe una denominación generalizada y con amplio consenso, incluso normativo, que se considera correcta y está en sintonía con la CDPD: “discapacidad” y “personas con discapacidad”, son las expresiones correctas que deben usarse y que usa nuestro ordenamiento jurídico actual. “Personas con discapacidad” es la expresión que usa la CDPD, las principales organizaciones europeas y mundiales y el derecho comparado. Aunque hay quien cree que no es correcto porque transmite el que una persona no es capaz.

Para conseguir una comunicación positiva debe poner el énfasis en la persona y no en etiquetas genéricas. Es mejor decir “persona con discapacidad” que “el discapacitado”. Hay que evitar las descripciones negativas o sensacionalistas de la

²⁶⁰¹ RAE, “Informe de la Real Academia Española sobre el uso del lenguaje inclusivo en la Constitución española, elaborado a petición de la vicepresidenta del Gobierno”, Madrid, 16 de enero de 2020, p. 12. Consultado en: < https://www.rae.es/sites/default/files/informe_190320.pdf >

discapacidad de una persona: “condenado a”, “limitado a”, “afectado por”, “sufre de”, “una víctima de”, o “afligido con”, o referirse a personas con discapacidad como “pacientes””, a no ser que estén recibiendo tratamiento médico.

No se debe retratar a las personas con discapacidad, que han tenido éxito social o profesional, como superhéroes, llenas de coraje o especiales porque han superado sus defectos, esto distorsiona la verdad e implica que es insólito tener talento o habilidades por parte de este colectivo. Lo razonable es centrarse en la persona y no en la discapacidad.

Tampoco hay que usar el término “normal” para describir a las personas sin discapacidad o para comparar, es mejor decir “personas sin discapacidad”.

Lo más importante a la hora de mencionar a personas con discapacidad es que son personas, lo que está por encima de sus características, y como personas, son muy distintas entre sí, incluso en lo que se refiere a su actitud sobre su discapacidad, algunas prefieren términos diferentes, otras se ofenden con la terminología y a otras les da igual. Para la mayoría de ellas, lo importante es que se muestre respeto por la persona, y se vea más allá de la discapacidad²⁶⁰².

Es necesario ver y sentir que las personas con discapacidad, son ciudadanos de una sociedad diversa, las limitaciones que tienen y se encuentran, proceden de barreras de la propia sociedad, y no de su deficiencia²⁶⁰³.

Aunque es más importante cambiar la realidad del colectivo al que se hace referencia, que su denominación²⁶⁰⁴.

9.11.- Dificultades de comunicación entre la doctrina civilista y el mundo de la discapacidad

9.11.1.- Diálogo civil

9.11.1.1.- Concepto

Define García Pons²⁶⁰⁵ el diálogo civil como “la participación de las personas con discapacidad en la elaboración y aplicación de las políticas de todo tipo, en particular de

²⁶⁰² HENRY, S. L., *Simplemente Pregunta: Integración de la Accesibilidad en el Diseño*, 2008. Extracto consultado en: <<http://www.uiaccess.com/JustAsk/es/interact.html>>

²⁶⁰³ SÁNCHEZ CABALLERO, M., “Términos adecuados para referirnos a personas con discapacidad (III Parte)”, en Observatorio de la Discapacidad, COCEMFE, 2014.

Consultado en: <<https://www.observatoriodelaaccessibilidad.es/espacio-divulgativo/articulos/terminos-adecuados-referirnos-personas-discapacidad-iii-parte.html>>

²⁶⁰⁴ DE LORENZO GARCÍA, R., “Reforma social de la Constitución...”, cit., pp. 13-14.

las políticas legislativas”, que les afectan. Su concepto y significado viene contemplado en el art. 4.3 CDPD: *“En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad. a través de las organizaciones que las representan”*. La razón de este diálogo es según Jiménez Cano²⁶⁰⁶, *“la vida independiente, la autonomía personal y la toma de decisiones de las personas con discapacidad en los asuntos que les son propios”*.

El término se recoge en el art. 2 e) LIONDAU²⁶⁰⁷, en su nueva redacción dada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto: *“Diálogo civil: el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad, las cuales garantizarán, en todo caso, el derecho de los niños y las niñas con discapacidad a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”*.

El art. 15.1 LIONDAU, también redactado por la Ley 26/2011, configura la estructura del diálogo civil: *“Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, y sus familias, a través de sus organizaciones representativas. participarán en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen, siendo obligación de las Administraciones Públicas en la esfera de sus respectivas competencias promover las condiciones para asegurar que esta participación sea real y efectiva. De igual modo, se promoverá su presencia permanente en los órganos de las Administraciones Públicas, de carácter participativo y consultivo, cuyas funciones estén directamente relacionadas con materias que tengan incidencia en esferas de interés preferente para personas con discapacidad y sus familias”*.

La participación del movimiento asociativo se refiere a todas las materias y a todo tipo de decisiones que les conciernen, y se da en todas las etapas del proceso, la

²⁶⁰⁵ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., p.111.

²⁶⁰⁶ JIMÉNEZ CANO, R. M., “Hacia un marco conceptual adecuado de la normativa española sobre personas con discapacidad”, en AA.VV., *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 100, citando a A. Palacios.

²⁶⁰⁷ Ya derogada.

preparatoria, la de elaboración y la de adopción de la decisión, así como la supervisión y control de la normativa que les incumbe²⁶⁰⁸.

9.11.1.2.- Organizaciones

Como indica De Lorenzo García²⁶⁰⁹, “el Gobierno español en cumplimiento del art. 33 CDPD sobre aplicación y seguimiento nacional de la CDPD, a través del RD 1468/2007, de 2 de noviembre, que modifica el RD 1865/2004, de 6 de septiembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad, considera a este organismo como instancia pública oficial de seguimiento de la CDPD en España”.

El Consejo Nacional de la Discapacidad es un órgano consultivo interministerial. Está regulado por el RD 1855/2009, de 4 de diciembre; parcialmente reformado por el RD 1146/2012, de 27 de julio, y como indica su Exposición de motivos *“Con la creación del Consejo Nacional de la Discapacidad en 2004, se dio un impulso decisivo al principio de diálogo civil establecido en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre [...] en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad.”*.

También participa en ese diálogo civil el Real Patronato sobre Discapacidad, de acuerdo con sus nuevas funciones derivadas del RD 1/2013, de 11 de enero²⁶¹⁰, por el que se modifica su Estatuto.

De igual modo, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la CDPD, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 33.2 CDPD, el Gobierno de España nombró en 2009 al CERMI²⁶¹¹ como mecanismo de seguimiento independiente²⁶¹².

La organización clave para el diálogo civil es el CERMI, según el RD 1276/2011 *“en tanto que asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad”*; “y ello sin perjuicio de las organizaciones de cada tipo de discapacidad también representativas, como la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE)”, la Confederación Española de Organizaciones en favor de las

²⁶⁰⁸ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., p. 134.

²⁶⁰⁹ DE LORENZO GARCÍA, R., “La Convención, un desafío inaplazable”, cit.

²⁶¹⁰ RD 1/2013, de 11 de enero, por el que se modifica el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad aprobado por Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto. BOE-A-2013-756

²⁶¹¹ Es la mayor plataforma representativa de la discapacidad organizada en España.

²⁶¹² Acuerdo del Consejo Nacional de la Discapacidad el día 17 de septiembre de 2009.

Personas con Discapacidad Intelectual-FEAPS, Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica (COCEMFE), etc.

En cumplimiento de la obligación asignada al CERMI, este creó un Comité de Apoyo en el que integró instancias académicas, juristas expertos, activistas de DDHH y del movimiento de la discapacidad, entre otros. Este Comité eleva al CERMI opiniones, recomendaciones, propuestas e informes, sobre cuestiones relativas a la promoción y protección de los DDHH de las personas con discapacidad, y además el CERMI elabora anualmente un “Informe sobre DDHH y discapacidad en España” en el que examina el grado de cumplimiento de la CDPD en nuestro país y su evolución y que traslada al Gobierno español y a NNUU²⁶¹³.

9.11.2.- Diálogo en el derecho civil

Destaca García Pons²⁶¹⁴ que se produce “entre las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, y sus familias” y el estamento “jurídico-civil, desde la doctrina científica hasta las instituciones oficiales del Ministerio de Justicia, incluida la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación”. “Se trata de establecer cauces de comunicación”, y colaboración para “llegar a soluciones de consenso en el campo del derecho civil”, para su necesaria adaptación legislativa a la CDPD.

“El contacto entre el mundo de la discapacidad y el mundo jurídico” sí existe “en otros campos del derecho, como derecho administrativo²⁶¹⁵, la filosofía del derecho y el derecho internacional público”. Sin embargo, el mundo de la discapacidad es desconocido e incluso ignorado para gran parte de la doctrina civilista, que es ajena a todo ese mundo en continuo progreso e investigación.

En el ámbito de la Administración Pública el legislador parece haber tomado conciencia de este problema en el RD 1/2013, de 11 de enero, por el que se modifica el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad (aprobado por RD 946/2001, de 3 de agosto); en el art. 3 párr. 5º del Estatuto dice que el Patronato tiene como uno de sus cometidos: “*Desarrollar actividades como órgano técnico de encuentro, reflexión,*

²⁶¹³ Actualmente hay 10 publicados, correspondientes a los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017. Disponibles en: <<https://www.cermi.es/es/colecciones/onu>>

DE LORENZO GARCÍA, R., “La Convención, un desafío inaplazable”, cit.

²⁶¹⁴ GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, cit., pp. 135-136.

²⁶¹⁵ TORRES LÓPEZ, Mª. A., *La discapacidad en el Derecho administrativo*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 34-39.

debate y, en su caso, propuesta, de las Administraciones Públicas, la sociedad civil relacionada con la discapacidad, incluidas las asociaciones y fundaciones, el mundo académico e investigador y el empresarial, a fin de ayudar a orientar las políticas, estrategias, planes, programas y acciones relativas a las personas con discapacidad y a sus familias y la inclusión social de éstas y sus familias, ello sin perjuicio de las funciones que desarrolla el Consejo Nacional de la Discapacidad.”.

9.12.- Falta de medios

La puesta en marcha del nuevo sistema exige dotarle de medios materiales y humanos. Quizá esta sea una de las principales causas por las que la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 CDPD se ha venido retrasando²⁶¹⁶.

La nueva normativa que se apruebe debe ir acompañada de las dotaciones presupuestarias que permitan hacerla efectiva, si no, se convertirá en papel mojado. Creemos que para su justo cumplimiento necesitará diversos medios a cuya provisión deben coadyuvar los poderes públicos.

²⁶¹⁶ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 48.

TEMA IX.- EFECTOS EN ESPAÑA DE LA CDPD II

I. REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL

1.- Pautas de la reforma

Existen una serie de pautas que deberían tenerse en cuenta en la reforma del ordenamiento jurídico civil para adaptarlo a la CDPD. Tema contemplado por diversas instituciones y autores; el Instituto de DDHH Bartolomé de las Casas²⁶¹⁷, Marín Calero²⁶¹⁸, Pérez Bueno²⁶¹⁹, Álvarez Lata y Seoane Rodríguez²⁶²⁰, o el CERMI.

En esta línea podemos señalar:

1.1.- Principios esenciales

Hay que fijar claramente los principios esenciales en la materia, entre ellos, destacan Álvarez Lata y Seoane Rodríguez²⁶²¹: “autonomía personal, presunción de capacidad, máxima conservación de la capacidad, participación, protección (con carácter subsidiario), proporcionalidad, adecuación al fin e intervención mínima”²⁶²², además de no discriminación, revisión, igualdad y accesibilidad.

Con esto se consigue mayor claridad, publicidad, seguridad jurídica y coordinación entre todos los principios, sustituyendo la prevalencia del principio de protección por el de autonomía de la persona.

1.2.- Terminología

²⁶¹⁷ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., pp. 49-56.

²⁶¹⁸ MARÍN CALERO, C., *El derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013, pp. 924-942.

²⁶¹⁹ PÉREZ BUENO, L. C., “Aportaciones para configurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *Anales de Derecho y Discapacidad*, ed. Cinca, n.º 1, Año I, septiembre 2016, pp. 179-183.

²⁶²⁰ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., pp. 59-63.

Señalan que la transición hacia un sistema de apoyos debe seguir una serie de pautas que ayuden al cumplimiento de los principios de la CDPD y a la transición del modelo médico al modelo social.

²⁶²¹ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., pp. 59-60.

²⁶²² Estos principios ya están presentes en derecho español, aunque a veces con una interpretación o articulación diferentes. Los recoge la CDPD y la Recomendación n.º R (99) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre los principios relativos a la protección jurídica de los adultos incapaces, de 23 de febrero de 1999.

Algunos principios tienen naturaleza sustantiva o material y otros procedimental o metodológica.

Hay que implantar en nuestro sistema una nueva terminología. En línea con la CDPD, el término más idóneo es el de persona con discapacidad. No debemos hablar de capacidad de obrar sino de ejercicio de la capacidad jurídica. Abandonar términos y conceptos como incapacitación, incapacitado o incapacidad y centrarnos en la finalidad de protección que se debe dar a todas las personas con discapacidad para que puedan ejercitar plenamente sus DDHH.

1.3.- Modelo social y de DDHH

La adaptación de la legislación española a las exigencias del art. 12 CDPD exige superar el modelo rehabilitador, hacia el modelo social de tratamiento de la discapacidad, estableciendo la prevalencia de la autonomía personal y la accesibilidad, los ajustes razonables y los apoyos, prohibiendo la discriminación por motivo de discapacidad.

Entre las modificaciones legislativas, habría que reformar la CE en su art. 14, que recoge el principio de igualdad; y en su art. 49, recogiendo la no discriminación por motivo de discapacidad y las políticas en materia de discapacidad²⁶²³.

1.4.- Concepto de discapacidad y de persona con discapacidad

Hay que incorporar a la normativa y asumir a todos los efectos la definición de discapacidad y de persona con discapacidad de la CDPD²⁶²⁴. Es preciso cambiar la definición que se contiene en las leyes españolas en la materia.

1.5.- Igual capacidad jurídica

La piedra angular de la nueva regulación debe ser el reconocimiento de la igual capacidad jurídica de todas las personas, englobando en este concepto, conforme al art. 12 CDPD, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar para todos con igualdad, incluidas las personas con discapacidad.

²⁶²³ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 49.

²⁶²⁴ En el párr. e) del Preámbulo CDPD, que dice: “Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”; y en el art. 1 párr. 2º CDPD, que dice: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”.

“La persona mayor de edad, con cualquier clase de discapacidad, sea física o intelectual, tiene capacidad jurídica de obrar, que ejercerá por sí misma, en igualdad de condiciones con las demás y para todos los actos de la vida civil”²⁶²⁵.

Para ello, el Estado debe cumplir las obligaciones de accesibilidad y de realización de ajustes razonables en todos los ámbitos en los que deba ejercerse la capacidad jurídica²⁶²⁶.

La necesidad de contar con apoyos nunca supondrá una limitación de la capacidad jurídica.

1.6.- Derogación de la incapacitación

La institución de la incapacitación actualmente prevista por la legislación española (arts. 199 y 200 CC) debe ser derogada, y, en consonancia, reformar el art. 322 CC y el art. 1263 CC, que excluyen a las personas con discapacidad. Estas modificaciones adquieren una relevancia especial porque se proyectan en todos los ámbitos. Y en consecuencia, el procedimiento de incapacitación actual contenido en la LEC (arts. 756 a 763) debe suprimirse y sustituirse por un procedimiento que establezca medidas de apoyo.

1.7.- Procedimiento e instituciones tuitivas

Las medidas de apoyo se deben hacer a través de la curatela, que debe ser graduable y adaptarse a cada caso concreto. Y la actuación del curador debe respetar con carácter prioritario la voluntad de la persona con discapacidad.

También se pueden ejercer estas medidas a través de la figura del asistente, guardador de hecho y defensor judicial.

Y eliminarse en el ámbito de la discapacidad la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

1.8.- Apoyos

El apoyo consiste en asistir a la persona en la toma de decisiones respetando siempre su voluntad y preferencias.

²⁶²⁵ MARÍN CALERO, C., *El derecho a la propia discapacidad...*, cit., p. 924.

²⁶²⁶ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 49.

Todas las personas con dificultades para tomar sus propias decisiones y ejercer su capacidad jurídica tienen derecho a los apoyos que necesiten; y a pedir a través de un procedimiento judicial un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad que reemplace a las tradicionales figuras tuitivas del tutor y el curador.

El apoyo puede prestarse por una o varias personas físicas o jurídicas. En su designación se tendrá en cuenta preferentemente la opinión de la persona beneficiaria.

La nueva regulación debería prever una flexible y amplia variedad de diferentes apoyos en diferente intensidad, en función de la mayor satisfacción y adecuación a las necesidades de la persona. Con lo que existiría una pluralidad de respuestas y sistemas de apoyo²⁶²⁷.

El ámbito personal y patrimonial no tienen por qué estar separados y el sistema de apoyos puede ser mixto y debe ser flexible²⁶²⁸.

Este proceso judicial podrá iniciarse a instancia de la persona precisada de apoyos, de los parientes o personas de su entorno más próximo, el Ministerio Público, o de las entidades administrativas o sin ánimo de lucro que se ocupan o representan a las personas con discapacidad, de un juez de lo penal por la comisión de un delito o de un juez en general. Además, debe intervenir en el procedimiento un equipo multidisciplinar de asistencia al órgano judicial²⁶²⁹.

Los órganos judiciales deben especializarse y simplificar los procedimientos, como se hace en el derecho comparado. Deben crearse juzgados especializados para decidir sobre el establecimiento de estos planes de decisión que, salvo cuando exista oposición por parte de la persona beneficiaria o por otra legitimada, se sustanciará por el procedimiento de jurisdicción voluntaria²⁶³⁰.

La persona beneficiaria, objeto del procedimiento, será aquella que por su situación de discapacidad y su relación con el entorno necesite asistencia para gestionar asuntos. Debe ser respetada en su voluntad y preferencias, y la evaluación de la asistencia y de las medidas de apoyo adecuadas deberá tener en cuenta las circunstancias individuales y sociales.

²⁶²⁷ MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, 30 de marzo de 2010.

²⁶²⁸ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., pp. 49-50.

²⁶²⁹ Integrado por especialistas médicos, psicólogos, asistentes sociales, etc.

²⁶³⁰ La jurisdicción voluntaria debe tener preferencia sobre la contenciosa.

Los planes deberán detallar minuciosamente la situación y necesidades de la persona las áreas en que precisan asistencia y la figura o figuras de apoyo.

En el caso excepcional que una persona no pueda expresar por ningún medio su voluntad y esta situación perdure en el tiempo, el plan puede tener apoyos obligatorios que sustituyan a la persona respecto a decisiones fijadas de modo singular en la resolución y que si no se adoptan, pueden causar un daño irreparable para la persona, deberán respetar la identidad de la persona, teniendo en consideración su trayectoria vital y sus circunstancias.

En la resolución que establezca el plan personalizado de apoyo deben fijarse controles específicos para garantizar su buen funcionamiento, evitar los abusos e influencia indebida y mecanismos para la revisión periódica de las medidas.

Para el buen funcionamiento de las medidas de apoyo se establecerán salvaguardas y la autoridad judicial y el MF serán garantes del mismo, y también las diferentes autoridades o funcionarios, Notarios, Registradores, facultativos, representantes sindicales, etc.²⁶³¹, que deben apoyar en el acto en que intervengan.

El eje del procedimiento no sería el juicio de capacidad, que se tiene siempre, sino la provisión de apoyos para la toma de decisiones fijando las salvaguardias que impidan abusos y bajo el principio de intervención mínima²⁶³².

El plan puede fijar alguna precaución especial, comunicación al juez o al MF, respecto a los actos patrimoniales de especial importancia.

1.9.- Menor de edad

Marín Calero²⁶³³ apunta que “la persona con discapacidad que sea menor de edad estará bajo la patria potestad de sus padres, conforme a la ley. En defecto de patria potestad, la persona con discapacidad o menor de edad quedará bajo la tutela de la persona o personas, físicas o jurídicas, que designe el juez competente, conforme a la ley. La patria potestad y la tutela se extinguirán por la mayoría de edad de la persona con discapacidad y por las demás causas establecidas en la ley”.

La patria potestad prorrogada o rehabilitada que afecta a los mayores de edad es incompatible con la CDPD porque supone una privación de capacidad.

²⁶³¹ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., pp. 49-50.

²⁶³² INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., pp. 51-52.

²⁶³³ MARÍN CALERO, C., *El derecho a la propia discapacidad...*, cit., p. 925.

1.10.- Individualización

Las medidas deben ser individualizadas para cada persona porque cada caso es singular y necesita una respuesta diferente. Por tanto, hay que atender a las capacidades de la persona concreta, asimismo hay que examinar su entorno y las circunstancias personales, sociales y económicas, que serán diferentes en cada supuesto y que determinarán la idoneidad de un sistema de apoyo u otro²⁶³⁴.

La resolución judicial determinará el repertorio individual de apoyos de la persona de que se trate y designará el gestor o gestores de esos apoyos.

1.11.- Temporalidad

Las medidas del plan personalizado de apoyos serán siempre temporales y sujetas a revisiones periódicas obligatorias de las mismas, evitando el nombramiento de cargos tuitivos con carácter permanente, en sintonía con los principios de la CDPD y el derecho comparado²⁶³⁵.

La decisión judicial que establezca los apoyos tendrá siempre duración determinada y será revisable en función de si se han producido cambios en las circunstancias que llevaron a precisarla²⁶³⁶.

1.12.- Guarda de hecho

Debe potenciarse la guarda de hecho, diferenciando entre las actividades del cuidado cotidiano y otras decisiones de más envergadura. En las primeras, el régimen debe ser flexible e informal en base a un principio de confianza en el cuidador. En las segundas, hay que fijar un sistema más formal exigiendo autorización para las decisiones y los actos personales y patrimoniales de mayor envergadura, sin que suponga un juicio declarativo de la falta de capacidad²⁶³⁷.

²⁶³⁴ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., pp. 60-61; dicen que nunca debe suponer la restricción de la capacidad de obrar del individuo, algo que ahora acaba ocurriendo al ser la incapacitación, en la práctica, la única respuesta.

²⁶³⁵ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., p. 60.

²⁶³⁶ PÉREZ BUENO, L. C., “Aportaciones para configurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos...”, cit., p. 182.

²⁶³⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales”, en S. De Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 206.

El guardador de hecho puede hacer actos representativos con autorizaciones judiciales concretas.

1.13.- Margen de actuación

Hay que dar un margen de actuación individual a la persona con apoyos para la realización de actos de naturaleza cotidiana, analógicamente a la capacidad del menor para llevar a cabo los actos corrientes de la vida ordinaria (en la línea de la STS, de 10 de junio de 1991²⁶³⁸); atenuando las consecuencias excesivas derivadas del art. 1263.2º CC siguiendo el principio de máxima conservación de la capacidad²⁶³⁹. Lo establecido en el art. 162 párr. 2º 1º CC se debería aplicar a la incapacidad.

1.14.- Actuación conjunta

Debe regir el principio de actuación conjunta o de participación en la toma de decisiones, facilitando la intervención de la persona con discapacidad en dicho proceso, independientemente de cuál sea el órgano concreto que decida o asista. Este principio debe ir acompañado de medidas que permitan la recuperación de la capacidad y la expresión de su autonomía y preferencias²⁶⁴⁰.

1.15.- Actos personalísimos

Para ejercer actos jurídicos personalísimos basta la “capacidad natural”, que debe desvincularse de la “competencia mental” y definirse en términos neutrales en relación con la discapacidad. La regulación del ejercicio de estos actos debe centrarse en “situaciones” y no en “rasgos” de la persona.

No podrán realizar estos actos quienes se encuentren en una situación que les impida totalmente, por cualquier motivo, conformar o expresar su voluntad por cualquier medio²⁶⁴¹.

En todo caso hay que establecer criterios unívocos para el ejercicio de estos actos. Según Álvarez Lata y Seoane Rodríguez²⁶⁴², si de la no realización del acto en cuestión

²⁶³⁸ TOL 1.728.974

²⁶³⁹ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., p. 63.

²⁶⁴⁰ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., pp. 62-63.

²⁶⁴¹ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 53.

se derivan perjuicios para el sujeto, actuará el representante o, en su caso, el asistente o guardador.

1.16.- Negocios jurídicos

Hay que clarificar el régimen legal, en especial los requisitos para otorgar negocios jurídicos, siempre hay que facilitar la autonomía de la persona con discapacidad para participar en los negocios que les afecten, con la asistencia de apoyos fijados en su plan individualizado e incluso ellos solos. Para ello hay que modular la exigencia de capacidad plena, no hace falta ni es lógico exigir la misma capacidad para todos los actos. De hecho, lo recoge ya la legislación española aunque su aplicación no es todo lo eficaz que sería deseable. Creemos que debería hacerse una flexibilización considerable a la hora de otorgar actos de previsión, autotutela o de protección patrimonial y que la persona con discapacidad deberá comparecer siempre, salvo absoluta imposibilidad física, para otorgar ante notario los negocios jurídicos que le afectan, bien sea sola o apoyada. En todo caso, hay que conocer y respetar los valores y preferencias de la persona con discapacidad.

Indica Marín Calero²⁶⁴³ que “los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad a la que la autoridad judicial le haya prescrito un régimen de apoyos obligatorios para el ejercicio de su capacidad jurídica de obrar, por sí misma y en igualdad de condiciones con los demás, y que se hayan realizado con tales apoyos, son válidos e inatacables por razón de la discapacidad, sin necesidad de autorización judicial o cualquier otro requisito previo posterior”.

1.17.- Prevención de abusos

Respecto a la prevención de situaciones de abuso, Marín Calero²⁶⁴⁴ señala que “cualquier persona podrá comunicar al MF el conocimiento que tenga de que una persona con discapacidad” pueda: “estar siendo impedida u obstaculizada en el goce y ejercicio de sus derechos” o “estar siendo inducida dolosa o abusivamente a realizar en su perjuicio y sin apoyo adecuado actos jurídicos de enajenación”, así como de que esté autorizando a terceros la realización en su nombre de actos dispositivos de los que

²⁶⁴² ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., p. 63.

²⁶⁴³ MARÍN CALERO, C., *El derecho a la propia discapacidad...*, cit., p. 932.

²⁶⁴⁴ MARÍN CALERO, C., *El derecho a la propia discapacidad...*, cit., p. 930.

resulte o pueda resultar la pérdida de sus medios de vida o un enriquecimiento injusto para tales terceros.

Indica que dándose los indicadores de riesgo siempre que, por razón del ejercicio de su cargo, convivencia personal y servicios profesionales, tengan conocimiento de los hechos indicados, están obligados a realizar la comunicación reseñada y son responsables de los perjuicios económicos que origine a la persona con discapacidad la omisión de este deber: “los funcionarios públicos, los abogados, profesionales del derecho y trabajadores sociales, en los casos y términos que señale la ley, las personas con las que conviva la que tiene discapacidad, las que tengan su representación voluntaria, en virtud de poder general, y las que sean responsables de los establecimientos, públicos o privados, en que se encuentre institucionalizada”.

1.18.- Acceso a la justicia y a las administraciones públicas

Debe reformarse la capacidad procesal en el orden civil, administrativo, laboral etc., ya que el sistema vigente niega a las personas incapaces capacidad procesal ante los tribunales. Deben cumplirse en la regulación procesal las exigencias de accesibilidad y de realización de ajustes razonables y apoyos para permitir a las personas actuar por sí mismas ante los tribunales. Los jueces deberían garantizar la prestación del apoyo. También la regulación de la capacidad general de actuar ante las Administraciones públicas debe modificarse en el mismo sentido, al igual que ante otras autoridades públicas, notarios, registradores, y funcionarios en general, sobre las que, al igual que sucede con los jueces, recae la obligación de garantizar la prestación de los apoyos y vigilar la actuación conforme con el plan personalizado²⁶⁴⁵.

Marín Calero²⁶⁴⁶ señala que “con los apoyos previstos en esta ley, corresponde a la persona con discapacidad la defensa jurídica de sus bienes e intereses.

A tal fin, la persona con discapacidad tendrá acceso en igualdad de condiciones con las demás a todas las dependencias jurídicas del Estado. Se entiende por dependencia jurídica del Estado toda aquella en la que la actuación de los particulares esté sujeta a alguna clase de procedimiento legal, sea administrativo o judicial; las oficinas y dependencias electorales; las notarías y los registros públicos de todas clases;

²⁶⁴⁵ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 55.

²⁶⁴⁶ MARÍN CALERO, C., *El derecho a la propia discapacidad...*, cit., pp. 941-942.

y todas las oficinas y dependencias de petición, reclamación y contratación de servicios públicos, incluso en régimen de concesión”.

La persona con discapacidad “tendrá derecho a los necesarios ajustes procedimentales que sean razonables y a todo el apoyo personal y las ayudas técnicas o instrumentos que necesite y que la correspondiente oficina jurídica pública le proporcionará”.

Destaca que “el juez del proceso, el órgano competente para instruir el procedimiento administrativo, el registrador y el notario velarán porque, en el ejercicio ante ellos y por parte de terceros de los derechos y obligaciones de la persona con discapacidad, se respeten, en la medida de lo posible, la voluntad y preferencias de esta, así como su derecho a controlar sus propios asuntos económicos”.

1.19.- Planificación y autoprotección

Si existe una planificación anticipada a través de las instituciones existentes (autotutela o autocuratela, poder preventivo, instrucciones previas o voluntades anticipadas), se debe garantizar el respeto de la decisión autónoma de la persona tomada antes de perder su capacidad²⁶⁴⁷.

En estos casos, se debe eliminar la exigencia de que las personas cuenten con plena capacidad de obrar. Si lo precisan, deben contar con los apoyos necesarios para expresar su voluntad anticipada.

Dada la importancia de estos instrumentos hay que promover su expansión y regular nuevas figuras²⁶⁴⁸.

Marín Calero²⁶⁴⁹ indica que “la persona con discapacidad, en previsión de necesitar en el futuro apoyos más intensos para sus actos”, “así como cualquier persona, en previsión de que, en el futuro, pueda tener una discapacidad, podrá organizar para sí un régimen de convivencia con terceros así como establecer un régimen voluntario de autoprotección jurídica, incluyendo apoyos especiales para el ejercicio por sí misma de su capacidad jurídica de obrar, con las previsiones y requisitos que considere adecuados”. En dicho régimen, la persona que lo otorgue podrá, entre otras cosas:

²⁶⁴⁷ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad...”, cit., p. 61.

²⁶⁴⁸ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., pp. 52-53.

²⁶⁴⁹ MARÍN CALERO, C., *El derecho a la propia discapacidad...*, cit., pp. 941-942.

– “Expresar su voluntad de un modo de vida que le resulte preferible, manifestando sus objetivos y metas personales, sus preferencias sobre el lugar de su residencia, dónde y con quién vivir, y en qué condiciones”, pudiendo excluir ciertos modos de vida.

– “Si considera necesario un régimen de apoyos obligatorios para el ejercicio por sí misma de su capacidad de obrar, podrá proponerlo así, señalando las personas que prefiera que los presten o estableciendo criterios para su selección, así como fijar reglas concretas de funcionamiento de tales apoyos”.

– “Establecer reglas y procedimientos concretos para los apoyos voluntarios que llegue a recibir”.

– “Dar indicaciones o establecer procedimientos y requisitos que crea oportunos respecto de los actos que otras personas puedan realizar en su interés o beneficio”.

– Implementar un sistema de administración de sus bienes, que podrá referirse, incluso con reglas diferentes, a todos los bienes “de la persona con discapacidad, presentes y futuros, a un grupo de ellos o a bienes e intereses concretos y determinados”. Podrá hacer distinciones por razón del tipo de acto o negocio jurídico a realizar.

– “Establecer reglas especiales sobre la continuidad o extinción de los poderes generales o especiales que otorgue”.

– Establecer las circunstancias “que permitan determinar el inicio de la aplicación de dicho régimen, así como el momento para darlo por finalizado”.

– “Podrá dispensar conflictos de intereses y situaciones de autocontratación que puedan presentarse en relación con la actuación de las personas por él designadas.

El MF podrá solicitar de la autoridad judicial la modificación, la revisión y el complemento de las normas de autoprotección, así como la introducción, en su caso, de un régimen judicial de apoyos obligatorios, en la medida en que considere dichas normas insuficientes, inapropiadas o perjudiciales para la persona con discapacidad”. No obstante, el juez deberá respetar en lo posible las previsiones establecidas por el constituyente de la autoprotección.

1.20.- Patrimonio protegido

En relación con la institución del patrimonio protegido se considera necesario que en la determinación de las personas que pueden ser beneficiarias se atienda no sólo al

grado de discapacidad, sino también a la situación social en la que se encuentra la persona, eliminar en su regulación la referencia al incapaz y la exigencia de tener capacidad de obrar para el establecimiento de un patrimonio protegido, y proyectar en este ámbito el derecho general a los apoyos, los planes personalizados y los apoyos obligatorios²⁶⁵⁰.

1.21.- Responsabilidad civil

Las personas con discapacidad son responsables civiles en las mismas condiciones que los demás, esto es, cuando concurra culpa subjetiva, y, por tanto, se comprenda la ilicitud del acto. Por otro lado, la responsabilidad objetiva por actos de terceros debe limitarse a las personas que desempeñan apoyos obligatorios.

Los contratos en los que intervienen personas con apoyos son válidos si se han realizado de conformidad con el plan personalizado y las personas que precisan apoyos son responsables en este ámbito. En otro caso, estos contratos deben ser considerados anulables e incluso nulos²⁶⁵¹.

Apunta Marín Calero²⁶⁵² que “la persona que preste apoyo, obligatorio o no obligatorio, al ejercicio de la capacidad de obrar de la que tiene discapacidad será responsable de los perjuicios económicos que le cause con su intervención y que se deban a culpa o negligencia”.

1.22.- Responsabilidad penal

Respecto al régimen de responsabilidad penal, las eximentes y atenuantes no deben estar basadas directa o indirectamente en la discapacidad o las deficiencias y han de redefinirse en términos neutrales relativos a las situaciones que impiden comprender la ilicitud de los actos.

Igualmente, hay que eliminar la relación que se establece, en ocasiones de manera directa, entre la peligrosidad y el trastorno mental en la regulación de la imposición de medidas de seguridad.

²⁶⁵⁰ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 52.

²⁶⁵¹ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., p. 53.

²⁶⁵² MARÍN CALERO, C., *El derecho a la propia discapacidad...*, cit., p. 929.

Es necesario eliminar la referencia a la incapacidad de la víctima en la agravación de ciertos delitos y sustituir esta previsión por la necesidad de apoyos de la víctima²⁶⁵³.

1.23.- RC

La resolución judicial que establezca el plan personalizado de apoyos y sus condiciones serán inscribibles en el RC y en los demás Registros públicos pertinentes²⁶⁵⁴ a los efectos de darles la publicidad necesaria.

Si no lo está, no perjudicaría los derechos legítimamente adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe.

1.24.- Régimen transitorio

Marín Calero²⁶⁵⁵ indica que “debe derogarse toda norma jurídica que discrimine a la persona por razón de su discapacidad o por estar incapacitada judicialmente en cualquier grado”.

Cualquier nueva normativa debe contener la previsión clara de un régimen transitorio para que en un plazo razonable las situaciones ya creadas con arreglo al régimen vigente de sustitución puedan incorporarse a las previsiones de la nueva regulación y por tanto, disfrutar de sus derechos. Hasta que se produzca la revisión judicial, las personas que ejercieran funciones tuitivas de representación se entenderán designadas como apoyos.

2.- Propuesta de reforma

La Subcomisión de Expertos del Real Patronato sobre Discapacidad elaboró el 13 de junio de 2012 la “Propuesta articulada de reforma del CC y de la LEC para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, publicada conjuntamente por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Real Patronato sobre Discapacidad, la Fundación

²⁶⁵³ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Capacidad jurídica y discapacidad...”, cit., pp. 53-54.

²⁶⁵⁴ PÉREZ BUENO, L. C, “Aportaciones para configurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos...”, cit., p. 183.

²⁶⁵⁵ MARÍN CALERO, C., *El derecho a la propia discapacidad...*, cit., p. 924.

ONCE, la Fundación Aequitas y el Consejo General del Notariado²⁶⁵⁶, de la que destacaremos parte de su contenido.

2.1.- Presentación

La aplicación efectiva de la CDPD supone el “reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad” y obliga a revisar “los sistemas vigentes en España relativos a la modificación de la capacidad de obrar”.

Exige adaptar la normativa española, una revisión sustantiva de la actual regulación de la modificación de la capacidad de obrar y de su procedimiento judicial.

En este sentido, la Ley 26/2011 otorga al Gobierno, según su Disp. adic. séptima, el plazo de un año para la adaptación normativa. Y el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de NNUU, que en sus observaciones al Informe presentado por el Estado español en septiembre de 2011, le ha reprochado el retraso en aplicar una nueva legislación que *“regule el alcance y la interpretación del artículo 12”*.

Para colaborar en el logro de este objetivo, “en el seno de la Comisión de Legislación del Real Patronato sobre Discapacidad, en abril de 2007 se constituyó una Subcomisión de Expertos con la finalidad de aunar posturas en relación al art. 12 CDPD”.

“Dicha Subcomisión ha trabajado en la redacción de una propuesta para modificar el CC y la LEC, y transformar un procedimiento basado en la incapacidad y en la sustitución de la voluntad de la persona, por uno nuevo que, partiendo de la previa capacidad, la potencie y la apoye de una forma dinámica”.

“La clave de este nuevo sistema reside en el concepto de “apoyos”, es decir, en la determinación de los elementos de ayuda, que se han de garantizar a cada persona para que se exprese y surta efectos, cada decisión, adoptada desde su igual capacidad jurídica, y destinada a generar consecuencias personales y jurídicas plenas como expresión de esa capacidad”.

“Fruto de la Subcomisión es la propuesta de modificación legislativa del CC y de la LEC. Busca que las medidas de apoyo y la intervención en los asuntos de la persona con discapacidad sea la estrictamente necesaria y cumpla los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido, procurando atenerse a los parámetros

²⁶⁵⁶ Se puede consultar el texto completo de la propuesta articulada de reforma en:
<http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=ad9a08fd-4a33-49e5-b3de-5ed711e787c3&groupId=10228>

del art. 12 CDPD: interdicción de toda discriminación por razón de la discapacidad, respeto al derecho, la voluntad y preferencias de la propia persona, evitar conflictos de intereses e influencias indebidas, adopción de apoyos proporcionales y adaptados a las circunstancias, aplicados en el plazo más corto posible y sujetos a exámenes periódicos por una autoridad judicial”.

2.2.- Situación de partida

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del CC en materia de tutela, “evoluciona de un modelo de protección germánico, de tutela familiar, a otro modelo de tutela personal, sustanciada en la autoridad judicial”.

En ambos casos la persona carecía de la “capacidad de obrar” y, determinado esto, se trataba de concretar una institución que supliría su voluntad o estableciera un modelo de representación. “Se partía de un procedimiento previo de determinación de incapacidad efectuado con las garantías de un procedimiento judicial contradictorio, formalmente proteccionista, sin apenas participación activa de la persona afectada y en el que la posibilidad de conocer su voluntad se agotaba en una escueta y superficial entrevista con el juzgador que la ley denomina examen (art. 759 LEC)”²⁶⁵⁷.

Sin embargo, la práctica ha evidenciado una actuación superficial en la que el procedimiento de incapacitación se convertía en un mero trámite procesal hacia la tutela total.

El juzgador tiene la obligación de “establecer en la sentencia la “extensión y límites” de la incapacidad, adaptándola al perfil individual de la persona, pero aún hoy no ha llegado a ser aplicada en todos los juzgados y en todos los casos. A ello ha colaborado el incremento de carga judicial y la ausencia de recursos personales cualificados”²⁶⁵⁸.

El proceso sobre la capacidad de las personas (art. 756 a 763 LEC) se ha convertido en un mero requisito procesal para concluir, en la mayoría de los supuestos, con una “incapacidad total”. En unos pocos casos, el proceso concluye con el

²⁶⁵⁷ PÉREZ BUENO, L.C., “La capacidad jurídica a la luz de la Convención. Aportaciones para delinear un nuevo modelo legal de apoyos a la toma de decisiones”, en L. C. Pérez Bueno (dir.), *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social, Estudios en Homenaje a Paulino Azúa Berra*, Colección CERMI, Madrid, 2010, p. 149.

²⁶⁵⁸ ARSTEIN-KERSLAKE, A. “El sistema español en materia de capacidad jurídica: aspectos que faltan y otros sistemas que podrían servir de mejores modelos”. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B155915EAE9AC4E205257C9B0060A6F2/\\$FILE/CapacidadJuridica_03032010.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B155915EAE9AC4E205257C9B0060A6F2/$FILE/CapacidadJuridica_03032010.pdf)

nombramiento de un curador, que interviene en los actos de contenido personal o patrimonial más importantes en una especie de “incapacidad parcial”.

Pero en ningún caso hay previsión de que quien ejerza la función tuitiva deba tomar en cuenta o respetar la voluntad o preferencias de la persona con incapacidad.

El procedimiento judicial ha obedecido al “modelo médico o sanitario” de la discapacidad intelectual: el juez determina la existencia de la incapacidad y su grado y establece una figura que complete, sustituya o represente a la persona incapacitada y normalmente para toda la vida. Si bien la ley prevé la revisión de la misma, nuestros tribunales no suelen hacerlo.

2.3.- Impacto de la CDPD

La legislación española no era, y en gran parte sigue sin ser, coherente con la CDPD y han sido innumerables las denuncias que desde jornadas, seminarios, congresos, publicaciones, etc., se han hecho de ello. Sí que parecen más concienciados algunos operadores jurídicos, jueces, y profesionales del derecho, que son conscientes de la necesidad de la reforma.

Muchas familias se resisten “a tramitar un procedimiento de incapacitación respecto de su hijo o familiar con discapacidad intelectual, lo que parece establecer una nueva carga, un estigma social” para aquel. Y que solo se use esa herramienta en situaciones en las que la defensa de intereses patrimoniales la hacían necesaria.

En esa situación “irrumpe como una carga de profundidad la fundamental CDPD, de 2006²⁶⁵⁹”, y, en particular, su art. 12, que actúa así como un revulsivo. Examinar la situación actual a la luz de dicho art. supone desenmascarar la realidad de ocultación y sustitución, la invisibilidad social y, en definitiva, la exclusión social, de quienes tienen una discapacidad intelectual, cuya voluntad, deseos, intenciones o libertad quedan, por tal hecho, relegados y jurídicamente excluidos.

Como acertadamente han establecido Álvarez Lata y Seoane Rodríguez²⁶⁶⁰, la separación social de las personas con discapacidad²⁶⁶¹ ha tenido como consecuencia la

²⁶⁵⁹ PALACIOS RIZZO, A. (coord.), “Capacidad Jurídica y Discapacidad”, Observatorio Permanente de la Discapacidad y derechos Humanos, Cuaderno de Trabajo n.º 7, España. Proyecto a cargo de FUTUEX (Fundación Tutelar de Extremadura), Fundación Aequitas y Fundación Academia Europea de Yuste, en el marco del Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos.

²⁶⁶⁰ ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, Fundación Paideia, A Coruña, 1999, pp. 91-197.

²⁶⁶¹ Cuando hablamos de persona con discapacidad lo hacemos desde las bases que en tal sentido establece en el art. 1 CDPD, y, por tanto, cuando aquí hablamos de persona con discapacidad, lo hacemos

ausencia de integración, con menoscabo de sus posibilidades de desarrollo. La discapacidad no puede servir como instrumento de marginación. Los derechos de la persona no dependen de su capacidad sino que derivan de la igual dignidad de todos los seres humanos.

El texto del art. 12 CDPD y la vigente regulación del “proceso sobre la capacidad” o de las figuras de tutor, curador, patria potestad prorrogada, defensor judicial o guarda de hecho, resultan difícilmente conciliables, al afirmar el precepto la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, impone, por imperativo legal, al derecho español una profunda revisión²⁶⁶², que en opinión, entre otros, de Pérez Bueno²⁶⁶³, ha de conducir a la sustitución o desaparición de cuanto no casa o fricciona con esa afirmación de capacidad igual para todos.

Las figuras jurídicas que encarnan la sustitución y representación son irreconciliables con un planteamiento positivo que proclama la capacidad jurídica sin restricciones en las personas con discapacidad.

Otro argumento que aboga por una revisión profunda de las normas es la evidencia que supuso la aplicación de la reforma de 1983 del CC, de que no basta una bien intencionada modificación legal, no puede ser la buena praxis del profesional la que reconozca y haga efectivos los derechos.

La actual redacción del Título IX, Libro Primero del CC, es incompatible con lo proclamado por la CDPD.

Algunos propugnaban acomodar las figuras jurídicas existentes con la CDPD, y reconvertirlas en los apoyos de los que habla la CDPD. Afirman que nuestra legislación

con aquella, refiriéndonos a *“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*. Estamos, pues, ante una definición que no es cerrada, enumerativa, sino que incluye a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya otras situaciones o personas; en un concepto social de la discapacidad que evoluciona e interactúa. AA.VV., *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

²⁶⁶² Hecho reconocido por los vocales del Consejo General del Poder Judicial P. Aguirre Zamorano y M. Torres Vela, en “Guía de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela de los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia”. Directores: P. Aguirre Zamorano y M. Torres Vela; Coordinación, R. Pérez-Puig González, 2011. Disponible en: < <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Documentos-de-interes/Guias-y-Protocolos/Guia-de-buenas-practicas-sobre-el-acceso-y-tutela-de-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-en-sus-relaciones-con-la-administracion-de-justicia--a-la-luz-de-la-convencion-de-la-ONU-y-de-las-Reglas-de-Brasilia>>

²⁶⁶³ PÉREZ BUENO, L.C., “La capacidad jurídica a la luz de la Convención...”, cit., p. 150; es aún más gráfico: “es una carga de profundidad contra instituciones jurídicas seculares, de arraigo asaz prolongado, que a van a tener que ser suprimidas, borradas de la faz de los códigos y leyes, y sustituidas por nuevos modelos, en consonancia con el paradigma de plena igualdad que estatuye la convención”.

es asimilable y coherente con el art. 12 CDPD; y que solo con un cierto esfuerzo bastaría para no tener que hacer cambios.

La polémica se ha visto superada al establecerse el criterio de interpretación por parte del órgano encargado del seguimiento de la CDPD, el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de NNUU²⁶⁶⁴, que resulta de una claridad meridiana.

Por todo esto abogamos por una modificación profunda del CC y de la LEC, para transformar un procedimiento basado en la identificación de la incapacidad y en la sustitución de la voluntad de la persona por un nuevo sistema que, partiendo de la previa existencia incuestionada de la capacidad, la potencie y la apoye de una forma dinámica, y que establezca un sistema de provisión de apoyos, flexible y atemperado a cada persona y a cada decisión. En definitiva, un nuevo enfoque, sustancial y procesal, que acomode nuestro derecho al modelo social que la CDPD establece, en el que la discapacidad no reside en la persona sino en el entorno que no le permite desarrollar sus potencialidades²⁶⁶⁵.

El modelo que establece la CDPD es una cuestión básica de DDHH²⁶⁶⁶, lo que tiene importantes consecuencias tanto en las políticas públicas, como en la adopción de leyes, o en las respuestas sociales hacia la discapacidad.

En apoyo de esos planteamientos está el expreso texto legal, directamente aplicable, del art. 12 CDPD y la realidad de modelos similares existentes en nuestro entorno internacional.

²⁶⁶⁴ El texto de las observaciones dice:

“33. El Comité observa que la Ley N° 26/2011 establece un plazo de un año desde su entrada en vigor para la presentación de un proyecto de ley que regule el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención. Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica.

34. El Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes.”.

Disponible en:

<<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Session6.aspx>>

²⁶⁶⁵ SASTRE CAMPO, A., y MARQUÉS DE LA CALLEJA L., “Un nuevo contexto para la efectividad de los Derechos de las personas con discapacidad”, en P. Aguirre Zamorano/M. Torres Vela (dir.) “Guía de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela de los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia”, 2011, p. 14.

Disponible en: < <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Documentos-de-interes/Guias-y-Protocolos/Guia-de-buenas-practicas-sobre-el-acceso-y-tutela-de-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-en-sus-relaciones-con-la-administracion-de-justicia-a-la-luz-de-la-convencion-de-la-ONU-y-de-las-Reglas-de-Brasilia>>

²⁶⁶⁶ PALACIOS, A. y BARRIFFI, F. (Coord.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

2.4.- Sistema de provisión de apoyos

No puede sostenerse una posición de continuidad, que pretenda una mera reforma de las instituciones tradicionales, puesto que éstas no se avienen con lo establecido en la CDPD.

De los arts. 12.1 y 2 CDPD se evidencia que carece de cualquier solvencia sostener la antigua diferencia doctrinal española entre “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar”²⁶⁶⁷, la capacidad jurídica de quienes tienen alguna discapacidad, cualquiera que sea esta, se reconoce en total igualdad de condiciones respecto de la del resto de los ciudadanos.

El concepto de “capacidad jurídica” de la CDPD es único, no se atiene a la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, por lo que es incompatible con los arts. 199 y 200 CC. Pero es obvio que la discapacidad puede determinar muy diferentes niveles de limitación en actividades de la vida diaria y en la adopción de decisiones. Por lo que es necesario que la institución de apoyo haya de estar acotada a las necesidades de la persona, trascendencia y efectos de la decisión, e incluso al momento en que esta se adopta.

Para que la persona pueda adoptar decisiones válidas con plenas consecuencias jurídicas, la CDPD usa el concepto de “apoyos”, es decir, los elementos de ayuda, que se han de garantizar a cada persona para que se exprese desde su igual capacidad jurídica.

El art. 12.3 CDPD, al recoger el sistema de apoyos, supone una modificación del art. 215 CC, que obedece a un sistema en el que, tras reconocer la situación de incapacidad, procede a regular las medidas necesarias para la “*guarda y protección*” de la persona y bienes de los incapacitados.

Con la CDPD no puede admitirse encauzar a todas las personas con discapacidad hacia un proceso de criterios estándar; el nuevo sistema obliga a una determinación específica, individual y hasta diferenciada cronológicamente, de apoyos determinados a medida²⁶⁶⁸. Se tratará de precisar que es lo que cada persona necesita para expresar su decisión, partiendo de la incuestionable existencia de una capacidad válida.

²⁶⁶⁷ PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “La capacidad jurídica y la capacidad de obrar: el artículo 12 de la Convención y sus implicaciones en el Derecho Privado español”, en *Capacidad Jurídica y Discapacidad, Un Estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cuaderno de trabajo n.º 7, España: Derecho Común, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Aprosba, Cáceres, 2009.

²⁶⁶⁸ El concepto del “traje a medida”, o del juez como un cartógrafo, expresados gráficamente por R. Leña y J. A. Seoane Rodríguez, respectivamente, llega así hasta sus últimas consecuencias.

La CDPD obliga a que la posición del juzgador sea más exhaustiva, a que requiera de un conocimiento más preciso, considerando: situación y necesidades de la persona, momento cronológico y alcance o naturaleza de la decisión adoptar. De ahí que tampoco quepa admitir ya las decisiones atemporales, poco menos que permanentes, como venían siendo tanto las sentencias de incapacidad²⁶⁶⁹, como las determinaciones de nombramiento de tutor o curador.

2.5.- Procedimiento de provisión de apoyos

2.5.1.- Concepto y tipos de apoyos

Se trata de articular un procedimiento, en unos casos extraprocesal y en otros mediante una vía procesal adecuada, que acoten un régimen general de apoyos, determine la intensidad y vigencia de estos y establezca los sistemas de garantía o salvaguarda para su aplicación, en los términos del art. 12.4 CDPD.

Hay que ir a un procedimiento que, en coherencia con la CDPD, sea de “determinación de apoyos”. El contenido de este proceso dependerá de las necesidades de tales apoyos que presente la persona, cuando sean intensos y permanentes, será muy posible que la decisión respecto del alcance de los mismos deba ser prolongada en el tiempo, sin perjuicio de arbitrar las medidas de salvaguarda que deben ser aplicadas y revisadas con mayor agilidad, eficacia y continuidad que en el sistema actual.

El concepto de apoyos es amplio y define no solo a aquellos establecidos de forma expresa por la autoridad judicial²⁶⁷⁰, sino también a los que se articulen de manera natural, por la propia persona con discapacidad, o por los operadores jurídicos como medio de facilitar la manifestación de voluntad.

La realidad ofrece apoyos naturales: el familiar, el vecino, el amigo, la persona que, en definitiva, actúa como referente en cada caso, por decisión de la propia persona con discapacidad, que ayuda para la realización de determinadas actuaciones, algunas de las cuales pueden tener trascendencia jurídica, el interesado no es representado o sustituido, sino asistido y apoyado, bien para exponer o expresar su voluntad, bien para comprender cuestiones a las que no alcance sin ese apoyo.

Tales apoyos, decididos por la propia persona con discapacidad, podrán ser establecidos de manera informal o de manera documental, e incluso en un documento

²⁶⁶⁹ La práctica demuestra que la vía de revisión de estas prevista en el art. 761 LEC apenas tiene entidad real.

²⁶⁷⁰ Aquellos cuya existencia será precisa y obligada.

notarial en el que la persona con discapacidad identifique los apoyos que designe, y delimite sus áreas de actuación, lo que supone una evidente garantía y aporta un plus de seguridad.

Se trata de aplicar el principio de intervención mínima, de no precisar de más regulación legal que la imprescindible; partir de desarrollar la plena capacidad que la CDPD proclama, y, por tanto, no regular más que aquello en lo que sea preciso delimitar una necesaria asistencia para el ejercicio de tal capacidad. Así, la regulación legal, y, más aún, la intervención judicial, se justifican en la necesidad de enunciar y, sobre todo, de garantizar el derecho de la persona con discapacidad a arbitrar tales apoyos, y cuando no pudiese, a que las administraciones públicas se los proporcionen.

Los apoyos pueden ser “formales”, establecidos de una forma regular, institucional y jurídica; o “informales”, nacidos del propio contexto de la persona, familiar, personal, social y también de la administración.

Es decir, son apoyos válidos los acompañamientos para determinadas decisiones realizados por personas del entorno familiar o personal, del centro o entidad que preste servicios a la persona con discapacidad. Podrán serlo también los adoptados en una oficina administrativa por el funcionario o encargado de esta para ayudar a comprender o para asegurarse la expresión y alcance de la decisión adoptada por la persona con discapacidad. Podrán serlo, los adoptados por un particular en situación de interlocución similar a las del funcionario (p. ej., en un comercio, un servicio profesional, una dependencia de salud, etc.). En todos ellos, deberá establecerse un sistema de garantías que evite, en todo caso, que el sistema de apoyo utilizado vaya más allá de la voluntad de la persona con discapacidad y, menos aún, desvíe éstas para beneficio de quien desempeña el apoyo.

Ese nivel no requerirá de tramitación judicial y será adoptado en el caso de personas cuya discapacidad no les haga precisar de apoyos intensos y permanentes, sino de apoyos necesarios para formalizar trámites ordinarios.

En otros casos será necesario que la determinación del sistema de apoyos precise de una valoración más exhaustiva y será conveniente asegurar la intervención de la autoridad judicial como mayor garante de los derechos de la persona como, por otro lado, impone la CDPD (*“por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”*).

En este caso el juez determinará los apoyos y definirá de manera obligada el alcance de estos, de la estructura de recursos humanos que será necesaria para su

aplicación, de su determinación temporal y de sus rigurosas y adecuadas salvaguardas o garantías. Seguido el procedimiento, el juez dictará una resolución, el auto es la forma más apropiada; que habrá de contener todos esos parámetros y que, al margen de su obligada revisión, puede ser recurrible.

2.5.2.- Inicio del procedimiento

El sistema de provisión de apoyos debe tener un cauce para instarlo, flexible, evitando la rigidez del actual sistema, que realiza una enumeración cerrada. Parece aconsejable dar preferencia a la propia persona con discapacidad como consecuencia de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad; y, tras esta, a las personas más allegadas en su entorno personal o social: cónyuge, o persona con la que mantenga relación similar, ascendientes o descendientes, hermanos, sobrinos, etc., y abriendo el cauce de legitimación a los representantes legales de las entidades que les atiendan. A esta vía de legitimación expresa se unirá la posibilidad de que cualquier otra persona²⁶⁷¹ pueda comunicar al juzgado aquellas situaciones en las que entienda adecuado establecer apoyos para personas con discapacidad que lo puedan precisar. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de participación activa del MF.

Y también corresponderá al juzgado iniciar procedimiento si estima concurren las condiciones necesarias para ello.

2.5.3.- Cauce procesal

La cuestión es si la determinación de estas actuaciones debe ser como jurisdicción contenciosa o voluntaria.

Se aboga por el uso de la jurisdicción voluntaria el hecho de que el abordaje de la cuestión objeto del procedimiento no revista la misma trascendencia que la que suponía un procedimiento de incapacidad. Quienes exigían un procedimiento contradictorio partían de que la sentencia establecía una modificación de la capacidad de obrar. Si, por el contrario, creemos que no es esa la intención del procedimiento, sino la de identificar los apoyos precisos, de modo individualizado y coyuntural, y la previsión de garantías y salvaguardas de su aplicación, parece conveniente adoptar un procedimiento ágil, sin demasiadas exigencias formales, que posibilite la participación activa del juzgador, con

²⁶⁷¹ Autoridad judicial en otros procedimientos, funcionarios, personal sanitario, docente o de trabajo social, personal evaluador en procedimientos de reconocimiento de discapacidad u otros, etc.

los medios de formación de su criterio más adecuados, así como la propia adaptación de la resolución a una situación personal y, por tanto, posiblemente cambiante.

Ello sin perjuicio de que, cuando la adopción de tales decisiones haya de realizarse en un planteamiento contradictorio, bien porque la petición de apoyos no sea aceptada por la propia persona con discapacidad o esta discrepe de su alcance y condiciones, bien porque el juzgador lo estime, deba optarse por un procedimiento contradictorio. Para este supuesto abogamos por el cauce del juicio verbal, por las ventajas de agilidad e inmediatez, si bien el principio de unidad de acto debe quedar condicionado por la exigible audiencia personal que el juzgador debe mantener con la persona con discapacidad, a la que debe oír de manera ineludible, no solo para establecer y fundar su propio criterio, sino para conocer la voluntad y opinión de aquella, de manera directa.

2.6.- Medios humanos y materiales que la modificación requiere

Lo expuesto podría quedar en las buenas intenciones legales, si al mismo tiempo no se ofrecen al juzgador la posibilidad de contar con los medios materiales y humanos precisos para poder abordar la multiplicidad de decisiones que se le van a solicitar.

Por ello será imprescindible asegurar una cobertura suficiente de juzgados especializados en esta materia y que estos cuenten con equipos multiprofesionales, integrados por profesionales cualificados que aseguren al juzgador criterios técnicos o valoraciones periciales emitidos con inmediatez y solvencia. También es necesario profundizar en la formación no solo de jueces y magistrados, sino de todos los operadores jurídicos: abogados, secretarios judiciales, funcionarios de justicia, notarios, etc. porque la inercia provocada por muchos años de común formación en unos criterios que hunden sus raíces en el derecho romano, generará resistencias e incertidumbres. El propio Comité CDPD lo ha debido de advertir en el examen del caso español, y de ahí que lo recomiende expresamente en sus observaciones²⁶⁷².

En cualquier caso, la aplicación efectiva de los apoyos, y su adecuada garantía, comprobación de su idoneidad y revisión, hace necesario que el juzgado cuente con la información precisa, y esto difícilmente se puede garantizar dependiendo de otras

²⁶⁷² Observación 34, del citado Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención: “*Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes*”.

administraciones cuya colaboración no siempre está garantizada, por lo que requerirá de una estructura de personal cualificado.

II.- SITUACIÓN ACTUAL

1.- Proceso de adaptación

Es necesario y urgente adaptar todo el derecho español a la CDPD, y en particular al contenido del art. 12 CDPD y a su reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad.

Como vimos, desde la entrada en vigor de la CDPD, varias normas internas han sido modificadas para cumplir con ella, pero faltan quizás las más importantes, el CC y la LEC.

Como indica García Rubio²⁶⁷³, la próxima adaptación debería de ser la correspondiente al art. 12 CDPD, sin duda el más problemático y de mayor transcendencia normativa, al ser la capacidad jurídica un elemento estructural básico de cualquier ordenamiento jurídico.

Hay que tener en cuenta:

1.- La capacidad jurídica recogida en el art. 12 CDPD como ha señalado expresamente la Observación General número 1 del Comité CDPD, publicada en 2014²⁶⁷⁴, “incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos, como la capacidad de ejercitarlos; y que el citado Comité designa como legitimación para actuar”.

²⁶⁷³ GARCÍA RUBIO, M^a. P., “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, el 14 de diciembre de 2017, publicada en *El Notario del siglo XXI*, n.º 77, enero-febrero 2018. Consultado en: <<http://www.elnotario.es/academia-matritense-del-notariado/8370-la-necesaria-y-urgente-adaptacion-del-codigo-civil-espanol-al-articulo-12-de-la-convencion-de-nueva-york-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad>>

²⁶⁷⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LA ONU, “Observación general Número 1, observación sobre el derecho de las personas con discapacidad a ser iguales ante la ley”, hecho entre el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014, editado el 19 de mayo de 2014, pp. 3-5.

La Observación señala que:

“Todas las personas somos iguales ante la ley. La igualdad ante la ley es un derecho humano. Este derecho está reconocido por:

– La DUDH

– El PIDCP.

La CDPD sobre los derechos de las personas con discapacidad también explica y defiende este derecho. Lo explica en el art. 12. El art. 12 CDPD explica:

– El derecho a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad, que es el mismo que el de todas las personas.

– Situaciones donde se suele vulnerar este derecho para las personas con discapacidad.

– Y las medidas que tienen que hacer los países para garantizar este derecho a las personas con discapacidad.”.

2.- El concepto de apoyo a las personas con discapacidad, “término amplio que engloba todo tipo de actuaciones”, pero que, en la mayoría de los casos, pretende evitar la representación y sustitución en la toma de decisiones de la persona con discapacidad; que quedaría “como un apoyo extremo para los casos en los que sea absolutamente precisa”.

3.- Que se establezcan, además de los apoyos, todas las medidas de salvaguarda que sean adecuadas.

Estamos en una etapa de tránsito en la que la jurisprudencia ha hecho un esfuerzo interpretativo por adaptar las normas existentes a los dictados de la CDPD. Pero el sistema legal actual no es compatible con la CDPD, además es inseguro, sobre todo en relación con el alcance y significado de la curatela que ha pasado a ser la institución tuitiva de referencia en lugar de la tutela.

La Comisión General de Codificación (CGC) del Ministerio de Justicia ha realizado un trabajo que está cercano a culminar y cuyas líneas maestras se inspiran en los dictados de la CDPD y en los DDHH de las personas con discapacidad. Son recogidas por García Rubio²⁶⁷⁵:

“Se reconoce la preferencia de las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria que puedan establecer los necesitados del mismo, habitualmente con carácter preventivo”.

Se da mayor estabilidad a las situaciones fácticas cuando estas son suficientes para suministrar el apoyo requerido.

Se pretende establecer una medida de carácter judicial flexible, que ha de adaptarse a la situación concreta de la persona con discapacidad y que solo “en

De todas las personas con discapacidad, las más discriminadas son las personas con discapacidad cognitiva, que quiere decir discapacidad intelectual, enfermedad mental y demencia.

Algunas medidas que discriminan a las personas con discapacidad son:

– Sistemas sustitutivos de toma de decisiones. Es cuando un juez decide que otra persona tome tus decisiones porque piensa que tú no puedes hacerlo.

En algunos países esto se llama tutela total o tutela parcial y la persona que toma tus decisiones se llama tutor.

La tutela total es cuando tu tutor puede tomar todas tus decisiones.

La tutela parcial es cuando tu tutor puede tomar algunas de tus decisiones y otras no. P. ej., puedes usar tu dinero pero no puedes votar. Porque piensa que tú puedes tomar algunas decisiones pero otras no.

– Las leyes que obligan a las personas con enfermedad mental a tomar un tratamiento sin su consentimiento.

Las personas deben tomar sus propias decisiones para ser iguales ante la ley. Los países deben dejar de usar los sistemas sustitutivos de toma de decisiones y cambiar todas las leyes que discriminan a las personas con discapacidad.

Deben cambiar los sistemas sustitutivos de toma de decisiones por medidas de apoyo para tomar decisiones.

Es su obligación.

²⁶⁷⁵ GARCÍA RUBIO, M^a. P., “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12...”, cit.

situaciones excepcionales donde no sea posible la toma de decisiones por el propio titular, tendrá carácter representativo”.

Hay numerosas normas que, a lo largo del articulado del CC, van a ser objeto de modificación para adaptarlas al nuevo modelo, también lo serán la LEC y la LJV.

2.- Congreso de los Diputados

2.1.- Declaración del Gobierno

El 25 de septiembre de 2017, el Gobierno respondió a una pregunta escrita del Congreso, realizada por el diputado Joan Ruiz i Carbonell²⁶⁷⁶ declarando que “Actualmente, el Gobierno está trabajando en un proyecto de reforma del CC que tiene por objeto completar la adecuación del Ordenamiento jurídico español a la CDPD. [...] Asimismo, en la misma iniciativa habrán de incorporarse las reformas oportunas de la LEC o de la LJV, en consonancia con los objetivos de la norma.

El calendario de aprobación de dicha reforma legal se llevará a cabo conforme a lo que se determine en el Plan Normativo Anual de 2018”.

2.2.- Ministra de Sanidad

En el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 7 de noviembre de 2017²⁶⁷⁷, la ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad anunció que “la adaptación completa en nuestro ordenamiento de los derechos contemplados en el art. 12 de la convención es un problema complejo y delicado y que debe ser afrontado y resuelto mediante una reforma legislativa de los preceptos del CC y de la LEC que regulan la capacidad jurídica y de ejercicio y los procedimientos sobre la capacidad de las personas, respectivamente. Sí les quiero decir que la CGC del Ministerio de Justicia ha recibido el encargo de preparar tal reforma; puedo adelantar que los trabajos emprendidos desde ese ministerio se encuentran en estado avanzado y el hilo conductor de la reforma, de acuerdo con el art. 12 de la convención, supondrá cambiar un sistema basado en la sustitución de la adopción de decisiones por un tutor —como hasta ahora

²⁶⁷⁶ SECRETARÍA DE ESTADO DE RELACIONES CON LAS CORTES, Respuesta del Gobierno 184/11508, a pregunta formulada por el diputado Joan Ruiz i Carbonell, 25 de septiembre 2017. Consultada en: <http://www.congreso.es/l12p/e5/e_0053046_n_000.pdf>

²⁶⁷⁷ CORTES GENERALES, “Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones para las Políticas Integrales de la Discapacidad”, Sesión núm. 15, celebrada el martes 7 de noviembre de 2017. Consultada en: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/CO/DSCD-12-CO-356.PDF>

viene sucediendo por defecto— por otro de asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas. El sector —en concreto, también Cermi— ha sido consultado y se ha mostrado favorable con los trabajos llevados a cabo hasta ahora por la CGC.”.

3.- Plan Anual Normativo 2018

Esta reforma legal ha quedado recogida en el Plan Anual Normativo de 2018²⁶⁷⁸ elaborado por la Vicepresidencia del Gobierno, Ministerio de Presidencia y de Administraciones Territoriales; y contempla la creación de una Ley por la que se reforme el CC y la LEC en materia de discapacidad, con la justificación de que es necesario “Completar la adecuación de nuestro Ordenamiento jurídico a la CDPD, que propugna, en el plano civil, la igualdad en el ejercicio de la capacidad de obrar por parte de las personas con discapacidad y el cambio de un sistema de sustitución en la adopción de decisiones por un sistema de asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona.

Introducir un cambio de terminología y limitar el régimen de la tutela a los menores de edad no emancipados y no sujetos a patria potestad. Regular las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad, como son la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho.

En la misma iniciativa habrán de incorporarse las reformas oportunas de la Ley de Enjuiciamiento Civil o de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en consonancia con los objetivos de la norma.”.

4.- Consulta a la CGC

El 6 de febrero de 2018, la CGC del Ministerio de Justicia respondió una consulta vía email que realizamos acerca de las novedades legislativas en relación a los derechos de las personas con discapacidad y la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD, diciendo que: “En relación a su consulta, efectivamente en el Ministerio de Justicia se está trabajando en la adecuación a nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD,

²⁶⁷⁸ VICEPRESIDENCIA DEL GOBIERNO, MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA Y PARA LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES, “Plan Anual Normativo 2018”, pp. 37-38. Consultado en: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2017/refc20171207e_4.pdf>

como puede comprobar en el link²⁶⁷⁹ que le adjuntamos está previsto en el Plan Normativo 2018 que se impulse la ley por la que se reforma el CC y la LEC en materia de discapacidad.”.

5.- Consulta pública

Por último, el 9 de abril de 2018, desde la Subsecretaría General de Política Legislativa del Ministerio de Justicia, se convocó consulta pública sobre la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad²⁶⁸⁰, indicando que: “con el objetivo de mejorar la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas, con carácter previo a la elaboración del anteproyecto de ley, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente, en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.

b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.

c) Los objetivos de la norma.

d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.”, quedando abierto el plazo para opinar acerca de esas cuestiones hasta el día 27 de abril de 2018.

5.1.- Problemas que se pretenden solucionar

La CDPD “hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España en 2008, fue concebida como un instrumento de derechos humanos con una dimensión explícita de desarrollo social, al estar encaminada a aclarar y precisar cómo se aplican a las personas con discapacidad tales derechos, identificando las adaptaciones y refuerzos necesarios para que las personas con discapacidad puedan ejercerlos de forma efectiva. [...]

Algunos ordenamientos europeos ya han procedido a esta adaptación y el Consejo de Europa ha dirigido a los Estados miembros una recomendación en relación con la

²⁶⁷⁹ <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2017/refc20171207e_4.pdf>

²⁶⁸⁰ SUBSECRETARÍA GENERAL POLÍTICA LEGISLATIVA, MINISTERIO DE JUSTICIA, “Consulta pública sobre la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, 9 de abril de 2018. Consultado en: <<http://www.icab.cat/files/242-499451-DOCUMENTO/Consulta%20P%C3%BAblica%20Reforma%20Legislaci%C3%B3n%20Civil%20y%20Procesal%201292428747325.pdf>>

promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad.”²⁶⁸¹.

5.2.- Necesidad y oportunidad

La CDPD “ha obligado a reformar el ordenamiento español en todos sus campos”.

Esa reforma se inició mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD, que modificó más de una decena de leyes. En el plano reglamentario destaca el RD 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la CDPD, que reformó a su vez los reglamentos de desarrollo de las leyes anteriores, además del RN.

Cuatro años después, la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, “llevó a cabo la adecuación al referido instrumento internacional de dicho código, proporcionando a las personas con discapacidad una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad, con vistas a prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. Asimismo, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, dedicó tres capítulos del Título II a la discapacidad: el capítulo VI, que lleva como epígrafe “De la protección del patrimonio de las personas con discapacidad”, el capítulo VII “Del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente” y el capítulo VIII, “De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente”.

Este proceso normativo debe completarse con la adecuación a la CDPD de nuestra legislación civil y procesal²⁶⁸².

5.3.- Objetivos de la norma

La reforma parte del objetivo expuesto en el art. 1 CDPD, en cuya virtud:

“El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades

²⁶⁸¹ SUBSECRETARÍA GENERAL POLÍTICA LEGISLATIVA, MINISTERIO DE JUSTICIA, “Consulta pública sobre la reforma...”, cit.

²⁶⁸² SUBSECRETARÍA GENERAL POLÍTICA LEGISLATIVA, MINISTERIO DE JUSTICIA, “Consulta pública sobre la reforma...”, cit.

fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”.

“En concreto, se pretende adaptar la legislación civil y procesal al art. 12 de la Convención, relativo al igual reconocimiento como persona ante la ley”²⁶⁸³.

5.4.- Soluciones alternativas

El mandato del art. 12 CDPD “exige reformar la legislación civil y procesal, sin que exista alternativa no regulatoria para adaptar el ordenamiento jurídico español a los objetivos antes expuestos.”²⁶⁸⁴.

5.5.- Aportaciones

5.5.1.- Realizadas por personas físicas

El 26 de septiembre de 2018 el Ministerio de Justicia publicó la “Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”²⁶⁸⁵ (ALRD), en la que se indica que en total se han recibido 25 propuestas y sugerencias de reforma.

Entre las realizadas por personas físicas, reseñaremos:

– El Coordinador del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla en asuntos de discapacidad sugiere la “coordinación del grado de discapacidad administrativo (CCAA) con la discapacidad reconocida judicialmente.”, y un “Informe médico para

²⁶⁸³ SUBSECRETARÍA GENERAL POLÍTICA LEGISLATIVA, MINISTERIO DE JUSTICIA, “Consulta pública sobre la reforma...”, cit.

²⁶⁸⁴ SUBSECRETARÍA GENERAL POLÍTICA LEGISLATIVA, MINISTERIO DE JUSTICIA, “Consulta pública sobre la reforma...”, cit.

²⁶⁸⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, 26 de septiembre de 2018, pp. 51-60.

Disponible en:

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content->

[Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF)

conocer en qué aspectos concretos se ve afectada la persona con discapacidad y evitar la declaración de incapacidad absoluta.”, distinguiendo “distintos tipos de discapacidad.”.

– Un Magistrado sugiere una “reforma total y profunda en materia procesal sobre protección de personas con discapacidad: terminología, legitimación activa de las asociaciones, soluciones alternativas al proceso judicial, abanico de medidas de apoyo abierto, posibilidad de que los apoyos puedan ser desempeñados por dos o más personas, evitar que el ejercicio de los apoyos sea un carga para la persona que los ejerce y para los órganos judiciales, personación de los familiares directos, juzgados especializados con fácil acceso a sus instalaciones, especialización de los letrados en el turno de oficio, derecho de sufragio, el derecho a testar y el derecho a contraer matrimonio, sistema de lectura fácil, publicidad de las resoluciones judiciales, e integración escolar de los menores con discapacidad.”.

– Un médico forense explica que el colectivo es muy diverso. La provisión de apoyos y el reconocimiento a los derechos reconocidos en el art. 12 de la Convención es muy diferente entre los países del norte y del sur de Europa.”, pide la “limitación de las medidas tuitivas por el principio de intervención mínima.” y por el “respeto a la voluntad o preferencias. [...] Los profesionales deben ser apoyos obligados para su acceso a la Justicia.”.

– Tres profesores de derecho civil:

El primer profesor admite la “dualidad tutela/curatela o curatela graduada”, exige los “principios de necesidad, temporalidad y proporcionalidad” y el “respeto a la personalidad y dignidad del adulto protegido”. Pide figuras de protección flexibles y la “Separación de las medidas de protección de menores y de adultos. Juzgados especializados y formación del personal.”.

El segundo profesor pide la “reforma integral que incorpore todos los principios y preceptos de la CDPD, reconocimiento como sujetos directos y dotación de apoyos y recursos necesarios. Principio de autonomía privada, derechos de la personalidad, los derechos de los consumidores. [...] Desvinculación de la discapacidad como marcador del estado civil de la persona. Registros públicos y refuerzo de la conexión entre ellos. Desvincular la regulación de las personas con discapacidad de los menores de edad. Mismo esquema aplicable a todas las personas (con y sin discapacidad). Sistema de apoyos y recursos necesarios para poder ejercitar los derechos. Principio de accesibilidad universal y diseño para todas las personas. Reforma del contenido del Grado de Derecho y otros títulos universitarios con el estudio de los derechos de las

personas con discapacidad y mecanismos de garantía. Líneas generales: discapacidad como condición personal, garantía del ejercicio de la capacidad de obrar, sistema de apoyos, garantía de los derechos de la persona, medidas de desarrollo de la persona con la máxima autonomía posible.

El tercer profesor destaca como principal reto la “incorporación al ordenamiento del sistema de apoyos previsto en la Convención. [...] deber *ex lege* a sectores profesionales concretos (“facilitadores”); cauce institucional y estable para la prestación de los apoyos. Prever la solución de problemas como: desacuerdos entre curador y curatelado; actuaciones representativas y figuras de protección personal y patrimonial; [...] resolver si la persona puede negarse a recibir apoyos o los pueden imponer las autoridades; prescindir u oponerse a los apoyos”. “Mecanismo judicial de evaluación formal de la capacidad natural de conocer y querer. [...] Guarda de hecho acreditable mediante: resolución judicial, decreto del Ministerio Fiscal, acta notarial de notoriedad, nombramiento del director de centros residenciales o sanitarios, cauces de comunicación entre guardador de hecho y Juez o Ministerio Fiscal, cooperación entre diversas instituciones. [...] Acogimiento familiar como forma de apoyo.”.

5.5.2.- Realizadas por instituciones, fundaciones, asociaciones, comités y federaciones²⁶⁸⁶

– La Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN)²⁶⁸⁷ propone: “1. Concepto dinámico y circunstancial de la discapacidad. 2. Interés superior de la persona con discapacidad. 3. Protección cualificada – principio de corresponsabilidad privada y pública – coordinación de sistemas. 4. Promoción de la autonomía – supresión de barreras – ajustes razonables. 5. Autotutela-poderes preventivos. 6. Reconocimiento de las facultades de apoyo que la ley otorga a los guardadores de hecho, privados o institucionales. 7. Especial deber de actuación de los funcionarios públicos y profesionales del ámbito social, sanitario y jurídico. 8. Intervenciones judiciales puntuales – determinación de apoyos puntuales. 9. Proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados.”.

²⁶⁸⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., p. 51.

²⁶⁸⁷ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROPSIQUIATRÍA (AEN), es una asociación multiprofesional cuyas señas de identidad incluyen su compromiso con la sociedad, su independencia, su multidisciplinariedad, la defensa de un modelo de atención público y el impulso de la formación de los profesionales y la investigación. Consultado en: < <http://aen.es/> >

– La Asociación Catalana para la Integración del Ciego (ACIC)²⁶⁸⁸ propone una “reforma de la regulación actual del CC, el RC y del RN que obliga a las personas con discapacidad sensorial (ciegas, sordas, o sordo ciegas), al uso de testigos instrumentales a la hora de otorgar testamento o cualquier documento público notarial.”.

– El Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid²⁶⁸⁹ se refiere a “apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen: papel de los equipos técnicos de psicólogos y trabajadores sociales, marco jurídico y reglamentario, estudios de análisis y planificación.”.

– El Comité de Ética en Intervención Social de Bizkaia (CEIS)²⁶⁹⁰ sugiere el “reconocimiento del propio proyecto de vida de las personas con discapacidad, con respeto a sus valores, sus gustos y sus deseos, desarrollado y expresado por medio de los apoyos”. “Los apoyos deben ser proporcionados a cada situación y para cada persona. Prioridad a los apoyos humanos que vengan de la propia familia o de la comunidad donde vive la persona con discapacidad”. Es conveniente que la persona con discapacidad pueda participar en la elección de sus apoyos, siempre que sea posible. “Reconocimiento de las personas con discapacidad como valiosas, con plena dignidad y con igual derecho al ejercicio de su autonomía que el resto de población.”.

– La Confederación Salud Mental España²⁶⁹¹ señala “incapacitación versus promoción de la autonomía. Tutela, curatela y guarda de los menores o incapacitados versus sistema de medidas de apoyo adecuado para cada tipo de discapacidad”. “Voluntades anticipadas: necesidad de incorporar una referencia en el art. 1255 CC o nuevo precepto al efecto”.

²⁶⁸⁸ ASOCIACIÓN CATALANA PARA LA INTEGRACIÓN DEL CIEGO (ACIC), es una pequeña agrupación de personas que trabajan en la integración de las personas con discapacidad visual en el conjunto de la sociedad. Consultado en: < <http://www.webacic.cat/es/> >

²⁶⁸⁹ COLEGIO OFICIAL DE PSICÓLOGOS DE MADRID, fundado en 1980 cuenta con más 16.000 colegiados, siendo el Colegio de Psicólogos autonómico más grande de España y de Europa. Consultado en: < <http://www.copmadrid.org/web/el-colegio/historia-colegio> >

²⁶⁹⁰ COMITÉ DE ÉTICA EN INTERVENCIÓN SOCIAL DE BIZKAIA (CEIS), comité consultivo creado por el Decreto 232/2006, del 27 de diciembre y acreditado por Orden Foral 12.907/07, de 12 de junio de 2007. Consultado en:

<http://www.bizkaia.eus/home2/Temas/DetalleTema.asp?Tem_Codigo=3474&idioma=CA&dpto_biz=3&codpath_biz=3%7C3474>

²⁶⁹¹ CONFEDERACIÓN SALUD MENTAL ESPAÑA, entidad sin ánimo de lucro y de interés social que surgió en 1983. En la actualidad, integra a 19 federaciones autonómicas y asociaciones uniprovinciales, las cuales agrupan a más de 300 asociaciones y suman más de 47.000 socios y socias en todo el territorio estatal. Consultado en: < <https://consaludmental.org/> >

– El Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos²⁶⁹² propone “dotar a los equipos técnicos de psicólogos y trabajadores sociales adscritos a los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses y a los Juzgados de Familia, de un marco jurídico y reglamentario que los regule en cuanto a su composición, funciones y responsabilidad.”.

– La Federación Catalana de Entidades de Salud Mental en 1ª Persona (Federación VEUS)²⁶⁹³ propone la abolición de la incapacitación y proveer el acceso a sistemas de apoyo a las decisiones a las personas que lo requieran y así lo soliciten.

– La Fundació Malalts Mentals de Catalunya (FMMC)²⁶⁹⁴ propone la búsqueda de capacidad residual, voluntad y preferencias. “Lograr que toda la regulación relativa a la discapacidad tenga unos principios comunes e idénticos sin que en cada norma existan definiciones, categorizaciones y consecuencias distintas con respecto de la misma y que se trace un camino común y análogo con las instituciones internacionales”. Y que la decisión sea multidisciplinar, de modo que sea la “decisión judicial fruto de un consenso jurídico, social, médico y económico a favor de la persona”.

– La Fundació Tutelar de les Comarques Gironines²⁶⁹⁵ sugiere el “respeto íntegro de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”. “Mecanismos no solo jurídicos, sino también sociales, de apoyo, y salvaguardas. Rechazo a la incapacitación o limitación [...] del ejercicio de la capacidad. Oposición a que se pretenda conservar la institución de la curatela (menos aún la tutela) y su misma denominación en la configuración del nuevo sistema de apoyos. Rechazo a la institución de la prórroga o rehabilitación de la patria potestad. Procedimiento plenamente accesible y adaptable a las circunstancias de la persona. [...] Guarda de hecho en los supuestos en los que la persona no puede manifestar su voluntad en relación al apoyo.”.

– La Fundación Tutelar Kyrios (FTK)²⁶⁹⁶ propone un “proceso accesible y comprensible para la persona y su familia. Medidas de apoyo proporcionales y

²⁶⁹² CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE PSICÓLOGOS, creado por la Ley 7/2005, de 13 de mayo, constituyendo el órgano coordinador y representativo de los Colegios Oficiales de Psicólogos y de los Consejos Autonómicos. Consultado en: < <https://www.cop.es/index.php> >

²⁶⁹³ FEDERACIÓN CATALANA DE ENTIDADES DE SALUD MENTAL EN 1ª PERSONA (FEDERACIÓN VEUS), agrupa 7 asociaciones, creadas y dirigidas por las mismas personas con diagnóstico de salud mental. Consultado en: < <https://veus.cat/es/quienes-somos/> >

²⁶⁹⁴ FUNDACIÓ MALALTS MENTALS DE CATALUNYA (FMMC), es una fundación tutelar sin ánimo de lucro que protege y mejora la calidad de vida de las personas con enfermedad mental. Consultado en: < <https://fmmc.cat/?lang=es> >

²⁶⁹⁵ FUNDACIÓ TUTELAR DE LES COMARQUES GIRONINES, entidad privada sin ánimo de lucro y fomentada por l'Institut d'Assistència Sanitària (IAS), empresa pública sanitaria de la Generalitat de Catalunya. Consultado en: < <http://www.supportgirona.cat/> >

²⁶⁹⁶ FUNDACIÓN TUTELAR KYRIOS (FTK), es una fundación de ámbito nacional, constituida a iniciativa de familias de personas con inteligencia límite. Consultado en:

adaptadas a las necesidades y circunstancias individuales de cada persona. [...] Prever formación para la figura prestadora de apoyo, especialmente en el caso de familiares.”.

– Las Fundaciones tutelares de personas con enfermedad mental (FUTUPEMA)²⁶⁹⁷ indican que “la Convención de Nueva York, no rompe el sistema tutelar español dado que éste era y es, esencialmente respetuoso con las personas con discapacidad. Consideran el procedimiento de modificación de capacidad de obrar como un instrumento legal necesario para garantizar la protección, el ejercicio y la defensa de los derechos de aquellas personas [...] La declaración de incapacidad debe ser excepcional y restringirse a aquellas áreas donde la persona necesite los apoyos que la tutela le proporcione, siendo conscientes de que existen casos muy graves en los que es imprescindible ejercer un apoyo total o representación a la persona con discapacidad. La tutela por parte de las personas jurídicas debe ser la última alternativa a utilizar dentro de las posibles, y debe darse únicamente en aquellos casos en los que la tutela en el entorno familiar sea inviable o perjudicial para la persona incapaz.”.

– El Il·lustre Col·legi de l’Advocacia de Barcelona (ICAB)²⁶⁹⁸ sugiere una “capacidad real con ayudas necesarias. Acceso al trabajo, la vivienda y el desarrollo social. Adaptación del sistema educativo y escolar. [...] Formación transversal de los profesionales [...] Ayudas para modificación de viviendas, contratación de auxiliares, compra de medicamentos y materiales. Centros de atención y residencias. Reducción de plazos judiciales y auxilio judicial. Solución por vías no judiciales de las medidas de protección. Control de las Fundaciones Tutelares. Derecho a recibir tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico.”.

– Plena inclusión y Asociación Española de Fundaciones Tutelares²⁶⁹⁹ propone la “adecuación de los sistemas estadísticos de los órganos judiciales”. La persona como sujeto de derechos, priorizando su voluntad y preferencias. Principio de autorregulación

<<http://www.ftkyrios.org/>>

²⁶⁹⁷ FUNDACIONES TUTELARES DE PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL (FUTUPEMA), se encamina a la consolidación de las figuras de guarda y protección como recurso necesario para la protección de las personas con enfermedad mental. Consultado en: <<http://futupema.es/>>

²⁶⁹⁸ IL·LUSTRE COL·LEGI DE L’ADVOCACIA DE BARCELONA (ICAB), Corporación de Derecho Público de carácter profesional, fundada en 1833. Consultado en: <<http://www.icab.es/?go=eaf9d1a0ec5f1dc58757ad6cfffacedb1a58854a600312cc2d373401687f1ddf3b1f7fdf398c8842>>

²⁶⁹⁹ PLENA INCLUSIÓN Y ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES TUTELARES, organización privada, sin ánimo de lucro, de ámbito estatal y declarada de utilidad pública, promovida por 13 Fundaciones Tutelares –y a instancias de la Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual o del Desarrollo FEAPS (actual Plena inclusión). Consultado en: <<http://fundacionestutelares.org/>>

(natural o formalizado). Información transversal y múltiple por parte de la autoridad judicial.

– La Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad del Real Patronato sobre Discapacidad propone la “igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad: dignidad inherente, autonomía individual, no discriminación, participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, respeto por la diferencia, igualdad de oportunidades. Modelo de provisión de apoyos: diferentes niveles (naturales e informales, formalizados por la propia persona en documento privado o en instrumento público, establecidos por la autoridad judicial), prestados por una o por varias personas, más o menos intensos, más o menos permanentes. Evitar incurrir en eufemismos o disposiciones legales abiertas del tipo de “si tuviese suficiente madurez”. Conveniencia de huir de un modelo procesal excesivamente formalista y riguroso en beneficio de una regulación que favorezca que el juez pueda acceder a toda la información conveniente, contar con asesoramiento técnico, asegurarse de conocer la voluntad y preferencias de la propia persona, o inferir estas de sus propios datos vitales; recabar informes de organizaciones sociales o instituciones y del contexto personal y familiar. Cooperación del Ministerio Fiscal. Modelo personal y versátil. Priorizar la posibilidad de autorregulación sobre la heterorregulación. Mecanismos de acción judicial que permitan que el juzgador cuente con información transversal. Evaluación periódica que no suponga una especie de inspección o control sino de acompañamiento y adecuación.”.

5.5.3.- Aportaciones del CERMI

El 15 de abril de 2018, el CERMI hizo públicas a través de su página web sus aportaciones para configurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la CDPD²⁷⁰⁰.

5.5.3.1.- Comprobaciones

²⁷⁰⁰ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI para configurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, 15 de abril de 2018. Consultado en: <https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/consulta-p%C3%BAblica-sobre-la-reforma-de-la-legislaci%C3%B3n-civil-y-procesal-en-materia>

La Convención es “el hecho jurídico con mayor carga transformadora y mayores dosis de exigencia que se ha producido en el ámbito del Derecho en relación con la realidad personal y social de la discapacidad. En especial, el art. 12, dedicado a la igual capacidad jurídica, que es acaso el aspecto más difícil de este texto jurídico a la hora de su “transposición” nacional.

La vigente regulación legal española en esta materia no se ajusta, no es compatible con la Convención, a juicio de nuestro movimiento social, y ha de ser modificada, profundamente, lo que precisa de grandes dosis de creatividad y de audacia productiva.

Hemos de ir a un nuevo esquema legal de provisión de apoyos para la toma de decisiones, hemos de migrar de un modelo de sustitución, que ya no es admisible desde una óptica de derechos humanos, a uno de acompañamiento activo, a uno de provisión de apoyos a las personas que por un funcionamiento intelectual, mental o cognitivo distinto del considerado normal o habitual los necesiten.

En este nuevo sistema, la persona no es sustituida en todo o en parte, no se la protege mermándola o anulándola, sino que se la promueve, se la acompaña no invasivamente para que decida por sí misma. Hay que ir de la protección a la promoción.

Pasaríamos de un modelo protector, enraizado en una visión paternalista de las personas con discapacidad, seres frágiles que por su bien necesitan ser conducidos, a un modelo promotor, en la que se le dotan de las mejores herramientas y asistencias para que ejerzan sus derechos y gobiernen su vida por sí mismas.

Se dirá con razón que es más fácil enunciar generalidades cuasi filosóficas, que pueden sonar bien, a definir, configurar y regular, en el plano jurídico este nuevo esquema legal.”²⁷⁰¹.

5.5.3.2.- Rasgos básicos

El procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones “se trataría de un procedimiento judicial, atribuido al conocimiento de la jurisdicción civil, siempre que la decisión comporte posibilidad de restricción y limitación de la capacidad jurídica de la persona”.

²⁷⁰¹ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., pp. 2-3.

Pero cabría entender este procedimiento como de jurisdicción voluntaria, al menos para aquellos casos en que no exista oposición entre las partes, en aras a la agilidad y la rapidez de decisiones.

“No obstante, ha de preverse la regulación de la posibilidad de establecer apoyos al margen o previos al procedimiento jurisdiccional, haciendo uso o configurando otras instituciones jurídicas idóneas, que proporcionando acompañamiento eficaz a la toma de decisiones no necesiten de la intervención del órgano judicial.”²⁷⁰².

5.5.3.3.- Intervención mínima

“Juicio sobre los apoyos más que sobre la capacidad.

El principio general es que todas las personas con discapacidad gozan de toda la capacidad jurídica, y que la situación de discapacidad en una persona no puede servir de base para limitarla.

Puede ocurrir que determinadas personas con discapacidad precisen de determinados apoyos para la toma libre de decisiones, en cuyo caso se acudirá a este procedimiento para determinarlos con las debidas garantías. En ciertos supuestos de personas apoyadas, y en función del grado de apoyo que requieran, será preciso el establecimiento de salvaguardias”.

“El sistema de establecimiento de apoyos y más intensamente aún el de salvaguardias se atenderá siempre al principio de intervención mínima, prevaleciendo el criterio “pro capacidad plena”²⁷⁰³.

5.5.3.4.- Personas objeto del procedimiento de provisión de apoyos

“Podrán ser objeto de este procedimiento de determinación de apoyos aquellas personas que por los efectos de su situación de discapacidad y su relación con el entorno precisen acompañamiento y asistencia para la gestión de sus proyectos y elecciones vitales, a fin de que puedan adoptar decisiones autónomas sobre sus derechos e intereses, personales y patrimoniales.”²⁷⁰⁴.

²⁷⁰² COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., pp. 3-4.

²⁷⁰³ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., p. 4.

²⁷⁰⁴ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., p. 5.

5.5.3.5.- Partes intervinientes del procedimiento

“La persona que recaba o para la que se recaban los apoyos.

El entorno relacional de la persona (parientes, amistades, conocidos, etc.)

El Ministerio Público.

La Administración social responsable en el territorio de las políticas de inclusión de las personas con discapacidad o personas mayores.

La entidad cívica de referencia en el territorio en el ámbito de la promoción y atención a personas con el tipo de discapacidad que se trate.

El Equipo Multidisciplinar de asistencia al órgano judicial (integrado por especialistas médicos, psicológicos, sociales, etc.) para la apreciación de la situación de la persona y de su entorno de relaciones y la confección de las recomendaciones sobre los apoyos idóneos para la persona.

Otros.”²⁷⁰⁵.

5.5.3.6.- Carácter negociado

“El repertorio de apoyos debería ser objeto de negociación entre la persona y su entorno inmediato de interés y elevado al Juez para contraste y validación, y si no hay acuerdo, establecido por el Juez pero incluso en ese supuesto negociado con la persona.”²⁷⁰⁶.

5.5.3.7.- Resolución sobre apoyos

“La decisión del órgano judicial se plasmará en una resolución en la que determinará el Repertorio Individual de Apoyos que se fijan para la persona, si queda acreditado que los necesita, y se designará al gestor/es de esos apoyos.”²⁷⁰⁷.

5.5.3.8.- Gestor de apoyos

²⁷⁰⁵ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., p. 5.

²⁷⁰⁶ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., pp. 5-6.

²⁷⁰⁷ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., p. 6.

“Es la persona/s física o jurídica, pública o privada, a la que el Juez designa en su resolución como responsable directa de acompañar y asistir activamente a la persona apoyada para que ésta pueda adoptar con la máxima autonomía sus propias decisiones.

La resolución judicial precisará el alcance y los efectos del acompañamiento y asistencia del gestor de apoyos.”²⁷⁰⁸.

5.5.3.9.- Contenido y graduación de los apoyos

“La Ley reguladora de esta institución debería configurar moduladamente un elenco de apoyos diferenciados, de menor intensidad a mayor, en función del grado de acompañamiento y asistencia que precisase la persona, p. ej.: nivel mínimo, nivel medio, nivel reforzado, nivel máximo.

En todo caso, estos niveles serían orientativos para el órgano judicial, ya que se trata de un procedimiento caracterizado por la flexibilidad y por la máxima acomodación a la persona apoyada y a su realidad individual y ambiental.

En cuanto al tipo de apoyos, se ha de ir a un catálogo amplio, diverso y flexible, que permita el máximo ajuste a la situación de la persona que los precisa, en función de sus preferencias, estilo de vida y circunstancias ambientales.

Los apoyos podrían encuadrarse en grandes ámbitos atendiendo a su naturaleza, agrupables en clases como preparación, facilitación, acompañamiento y asistencia a la persona apoyada.

A título meramente aproximativo, se enuncian los siguientes:

Consulta previa.

Preparación/maduración de las decisiones.

Interfaz para la interacción con el entorno (soporte material, tecnológico y humano para la expresión, interpretación y comunicación de la voluntad y decisiones de la persona).

Adscripción a una red comunitaria de apoyos.

Asignación a un centro comunitario de apoyos.

Otros.”²⁷⁰⁹.

²⁷⁰⁸ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., p. 6.

²⁷⁰⁹ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., pp. 6-7.

5.5.3.10.- Salvaguardias

“Con arreglo al apartado 4 del art. 12 de la Convención, la nueva legislación reguladora de los apoyos deberá establecer unas salvaguardias para impedir los abusos en todas las medidas relativas a la capacidad jurídica. Estas salvaguardias tendrán como límites los enunciados en dicho art., a saber: que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no exista de conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionadas, que sean adecuadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible, que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial, finalmente, esas salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”²⁷¹⁰.

5.5.3.11.- Revisión periódica

“La decisión judicial que establezca los apoyos tendrá siempre duración determinada y podrá ser objeto de revisión en función de si se han producido cambio o alteraciones que llevaron a precisarla.”²⁷¹¹.

5.5.3.12.- Supervisión

“Las decisiones judiciales que constituyan situaciones de apoyos estarán sometidas al régimen general de recursos propios de la jurisdicción civil.

Para hacer más ágil, flexible y cercano el procedimiento, se puede pensar en otorgar centralidad al Ministerio Público, también en lo relativo al seguimiento y supervisión de las situaciones de apoyos.

Si se diera cabida la jurisdicción voluntaria en todo o en parte en esta materia, se estaría a lo propio de esta modalidad.”²⁷¹².

5.5.3.13.- Publicidad registral

²⁷¹⁰ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., pp. 7-8.

²⁷¹¹ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., p. 8.

²⁷¹² COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., p. 8.

“Se debe prever que la declaración de apoyos y sus condiciones serán inscritas en el Registro Civil y en los demás Registros públicos que se estime pertinentes, con arreglo a la legislación reguladora de cada uno de ellos.”²⁷¹³.

5.5.3.14.- Supresión de instituciones análogas

“No admisibilidad de la patria potestad prorrogada o de la rehabilitación de la misma, por incompatibilidad con el modelo de la Convención.”²⁷¹⁴.

5.5.3.15.- Revisión de situaciones preexistentes

“Debe preverse un régimen transitorio para las situaciones creadas con arreglo a la legislación actual del modelo de sustitución. Esta regulación debe conciliar la necesidad de “migrar” al nuevo modelo de los apoyos con la seguridad jurídica y con la capacidad de absorción de nuevas tareas por parte de una Administración de Justicia sobrecargada.

Podrían revisarse aquellos estados jurídicos que hubieran cesado, si eran temporales, o en los que la propia persona pida la reconsideración para adaptarse al nuevo modelo. En todo caso, cabe disponer un período máximo de derecho transitorio (5 años, por ejemplo).”²⁷¹⁵.

5.5.3.16.- Seguimiento gubernativo

“Sin tener el carácter de regulación civil sustantiva (inserta en el cuerpo del CC), la Ley que promueva esta reforma, en una disposición adicional o final, ha de establecer la creación, por norma reglamentaria, de una Comisión gubernativa/administrativa, adscrita al Ministerio de Justicia, con presencia en la misma de todos los grupos de interés en las cuestiones de fondo de la reforma (Administración General del Estado, Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado, colegios profesionales jurídicos y sociales, sector social de la discapacidad, etc.), encargada de promover, hacer seguimiento y evaluar su despliegue y aplicación.”²⁷¹⁶.

²⁷¹³ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., p. 9.

²⁷¹⁴ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., p. 9.

²⁷¹⁵ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., p. 9.

²⁷¹⁶ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., pp. 9-10.

5.5.3.17.- Otras reformas del derecho civil

“Además de las modificaciones estrictas del CC y de la LEC derivadas de la adecuación de nuestra legislación civil y procesal a la Convención de 2006, se debería aprovechar esta reforma normativa para actualizar y acompasar el texto del CC a los principios, valores y mandatos de este tratado internacional en otras cuestiones civiles: Derecho de Familia, Derecho sucesorio, etc. Se plantea al Ministerio de Justicia que efectúe un rastreo de todo aquello que en el CC vigente no se atenga al enfoque exigente de derechos de las personas con discapacidad, para modificarlo conforme a esta nueva visión”²⁷¹⁷.

5.5.4.- Aportaciones del Instituto de DDHH Bartolomé de las Casas

El Instituto de DDHH Bartolomé de las Casas²⁷¹⁸ “transmite su opinión sobre la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, manifestando una serie de consideraciones generales que deben presidir dicha reforma.

1. No se deben utilizar términos o redacciones que perpetúen el estigma hacia las personas con discapacidad.

2. Debe quedar claro el concepto de ‘persona con discapacidad’ que se maneja, que no debe asociarse a la posesión de un grado, reconocido a través de un acto administrativo, sino a la necesidad de apoyos para la plena inclusión en la vida política, económica, cultural y social. Incluso sería oportuno utilizar simplemente el término persona. En todo caso, se debe utilizar una terminología homogénea y no discriminatoria.

3. Debe sustituirse, siempre que sea posible, “persona con discapacidad” por “persona que requiere apoyo” ”.

“4. Debe eliminarse en esta regulación la diferencia entre capacidad jurídica y de obrar.

5. Debe eliminarse cualquier referencia a la incapacitación, limitación, modificación o restricción de la capacidad.

²⁷¹⁷ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Aportaciones del CERMI...”, cit., p. 10.

²⁷¹⁸ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Consulta pública sobre la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Posicionamiento del equipo de investigación sobre discapacidad y DDHH del IDHBC”. Consultada en:
<http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/noticias/aportaciones-idhbc>

6. Debe eliminarse la tutela

7. Debe reconocerse la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, la importancia de identificar las barreras existentes y garantizar la accesibilidad y los ajustes razonables en este ámbito y el derecho general de todas las personas que encuentren dificultades en el ejercicio de su capacidad jurídica a acceder a los apoyos que precisen, incluyendo la asistencia personal.

8. Debe reconocerse el derecho a los apoyos en el ejercicio de la capacidad y la posibilidad (y a veces necesidad) de su formalización bien en escritura pública o bien en sede judicial.

9. Debe superarse el paradigma del “mejor interés” y reemplazarse por el respeto de los derechos, voluntad y preferencias.

10. Toda decisión debe tomarse garantizando la efectiva participación de la persona que requiere apoyo durante todo el proceso de toma de la decisión y teniendo en cuenta su voluntad, deseos y preferencias.

11. La función del apoyo no es sustituir la voluntad de la persona y se proyecta fundamentalmente en el proceso de formación de la voluntad.

12. La función de apoyo –ya sea formal o informal– puede tener diferente intensidad. Debe consistir en asistir a la persona en la toma de sus propias decisiones en diferentes modos y maneras respetando siempre su voluntad y sus preferencias.

13. La función de apoyo puede ser desempeñada tanto por personas físicas como por instituciones públicas o privadas creadas para este fin, y pueden ser desarrollada por una o por varias personas o instituciones atendiendo siempre a la voluntad y preferencias, situación y necesidades, de la persona a la que se refieren.

14. Debe impartirse formación para que las personas tomen decisiones sobre cuando necesitan apoyos.

15. Debe impartirse formación a todas las personas que intervienen en los procesos de determinación de los apoyos que se han de reconocer y en el ejercicio efectivo de los mismos, de manera que se garantice que siempre se actúa con el máximo respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona”.

“16. Debe garantizarse la formación en discapacidad y derechos humanos de todos los operadores jurídicos que intervienen en estos procedimientos y plantearse la necesidad de contar con jueces y fiscales especializados.

17. Debe potenciarse el uso de instrucciones previas o poderes preventivos para establecer, de manera anticipada previsiones en relación con los apoyos que puedan necesitarse en el futuro.

18. Las salvaguardas deben tener como objetivo asegurar que las medidas de apoyo no restrinjan el derecho a la igual capacidad jurídica y tengan como efecto respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

19. Debe apelarse a las salvaguardas relacionadas con evitar los conflictos de intereses, influencia indebida y posibles abusos.

20. Debe establecerse que la necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica no podrá ser nunca utilizada como razón para limitar los derechos de las personas que los precisen.

21. La legislación civil no es el ámbito apropiado para la regulación del internamiento. No se puede establecer un régimen específico de privación de la libertad por motivos de discapacidad.

22. En relación con el ingreso por cuestiones relacionadas con la salud mental, deberá remitirse la regulación a la legislación sanitaria, respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona, conforme a su trayectoria vital.

23. En relación con el internamiento con fines asistenciales, en su caso, el lugar adecuado de regulación sería la legislación de servicios sociales.

24. En los procesos sanitarios, para garantizar la prestación de consentimiento informado, deberán garantizarse condiciones de accesibilidad, la adopción de ajustes razonables y la provisión de apoyos para la toma de decisiones

25. El procedimiento de incapacitación o modificación de la capacidad debe ser reemplazado por un procedimiento orientado a la provisión de apoyos para la toma de decisiones. Salvo en los casos excepcionales en los que los apoyos puedan establecerse sin la concurrencia de la voluntad expresa de la persona, este proceso deberá sustanciarse de acuerdo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

26. Este procedimiento tendrá como objetivo establecer de manera pormenorizada y ajustada a la situación y necesidades de la persona las áreas en las que se precisa asistencia y la persona o personas de apoyo.

27. La persona beneficiaria del sistema de apoyos debe ser la protagonista en el proceso respetándose siempre su voluntad, deseos y preferencias. En la evaluación de la necesidad de asistencia y determinación de medidas de apoyo se deberán tener en cuenta las circunstancias no sólo individuales, sino también sociales.

28. El sistema de apoyos no puede imponerse contra la voluntad de la persona titular del derecho. El/la juez/a solamente podrá disponer apoyos sin mediar el expreso consentimiento de la persona en modo excepcional y siempre que concurren los siguientes requisitos: (a) en caso de ser absolutamente imprescindible porque se comprobó que del ejercicio de la plena capacidad conforme a lo expresamente manifestado era probable que se produjese un daño grave a su persona o a sus bienes, y (b) si fueron absolutamente infructuosos todos los intentos judiciales para que la persona titular del derecho proponga o acepte un sistema de apoyos a lo largo de un plazo razonable.

29. En la resolución por la que se establezca un sistema de apoyos deben establecerse salvaguardas y controles específicos para garantizar su buen funcionamiento, evitar los abusos y la influencia indebida y deben articularse mecanismos de revisión periódica

30. Deben establecerse mecanismos para que las personas incapacitadas de acuerdo con la legislación vigente puedan recuperar su capacidad y acceder a los apoyos que precisen en su ejercicio de acuerdo con la nueva regulación.”.

6.- Información del Consejo de Ministros

El viernes 21 de septiembre de 2018 el Consejo de Ministros²⁷¹⁹ “ha informado en primera vuelta el ALRD.

Este Anteproyecto de Ley supone la reforma del CC, de la LEC, la LH y la del RC, sienta las bases para el cambio del sistema actualmente vigente en nuestra legislación, en el que predomina la sustitución por orden judicial en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y preferencias de estas personas que, como regla general, serán las encargadas de tomar sus propias decisiones.

La idea central de este nuevo modelo es, por lo tanto, la del apoyo a la persona que pueda tener alguna dificultad en el ejercicio de su capacidad jurídica, lo que tradicionalmente se ha llamado capacidad de obrar. Ello abarca, desde el acompañamiento amistoso, a la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, o incluso, la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad.

²⁷¹⁹ LA MONCLOA, “Reformada la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, 21 de septiembre de 2018. Consultado en:
<<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/210918-discapacitados.aspx>>

La nueva regulación otorga preferencia a las medidas preventivas, es decir, a las que puede tomar la persona interesada en previsión de una futura necesidad de apoyo, como son los poderes y mandatos preventivos, a la vez que potencia otras medidas con carácter externo, como la guarda de hecho. Además, regula las instituciones de la curatela y el defensor judicial y reserva la tutela a los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad. La reforma afecta también a otras normas relativas al Derecho Internacional privado, a los actos relativos a la nacionalidad, al matrimonio o la filiación, así como a algunas reglas del Derecho de sucesiones y de contratos”.

Las novedades introducidas por la CDPD “ha obligado desde 2011 a la adaptación del ordenamiento jurídico español en todos sus campos”

“La discapacidad que había quedado sin regular en España conforme a los principios de la Convención era la discapacidad intelectual, a lo que ahora se da respuesta.”.

III.- ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

El 26 de septiembre de 2018 el Ministerio de Justicia publicó el ALRD²⁷²⁰, datado de 21 de septiembre de 2018, con plazo para realizar aportaciones hasta el 19 de octubre de 2018.

1.- Exposición de motivos

1.1.- Adecuación de nuestro ordenamiento jurídico

“La presente reforma del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con

²⁷²⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018. Disponible en:

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900403?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL__por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF

discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

Con la manifestación de este objetivo, la convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad, además de exigir a los Estados Partes que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

La reforma del ordenamiento jurídico español que es consecuencia de la ratificación por España de dicho tratado, se inició con la Ley 26/2011, llamada precisamente de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que se encargó de modificar numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno. La reforma continuó con 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, a la que han de sumarse la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación

con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones) o la más reciente Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones.

La presente ley supone un hito fundamental en el trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en un tema, como es el del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, que viene siendo objeto de atención constante en los últimos años, tanto por parte de las Naciones Unidas, como por el Consejo de Europa o por el propio Parlamento Europeo y, como lógica consecuencia, también por los ordenamientos estatales de nuestro entorno.

La nueva regulación está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Al respecto, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos, como la legitimación para ejercitarlos”.

1.2.- Composición

“Esta ley consta de cinco artículos, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El artículo primero, con sesenta y tres apartados, modifica el Código Civil; el artículo segundo afecta a la Ley Hipotecaria y consta de seis apartados; el artículo tercero reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil con catorce apartados; el artículo cuarto modifica la Ley del Registro Civil y se distribuye en nueve apartados; finalmente, el artículo quinto, referido a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, se estructura en diez apartados”.

1.3.- CC

“La reforma que el artículo primero introduce en el Código Civil es la más extensa y de mayor calado, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal.

El Título XI del Libro Primero del Código Civil se redacta de nuevo, que pasa a rubricarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, de suerte que el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación o sustitución en la toma de decisiones. Es importante señalar también que, a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de esta, la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria – domicilio, salud, comunicaciones, etc.—.

No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas y jurídicas que

han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio. La reforma normativa impulsada por esta ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social, y especialmente de la de aquellos profesionales del Derecho –jueces y magistrados, funcionarios de la administración de justicia, notarios, registradores– que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas.

Siguiendo los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos, la nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer sobre las medidas que se establecen externamente, una vez constatada la necesidad de apoyo. Dentro de las primeras adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela. Dentro de las segundas, conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente atendida por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera al guardador que acredite la representación, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias.

La institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera

excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general. Siguiendo este mismo criterio, se eliminan del ámbito de la discapacidad, no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de protección de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores que, en la mayor parte de los casos, morirán antes que él; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera.

En el nuevo texto se recoge también la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones: la necesidad de apoyo ocasional que no está garantizado por otra medida voluntaria o fáctica, las situaciones de conflictos de intereses entre la figura de apoyo estable y la persona con discapacidad, o la imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza.

Desde el punto de vista procedimental, cumple señalar que el procedimiento de provisión de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean éstos personales, patrimoniales o políticos.

Por otra parte, el procedimiento debe alejarse del esquema tradicional para pasar a orientarse hacia un sistema de colaboración interprofesional o “de mesa redonda”, con profesionales especializados de los ámbitos jurídico, asistencial y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.

Finalmente, y al margen de la discapacidad, por tratarse de una institución absolutamente ajena a ella, se ha optado por regular expresamente la prodigalidad como situación de la persona que requiere una asistencia destinada a impedir la realización de conductas desordenadas que, con origen en causas diversas, puedan poner en grave peligro sus intereses patrimoniales.

Una reforma tan profunda como la que aquí se propone debe ir acompañada necesariamente de un notable número de modificaciones legislativas en otras materias conectadas con la capacidad de la persona, tanto en el Código civil, como en un buen número de leyes de indudable importancia.”.

1.4.- Otras normas

“Dentro del Código, la reubicación en los Títulos XI y XII del Libro Primero de la materia que nos ocupa obliga a la reordenación del tema de la minoría de edad, la mayoría de edad y la emancipación, de suerte que el Título IX del mencionado Libro pasa a referirse a la tutela y la guarda de los menores, mientras que el Título X se destina a la mayoría de edad y la emancipación. En consonancia con lo dicho, la tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial.

Fuera ya de este marco, son muchas las normas jurídicas que en toda la extensión del Código Civil requieren de la oportuna adaptación a la nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Así, las normas afectadas por esta reforma van desde algunas relativas al Derecho internacional privado, la nacionalidad, ciertas reglas sobre los efectos de las crisis matrimoniales cuando hay hijos mayores de edad con discapacidad que precisen apoyo, lo cual puede tener repercusiones, por ejemplo, en la atribución de la vivienda familiar, o las reglas sobre el establecimiento de la filiación cuando hay implicados progenitores o hijos con discapacidad; también experimentan modificaciones puntuales algunos preceptos relativos a la sociedad de gananciales cuando uno de los cónyuges precisare de medidas de apoyo.

Particularmente afectadas van a resultar algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones y al Derecho de contratos, cuestiones estas en las que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran transcendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva. Asimismo, la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de

responsabilidad, lo que ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio, y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno. Para mantener la coherencia del sistema, la reforma hace también necesaria la modificación de dos preceptos del Código penal en materia de responsabilidad civil derivada del ilícito penal cuando dicha responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del hecho delictivo.

En el ámbito del Registro de la Propiedad, la principal reforma consiste en la creación de un Libro único informatizado, que dará publicidad a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad, para que cualquiera que sea el juzgado en que se haya tramitado el procedimiento, sean conocidas por todos los registradores y todos los usuarios del Registro. De esta manera, los primeros tendrán un elemento decisivo en la calificación de la validez de los actos inscribibles, y los segundos no se verán sorprendidos por la anulabilidad de un negocio celebrado sin los requisitos previstos en la sentencia correspondiente.

El Registro Civil se convierte en una pieza central de la materia, pues hará efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas preventivas previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, sobre las medidas legales que habría de aplicar la autoridad judicial. La consulta al registro individual permitirá a esta conocer las medidas preventivas, que habrán de figurar inscritas, así como velar por su aplicación y eficacia.”.

1.5.- LEC

“La adaptación normativa a la convención también debe extenderse al ámbito procesal, de modo que se sustituyan los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a la personas con discapacidad. Tal circunstancia permite asimismo introducir algunas modificaciones en la regulación de los procesos en que se ejercita una pretensión de esas características, dirigidas a solucionar algunos problemas que se han detectado en la práctica forense y que dan lugar a interpretaciones diferentes entre los tribunales.

Al margen de las necesarias adaptaciones terminológicas que deben introducirse en el Capítulo primero del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la primera modificación relevante se encuentra en el apartado 1 del artículo 756 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil, que establece que el proceso judicial solo procede cuando, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador. Por su parte, en el apartado 3 de ese mismo precepto se da solución al problema derivado del cambio de residencia habitual de la persona con discapacidad cuando se encuentra pendiente el proceso de provisión de apoyos. Siguiendo el criterio sentado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en esos casos las actuaciones deberían remitirse al Juez de la nueva residencia, siempre que no se haya celebrado aún la vista. Así se facilita el desarrollo del proceso y se acerca éste al lugar donde efectivamente se encuentra la persona con discapacidad.

El artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus nuevos apartados 6 y 7, también da respuesta a situaciones que estaban originando prácticas diversas en los tribunales. Por un lado, se permite la presentación de alegaciones por aquella persona que en la demanda aparezca propuesta como curador de la persona con discapacidad, lo que posibilita contar con más datos acerca de su disponibilidad e idoneidad para asumir tal encomienda. Por otro, se admite la intervención a su costa en el proceso de cualquiera los legitimados que no sea promotor del procedimiento, o de cualquier sujeto con interés legítimo, evitando así que se generen situaciones de desigualdad entre los familiares de la persona afectada, como sucedía con anterioridad, donde unos podían actuar con plenitud en el proceso dada su condición de parte, y otros en cambio solo podían ser oídos en fase de prueba.

Las siguientes modificaciones se contienen en el artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se refieren al momento de admisión de la demanda y a la personación del demandado. En primer lugar, se establece que una vez admitida la demanda, se debe obtener del Registro la información existente sobre las medidas de protección adoptadas, para respetar la voluntad del afectado. Y en segundo lugar, se prescribe el nombramiento de un defensor judicial cuando la persona afectada no comparezca, en el plazo concedido para contestar a la demanda, con su propia defensa y representación. Con ello se consigue que siempre exista alguien que defienda en el proceso los intereses del afectado.

La regulación de las pruebas que preceptivamente deben practicarse en este tipo de procesos se reordena en el nuevo texto, y además se introduce en el artículo 759.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la posibilidad de que puedan no llevarse a cabo las audiencias preceptivas cuando la demanda la presente el propio afectado y aquéllas puedan invadir su privacidad, al dar a conocer a su familia datos íntimos que él

prefiera mantener reservados. Por su parte, a diferencia de lo que sucedía en la normativa anterior, el contenido de la sentencia que ha de dictar el Juez se remite a las disposiciones del Código Civil, al considerarse una cuestión más de derecho sustantivo que procesal. Por último, se prevé un incidente de modificación de las medidas de apoyo previamente adoptadas, cuando varíen las circunstancias que las motivaron, con lo que queda clara la vinculación entre el primer proceso y esta segunda actuación judicial.”.

1.6.- LJV

“La introducción de modificaciones en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil para adaptar la legislación española a la convención exige incorporar también algunos cambios en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, con el fin de que no haya discrepancia entre los diversos textos legales y se consiga una eficaz tutela de los derechos de las personas.

Así, en primer término, en relación con el expediente para el nombramiento de tutor (para el menor) o curador (para la persona con discapacidad), además de algunas adaptaciones terminológicas, se modifica el procedimiento para la rendición de cuentas del tutor o curador, para solucionar algunas disfunciones detectadas durante estos casi tres años de vigencia de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Por un lado, la comparecencia ante el Juez no siempre debe tener lugar, sino solo cuando algún interesado lo solicite, con lo que se evita la actual proliferación de vistas que en la mayoría de las ocasiones carecen de sentido ante la ausencia de complejidad y oposición a las cuentas presentadas. Por otro lado, se permite que el tribunal ordene de oficio, a costa del patrimonio del tutelado o asistido, una prueba pericial contable o de auditoría aun cuando nadie haya solicitado la comparecencia, si en el informe se describieran operaciones complejas o que requieran una justificación técnica. Esto responde a una necesidad que los tribunales han puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones, en la línea de alcanzar una mayor protección de los intereses del menor o de la persona con discapacidad.

También se modifica un aspecto del expediente de autorización o aprobación judicial de actos de enajenación o gravamen de bienes pertenecientes a menores o personas con discapacidad. De acuerdo con la nueva regulación del artículo 62.3 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la intervención de abogado y procurador ya no será

preceptiva en todos los casos en que la cuantía de la operación supere los 6.000 euros, sino solo cuando así resulte necesario por razones de complejidad de la operación o por la existencia de intereses contrapuestos. De esta manera se pretende ahorrar costes al menor y a la persona con discapacidad en relación con actos que carecen de dificultad técnica o jurídica, habida cuenta de que en este tipo de actuaciones siempre va a existir un control judicial en el momento de decidir sobre la aprobación de lo solicitado.”.

1.7.- Derecho transitorio

“En cuanto al régimen transitorio, se ha optado por una fórmula flexible, según la cual las funciones de apoyo se ejercerán conforme a la nueva ley desde su entrada en vigor, y se establece una amplia legitimación para solicitar de la autoridad judicial, en cualquier momento, la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con arreglo al sistema anterior.”.

2.- Análisis de impacto normativo

También el 26 de septiembre de 2018 el Ministerio de Justicia publicó la “Memoria del análisis de impacto normativo del ALRD”²⁷²¹, de la que destacaremos su contenido.

2.1.- Oportunidad de la propuesta

2.1.1.- Motivación

“La oportunidad de la propuesta tiene su origen en la necesidad de proceder a la adaptación del CC y de la LEC a las previsiones del art. 12 CDPD [...]

La CDPD determina la visión global, de los derechos de un grupo social que sufre una discriminación secular, aún evidentes en la propia legislación. Supera la visión médica o rehabilitadora, y un modelo social en el que deben hacerse las adaptaciones necesarias a fin de terminar con las situaciones que impiden la participación plena y efectiva de la persona con discapacidad en la sociedad.

²⁷²¹ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit.

La convención forma parte del ordenamiento jurídico español, y en cuanto que tratado internacional de derechos humanos, por el cauce del art. 10.2 CE, constituye criterio de aplicación e interpretación obligatorio para todos los poderes del estado; para legisladores, gestores, jueces, tribunales y operadores jurídicos, funcionarios y administrativos.”.

En coherencia con la manifestación de los arts. 1 y 2 CDPD, “la convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad, entre las que destaca el cambio de terminología, que implica que ya no se puede hablar de “incapacidad” o “incapaces”, sino de “personas con discapacidad”, o el cambio de las “medidas de sustitución” por unas “medidas de asistencia”, adecuando los apoyos a las diferentes situaciones de ayuda, para que siempre y en todo caso se respeten la voluntad y los derechos de las personas.”.

“La igualdad ante la ley es un principio básico general de la protección de los DDHH y es indispensable para el ejercicio de otros DDHH. La DUDH y el PIDCP garantizan específicamente el derecho a la igualdad ante la ley. De esta forma, en el art. 12 de la convención se describe en mayor profundidad el contenido de ese derecho civil, centrándose en las esferas en que tradicionalmente se les ha denegado a las personas con discapacidad. En el art. 12 no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad; simplemente se describen los elementos específicos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás.

La importancia de este precepto determinó que el Comité CDPD en su 11º período de sesiones de 31 de marzo a 11 de abril de 2014 formulara una Observación general al citado art. 12 de la convención. Para el citado Comité, dicho art.:

“[...] afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica. Esa capacidad ha sido negada de forma discriminatoria a muchos grupos a lo largo de la historia[...] las personas con discapacidad siguen siendo el grupo al que más comúnmente se le niega la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar

decisiones fundamentales con respecto a su salud, su educación y su trabajo. En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad.

Todas las personas con discapacidad, incluidas las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, pueden verse afectadas por la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la adopción de decisiones. No obstante, los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva y la negación de la capacidad jurídica han afectado y siguen afectando de manera desproporcionada a las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial. El Comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el art. 12. Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el art. 12 deben ser abolidas”.

El art. 12 se complementa y prolonga con la garantía de acceso a la justicia que proclama el art. 13. Sin garantizar el efectivo acceso a la justicia no existirá garantía de efectividad para ningún otro derecho, y asegurarlo supone hacer frente a las esferas físicas o estructurales, de conocimiento o sensibilización y de comunicación. Solo asegurando la superación de esas barreras y promoviendo la capacitación de jueces, magistrados, funcionarios, operadores jurídicos, personal policial y penitenciario, podrá ser cierta la efectividad de los derechos que la Convención proclama.

Algunos ordenamientos europeos ya han procedido a esta adaptación y el Consejo de Europa ha dirigido a los Estados miembros una recomendación en relación con la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad.

La reforma introducida en el ordenamiento español por la convención de 2006 y la norma proyectada supone, en definitiva, el pleno reconocimiento de la dignidad que corresponde a las personas con discapacidad. Esa dignidad que, como dice la primera frase de la convención de 2006 es propia de *“todos los miembros de la familia humana”*. Y la consecuencia inmediata de ese reconocimiento la sienta igualmente la convención en su preámbulo: *“Cualquier discriminación contra una persona por razón*

de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”.

Pero la devolución de la dignidad que corresponde a las personas con discapacidad, y de las que se les ha privado largo tiempo, no es sólo cuestión de las normas, sino que es también cuestión de la sociedad. En el art. 8 de la convención, que tiene el expresivo epígrafe de *“toma de conciencia”*, afirma, como primer punto, que es necesario *“sensibilizar a la sociedad”*, y en particular, según el art. 25, a los profesionales de la salud. Y tanto o más necesario, aunque no lo diga la convención, es sensibilidad a los profesionales del Derecho, para que apliquen las normas reguladoras de la discapacidad teniendo presente esa dignidad inherente —como la califica con reiteración el texto de las Naciones Unidas— que corresponde a las personas con discapacidad.

El anteproyecto proclama en esta misma línea, y en el primer art. dedicado a la materia, el 248, que *“las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona”*. Es verdad que en ese precepto se habla de la persona en sentido genérico, pero en la práctica la dignidad ha de reconocerse y respetarse en cada persona. Con otras palabras: las medidas de apoyo deben ajustarse, en cada caso, a la situación de cada una de las personas con discapacidad. Es necesario partir de un cuidadoso examen de cada situación y adoptar las medidas de apoyo que corresponda a cada una de ellas. Porque, en definitiva, la dignidad humana, aunque se reconozca genéricamente a toda la humanidad, y por tanto genéricamente a todas las personas con discapacidad, es algo que corresponde y pertenece, individualizadamente, a cada una, que es distinta de las demás por su radical singularidad.”²⁷²².

2.1.2.- Objetivos perseguidos

“El art. 9 CE establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad e igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integren dichos ciudadanos, sean reales y efectivas y que se remuevan aquellos obstáculos que impidan su plenitud. De igual forma, el art. 14 CE salvaguarda el principio de igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por

²⁷²² MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 11-16.

razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Las personas con discapacidad en nuestro país tienen, por tanto, reconocido al máximo nivel normativo la igualdad ante la ley. Asimismo, el art. 49 CE establece para los poderes públicos una obligación específica de amparar especialmente a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos para el disfrute de los derechos y libertades fundamentales que en la misma se reconocen a todos los ciudadanos”.

La CDPD de la ONU de 2006 ha obligado a reformar el ordenamiento español en todos sus campos. Esa reforma se inició con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD, que modificó más de una decena de leyes, y se desarrolló a través del RD 1276/2011, que a su vez modifica los reglamentos de desarrollo de las leyes anteriores y, además, el RN”. La LO 1/2015 modificó con el mismo fin el CP. La LJV, dedica tres capítulos a la discapacidad.

“Únicamente quedaría pendiente por adaptar el CC, la LH, la LEC, la LRC y la LJV.

[...] El matiz que aporta la Convención de Naciones Unidas es el de instar a los Estados Partes a proporcionar el acceso al apoyo que necesiten las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, respetando sus derechos, voluntades y preferencias, y velando por que los mecanismos de apoyo sean proporcionales y adaptados a sus respectivas circunstancias y que se sometan a revisiones periódicas a cargo de una autoridad judicial. Este nuevo enfoque supone para nuestro ordenamiento jurídico tanto la necesidad de explicitar y desarrollar de forma más concreta algunas de las previsiones contenidas en el citado art. 12, especialmente en su apartado 4, así como llevar a cabo algunas adaptaciones terminológicas.”²⁷²³.

2.1.3.- Adecuación a los principios de buena regulación

“Los criterios seguidos se han basado en los principios de la buena regulación, comprendiendo el principio de necesidad y eficacia al cumplir con fidelidad el texto de la convención y con la necesaria reforma de la actual normativa evitando la dispersión en aras de la simplificación; así como en los principios de proporcionalidad al contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir, y de seguridad jurídica,

²⁷²³ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 16-18.

ya que se realiza con el ánimo de mantener el marco normativo estable, predecible, integrado y claro, de las normas codificadoras de los asuntos civiles y de procedimientos jurisdiccionales civiles.

Se pone de manifiesto que la norma es acorde al principio de proporcionalidad, al contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir exigida por el art. 12 de la convención, en su ámbito terminológico, sustantivo y procesal.

En cuanto al principio de transparencia, el anteproyecto ha sido sometido al trámite de consulta pública establecido en el art. 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y será sometido al trámite de audiencia e información pública contenido en el art. 26.6 de la misma ley al afectar a los derechos fundamentales e intereses legítimos de las personas.”²⁷²⁴.

2.1.4.- Análisis de alternativas

El mandato del art. 12 CDPD se ha recogido en la Disp. adic. séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, que daba al Gobierno el plazo de un año para hacer un proyecto de ley de adaptación del ordenamiento jurídico al art. 12 CDPD.

“Pese a que el plazo se haya visto superado por el paso del tiempo, el mandato encomendado al Gobierno impone la necesidad de reformar la legislación civil y procesal, sin que exista alternativa regulatoria o no regulatoria para adaptar el ordenamiento jurídico español a los objetivos antes expuestos.

Se descarta, por tanto, la no adopción de una medida normativa debido a la necesidad de regulación como consecuencia de adecuar el ordenamiento jurídico a la convención como dispone la disposición adicional séptima de la ley 26/2011, de 1 de agosto.”²⁷²⁵

2.1.5.- Inclusión en el Plan Anual Normativo 2018

²⁷²⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 18-19.

²⁷²⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 19-20.

“La presente propuesta se encuentra recogida en el Plan Anual Normativo 2018, como iniciativa de rango legal promovida por el Ministerio de Justicia.”²⁷²⁶.

2.2.- Contenido y análisis jurídico de las novedades

2.2.1.- Reforma del CC

“La reforma se ha inspirado en otros ordenamientos europeos y en las directrices del Consejo de Europa. Se regulan las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, otorgando preferencia a las medidas preventivas, como los poderes y mandatos preventivos, a la vez que se establecen otras medidas con carácter externo, como la guarda de hecho, y se regulan las instituciones de la curatela y el defensor judicial, sin olvidar la prodigalidad en cuanto la persona pueda requerir asistencia. La tutela queda reservada a los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad y corresponde al defensor judicial atender el complemento de la capacidad de los emancipados. Asimismo, se adaptan otras normas del CC para ajustarse a la reforma, modificándose reglas de Derecho Internacional Privado, de Derecho familiar y matrimonial (crisis matrimoniales, filiación, sociedad de gananciales), Derecho de sucesiones y Derecho de contratos.”²⁷²⁷.

2.2.1.1.- Tutela

a).- Objeto y constitución de la tutela

“Frente al régimen actual del art. 222, que sujeta a tutela tanto a menores, como incapacitados, como sujetos a patria potestad prorrogada, la reforma reserva la tutela para los menores no emancipados que, bien estén en situación de desamparo, o bien no estén sujetos a patria potestad, y se ejerce bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. Los progenitores pueden proponer tutor en testamento o documento público notarial, así como determinar cuestiones relacionadas con el nombramiento, y se regula el interés superior del menor, la existencia de disposiciones de los progenitores, las consecuencias de la privación de la patria potestad, y las reglas de administración de los bienes dispuestos a título gratuito. Están obligados a promover la constitución de la tutela los

²⁷²⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., p. 20.

²⁷²⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 20-21.

parientes llamados a ella y la persona física o jurídica bajo cuya guarda se encuentre el menor, previéndose que cualquier persona pueda poner en conocimiento del MF o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela. La tutela se constituye previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que el juez considere oportuno oír y, en todo caso, del tutelado si tuviere suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años. Se prevé la vigilancia del MF, cómo ha de informar el tutor al juez y el establecimiento de medidas de vigilancia y control”²⁷²⁸.

b).- Tutor

“Pueden ser tutores tanto las personas físicas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que cumplan las condiciones de aptitud suficientes, así como las fundaciones y personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores.

Para el nombramiento del tutor se prefiere en primer lugar a la persona o personas designadas en testamento o documento público notarial y, tras éstas, al ascendiente o hermano. Se procurará que el nombramiento de tutor para varios hermanos recaiga en la misma persona. Hay determinadas personas que no pueden ser tutores por causa de privación o suspensión de la patria potestad o de los derechos de guarda y protección, remoción de una tutela, curatela o guarda. En otros casos la prohibición se puede exceptuar por causas motivadas, como sucede en la exclusión por los padres del tutelado, la condena por delito, concurso culpable o los conflictos de intereses.

La tutela se puede ejercer por uno o varios tutores en las condiciones que se regulan, que pueden suponer que los tutores actúen bien de forma independiente, bien con carácter solidario, bien conjuntamente.

Se regula la tutela de menores que se encuentren en situación de desamparo, con previsión de que proceda acordar previamente la suspensión o la privación de la patria potestad o remoción del tutor.

La remoción del tutor se puede producir a solicitud del menor si tuviere suficiente juicio y en todo caso se le dará audiencia si fuere mayor de doce años.”²⁷²⁹.

²⁷²⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., p. 21.

²⁷²⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 21-22.

c).- Ejercicio de la tutela

Después de hacer una remisión a las normas relativas a la curatela, se establecen unas especialidades como el carácter representativo, con excepción de los actos que el menor pueda realizar por sí solo, el interés del menor, las obligaciones del tutor, y el derecho a una retribución y al reembolso de los gastos y a la indemnización de los daños y perjuicios.”²⁷³⁰.

d).- Extinción de la tutela

“Se regulan las causas de extinción de la tutela, la rendición de cuentas, sea anual, sea la cuenta general justificada de su administración, y la responsabilidad de los daños causados por culpa o negligencia del tutor.

Antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta general, el juez debe oír al tutor y a la persona que hubiera estado sometida a tutela o a sus herederos. La aprobación judicial de la cuenta no impide el ejercicio de las acciones por razón de la tutela. Los gastos serán a cargo del patrimonio de quien estuvo sometido a tutela. La acción para reclamar la responsabilidad de los daños prescribe a los tres años contados desde la rendición final de cuentas.”²⁷³¹.

e).- Adaptación de las instituciones de apoyo al menor

“Se prevén reglas específicas relativas al nombramiento del defensor judicial del menor y la guarda de hecho del menor.”²⁷³².

2.2.1.2.- Medidas de apoyo

a).- En general

“El núcleo principal de la reforma es la regulación de las medidas de apoyo que precisen las personas mayores de edad o emancipadas. Conviene recordar que la tutela, [...] se reserva para los menores. Se pretende de esta forma que las personas con

²⁷³⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 21-22.

²⁷³¹ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 22-23.

²⁷³² MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., p. 23.

discapacidad puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad, de forma que las medidas:

- se inspiran en el respeto a la dignidad de la persona y la tutela de sus derechos fundamentales;
- deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad;
- atienden a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que requiera la medida;
- van destinadas a fomentar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

Se contienen previsiones para los casos en que un menor de edad pueda precisar apoyo al alcanzar la mayoría de edad. Se establecen también medidas preventivas de naturaleza voluntaria para que cualquier persona mayor de edad o emancipada pueda prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes. Se contemplan asimismo las reglas de administración en caso de disposición de bienes a título gratuito a favor de una persona necesitada de apoyo.

Cuando una persona necesitada de apoyo de modo urgente carezca de guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública, que dará conocimiento de la situación al MF.

La persona con discapacidad responde por los daños causados a terceros, sin perjuicio de los arts. 1902 y 1903 CC.”²⁷³³.

b).- Instituciones de apoyo

“Las instituciones de apoyo son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial”.

(i).- Guarda de hecho

“Se regula en primer lugar la más informal de las instituciones de apoyo. Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

Se requiere intervención judicial para acreditar la representación y para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la

²⁷³³ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 23-24.

libertad de la persona a su cuidado, cuando ésta no pueda prestarlo. Los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de ésta no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad. El juez puede requerir al guardador de hecho en cualquier momento, de oficio o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación y establecer las salvaguardias que estimen necesarias, y le podrá exigir que rinda cuentas. La autoridad judicial podrá nombrar un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan.

El guardador tiene derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización de daños a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo. Se regula la extinción de la institución.

(ii).- Curatela

La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Se constituye mediante resolución de la autoridad judicial cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. Se tramita un procedimiento de provisión de apoyos en el que se destacan los siguientes puntos:

- Las medidas deben prever su revisión periódica.
- En ningún caso se incluirá la mera prohibición de derechos.
- Se determinarán de forma precisa los actos para los que la persona requiera la intervención del curador y aquellos otros en los que excepcionalmente el curador habrá de asumir la representación.
- En la propia resolución en la que se constituya la curatela o en otra posterior se establecerán las medidas de control. En cualquier momento el juez podrá exigir información al curador.
- El MF puede recabar en cualquier momento la información que considere necesaria.

Se regula la propuesta del curador con referencia a las personas que pueden ser curador y la exclusión de aquellos que no lo pueden ser. Se admite que también puedan ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción y asistencia a las personas con discapacidad. En el nombramiento se da preferencia al curador previamente designado, estableciéndose después un orden que podrá ser alterado por el juez. Se puede confiar la

curatela a varias personas. Se prevé la remoción del curador, previa tramitación de un expediente. El desempeño de la curatela es excusable. Se contempla el derecho del curador a una retribución y al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos.

El ejercicio de la curatela requiere que el curador tome posesión de su cargo ante el Letrado de la Administración de Justicia. Se regulan las obligaciones del curador con respecto a la persona necesitada de apoyo. Se incluyen previsiones relativas a que el curador se encuentre impedido de modo transitorio o exista un conflicto de intereses, sea ocasional, prolongado o reiterado; asimismo, se puede exigir fianza.

En el caso del curador con facultades representativas, se incluye la obligación de hacer inventario del patrimonio de la persona a cuyo favor se ha establecido el apoyo y se establecen los actos que necesitan de autorización judicial, la autorización para la realización de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, o los actos que no necesitan autorización judicial. Es necesario oír al Ministerio Fiscal y a la persona afectada.

La curatela se extingue, bien por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona afectada, bien por resolución judicial cuando ya no sea precisa. Se regulan la rendición de cuentas, que prescribe a los cinco años, los gastos necesarios que son a cargo del patrimonio de la persona a la que se prestó apoyo, y la responsabilidad de los daños causados por culpa o negligencia del curador, que prescribe a los tres años.

(iii).- Defensor judicial

El defensor judicial actuará en las ocasiones o los periodos en que la necesidad se manifieste. Se nombra por el juez cuando la persona con discapacidad precise apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente. Además, se nombra cuando quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, exista conflicto de intereses o la autoridad judicial lo considere necesario durante la tramitación de la excusa alegada por el curador.

No se nombrará defensor judicial si el apoyo se ha encomendado a más de una persona, salvo que ninguna pueda actuar.

Se aplican al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador, y debe rendir cuentas de su gestión.”²⁷³⁴.

²⁷³⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 24-26.

c).- Poderes y mandatos preventivos

“Se admite tanto la opción de que subsista el poder ya otorgado, como la de otorgar poder sólo para el supuesto de que el poderdante se vea necesitado de apoyo. Los poderes preventivos habrán de otorgarse en escritura pública. El ejercicio de las facultades representativas será personal, sin perjuicio de la facultad de encomendar a otras personas la realización de uno o varios actos concretos.

Se regulan la forma de acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo; la vigencia de los poderes cuando se constituyen otras medidas de apoyo; las medidas de control y la extinción del poder; cómo quedará el apoderado sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante determine otra cosa; y la extinción automática del poder otorgado a favor del cónyuge o pareja de hecho, salvo voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento.”²⁷³⁵.

2.2.1.3.- Prodigalidad

“Se incluye en la reforma la definición de prodigalidad, la resolución que la declara con nombramiento de la persona que haya de asistir al pródigo y los actos que éste no puede realizar, así como su extinción.”²⁷³⁶.

2.2.1.4.- Disposiciones comunes

“Se establecen disposiciones para inscribir las resoluciones judiciales en el:

- RC: resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo y asistencia al pródigo.

- RP: resoluciones judiciales que afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles. Las demandas correspondientes podrán ser objeto de anotación preventiva.”²⁷³⁷.

2.2.2.- Reforma de la LH

²⁷³⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., p. 27.

²⁷³⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., p. 27.

²⁷³⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 27-28.

“Las medidas introducidas en la LH se pueden resumir con arreglo al siguiente guion:

- Se introduce la inscripción en el RP de las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad y las resoluciones judiciales de prodigalidad y concurso, entre otras.

- Se permite pedir la anotación preventiva a quien solicite medidas de apoyo a personas con discapacidad, a quien inste demanda o solicitud de las resoluciones judiciales arriba mencionadas y al MF.

- Se introduce una nueva regla para la determinación del juzgado competente en el caso de la hipoteca legal por razón de la fianza de tutores, curadores y demás personas asimiladas.

- Se adapta el precepto para permitir que los menores de edad sujetos a tutela y las personas con discapacidad tengan derecho a exigir hipoteca legal.

- Se determinan las condiciones para que pueda decretar la fianza hipotecaria el Juez de oficio o a instancia del MF o de cualquier pariente con interés legítimo y se regula el contenido y efectos de la resolución judicial, así como la cancelación de la hipoteca legal.

- Se adapta a la reforma la referencia al Libro único informatizado de situaciones de la persona.”²⁷³⁸.

2.2.3.- Reforma de la LEC

“Las líneas de la reforma se estructuran en torno a los siguientes puntos:

- Las necesarias adaptaciones terminológicas: tras la reforma no se hablará de procesos sobre la capacidad de las personas sino de “procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad”. En el mismo sentido se abandona la expresión “incapacitado” que pasa a sustituirse por “persona con discapacidad”.

- Carácter subordinado del proceso judicial respecto de la voluntad del interesado, en consonancia con la regulación sustantiva: con la reforma sólo se acudirá al proceso judicial en aquellos supuestos regulados en el CC en los que es procedente el

²⁷³⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 28-29.

nombramiento de curador (art. 756.1 LEC), Todo ello sin perjuicio de poder impugnar ante los tribunales la invalidez o insuficiencia de las medidas existentes.

– En consonancia con lo anterior, una vez admitida la demanda, se debe obtener del RC la información existente sobre las medidas de protección adoptadas, para respetar la voluntad del afectado.

– Se da respuesta a situaciones que estaban originando prácticas diversas en los tribunales:

a) Se permite la presentación de alegaciones por aquella persona que en la demanda aparezca propuesta como curador.

b) Se admite la intervención en el proceso de cualquiera los legitimados que no sea promotor del procedimiento, o de cualquier sujeto con interés legítimo.

– Se prescribe el nombramiento de un defensor judicial cuando la persona afectada no comparezca, en el plazo concedido para contestar a la demanda, con su propia defensa y representación.

– Se contempla posibilidad de que puedan no llevarse a cabo las audiencias preceptivas cuando la demanda la presente el propio afectado y aquéllas puedan invadir su privacidad.

– Se prevé un incidente de modificación de las medidas de apoyo previamente adoptadas, cuando varíen las circunstancias que las motivaron o no estén completas²⁷³⁹.

2.2.4.- Reforma de la LRC

“La LRC se adecua a la reforma en el sentido que se indica a continuación:

– Actos y hechos inscribibles. Se consideran inscribibles en el RC los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes; las sentencias dictadas en procedimientos de prestación de apoyos a personas con discapacidad; los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad; la tutela del menor y la defensa judicial del menor emancipado; las resoluciones judiciales que declaren la prodigalidad y las medidas adoptadas en ellas sobre asistencia al pródigo; y las declaraciones de concurso de las personas físicas y la intervención o suspensión de sus facultades.

²⁷³⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 29-30.

– Derechos ante el RC. Se recoge el derecho a promover la inscripción de hechos y actos dirigidos a la protección de los menores, las personas mayores y otras personas respecto de las cuales la inscripción registral supone una particular garantía de sus derechos.

– Inscripción de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del hijo. Cuando se hubiesen establecido medidas de apoyo, se estará a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido y, si nada se hubiese dispuesto, se requerirá aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

– Sentencia de prestación de apoyos. Se regula la inscripción en el registro individual del afectado de la sentencia dictada en procedimiento de prestación de apoyo.

– Inscripción de la curatela y sus modificaciones. Se inscriben en el registro individual de la persona las resoluciones judiciales en las que se nombre curador y se podrán inscribir también las medidas sobre vigilancia o control sobre dicho cargo.

– Inscripción de tutela automática o administrativa. Esta inscripción se reserva para el menor en situación de desamparo sujeto a tutela por la entidad pública.

– Inscripción de autotutela y apoderamientos preventivos. Se puede inscribir en el registro individual del interesado el documento público que contenga la autotutela y los apoderamientos preventivos.

– Datos especialmente protegidos. Se otorga a la discapacidad la condición de dato especialmente protegido a efectos de restringir su publicidad a través del Registro Civil.”²⁷⁴⁰.

2.2.5.- Reforma de la LJV

“Se exponen a continuación las líneas principales de la reforma:

– Las necesarias adaptaciones terminológicas: tras la reforma se abandona la expresión “capacidad modificada judicialmente” que se sustituye por “persona con discapacidad”.

– Ajustes en relación con el expediente para el nombramiento de tutor (reservado con la reforma para el menor) o curador (para la persona con discapacidad), con el procedimiento para la rendición de cuentas del tutor o curador”.

²⁷⁴⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 30-32.

– Se solucionan también algunas disfunciones detectadas durante la vigencia de la ley:

a) la comparecencia ante el Juez no siempre debe tener lugar, sino solo cuando algún interesado lo solicite.

b) se permite que el tribunal ordene de oficio, a costa del patrimonio del tutelado o asistido, una prueba pericial contable o de auditoría.

c) la intervención de abogado y procurador ya no será preceptiva en todos los casos en que la cuantía de la operación supere los 6.000 euros²⁷⁴¹.

2.2.6.- Entrada en vigor, vigencia de la norma y rango normativo

La vigencia de la norma proyectada es indefinida.

El anteproyecto de ley trae causa de la CDPD, “hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 que ha sido ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE de 21 de abril de 2008, por lo que forma parte del ordenamiento jurídico interno, de conformidad con el art. 96.1 CE y el art. 1.5 CC.

Además, la convención tiene especial incidencia en el plano constitucional en cuanto que el art. 10.2 de la Carta Magna vincula la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución a los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España.

Conforme a la jurisprudencia constitucional, los tratados internacionales no sólo son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos, sino que forman parte de su contenido; en la práctica el contenido de los tratados internacionales “*se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades*” reconocidos en la Constitución (STC 36/1991)²⁷⁴².

La incorporación formal de la convención al ordenamiento jurídico interno hace necesario revisar, y en caso de conflicto, modificar nuestra legislación en lo que pueda quedar afectada por las disposiciones de este texto internacional. Como ha quedado expuesto en el Informe aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2010, las modificaciones afectarán a distintas leyes sectoriales. Se considera que no es oportuno elaborar una ley general que realice todos los cambios a introducir en nuestro ordenamiento jurídico porque algunos de estos cambios ofrecen una mayor complejidad

²⁷⁴¹ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 32-33.

²⁷⁴² STC, de 14 de febrero de 1991 (TOL 80.450)

y necesitan ser estudiados más detenidamente mientras que otros pueden abordarse con mayor rapidez.

Por el carácter específico de la materia, se ha optado por tratar en una ley ordinaria específica las medidas de protección y apoyo.”²⁷⁴³.

2.3.- Análisis de impactos

2.3.1.- Impacto económico

En España, en el momento de la publicación de la Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto, había 1.840.700 personas con discapacidad en edad laboral (16-64 años). El colectivo de las personas con discapacidad representaba el 6,1% de la fuerza laboral de este país²⁷⁴⁴.

Según el Informe “El Empleo de las Personas con Discapacidad” correspondiente al año 2018²⁷⁴⁵, hay 1.899.800 personas con discapacidad en edad de trabajar (de 16 a 64 años), lo que supone el 6,3% de la población total en edad laboral.

“La flexibilización del marco legal para otorgar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad que las necesiten para el ejercicio de su capacidad en el ámbito patrimonial, al potenciar su autonomía estimulará la participación de aquéllas en el tráfico económico. Análogo efecto es previsible por la introducción de determinadas normas tendentes a agilizar la gestión y administración del patrimonio de las personas con modificación judicial de su capacidad jurídica.

No obstante, se considera que de esta propuesta legislativa no se deriva impacto apreciable ni en la economía ni en la competencia en el mercado.”²⁷⁴⁶.

²⁷⁴³ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 33-34.

²⁷⁴⁴ Fuente: Informe “Empleo de las personas con discapacidad – Año 2016” del INE.

El Empleo de las personas con discapacidad es una operación de periodicidad anual que tiene como objetivo obtener datos sobre la fuerza de trabajo (ocupados, parados) y la población ajena al mercado laboral (inactivos) dentro del colectivo de personas con edades comprendidas entre los 16 y 64 años y con discapacidad oficialmente reconocida.

La operación es fruto de un convenio de colaboración entre INE, el IMSERSO, la Dirección General de Políticas de Apoyo a la Discapacidad, el CERMI y la Fundación ONCE. En su realización se utiliza la información procedente de la integración de los datos de la Encuesta de población activa (EPA) con datos administrativos registrados en la Base de Datos Estatal de Personas con Discapacidad (BEPD). Incorpora además datos procedentes de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), del Registro de Prestaciones Sociales Públicas del Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD).

²⁷⁴⁵ INE, “Nota de prensa. Informe “El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD)-Año 2018”, publicado el 18 de diciembre de 2019. Consultada en: <https://www.ine.es/prensa/epd_2018.pdf>

²⁷⁴⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., p. 36.

2.3.2.- Impacto presupuestario

“Para determinar el impacto presupuestario, hay que tener en cuenta que la premisa fundamental sobre la que descansa el nuevo modelo es el reconocimiento de que todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

Este principio ya venían apuntado por nuestro Tribunal Supremo (STS nº 282/2009, de 29 de abril²⁷⁴⁷, y nº 341/2014, de 1 de julio²⁷⁴⁸), al hablar de confeccionar un “traje a medida”, que precisa de un conocimiento adecuado de la situación en que se encuentra esa persona y cómo se desarrolla su vida ordinaria. Para lograr este “traje a medida”, es necesario que el juez que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda. Así, el art. 266 CC, en la versión anteproyectada, señala que *“Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, se revisarán periódicamente las medidas adoptadas en un plazo máximo de tres años.”*

La definición de las concretas medidas de apoyo que deban proveerse según la situación de la persona con discapacidad puede suponer un alargamiento de los trámites de examen del afectado así como de la audiencia a parientes, entidades y otras personas, profesionales y facultativos a fin de comprender el grado de autonomía del afectado para así afinar con el alcance efectos y contenido de la medida de apoyo.

Ahora bien, estos factores conviven con otros que claramente reducen la carga de trabajo de la Administración de Justicia en la aplicación del nuevo modelo:

1. La autorregulación de la discapacidad puede hacerse efectiva a través de tres medios: la escritura de previsión de medidas de apoyo sobre la propia persona o los propios bienes (art. 251 APL²⁷⁴⁹), los poderes preventivos y la autocuratela.

²⁷⁴⁷ TOL 4.468.983. Señala que *“la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad.”*

²⁷⁴⁸ Id Cendoj: 28079110012014100394

²⁷⁴⁹ En esta modalidad de autorregulación cabría englobar la escritura a que se refiere el art. 261 APL. y que contiene “disposiciones sobre el funcionamiento o contenido de la curatela y, en especial, sobre el

2. La preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación se pone explícitamente de manifiesto en el primero de los preceptos del título dedicado a la discapacidad, en el que se dice que “sólo en defecto o insuficiencia” de las medidas de apoyo voluntarias procederán las medidas legales o judiciales.

3. Las medidas de autorregulación pueden coexistir con medidas de heterorregulación, cuando aquellas sean insuficientes.

4. La autorregulación no está sometida a un control judicial previo, sino sólo a la posibilidad de un control judicial posterior.

5. Se prevé la posibilidad de que el guardador de hecho pueda realizar actos representativos concretos a través de autorizaciones judiciales también concretas, sin necesidad de que haya tenido lugar un previo procedimiento judicial de determinación de apoyos.

La reforma facilitará el acceso no contencioso (jurisdicción voluntaria y provisión de apoyos tanto informal como formal o notarial) a vías de formalización de esos apoyos sólo cuando las circunstancias lo requieran”.

“A ello hay que añadir que fortalecer y apoyar a la figura del guardador de hecho, que permitirá que España pueda contener el inevitable aumento en el gasto asistencial con el incremento de la tasa de esperanza de vida y las demencias, hoy por hoy, asociadas a las edades más altas.

6. El apoyo judicial a la persona con discapacidad ha de hacerse a través una sola institución de guarda, la curatela.

7. Las medidas judiciales de apoyo deben de quedar sujetas a una revisión periódica, con vistas a su posible modificación o supresión.

El coste presupuestario y de dotación de personal por unidad no cambiará respecto al actual, ya que el coste acumulado (total de procedimientos gestionados en un año en todo el territorio) del escenario judicial (fiscalía, judicatura, administración de justicia y abogacía) no sólo no aumentará, si no que disminuirá al quedar aliviada la demanda judicial, sobre todo la contenciosa, con vías de provisión de apoyos alternativas al sistema judicial.

En resumen, concurren múltiples factores que favorecerán la consideración de las preferencias de las personas con discapacidad sin necesidad de intervención judicial o con autorización puntual a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.

cuidado de su persona y reglas de administración y disposición de sus bienes” sin designación “de las personas que hayan de llevarlas a cabo”. Es decir, sin nombrar autocurador.

Particularmente relevante a estos efectos es la regulación de los poderes y mandatos preventivos y de la guarda de hecho, instituciones a las que se dota de un sustrato normativo más sólido y con capacidad para proyectar su utilidad a la mayor parte de las situaciones. Incluso cuando resulte imprescindible acudir a la curatela”. “Facilitará enormemente el procedimiento judicial. Solamente en los supuestos en los que no basten las medidas notariales preventivas ni la guarda de hecho y, por consiguiente, sea oportuna la tramitación del procedimiento de provisión judicial de medidas, sin que, además, se hayan perfilado tales medidas a través de la autocuratela, dicho procedimiento puede albergar mayor dificultad. Pero se entiende que aquellos factores compensan cualquier incremento de la carga de trabajo que pueda producirse en estos últimos casos.

Por tanto, el impacto de este anteproyecto en los Presupuestos Generales del Estado es nulo, no generando ningún compromiso ni obligación económica extra. Asimismo, es preciso indicar que la norma proyectada no implicará la necesidad de incrementar las dotaciones, ni las retribuciones u otros costes de personal al servicio del sector público, pues se considera que los medios existentes en la actualidad serán suficientes para llevar a cabo las actuaciones previstas.

En suma, las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal ni de retribuciones ni de otros gastos del sector público.”²⁷⁵⁰.

2.3.3.- Cargas administrativas

“A efectos de la Memoria, se consideran cargas administrativas aquellas actividades de naturaleza administrativa que deben llevar a cabo las empresas y ciudadanos para cumplir con las obligaciones derivadas de la normativa. Dentro de esta definición se entienden incluidas aquellas actividades voluntarias de naturaleza administrativa derivadas de una diligente gestión empresarial (solicitud de subvenciones, inscripción en registros voluntarios, solicitudes de claves de servicio...).

En el caso de las empresas, las cargas administrativas son los costes que aquéllas deben soportar para cumplir las obligaciones de facilitar, conservar o generar información sobre sus actividades o su producción, para su puesta a disposición y aprobación, en su caso, por parte de autoridades públicas o terceros, y constituyen un

²⁷⁵⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 37-40.

subconjunto de los costes administrativos de las empresas, ya que éstos engloban también, además de las cargas, las actividades administrativas que las empresas continuarían realizando si se derogase la normativa.

Por tanto, este proyecto no afecta a las cargas administrativas.”²⁷⁵¹.

2.3.4.- Impacto por razón de género

“El impacto por razón de género se analiza en virtud de lo dispuesto en el art. 19 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, y en el art. 26.3.f) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno”.

Por cuanto este anteproyecto se encarga de la adaptación del art. 12 CDPD y no del 6²⁷⁵², “debe tenerse en cuenta que, si existen desigualdades en la situación de partida, dicho impacto será positivo o negativo en función de que el proyecto u otras medidas de carácter no normativo contribuyan o no a removerlas; y, si no existen tales desigualdades, el impacto será nulo si el proyecto no altera esta situación, y se considera, por tanto, que el impacto por razón de género de este anteproyecto es nulo.”²⁷⁵³.

2.3.5.- Impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal

Los fines y objetivos perseguidos se pueden resumir en los siguientes²⁷⁵⁴:

– Completar la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD, “que propugna, en el plano civil, la igualdad en el ejercicio de la capacidad de obrar por parte de las personas con discapacidad y el cambio de un sistema de sustitución en la

²⁷⁵¹ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 40-41.

²⁷⁵² Existe constancia de desigualdades tal y como reconoce la Convención, que en su preámbulo indica lo siguiente:

“q) El artículo 6 de la Convención relativo a las “Mujeres con discapacidad” establece en su apartado primero “los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.”.

²⁷⁵³ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., p. 41.

²⁷⁵⁴ Plan Normativo Anual 2018.

adopción de decisiones por un sistema de asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona.

– Introducir un cambio de terminología y limitar el régimen de la tutela a los menores de edad no emancipados y no sujetos a patria potestad. Regular las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad, como son la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho.

No cabe duda, por tanto, que el objetivo de la norma y su regulación tiene unas repercusiones claras y específicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, de acuerdo con el art. 2.1.g) del RD 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Su impacto es relevante y positivo.

La principal norma en materia de discapacidad es el RD Legis. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el TRLGDPD. Esta norma se dictó en aplicación de lo previsto en la Disp. fin. segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD, la cual contenía un mandato al Gobierno para la elaboración y aprobación de un texto refundido, en el que se regularizasen, aclarasen y armonizasen de las tres principales leyes hasta entonces vigentes²⁷⁵⁵.

Esta tarea tuvo como referente principal la convención. Y en esta ley se reconoce expresamente que el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones. En el art. 4 TRLGDPD²⁷⁵⁶ se define quiénes son personas con discapacidad y cómo se puede acreditar, en su caso, la consideración legal de personas con discapacidad”.

²⁷⁵⁵ Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de personas con discapacidad, Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

²⁷⁵⁶ Art. 4.1, 2 y 3 TRLGDPD: “1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos.

3. El reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente.

De acuerdo con la base estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad del IMSERSO²⁷⁵⁷, a fecha de 31 de diciembre de 2016, las personas en que concurren dichas condiciones y que, por tanto, que tienen la “consideración de persona con discapacidad” ascienden a 3.378.622, de las cuales 1.686.563 son hombres y 1.692.019 son mujeres.

De ellas, un total de 277.472 personas tienen reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33% en el que la primera deficiencia que concurre es intelectual (159.397 hombres y 118.072 mujeres), y un total de 535.675 personas en el que es mental (268.894 hombres y 266.776 mujeres).

Por su parte, el Instituto Nacional de Estadística (INE) elabora distintas operaciones estadísticas de las que se obtiene valiosa información para el análisis de este impacto, entre ellas las estadísticas sobre empleo ya citada o la de “El salario de las personas con discapacidad” y, sobre todo, la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD 2008-INE).

Según la Encuesta EDAD, el número total de personas residentes en hogares españoles que declaran tener alguna discapacidad asciende a 3.847.900, lo que supone un 8,5% de la población. Por otro lado, 269.000 personas residentes en centros de personas mayores, centros de personas con discapacidad, hospitales psiquiátricos y hospitales geriátricos tienen alguna discapacidad.

Del total de personas con discapacidad residentes en hogares y en centros 183.444 presentarían discapacidad intelectual y 718.615 discapacidad por enfermedad mental.

Por tanto, el anteproyecto va a tener un impacto positivo en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, ya que va a proveer apoyos a las personas para que puedan ejercer sus derechos con libertad en la toma de decisiones, teniendo en cuenta en todo caso sus circunstancias personales y su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto, conforme a lo regulado el art. 6 TRLGDPD.”²⁷⁵⁸.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.”.

²⁷⁵⁷ La información recogida actualmente en la base de datos es la relativa al total de la gestión de valoraciones en las distintas Comunidades Autónomas que conforman el Estado español, incluidas las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. No es un registro oficial de personas con reconocimiento de situación de discapacidad. Dispone de información sobre las características de las personas valoradas a efectos de la calificación de su grado de discapacidad, para la realización de estudios epidemiológicos.

²⁷⁵⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 42-46.

2.3.6.- Impacto en la familia y en la infancia

“Por su parte, en cuanto al impacto en la familia, de acuerdo con lo previsto en la Disp. adic. décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, se considera que este anteproyecto tiene un impacto por razón de la familia positivo al incidir en problemas reales que se circunscriben al estricto ámbito familiar.

Asimismo, por lo que se refiere al impacto en la infancia, exigido en el art. 22 quinquies LOPJM, se considera que este anteproyecto tiene igualmente un impacto positivo en los menores con las modificaciones operadas en el régimen de la tutela, o en los supuestos de menores con discapacidad.”²⁷⁵⁹.

2.4.- Descripción de la tramitación y consultas

La CDPD ha obligado a reformar el ordenamiento español en todos sus campos.

Esa reforma se inició mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que modificó más de una decena de leyes. El RD 1276/2011, de 16 de septiembre, que reformó a su vez los reglamentos de desarrollo de las leyes anteriores, además del RN. La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, la LJV dedicó tres capítulos a la discapacidad.

“Este proceso normativo debe completarse con la adecuación a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de nuestra legislación civil y procesal.

Con este fin se ha encomendado a la CGC, órgano superior colegiado de asesoramiento del Ministro de Justicia, la preparación de un texto prelegislativo. El Presidente de la Sección primera, de Derecho Civil, entregó el pasado 20 de marzo al Ministro de Justicia una propuesta de reforma del CC, de la LH y de la LRC. El texto la LEC y de la LJV que se incluye en el anteproyecto ha sido elaborado por la Sección de Derecho Procesal a lo largo de sus sesiones iniciadas a tal efecto el 21.6.2017 hasta el 18.4.2018.

Ante la Sección de Derecho Civil han comparecido, invitados por el Presidente, representantes de la Fiscalía del TS y de CERMI, que han aportado valiosa documentación. También se han tenido en cuenta opiniones y documentos transmitidos a través de los vocales, entre las que destacan el Instituto de Derechos Humanos

²⁷⁵⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., p. 46.

Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, el Real Patronato de la Discapacidad, la organización “Plena Inclusión”, el “Código de la Discapacidad” coeditado en 2015 por el CGPJ y la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, y diversos arts. doctrinales. En materia de Derecho comparado, los vocales han estudiado principalmente el régimen de Alemania, Francia, Italia, Portugal y Suiza.

A las reuniones de la Sección de Derecho Procesal han asistido como invitadas las magistradas titulares de Juzgados de Primera Instancia de Madrid nº 78, 94 y 95.

Asimismo, se ha dado comienzo a la tramitación de la reforma con la publicación, entre los días 9 y 27 de abril, de la consulta pública prevista en el art. 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, relativo a la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos. Las propuestas recibidas que se valoren positivamente, junto con otros informes internos del Ministerio, se integrarán en el anteproyecto de ley. Mediante oficio de 10 de julio de 2018 se ha solicitado el informe de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa.

Prevía autorización del Consejo de Ministros, se dará comienzo al trámite de solicitud de informes de otros departamentos ministeriales, del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Fiscal, del Consejo General de la Abogacía Española, del Consejo General de Procuradores de España, del CES, se realizará el trámite de información pública, nuevamente a través del portal web del Ministerio de Justicia, y, por último, se recabará el dictamen del Consejo de Estado. Una vez finalizados estos trámites prelegislativos, se someterá el texto a la aprobación del Consejo de Ministros para iniciar la tramitación parlamentaria del proyecto de ley.”²⁷⁶⁰.

3.- Observaciones del CERMI

El CERMI publicó el 7 de octubre de 2018 las Observaciones de las personas titulares de las vocalías del CERMI en el Consejo Nacional de la Discapacidad al ALRD²⁷⁶¹. Como observaciones generales destacan:

²⁷⁶⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., pp. 47-48.

²⁷⁶¹ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Observaciones de las personas titulares de las vocalías del CERMI en el Consejo Nacional de la Discapacidad al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, 7 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/observaciones-de-las-personas-titulares-de-las-vocal%C3%ADas-del-cermi-en-el-consejo>

“1ª Se propone la modificación de la denominación del Anteproyecto de Ley, que pasaría de “Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, por el de “Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de personas con discapacidad”. La razón de este cambio es la de poner el énfasis, desde la nomenclatura inicial y oficial de la Ley, en las personas, que deben ser el centro y el fin superior de la nueva regulación, no en de la situación (la discapacidad)”.

“2ª Se aprecia en el Anteproyecto un desajuste grave y un desequilibrio notable, entre el bloque de regulación sustantiva, la que se refiere al Derecho civil sustantivo o material (CC y demás leyes civiles sustantivas) y el bloque de regulación procesal o ritual. En el primer bloque, se advierte una mayor exigencia y acierto para acompasar y alinear el Derecho español con los principios, mandatos y valores de la CDPD, ofreciendo un resultado aceptable en términos de acomodo al tratado internacional de la discapacidad. Por el contrario, y desdichadamente, en el bloque procesal este esfuerzo por acercarse al elevado umbral de requerimientos de la Convención fracasa de modo muy inquietante, permaneciendo la propuesta anclada en concepciones y esquemas tradicionales, sin la disrupción, también procesal, que debe comportar la asunción convencida y sin ambages de la Convención, de su espíritu y de su letra. Es de notar incluso la descompensación y la incoherencia entre ambos bloques, incurriéndose en contradicciones entre lo sustantivo y de lo procedimental. Las faltas de concordancia y de correspondencia es preocupante y revela que ha sido preparada pro equipos redactores distintos, con cosmovisiones que difieren y hasta enfrentadas, que la refundición no ha conseguido armonizar. Se plantea que se revise íntegra y sistemáticamente el bloque procesal, para que en verdad obedezca al marco imperativo de la Convención, del que está muy lejano aún, y que además se atenga –sea la respuesta procesal- a los mandatos civiles materiales; lo procedimental es accesorio a lo sustantivo y ha de estar ajustado siempre al mismo.

3ª Se insiste con la mayor firmeza por parte del movimiento social de las personas con discapacidad y sus familias encarnado por el CERMI en que el procedimiento, que no proceso, para la declaración y determinación de los apoyos para la toma de decisiones y el ejercicio de la capacidad jurídica ha de ser forzosamente de jurisdicción voluntaria, no contenciosa. El Anteproyecto ha de ser replanteado en este punto de modo absoluto, descartando de todo punto el proceso civil contencioso, y regulando en su integralidad, con las modificaciones que sean precisas de la LJV, un procedimiento

que sin merma de la garantías y salvaguardias preserve la dignidad, respeto y deferencia que se debe a la persona con discapacidad para la que se establecerán apoyos. En Derecho comparado más próximo al español y a nuestro sistema jurídico la opción por la jurisdicción voluntaria es abrumadora, por lo que no se entiende que el Anteproyecto se incline por el proceso civil jurisdiccional, error de consideración que ha de ser subsanado.

4ª En el procedimiento de determinación y declaración del repertorio de apoyos, la instancia responsable, siempre en el marco de la jurisdicción voluntaria, como ya se ha indicado, se deberá contar y dar participación activa además de a la propia persona que solicita los apoyos, cuyas preferencias y deseos serán las prevalentes, a todas las estructuras y entornos que inciden o que operan en el entorno vital de la persona (familia, amistades, entidades sociales, redes comunitarias de soporte, administración pública social, etc.), además de todas las que habitualmente venían actuando en la Administración de Justicia. Se ha de tener en cuenta y presente y será determinante de la decisión, la persona y su medio vital y existencial.

5ª Se enfatiza por el CERMI la necesidad ineludible de que el Proyecto de Ley, tras esta fase consulta del Anteproyecto, regule con precisión y seguridad todos los aspectos de Derecho transitorio, entre la legislación vigente y la nueva que alumbrará esta iniciativa legislativa. Es decir, qué ocurrirá con las personas que antes de la modificación legal estaban sometidas a medidas restrictivas de la capacidad jurídica (incapacitación judicial) y de las que están en curso (procesos vivos, sin resolución firme definitiva) en estos momentos. Las personas sometidas a medidas restrictivas de su capacidad jurídica deberán poder migrar del modelo antiguo al nuevo esquema, bien de oficio o a voluntad, lo cual ha de articularse en todas sus dimensiones en la reforma.”.

IV.- ANÁLISIS CRÍTICO

Se ha tardado mucho tiempo en elaborar el Anteproyecto, a pesar de que el examen a España del Comité CDPD de 19 de octubre de 2011 lo exigía, lo que volvió a hacer en las Observaciones Finales del nuevo examen del Comité CDPD, publicadas el 9 de abril de 2019²⁷⁶², donde además manifiesta su preocupación por la falta de

²⁷⁶² Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España. CRPD/C/ESP/CO/2-3. Disponible en:

conciencia entre los operadores jurídicos sobre lo que la CDPD exige en su práctica diaria.

Por fin se deroga la incapacitación y el procedimiento de modificación de la capacidad y a las personas con discapacidad se les dota de los apoyos que posibiliten el ejercicio de la plena capacidad que tiene todo ser humano.

Sin embargo, la doctrina considera que el ALRD tiene bastantes imperfecciones y que debería modificarse o completarse en muchas de sus partes, incluso rehacerse en su totalidad la parte procesal.

Cuenca Gómez²⁷⁶³ destaca que este paso implica “un avance insuficiente en tanto el texto propuesto en su redacción actual” no termina de asumir todas las consecuencias que se derivan del “modelo de apoyo recogido en el art. 12 CDPD y que han sido explicitadas por su Comité en la Observación General N°1”.

Valls Xufre²⁷⁶⁴ afirma que el articulado del Anteproyecto no recoge lo que dice la Exposición de motivos y que tiene que mejorar mucho en diferentes materias, tanto en el aspecto civil como en el procesal; y en la desjudicialización y la accesibilidad a toda persona que lo necesite al otorgamiento de un acuerdo o mandato de apoyo, si su grado de discapacidad lo permite.

“En la exposición de motivos del anteproyecto se hacen unas declaraciones que luego no tienen su adecuado reflejo en el articulado”.

1.- Terminología

Entre las dudas que plantea el texto, Cuenca Gómez²⁷⁶⁵ indica que “quizá la más relevante tenga que ver con la identificación del colectivo a quien se dirigen las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad. En este punto sería importante homogeneizar la terminología que alude en unas ocasiones a las personas con discapacidad y en otras a las personas que precisan apoyo para el ejercicio de la capacidad”.

<https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=es>

²⁷⁶³ CUENCA GÓMEZ, P., “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 38, diciembre 2018, p. 99.

²⁷⁶⁴ VALLS XUFRE, J. M^a., “La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (I). La Convención de Nueva York y su incumplimiento en España”, *La Notaría*, Colegio Notarial de Cataluña, n.º 2-3/2019, abril 2020, p. 18.

Consultado en: <<https://www.notarisdecatalunya.org/es/actualidad/publicaciones/la-notar%C3%ADa/la-notaria-2-32019>>

²⁷⁶⁵ CUENCA GÓMEZ, P., “Reflexiones sobre el Anteproyecto...”, cit., pp. 93-94.

Respecto a la cuestión terminológica, Pereña Vicente²⁷⁶⁶ dice que “el texto opta por la referencia genérica a las «personas con discapacidad»”. “Este término nos parece demasiado amplio. Es necesario designar las realidades a las que se refiere la norma y esta, aunque no lo parezca, es una de las dificultades mayores de toda reforma”. Tímidamente, el proyectado art. 248 CC, “al definir el objeto de la regulación, se refiere a las personas que precisen medidas de apoyo *“para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica”*. Pero las personas con discapacidad en general no necesitan apoyos para ejercer su capacidad jurídica”. “Es necesario que se concrete un poco más, lo que el texto no hace, seguramente sensible ante la necesidad de adoptar una terminología respetuosa de la dignidad de la persona, neutro, «aséptico», que no estigmatice ni hiera. Pero al generalizar tanto, no consagra un estándar que justifique las medidas, lo que puede generar dificultades de interpretación”.

Continúa destacando Pereña Vicente²⁷⁶⁷ que “el Anteproyecto ha seguido la estela de la terminología que se ha adoptado en otras reformas recientes de la materia como la Assisted Decision-Making Capacity Act 2015 de Irlanda”.

“Respecto a la persona que necesita una medida de apoyo, el ALRD suprime la referencia a los incapacitados. La ley irlandesa se refiere a “persona relevante o pertinente”, la francesa a “adulto protegido”, la belga a “persona protegida” y la suiza a “persona concernida”. En realidad “en la mayor parte de las normas que regulan las medidas de apoyo y protección, el contexto es lo suficientemente claro como para no tener que emplear ningún adjetivo para designarla, es suficiente con referirse a ella como «la persona»; ya se sobreentiende que es la persona concernida, relevante, protegida”.

La Fundación Derecho y Discapacidad²⁷⁶⁸, en sus aportaciones al ALRD, destaca que “aunque pueda parecer una cuestión menor, convendría unificar la denominación de la figura que se está regulando, pues en el texto legal se emplean diversas expresiones, a veces se habla de apoyo a las personas con discapacidad y otras de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. Debería utilizarse la denominación “apoyo en la toma de

²⁷⁶⁶ PEREÑA VICENTE, M., “La transformación de la guarda de hecho en el anteproyecto de ley”, *Revista de Derecho Civil. Notarios y Registradores*, vol. V, n.º 3, julio-septiembre 2018, pp. 64-66.

²⁷⁶⁷ PEREÑA VICENTE, M., “La transformación de la guarda de hecho...”, cit., pp. 64-66.

²⁷⁶⁸ FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD, “Aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad al anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, octubre 2018.

Consultado en: <<http://www.fderechoydiscapacidad.es/2018/10/10/aportaciones-de-la-fundacion-derecho-y-discapacidad-al-anteproyecto-de-ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad/>>

decisiones”, que es más corta y es la denominación utilizada por el Comité CDPD de la ONU y consagrada internacionalmente, y que es por tanto la que se estima preferible”.

No se puede hablar de la expresión genérica “personas con discapacidad”, que es la que se emplea, “tanto en la reforma del CC como de la LEC y las restantes disposiciones modificadas”, por dos razones: “en primer lugar, la inmensa mayoría de las personas con discapacidad no precisan apoyos; en segundo lugar, no hay razón alguna para enfatizar en todos los casos la discapacidad, cuando se pueden utilizar sencillamente expresiones como “personas con apoyo en la toma de decisiones” o “personas con apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica”. En algunos casos, la simple sustitución del término “incapacitado” o “persona con capacidad modificada judicialmente” por “persona con discapacidad”, que se realiza especialmente en la legislación procesal, conduce a situaciones absurdas, como que a partir de ahora -según el Anteproyecto- tenga que intervenir el MF en todos los procesos de familia cuando haya alguna persona con discapacidad interesada (art. 749.2 LEC): hasta ahora sólo intervenía si había “incapacitados” interesados, o que en esos mismos casos el desistimiento requiera la conformidad del MF (art. 751.2 CC), lo que supone un claro retroceso en la autonomía personal y el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad”. “Se advierte una técnica jurídica particularmente deficiente en la genérica modificación terminológica de un conjunto de preceptos de la LJV que se lleva a cabo en el apartado 14 del art. 5 del Anteproyecto, que conduce a situaciones tan incoherentes como que en algún precepto se hable ahora de “la tutela de las personas con discapacidad”, institución que ya no existe”. Habría que hacer esta modificación art. por art. y utilizando en cada caso las expresiones precisas.

2.- Derecho notarial

Desde el ámbito de esta tesis se echa en falta que no se haya producido ninguna modificación de la normativa notarial, siendo el notario el profesional que interviene en la autorización de numerosos actos de trascendencia personal y patrimonial de la persona con discapacidad y que tiene que efectuar el juicio o fe de capacidad (art. 17 bis LN y arts. 145, 156, 167 y 168 RN). Así como que en esta línea no se haya solicitado ningún informe a la DGSJFP²⁷⁶⁹.

La palabra “notario” aparece en escasas ocasiones en el Anteproyecto.

²⁷⁶⁹ Antes DGRN.

La primera de ellas en su Exposición de motivos, al decir: *“La reforma normativa impulsada por esta ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social, y especialmente de la de aquellos profesionales del Derecho –jueces y magistrados, funcionarios de la administración de justicia, **notarios**, registradores– que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas.”*.

Además, aparece en su art. primero, que modifica el articulado del CC quedando de la siguiente forma:

– Art. 255: *“El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro se vea necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del **notario**, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.”*.

– Art. 283 párr. 2º, 3º y 4º: *“El inventario se formará ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante **Notario**, con citación de las personas que estimen conveniente.*

*El Letrado de la Administración de Justicia o el **Notario** podrán prorrogar el plazo previsto en el párrafo primero de este artículo si concurriere causa para ello.*

*El dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del Letrado de la Administración de Justicia o del **Notario**, no deban quedar en poder del curador serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto.”*.

– Art. 665: *“Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al **Notario** de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud.”*.

– Art. 695: *“El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al **Notario**. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el **Notario** en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.*

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.

*Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el **Notario** se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad.”.*

– Art. 697: “*Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:*

1.º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.

*2.º Cuando el testador o el **Notario** lo soliciten.”.*

– Art. 709 párr. 1º, apartados 2º y 3º: “*Los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: [...]*

*2.º Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del **Notario**, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él.*

*3.º A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el **Notario** de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 en lo que sea aplicable al caso.”.*

Al unificar la capacidad todas las personas la tienen. Sentada la plena capacidad jurídica de toda persona, la clave está en el ejercicio de la misma, que es donde surgen las dificultades. Debería aclararse que para otorgar actos jurídicos sin necesidad de apoyos bastará la capacidad natural suficiente para el acto que se trate y que en todo caso no es la misma para todos. Especialmente en temas de previsión, patrimonio protegido o autoprotección, deberían poder otorgarse con una capacidad básica, ya que el apoyo lo puede constituir el mismo notario autorizante.

3.- Medidas de apoyo

3.1.- Disposiciones generales

Indica Magariños Blanco²⁷⁷⁰ que “es reacio el legislador a describir claramente las causas que dan lugar a la necesidad de apoyo, lo que plantea el problema de la diferenciación de las distintas situaciones en la que se puede encontrar una persona con discapacidad según la causa e intensidad de la misma.”. El art. 248 CC “parece acoger sólo o principalmente la discapacidad psíquica, al referirse de modo exclusivo a personas que requieran medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”. Convendría “describir las causas de necesidad de apoyo. Otros Ordenamientos son más claros y concretan la situación sin temor”.

El art. 249 CC “enumera las instituciones de apoyo legales y judiciales: guarda de hecho, curatela y defensor judicial”. Sin embargo, no se regula la «asistencia» como institución diferenciada para los casos más corrientes, lo que evitaría acudir al procedimiento judicial de la curatela, que siempre tendrá la rigidez propia de un procedimiento judicial.

Con la “asistencia” se trataría de acoger la voluntad con la ayuda de un asistente, con la garantía y la rigurosidad que imprime un proceso de jurisdicción voluntaria y el control judicial. Hay muchas situaciones que suponen disminución de facultades físicas o psíquicas “que estarían mejor resueltas con un asistente solicitado por la persona con tal disminución en el momento en el que lo necesita, constituida en jurisdicción voluntaria”. Pero la realidad es que en el ALRD “el centro de las medidas de apoyo judicial es la curatela”.

Con la regulación de la asistencia se evitaría la expansión innecesaria del ámbito del defensor judicial, que es adecuado para resolver situaciones concretas y eventuales. Si alguna situación no encaja en el amplísimo ámbito de la curatela, al no disponer de una institución menos exigente, como sería la asistencia, el legislador amplía el ámbito del defensor judicial de modo excesivo y poco riguroso.

Valls Xufre²⁷⁷¹ dice que cuando el Anteproyecto regula las medidas de apoyo, lo hace “con una manifiesta parquedad y desacierto en cuanto a poderes preventivos, guarda de hecho y defensor judicial, cometiendo deslices de bulto” y “no dando a estas instituciones el trato de preferentes que anunciaba la Exposición de Motivos. En cambio, cuando regula la curatela nos demuestra que es la institución central y más importante del sistema, absolutamente judicializada, hasta tal punto que puede afirmarse

²⁷⁷⁰ MAGARIÑOS BLANCO, V., “Comentarios al Anteproyecto de Ley para la Reforma del Código Civil sobre discapacidad”, *Revista de derecho civil*, vol. V, n.º 3, julio-septiembre 2018, Estudios, pp. 202-204. Consultado en: <<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/367/303>>

²⁷⁷¹ VALLS XUFRE, J. M^a., “La abolición de la incapacitación...”, cit., p. 18.

que convierte la tutela actual en la curatela del futuro, cosa que actualmente ya se hace con la tutela graduada.”.

La Fundación Derecho y Discapacidad²⁷⁷² destaca que “por lo demás, el texto legal no precisa en qué consiste la prestación de apoyos”. El nuevo art. 248 párr. 2º y 3º, establece que: *“Las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.*

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.”. Esto es el núcleo central de las funciones de apoyo.

Pero parece que se indica como algo que simplemente se intentará en la medida de lo posible. Y no queda “claro cuál es el régimen de validez y eficacia de los actos jurídicos de la persona necesitada de apoyo”. En el caso de la curatela, el art. 267 CC establece que: *“La autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad.”*, “pero no hay ninguna previsión semejante respecto de la guarda de hecho ni del defensor judicial”. Convendría “que los aspectos básicos comunes a las diversas instituciones de apoyo fuesen objeto de una regulación general”.

Dice Cuenca Gómez²⁷⁷³ que debería reconocerse “de manera categórica el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, recogiendo de forma expresa el art. 12.2 CDPD. “Asimismo, sería necesario incorporar una referencia a la obligación de cumplimiento de las condiciones de accesibilidad y a la realización de ajustes razonables en los ámbitos en los que deba ejercerse la capacidad jurídica”.

²⁷⁷² FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD, “Aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad al anteproyecto de ley...”, cit.

²⁷⁷³ CUENCA GÓMEZ, P., “Reflexiones sobre el Anteproyecto...”, cit., pp. 94-96.

En el nuevo art. 248 CC se echa en falta la mención “de las salvaguardas que hacen referencia a la protección contra el abuso, el conflicto de interés y la influencia indebida”.

El nuevo art. 249 CC, “que perfila genéricamente las diferentes “instituciones de apoyo”, podría ganar en claridad conceptual recurriendo a la distinción entre los apoyos naturales, informales o de hecho – encarnados en la figura de la guarda de hecho – y los apoyos formales – articulados a través de la curatela, cuando la asistencia se requiere de manera continuada o el defensor judicial, cuando el apoyo se requiere de manera puntual, pero recurrente”. Este art. debería señalar que la función de las instituciones de apoyo “consiste en asistir a la persona a quien prestan apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias, incidir en la excepcionalidad de las funciones representativas limitándolas expresamente a las situaciones en las que no se puede determinar la voluntad y preferencias de las personas²⁷⁷⁴”, “e indicar que cuando se realicen actos de representación las instituciones de apoyo deberán atender a la mejor interpretación de esa voluntad y preferencias tomando en consideración”, conforme al nuevo art. 280 párr. 5º CC *“[...] la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración.”*.

“Por lo que respecta a la guarda de hecho, su potenciación como un apoyo informal” que evita la judicialización excesiva de la vida de las personas, es coherente con la Observación General nº1. Sin embargo, su regulación no menciona los principios generales que “deben presidir la actuación de todos los apoyos y parece pensar más en la sustitución en la toma de decisiones que en la asistencia. Tampoco la regulación del defensor judicial incorpora estos principios y obvia, además, la obligación de tener en cuenta en su nombramiento la voluntad y preferencias de la persona” (arts. 293 y ss. CC).

3.2.- Medidas preventivas

La Exposición de motivos del Anteproyecto dice: *“[...] la nueva regulación da absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el*

²⁷⁷⁴ “El nuevo art. 269 alude a los casos excepcionales en los que las funciones de representación “resulten necesarias atendiendo a las circunstancias de la persona con discapacidad”.

interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer sobre las medidas que se establecen externamente, una vez constatada la necesidad de apoyo. Dentro de las primeras adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos”.

El proyectado art. 251 CC dice: *“Cualquier persona mayor de edad o emancipada, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador.*

Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

Los documentos públicos referidos serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil, para su constancia en el registro individual del otorgante.”.

La idea es que cualquier persona pueda, en previsión de que precise apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, decidir libremente quién deberá prestárselos, con qué alcance, en qué actos jurídicos precisa la asistencia y en qué actos jurídicos confiere a la persona de apoyo facultades de representación. Esa declaración ha de ser vinculante, salvo que se den circunstancias excepcionales que exijan apartarse de ella (como las que indica el art. 270 CC) y no pueda contarse con la voluntad de la persona apoyada.

Sin embargo, la regulación del Anteproyecto resulta insuficiente y no muy acertada.

La Fundación Derecho y Discapacidad²⁷⁷⁵ dice que “el art. 12.4 de la Convención exige que “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”, e, interpretando este precepto, el Comité CDPD de la ONU, en su Observación General nº 1, ha insistido en la necesidad de sustituir el paradigma del “interés superior” de la persona con discapacidad por el del “respeto a la voluntad y las preferencias”. Se advierte en el anteproyecto de Ley un propósito de llevar a cabo este cambio, así, el nuevo art. 248 CC dispone que: “Las

²⁷⁷⁵ FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD, “Aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad al anteproyecto de ley...”, cit.

personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera”.

No obstante, la concreta regulación no garantiza plenamente el cumplimiento de este criterio.

Según García Rubio²⁷⁷⁶, este tipo de medidas responden a la lógica preocupación por el creciente número de diagnósticos que anticipan enfermedades neurodegenerativas, “lo que permite a una persona plenamente autónoma tomar decisiones en relación a sus necesidades de apoyo en el futuro”. Son cada vez más frecuentes dada la mayor longevidad de la población y la mayor presencia de enfermedades mentales relacionadas con la vejez; “también pueden ser utilizados por personas con dificultades para tomar decisiones” “que poseen discernimiento suficiente para decidir quién desean que le ayude”. Pueden ser igualmente convenientes para personas “que por su profesión o actividad deseen hacer previsiones” en relación con futuros accidentes o enfermedades. “No debe sorprender, por tanto, el incremento exponencial de este tipo de medidas en previsión de la futura discapacidad experimentado en los últimos años²⁷⁷⁷”.

3.2.1.- Poderes preventivos

El capítulo II del Título XI del CC se llama “*De los poderes y mandatos preventivos*”. Como indica García Rubio²⁷⁷⁸, los arts. 254 y 255 CC contemplan las dos modalidades de este tipo de negocios: “por un lado, el poder otorgado para que sea eficaz a partir de su otorgamiento, en el que además se incluye la previsión de que subsista si en el futuro el poderdante se ve necesitado de apoyo; y por otro, aquel que se otorga con la intención de que sea eficaz” solo para este último caso.

Son actos unilaterales del poderdante, pero como cualquier apoderamiento, es un negocio recepticio, ya que llegado el momento las personas designadas deberán ejercitar el apoyo querido por el autor del negocio.

El proyectado art. 260 CC deja claro que también se permite que esta clase de disposiciones “se hagan a través de un genuino contrato de mandato, en el que será

²⁷⁷⁶ GARCÍA RUBIO, M. P., “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, cit. , p. 36.

²⁷⁷⁷ “Según los datos publicados en *Escritura Pública*, julio –agosto, (2018):27, el número de poderes preventivos desde 2007 se ha multiplicado por 16 y en 2017 han crecido un 40% en relación con el año anterior”: la autotutela se ha “duplicado desde 2007 (ha experimentado un incremento del 103%), y otro tanto cabe decir de los documentos de voluntades anticipadas otorgados ante notario.”.

²⁷⁷⁸ GARCÍA RUBIO, M. P., “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, cit. , pp. 37-40.

precisa la voluntad de ambas partes, mandante y mandatario, para su plena validez y eficacia”. Y las disposiciones sobre poderes y mandatos preventivos se aplicarán igualmente al mandato sin poder.

Según Magariños Blanco²⁷⁷⁹ conviene “dejar claro el carácter de mandato o encargo de gestión” que los poderes preventivos suponen. Y “regular los medios de control necesarios para que el mandatario no pueda quedar en una posición de excesivo «poder» cuando el poderdante o mandante” ya no puede revocarlos ni vigilar el uso que se está dando al mismo.

Afirma Valls Xufre²⁷⁸⁰ que el Anteproyecto adolece de una regulación incompleta y contradictoria respecto a los poderes preventivos, y que “como instituciones de apoyo a la persona deben extraerse de la esfera contractual y ser objeto de una regulación específica y completa”. De esta forma no se incurriría en contradicciones palmarias “entre una regulación, la del mandato, concebida para la esfera contractual y otra, la del poder preventivo que se incardina en el ámbito de las instituciones de protección de la persona.”.

Continúa García Rubio²⁷⁸¹ señalando que para determinar cuándo se produce la necesidad de apoyo, “se sigue el criterio del Comité de Expertos de las NNUU. No podrá dejarse a la decisión de un tercero, “sino que se juzgará conforme a las previsiones del propio poderdante, sin necesidad de homologación judicial, si bien para garantizar el cumplimiento de esas previsiones se podrá otorgar acta notarial que incorpore el juicio del notario y un informe pericial²⁷⁸²”.

Para fijar el momento en el que se puede ejercitar el poder. El poderdante puede haber establecido previsiones para determinar cuándo se produce la provisión de apoyo. El problema es cuando no se hayan establecido estas previsiones, en cuyo caso habrá que acreditar la necesidad de apoyo.

Así, dice García Rubio²⁷⁸³ que “se ha de estar a las previsiones del poderdante y en ningún caso a la decisión de un tercero, por imparcial o autoridad que sea, salvando

²⁷⁷⁹ MAGARIÑOS BLANCO, V., “Comentarios al Anteproyecto de Ley...”, cit., pp. 206-212.

²⁷⁸⁰ VALLS XUFRE, J. M^a, “El Notariado frente al Anteproyecto de Ley en materia de discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, n.º enero-febrero 2020. Disponible en:

<<http://www.elnotario.es/opinion/9901-el-notariado-frente-al-anteproyecto-de-ley-en-materia-de-discapacidad>>; VALLS XUFRE, J. M^a., “La abolición de la incapacitación...”, cit., p. 19.

²⁷⁸¹ GARCÍA RUBIO, M. P., “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, cit., pp. 37-40.

²⁷⁸² “Se tratará de un acta en el que el notario reconocerá como cumplidas las condiciones establecidas por el poderdante para la entrada en funcionamiento del poder.”.

²⁷⁸³ GARCÍA RUBIO, M. P., “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, cit., pp. 37-40.

el caso de que la decisión de un tercero sea precisamente lo que el interesado ha querido.”.

Para la Fundación Derecho y Discapacidad²⁷⁸⁴, “resulta algo confusa la regulación de las declaraciones anticipadas y poderes preventivos”. En primer lugar, puede haber una declaración anticipada que sólo instituya medidas de apoyo (art. 251 CC); en segundo lugar, cabe otorgar un poder preventivo (arts. 254 a 260 CC); y finalmente la persona puede nombrar un curador, autcuratela (arts. 269 a 272 CC), pero en este último caso para que se constituya “es preciso instar un procedimiento judicial de provisión de apoyos. En cambio, cuando el poder preventivo comprenda todos los negocios del otorgante, queda equiparado a la curatela (art. 257 CC), pero en este caso sin necesidad de resolución judicial”. Se trata de una regulación compleja, “que plantea diversos problemas: en primer lugar, no se sabe si el apoyo del art. 251 CC y el poder preventivo son instituciones de apoyo”, pues no están incluidas en la enumeración del art. 249 CC, y “por tanto no se si sabe si quedan sujetas a las normas generales” que las regulan; por otro lado, no se entiende por qué es preciso instar un procedimiento judicial cuando la curatela ha sido establecida y regulada previamente por la persona concernida, y por tanto la mejor forma de respetar su voluntad es que comience a funcionar ese régimen sin necesidad de procedimiento judicial alguno, lo que permitirá atenuar la sobrecarga de trabajo que tendrán los órganos judiciales con los nuevos procesos en materia de capacidad jurídica”.

En cuanto a la extensión de facultades, el proyectado art. 257 CC dispone que: *“Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el otorgante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto, y comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa.”*, como prima la voluntad del poderdante, el art. 257 CC es un precepto dispositivo. La remisión genérica al régimen de la curatela plantea algunos problemas. “El primer problema es determinar si el poder relativo a todos los negocios del mandante, poder general al que se refiere el art. 1712 CC, comprende sólo

²⁷⁸⁴ FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD, “Aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad al anteproyecto de ley...”, cit.

los actos de administración, como el mandato concebido en términos generales al que se refiere el art. 1713 CC²⁷⁸⁵, o también los de disposición.”.

“Tal como se regula el mandato preventivo, si nada se dice y es general, al quedar sometido el mandatario al régimen de la curatela podría resultar superfluo, pues la autocuratela podría cumplir una función más eficaz”.

En cuanto a la forma del poder o mandato, el art. 258 establece que deben otorgarse en escritura pública. Así, indica Magariños Blanco²⁷⁸⁶ que “la intervención notarial es una garantía de seguridad para su otorgante. El Notario deberá asesorar sobre las ventajas y problemas que puede plantear su otorgamiento. Pues el apoderado podría encontrarse sorpresivamente sometido a todas las obligaciones de un curador”, lo que sería conveniente hacer constar en la escritura.

Sobre la extinción del poder, y a falta de una regulación completa y además de las causas generales de extinción del mandato, el art. 256 párr. 1º y 2º CC dice que: *“El poderdante podrá establecer las medidas de control que considere oportunas, así como determinar formas específicas de extinción del poder.”*

Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos, y el curador si lo hubiere, podrán instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador.”; y el art. 258 párr. 2º CC añade: *“Cuando se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este.”*.

Valls Xufre²⁷⁸⁷ defiende una regulación del poder preventivo mucho más técnica y completa y extraerlo “del contrato de mandato y regularlo como lo que es, una institución de protección de la persona, con una normativa completa que además acoja en su seno todo acuerdo bilateral o multilateral (acuerdos de apoyo) o disposición unilateral (poderes) que tengan por objeto dar soporte, ayuda y en su caso representar a una persona con algún grado de discapacidad psíquica.”.

²⁷⁸⁵ Art. 1713 CC: “El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración.

Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso.

La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores.”.

²⁷⁸⁶ MAGARIÑOS BLANCO, V., “Comentarios al Anteproyecto de Ley...”, cit., pp. 206-212.

²⁷⁸⁷ VALLS XUFRE, J. Mª., “La abolición de la incapacitación...”, cit., pp. 20-21.

“Cabría esperar que, en esos medios de apoyo voluntarios, se incluyese también una figura en la que la persona, ya con discapacidad, intervenga en la constitución y configuración del apoyo o soporte que necesita”. “Solo se contempla como apoyo voluntario el poder o mandato preventivo que presupone en el otorgante una capacidad plena”; y debería existir “el acuerdo de apoyo o mandato de soporte otorgado por la persona que ya lo necesita”. El otorgamiento lo verificaría la persona ya con discapacidad, con los ayudas necesarias según cada caso, “después de ser informada, aconsejada y acompañada en la toma de una decisión tan importante como la configuración de su personal sistema de apoyo a su discapacidad y ello aunque se estableciera la necesidad de una aprobación judicial posterior”.

3.2.2.- Las directivas anticipadas

García Rubio²⁷⁸⁸ indica que “aunque el texto del Anteproyecto no menciona expresamente” las directivas anticipadas “no cabe duda de que el amplio tenor del proyectado art. 251 CC admite que se establezcan todo tipo de regulaciones preventivas de naturaleza voluntaria”, pues esta norma es un marco general para cualquier tipo de provisión anticipada. “Se puede incluir cualquier disposición relativa a futuros apoyos para las decisiones que afecten a la persona o bienes del disponente, cuando este los precise por su situación de discapacidad”. Entre ellas “cabe destacar las relacionadas con los cuidados de la salud que en nuestro derecho tienen una regulación específica”, en diversas leyes autonómicas y en una ley estatal. El art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Este art. regula las instrucciones previas, entre las que se recogen aquellas por las *“una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud [...] El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”*.

3.2.3.- La autocratela

²⁷⁸⁸ GARCÍA RUBIO, M. P., “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, cit. , pp. 40-43.

García Rubio²⁷⁸⁹ señala que “en su sentido más genuino se trata de la medida voluntaria, anticipatoria o preventiva establecida por una persona en previsión de su futura discapacidad por la que nombra a una o varias personas para que, llegado el momento y por el procedimiento que se establezca, ejerza o ejerzan las funciones de apoyo en su condición de curador o curadores y dispone, en su caso, sobre sus reglas de actuación; se trata, en definitiva, de autodeterminar el apoyo tomando como referencia el marco institucional”.

El art. 269 CC del Anteproyecto dice: *“Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de que se produzca alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 248 podrá, en escritura pública, proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.*

Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

Una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos, no tendrá eficacia la propuesta de nombramiento de curador, si bien la autoridad judicial deberá tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona necesitada de apoyo.”.

Por lo que, hasta que no se inicie el procedimiento de provisión de apoyos, la designación de curador por el interesado vincula a la autoridad judicial, pero una vez iniciado, la designación del interesado no vincula a la autoridad judicial, aunque sí que habrá que tenerla en cuenta para atender a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

3.2.4.- Forma

Se exige escritura pública, lo que otorga a las medidas preventivas todas las ventajas derivadas de la intervención notarial y le otorgan seguridad jurídica. Además, la complejidad y trascendencia de algunas de estas previsiones hacen aconsejable que se utilice asesoramiento técnico para su elaboración, tanto para configurar las cláusulas

²⁷⁸⁹ GARCÍA RUBIO, M. P., “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, cit. , p. 44.

que responden a su voluntad como para que tengan conocimiento de las consecuencias de sus actos.

Sin embargo, algunos autores creen que podría dispensarse en los casos de apoyos más débiles, pero entonces tendríamos un problema de prueba de esa voluntad cuando tuviera que aplicarse, en un momento en que el interesado quizás no pueda expresar su voluntad.

3.2.5.- Inscripción

Estos documentos son inscribibles en el RC, como todas las medidas de apoyo según el proyectado art. 299 CC, y la LRC otorga la publicidad de la medida para que sea conocida por las autoridades administrativas o judiciales competentes y por los terceros interesados. La Exposición de motivos recuerda que el RC: *“se convierte en una pieza central de la materia, pues hará efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas preventivas previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, sobre las medidas legales que habría de aplicar la autoridad judicial.*

La consulta al registro individual permitirá a esta conocer las medidas preventivas, que habrán de figurar inscritas, así como velar por su aplicación y eficacia”.

Pero la inscripción de las medidas de apoyo en el RC no tiene naturaleza constitutiva, señala García Rubio²⁷⁹⁰ que “el poder preventivo o la medida anticipada de que se trate podrá entrar en funcionamiento, aunque todavía no haya sido objeto de publicidad registral”.

También se inscriben en el RP, “las resoluciones judiciales (o anotación de las correspondientes demandas) que puedan afectar a la administración y disposición de bienes inmuebles (art. 300 CC)”.

Valls Xufre²⁷⁹¹ dice que “con las nuevas tecnologías informáticas sería conveniente poder acceder en todo momento a la situación de apoyo formal de cada persona”, cree conveniente “que los acuerdos de apoyo, los poderes preventivos y las resoluciones judiciales o administrativas que configuren apoyos formales tengan un Registro público de fácil acceso para el conocimiento general, a fin de proteger la seguridad del tráfico jurídico. Todos los operadores jurídicos deberían poder acceder

²⁷⁹⁰ GARCÍA RUBIO, M. P., “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, cit. , pp. 46-49.

²⁷⁹¹ VALLS XUFRE, J. M^a, “El Notariado frente al Anteproyecto de Ley...”, cit.

online a este Registro”. Y que “preferiría un Registro *ex novo*, exclusivamente dedicado a las personas con discapacidad, como el modélico de Perú²⁷⁹². Ni el RC ni el de la Propiedad” han cumplido hasta ahora su misión.

3.2.6.- Contenido

Estos documentos pueden contener la regulación que cada persona quiera establecer para su apoyo cuando este sea necesario, desde temas generales hasta detalles minuciosos.

El autor de estas disposiciones puede designar quién ha de prestarle el apoyo cuando lo precise, puede designar una o varias personas, y en este caso, su modo de actuación, conjunto o subsidiario, solidario o mancomunado; o encargados de unos asuntos u otros. Y puede prever que sean personas físicas o jurídicas, y de estas, que tengan ánimo de lucro o no²⁷⁹³.

Puede establecer cuándo y en qué forma va a funcionar el apoyo y a qué decisiones se aplica, personales (salud, educación, domicilio, vida cotidiana, etc.); patrimoniales, o ambos con carácter general. Y pueden incluir actos o asuntos concretos o excluirlos de modo expreso.

Hay que establecer con claridad las facultades que se otorgan a quien presta el apoyo y puede ser que se prevea que la decisión la tome el autor del poder, asistido por el designado para apoyarle, o que sea este el que la tome y actúe en sustitución del poderdante cuando no pueda hacerlo por sí mismo.

Específicamente puede fijar el régimen de vigilancia y control al que debe someterse el apoderado (art. 256 CC); y también ponerle obligaciones u otorgarle derechos como una retribución pecuniaria o el reembolso de los gastos que le cause el ejercicio del apoyo.

Lo mismo sucederá en el caso de la autoguarda, conforme al nuevo art. 269 CC; con lo que, indica García Rubio²⁷⁹⁴, “el régimen legal previsto para el curador será siempre meramente dispositivo de la voluntad del interesado, de la que puede derivar un régimen paralelo, o incluso directamente opuesto al establecido por el legislador, por

²⁷⁹² El Registro Nacional de la Persona con Discapacidad contiene unos registros especiales relativos a personas físicas o jurídicas que prestan servicios a personas con discapacidad (Ley 29973/2012).

²⁷⁹³ Las limitaciones del art. 273 podrían excusarse por la voluntad del interesado.

²⁷⁹⁴ GARCÍA RUBIO, M. P., “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, cit. , pp. 49-52.

ejemplo, excluyendo en todo caso la necesidad de autorización judicial para que el apoderado realice los actos previstos en el proyectado art. 285 CC.”.

En todo caso es importante que las medidas preventivas se establezcan con claridad y precisión para evitar problemas futuros en cuanto a la interpretación. Por ello, es importante la intervención notarial que como experto puede además de mejorar, redactar con corrección.

3.2.7.- Extinción

El proyectado art. 256 párr. 1º CC señala que: *“Los poderes a que se refieren los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado.”*.

Ello supondrá la convivencia de medidas voluntarias y legales o judiciales, o sea, que el nombramiento judicial de un curador tras un procedimiento de provisión no supondrá la extinción de los poderes otorgados con anterioridad. Y ambos coexistirán, lo que puede ocasionar conflictos, por lo que es conveniente que las atribuciones de cada cual estén perfectamente perfiladas, debiendo tener preponderancia las medidas voluntarias.

El art. 1732.2.º CC dice: *El mandato se acaba:*

2.º Por renuncia del mandatario y cuando respecto de este se dispongan judicialmente medidas de apoyo que impliquen representación plena.”. O sea, el nombramiento de curador representativo, que será excepcional, extingue el mandato.

También se extinguirá la medida, dice García Rubio²⁷⁹⁵, “cuando el designado como único apoderado o curador fallezca, renuncie a su función de apoyo o se vea en la imposibilidad de ejercerla”.

3.3.- La guarda de hecho

Pereña Vicente²⁷⁹⁶ indica que el Anteproyecto otorga “a la guarda de hecho la categoría de «institución jurídica de apoyo»”, enumerándola el art. 249 CC junto a la curatela y el defensor judicial.

²⁷⁹⁵ GARCÍA RUBIO, M. P., “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, cit. , pp. 54-58.

²⁷⁹⁶ PEREÑA VICENTE, M., “La transformación de la guarda de hecho...”, cit., p. 62.

En la Exposición de motivos se dice que *“conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente atendida por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea.”*.

Sostiene Magariños Blanco²⁷⁹⁷ que “esta declaración generalizadora olvida que en muchos supuestos se producen abusos y desatenciones. Parte de una realidad parcial. Es cierto que, sobre todo si se trata de guarda de hijos o nietos por los padres o abuelos, la guarda se suele hacer con afecto y generosidad. Pero conviene no olvidar que en la sociedad actual son muchas las familias con problemas de relación, y también muchos los casos de desatención familiar, sobre todo si se trata de asistencia a padres y abuelos”. Destaca que “dos son los principales problemas que plantea esta institución. La relación negocial con terceros y el control de la gestión”, que deberá estar regulado.

El art. 261 párr. 5º dispone que *“No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.”*.

Es una solución problemática, ya que utiliza términos indeterminados como “escasa” y “especial significado”.

Los actos económicos cotidianos se harán en la práctica sin que tenga que acreditar su carácter de guardador, lo que solo será necesario para actuaciones más importantes.

La Fundación Derecho y Discapacidad²⁷⁹⁸ sostiene que “suscita serias dudas la regulación de la guarda de hecho. Nos encontramos ante una situación en que una persona con discapacidad tiene alguien que le apoya, sin supervisión judicial y sin que

²⁷⁹⁷ MAGARIÑOS BLANCO, V., “Comentarios al Anteproyecto de Ley...”, cit., pp. 213-215.

²⁷⁹⁸ FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD, “Aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad al anteproyecto de ley...”, cit.

se encuentre adecuadamente precisado cuáles son las facultades del guardador de hecho”.

En cuanto al nuevo art. 262 CC: *“Los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de ésta no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”*, señala la Fundación que “constituye una clara reminiscencia del paradigma del “interés superior”, que se trataba de sustituir. La Ley trata de evitar una regulación excesivamente burocratizada de las instituciones de apoyo y de despojar la guarda de hecho de una investidura judicial formal, pero piensa “que ello debería haberse hecho con una garantía más eficaz de la libertad de la persona con discapacidad”.

Indica Pereña Vicente²⁷⁹⁹ que “la guarda de hecho se erige como una propia institución jurídica de apoyo, cuyo reconocimiento supone la consagración de una realidad”. “El respeto a la dignidad de la persona obliga a repensar todo el sistema”, que se basa ahora *“en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad”*.

3.4.- La curatela

Se regula en el Anteproyecto con un amplio contenido.

Magariños Blanco²⁸⁰⁰ dice que “la nueva regulación del Anteproyecto acoge, dentro del ámbito de la curatela, todos los supuestos de discapacidad, desde el que necesita apoyo más intenso, que incluye la sustitución de la voluntad del discapacitado, hasta el que necesita una mera asistencia para poder comunicarse o relacionarse, por dificultad de movilidad. Sin distinguir, de modo sistemático, como lo hacen otros ordenamientos”, las diversas clases o tipos de curatela.

Cuenca Gómez²⁸⁰¹ destaca “la concepción de la curatela como un apoyo permanente establecido en vía judicial, graduable, en función de las necesidades de las personas, e individualizado o personalizado, exigiéndose la determinación precisa de los actos que requieren la intervención de esta figura se ajusta a las exigencias del art. 12 CDPD”.

En la regulación de la curatela en el Anteproyecto (nuevo Capítulo IV arts. 266 y ss.) hay “previsiones que están en plena armonía con la Observación General N°1 y que

²⁷⁹⁹ PEREÑA VICENTE, M., “La transformación de la guarda de hecho...”, cit., pp. 66-82.

²⁸⁰⁰ MAGARIÑOS BLANCO, V., “Comentarios al Anteproyecto de Ley...”, cit., p. 201.

²⁸⁰¹ CUENCA GÓMEZ, P., “Reflexiones sobre el Anteproyecto...”, cit., pp. 96-97.

deberían hacerse extensivas a todas las instituciones de apoyo. Sin embargo, otras previsiones continúan respondiendo al viejo paradigma del modelo de sustitución”.

Entre ellas, la regulación del nombramiento del curador. Salvo que la persona que necesita apoyos haya otorgado una autocuratela (nuevo art. 269 CC), la elección del curador corresponde a la autoridad judicial en base al orden de prelación en el que el respeto a la voluntad y preferencias de la persona es un mero criterio que el juez “puede” tener en cuenta (nuevo art. 274 CC). Esto se enfrenta con la Observación General n°1 “que exige que se nombre apoyo a quién la persona designe respetando siempre su voluntad y preferencias” (salvo “que pueda probarse riesgo de abuso, conflicto de interés, influencia indebida, o peligro cierto para los derechos de la persona tras una adecuada ponderación”).

La regulación de la curatela de los nuevos arts. 283 y ss. CC se centra en las funciones representativas a pesar de su teórica excepcionalidad. Diferencia entre un curador “asistente” y otro “representativo”, que responde al modelo de sustitución.

La Fundación Derecho y Discapacidad²⁸⁰² indica que “hay varios aspectos que parecen dudosamente compatibles con el respeto de la libertad, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad”:

Primero. el art. 267 párr. 3° CC dice: *“en los casos excepcionales en los que resulte necesario por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de aquella”*. “Es preciso limitar de manera mucho más estricta los supuestos en que la curatela puede ejercer funciones representativas, pues de lo contrario nos encontramos ante una pervivencia de la antigua tutela con un simple cambio de denominación; concretamente, y de acuerdo con lo indicado por el Comité CDPD de la ONU en su Observación General 1, n° 21, el apoyo sólo deberá tener funciones representativas en aquellos casos en que la persona se encuentre imposibilitada de comunicar su voluntad de cualquier modo y ésta no pueda por tanto verificarse: e incluso en estos casos la persona de apoyo deberá actuar de acuerdo con la mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias de la persona”.

Segundo, el Comité CDPD, en el número 29 de la citada Observación General, ha señalado que “la persona debe tener el derecho de rechazar el apoyo y de terminar o modificar la relación de apoyo en cualquier momento”. Esto no se cumple en la nueva

²⁸⁰² FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD, “Aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad al anteproyecto de ley...”, cit.

regulación, pues puede imponerse el apoyo por resolución judicial en contra de la voluntad de la persona.

Tercero, “en cuanto al nombramiento del curador, sólo vincula al juez la voluntad manifestada por la persona de forma preventiva antes de que requiera apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, pero no la que pueda manifestar en el propio procedimiento judicial de provisión de apoyos, en el que únicamente será oída (art. 274), lo que evidentemente no es respetuoso de la voluntad y preferencias de la persona”. Además, estos mismos criterios deben ser también de aplicación al defensor judicial. Las reglas generales de ejercicio de la curatela del art. 280 CC y las causas de inhabilidad o remoción de los arts. 273 y 276 CC han de ser de aplicación a todas las instituciones de apoyo.

Valls Xufre²⁸⁰³ afirma que el Anteproyecto no cumple con la CDPD, “el sistema propuesto, centrado en la curatela, aumenta la intervención judicial y, ni es práctico por la saturación de los tribunales, que provoca dilaciones inaceptables, ni es respetuoso con el principio de mínima intervención de la Convención” y que “no es respetuoso con los principios de mínima intervención, de proporcionalidad y de carácter restrictivo de las medidas de protección propugnadas por la Convención”.

4.- Autonomía de la voluntad *versus* mayor interés

Se discute si el mejor interés de la persona debe tenerse en cuenta o incluso debe ser preferente en las actuaciones de las personas que ejercen cargos tuitivos, algunas legislaciones lo recogen y otras no.

Dice García Rubio²⁸⁰⁴ que el Anteproyecto de Ley, en línea con la Observación General nº 1 del Comité de Expertos de la ONU de 2014, “establece la prioridad absoluta de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, tanto en el establecimiento del apoyo que precise (p. ej., el art. 251 CC), como en la determinación de su contenido y alcance (art. 248 CC, último párr.)”. También aparecen “como límites y directrices que necesariamente han de seguir los encargados de suministrar los apoyos, incluso llegando a su comprensión por vía interpretativa”. Pero en ningún sitio del texto dice que los encargados del apoyo hayan de actuar en el mejor interés (o interés superior) de la persona con discapacidad.

²⁸⁰³ VALLS XUFRE, J. Mª, “El Notariado frente al Anteproyecto de Ley...”, cit.; y “La abolición de la incapacitación...”, cit., p. 18.

²⁸⁰⁴ GARCÍA RUBIO, M. P., “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, cit., pp. 31-34.

Conforme al criterio de la preferencia de la voluntad del interesado, también la tienen las medidas de apoyo que establezca la propia persona en previsión de su futura discapacidad (autocuratela, poderes preventivos, voluntades anticipadas o actos concretos de cualquier naturaleza).

Algunas ya existen en el actual sistema²⁸⁰⁵, pero ahora se regulan mejor y se potencian.

La persona con discapacidad es la única que puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés²⁸⁰⁶, incluso aunque se equivoque, ya que tiene el mismo derecho a equivocarse que todas las demás.

Siendo claro el criterio de la Sección Civil, no lo es el de la Sección Procesal, que aún alude al interés de la persona con discapacidad como guía de actuación²⁸⁰⁷, lo que no parece muy coherente, crea disfunciones entre ambas regulaciones, por lo que creemos que habría que modificar la regulación procesal.

5.- La prodigalidad

Respecto a la prodigalidad, en la Exposición de motivos se indica que *“al margen de la discapacidad, por tratarse de una institución absolutamente ajena a ella, se ha optado por regular expresamente la prodigalidad como situación de la persona que requiere una asistencia destinada a impedir la realización de conductas desordenadas que, con origen en causas diversas, puedan poner en grave peligro sus intereses patrimoniales.”*

²⁸⁰⁵ Los apoderamientos preventivos y la autotutela se introdujeron en el CC por la Ley 41/2003.

²⁸⁰⁶ Indica García Rubio que “el Informe del Comité de derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas de 2017, en relación al artículo 12 CDPD (Observaciones 33 y 34) manifiesta la preocupación por los regímenes jurídicos que continúan privando o restringiendo la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en múltiples áreas de su vida, y alude entre otras razones al «hecho de que las personas con discapacidad siguen siendo privadas de su capacidad sobre la base del juicio de un tercero sobre lo que es su mejor interés»; en consecuencia, el Comité recomienda a los Estados partes que deroguen las leyes y las prácticas que priven de capacidad e introduzcan mecanismos de apoyo en la toma de decisiones; que aseguren que las personas con discapacidad tienen acceso a apoyos individualizados que respeten totalmente su voluntad, deseos y preferencias, que se otorguen sobre la base del consentimiento libre e informado de la persona concernida y, cuando sea aplicable, con el recurso a lo que sería la «mejor interpretación de sus deseos y preferencias», todo ello en la línea de lo ya expresado por el Comité en su Observación General de 2014. No parece que se pueda mantener, como hace la STS 18 de julio de 2018 (RJ 2018/2957) que el interés superior del incapaz sea rector de la actuación de los poderes públicos y mucho menos que esté enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York.

²⁸⁰⁷ Así, los arts. 749.1 LEC y 45.4 LJV.

Destaca Magariños Blanco²⁸⁰⁸ que “el Anteproyecto separa y regula la prodigalidad en un título aparte, el XII, distinto al de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, a las que dedica el Título XI”.

No parece que tal distinción tenga consistencia, “ni desde el punto de vista médico, pues el pródigo tiene problemas psíquicos semejantes al adicto al juego o drogas, ni jurídico” ya que se regula como supuesto de asistencia, como otros que entrarían dentro del amplio ámbito de la curatela.

“Podría ser adecuado prescindir de los términos prodigalidad y pródigo”, y referirse “a la descripción de la situación que provoca el apoyo”.

6.- Régimen procesal

La Exposición de motivos del Anteproyecto dice que la nueva regulación, *“Desde el punto de vista procedimental, cumple señalar que el procedimiento de provisión de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean éstos personales, patrimoniales o políticos.”*.

Sin embargo, la reforma procesal que contiene el Anteproyecto continúa recogiendo el modelo tradicional médico y está en contra del art. 12 CDPD. Pero es que además, sorprendentemente no se corresponde con la propuesta de reforma de la regulación sustantiva. Por ello, según Cuenca Gómez²⁸⁰⁹, “es preciso que se revise íntegramente la parte del Anteproyecto relativa a las propuestas de reforma de la LEC y la LJV”.

Así contradice la CDPD:

- La terminología empleada.
- La apelación expresa al criterio del mejor interés que en general se ha eliminado en la nueva regulación civil.
- La falta de previsión de medidas de accesibilidad y ajustes en el procedimiento.
- El tratamiento de la persona con discapacidad como una persona “afectada” por este trámite, a quien solo se le debe escuchar “si tiene suficiente juicio”.

²⁸⁰⁸ MAGARIÑOS BLANCO, V., “Comentarios al Anteproyecto de Ley...”, cit., pp. 216-217.

²⁸⁰⁹ CUENCA GÓMEZ, P., “Reflexiones sobre el Anteproyecto...”, cit., pp. 97-99.

– La posibilidad de fijar las medidas de apoyo atendiendo en exclusiva a un dictamen médico, cuando lo que debería primar, conforme a la Observación General nº 1, es la voluntad y preferencias manifestadas por la persona que precisa apoyos.

El procedimiento de provisión de apoyos debería ser un procedimiento de jurisdicción voluntaria²⁸¹⁰ y regularse en la LJV y solo sería contradictorio el procedimiento y se regularía en la LEC si hay conflicto de intereses, un peligro de abuso o de influencia indebida o un riesgo cierto y grave para los derechos de la persona.

En el Anteproyecto se contempla un procedimiento contencioso de imposición de apoyos, lo que es contrario a la CDPD según la Observación General nº 1 del Comité CDPD, donde se deja claro, como sostiene Alonso Parreño²⁸¹¹, “que los apoyos deben proporcionarse a la persona que los desee y en la medida que los desee, es decir que la persona tiene derecho a rechazar los apoyos y a que no se le impongan”. En este aspecto el Anteproyecto no sigue las directrices del Comité CDPD.

La Fundación Derecho y Discapacidad²⁸¹² dice en relación con las leyes procesales (LEC y LJV), que esta parte del Anteproyecto debe ser objeto de una revisión integral. No entiende el espíritu de la CDPD y sigue siendo anacrónico. Parece que se ha limitado en muchos casos a sustituir el término “incapacitado” por “persona con discapacidad”. Además, la referencia (art. 749.1 LEC) a que el MF velará por el interés superior de la persona afectada es una reminiscencia contradictoria. El MF ha de velar por el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona.

Para garantizar que las medidas de apoyo respondan a la voluntad y preferencias de la persona y afecten lo menos posible a su autonomía personal como exige la Convención, el tribunal debe escuchar al interesado, no “reconocerle” “como si fuera un sujeto pasivo e inerte, que es el término que ahora emplea el nuevo art. 759.1 LEC”, sin que pueda limitarse esa obligación al supuesto en que “tuviere suficiente juicio”, como indican diversos arts. de la LEC y la LJV.

7.- Régimen transitorio

²⁸¹⁰ Como en Alemania, Francia, Italia, Portugal o Suiza.

²⁸¹¹ ALONSO PARREÑO, M^a. J, “La esperada reforma civil y procesal en materia de capacidad jurídica”, *El Notario del Siglo XXI*, n.º enero-febrero 2020. Disponible en: <<http://www.elnotario.es/hemeroteca/opinion/9902-la-esperada-reforma-civil-y-procesal-en-materia-de-capacidad-juridica>>

²⁸¹² FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD, “Aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad al anteproyecto de ley...”, cit.

Hay cinco Disp. trans.²⁸¹³. Ciertamente sería deseable una regulación más clara del régimen transitorio.

7.1.- Disp. Trans. 1ª

La Disp. Trans. 1ª ALRD dice: *“A partir de la entrada en vigor de la presente ley las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad quedarán sin efecto.”*.

Escartín Ipiéns²⁸¹⁴ sostiene que “el fundamento de esta norma es dar cumplimiento a las exigencias de la Convención”. Supone afirmar “que en adelante no puede haber discriminación entre las personas que con arreglo al Derecho que se reforma tuvieran ya declarada su incapacitación o estuvieran en proceso para declararla”. Se critica “la excesiva concisión y ambigüedad de la norma, porque si lo que se plantea es cual será en adelante la situación de los ya declarados incapacitados”. Habría que decirlo de una forma clara e inequívoca.

Se establece una transformación, por ministerio de la ley, del carácter de la sentencia, que según el grado de discapacidad quedaría convertida en «medida de apoyo».

7.2.- Disp. Trans. 2ª

La Disp. Trans. 2ª ALRD dice: *“Los tutores, curadores y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior, ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos.*

Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta ley.”

Escartín Ipiéns²⁸¹⁵ destaca que esta Disp. Trans. adolece de una grave omisión, “la situación de las personas con discapacidad que estuvieran sometidas a la patria potestad prorrogada o rehabilitada”. El actual art. 171 CC se elimina en el Anteproyecto. Debería

²⁸¹³ ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “Disposiciones transitorias del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil. Notarios y Registradores*, vol. V, n.º 3, julio-septiembre 2018, p. 228.

²⁸¹⁴ ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “Disposiciones transitorias...”, cit., pp. 231-232.

²⁸¹⁵ ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “Disposiciones transitorias...”, cit., pp. 233-236.

haber previsto que los “progenitores que conforme al derecho anterior, vinieran ejerciendo las funciones de la patria potestad prorrogada, o rehabilitada”, que son numerosos, “la continuarán ejerciendo, en calidad de curadores”.

No parece correcto que a los tutores se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos, solo valdría lo que podría aceptarse si la sentencia declara la incapacitación absoluta; pero si hubiera determinado la extensión y límites de esta, como exige el actual art. 760.1 LEC, el incapacitado ni puede quedar en peor condición de la que tuviera antes. Hay que modificar esta Disp. Trans. Segunda.

7.3.- Disp. Trans. 3ª

La Disp. Trans. 3ª ALRD dice: *“Las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela. Tanto las mencionadas previsiones como los poderes y mandatos preventivos se regirán por la presente ley.”*.

Se produce una conversión del negocio por obra de la ley, los poderes o mandatos con cláusula de subsistencia, se convierten en poderes o mandatos preventivos; y, a su vez, tales mandatos preventivos, si se refieren a la totalidad de los negocios del mandante, se someten al régimen de la curatela. Lo que no es razonable para un poder, mandato o comisión mercantil²⁸¹⁶.

7.4.- Disp. Trans. 4ª

La Disp. Trans. 4ª ALRD dice: *“Las personas con capacidad modificada judicialmente, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial, la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley para adaptarlas a esta.”*

En todo caso, con la primera presentación del informe y rendición de cuentas anual posterior a la entrada en vigor de esta ley, los tutores o curadores solicitarán que se proceda a la revisión judicial de la situación actual de las personas a su cargo, para adaptarla a la presente ley. Dicha revisión deberá efectuarse por el Juez en un plazo máximo de dos años desde que tuvo lugar la solicitud, por los trámites previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria”.

²⁸¹⁶ ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “Disposiciones transitorias...”, cit., pp. 236-241.

7.5.- Disp. Trans. 5ª

La Disp. Trans. 5ª ALRD dice: *“Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente ley, se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento.”*

Escartín Ipiéns²⁸¹⁷ señala que “hoy nadie pone en cuestión la eliminación de la incapacitación postulada por la Convención de 2006. Pero debe quedar clara la situación jurídica de las personas con discapacidad mediante un título público que precise con claridad las medidas de apoyo que necesite.

8.- Impacto presupuestario

La afirmación de que el impacto presupuestario es nulo y que “las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal ni de retribuciones ni de otros gastos del sector público.”²⁸¹⁸, como indica la Memoria del análisis de impacto normativo, nos parece ilusoria.

Sin personal de apoyo multidisciplinar para el juez y un refuerzo de los juzgados que atienden estos casos, las exigencias de hacer un traje a medida son imposibles de cumplir.

V.- INFORMACIÓN PÚBLICA E INFORMES

1.- Audiencia e información pública

El ALRD fue sometido al trámite de audiencia e información pública con objeto de recabar la opinión de los ciudadanos titulares de derechos e intereses legítimos afectados por este proyecto normativo y obtener aportaciones, finalizando el plazo para ello el 19 de octubre de 2018²⁸¹⁹.

²⁸¹⁷ ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “Disposiciones transitorias...”, cit., p. 242.

²⁸¹⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Memoria del análisis de impacto normativo...”, cit., p. 40.

²⁸¹⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA, “Participación pública en proyectos normativos. Normas en tramitación”. Consultado en:
<<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>>

Cabe destacar las aportaciones al ALRD que hemos ido citando en el punto anterior, realizadas por la Fundación Derecho y Discapacidad²⁸²⁰.

2.- Informes

2.1.- Consejo Económico y Social

El Consejo Económico y Social (CES) aprobó en sesión ordinaria del Pleno de 24 de octubre de 2018 el Dictamen 5/2018 sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad²⁸²¹, del que destacamos parte de su contenido:

“En el ámbito internacional, el principal instrumento jurídico vinculante a la hora de hacer valer los derechos de las personas con discapacidad es la CDPD [...]

La Convención [...] recoge los derechos de las personas con discapacidad y las obligaciones de los Estados partes de promover, proteger y asegurar tales derechos inherentes a la dignidad de la personas. [...]

Por su parte, la UE y el Consejo de Europa reconocen, respectivamente, el derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley y a la protección contra la discriminación, tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. [...]

En España, los derechos y garantías básicas de las personas con discapacidad vienen recogidos en la Constitución de 1978” (arts. 14, 9.2, 10, 49). [...]

El ordenamiento jurídico español con incidencia en materia de discapacidad, ha tenido que ser reformado en multitud de campos durante los últimos años, como consecuencia de la ratificación de la Convención y su Protocolo Facultativo, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, momento a partir del cual, en virtud de lo establecido en el apartado 1º del art. 96 CE, forma parte del ordenamiento interno, siendo por consiguiente de obligado cumplimiento. [...]

²⁸²⁰ FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD, “Aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad al anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, octubre 2018.

Consultado en: <<http://www.fderechoydiscapacidad.es/2018/10/10/aportaciones-de-la-fundacion-derecho-y-discapacidad-al-anteproyecto-de-ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad/>>

²⁸²¹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Dictamen 5/2018 sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 24 de octubre de 2018, pp. 1-28.

La reforma se inició precisamente con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [...], la Ley 26/2011 operó modificaciones en más de una decena de leyes, entre la cuales estaban las citadas LISMI y LIONDAU.

El proceso de adaptación normativa continuó con el RD 1276/2011, de 16 de septiembre, que vino a desarrollar la Ley 26/2011. Asimismo, y con el mismo fin, se han ido realizando diversas modificaciones en el CP, la LJV o la del Tribunal del jurado. El proceso de adecuación del ordenamiento jurídico español a la Convención dio lugar a una refundición de la legislación vigente en el ámbito de la protección de las personas con discapacidad, a través del RD Leg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (que, a su vez, derogó las ya citadas LISMI y LIONDAU, así como la Ley 49/2007), dándose así cumplimiento al mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011.

No obstante, quedaba pendiente adaptar el ordenamiento jurídico español a las previsiones del art. 12 de la Convención, relativas a la igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica [...]

El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano creado en el marco de la Convención para supervisar la aplicación de la misma, venía recomendando a España que revisara las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tomara medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por la ayuda en la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas.

El Anteproyecto objeto de dictamen, mediante la modificación del CC, la LH, la LEC, la LRC y la LJV, viene así a completar la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Convención. [...]

En definitiva, se opta por un sistema de provisión judicial de medidas de apoyo, en su caso, como columna vertebral para la salvaguarda de la capacidad jurídica y de su ejercicio por parte de las personas con discapacidad [...]

En opinión del CES la reforma normativa resulta urgente e imprescindible. La aplicación en nuestro país de la CDPD sin que, al mismo tiempo, se hubiese producido la necesaria adaptación de la legislación sustantiva y procesal civil, ha supuesto la convivencia en el tiempo de textos jurídicos que responden a visiones dispares, e incluso opuestas, de la discapacidad, con los consiguientes problemas de aplicación por

los jueces y tribunales. Abordar la necesaria reforma del CC para su adecuación a la Convención supone un indudable avance desde el punto de vista jurídico y social, ante la necesidad de regular todo lo relativo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a partir del modelo de provisión de apoyos que aquélla establece.

[...] A juicio de este Consejo, el Anteproyecto de Ley objeto de la solicitud de dictamen supone una iniciativa razonable de adaptación a los principios y las obligaciones de la CDPD, por lo que la reforma le merece una valoración positiva en términos generales. Sin perjuicio de ello, el CES considera que, por una parte, habría sido deseable que el Anteproyecto profundizase en el tratamiento de determinados aspectos, en línea con el mencionado art. 12 de la Convención, y, por otra, que algunos extremos de la reforma anteproyectada pueden ser susceptibles de mejora [...]

En relación con lo primero, debe subrayarse que la CDPD al establecer que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, obligando a los Estados partes a este reconocimiento (art. 12.2), incorpora una importante novedad, la de situar los derechos de las personas con discapacidad en un plano de igualdad con los de los demás ciudadanos, tanto en su reconocimiento como en su ejercicio. Ello supone desplazar la determinación de la capacidad de estas personas, como objeto de los procedimientos, en favor de la determinación de las dificultades que surgen en el ejercicio de esa capacidad, y, consecuentemente, en la necesidad de arbitrar apoyos para facilitar ese ejercicio”.

Por ello, en opinión del CES “sería aconsejable que el Anteproyecto de Ley integrase de forma expresa los principios contenidos en el citado art. 12 de la CDPD [...]

Por otra parte, [...] si bien la reforma proyectada de la legislación sustantiva civil supone una adaptación adecuada al espíritu y las obligaciones que dimanen de la CDPD no cabe expresar un respaldo en términos tan netos respecto de la reforma de la normativa procesal. En este sentido, [...] la concepción que inspira la regulación vigente de los procesos sobre la capacidad de las personas (dentro del título i del libro IV de la LEC), basada en el modelo asistencial o médico de la discapacidad y articulada mediante un proceso civil contradictorio, no puede entenderse que quede suficientemente superada y reorientada en la reforma objeto del presente dictamen en todos aquellos casos de determinación de apoyos que requieren de una resolución judicial. Por ello, a juicio del CES sería conveniente reconsiderar algunos planteamientos de dicha reforma procesal, [...] con el fin [...] de garantizar una mayor

homogeneidad y coherencia con la reforma de la legislación sustantiva civil contenida en el Anteproyecto.

Igualmente, en lo relativo a la reforma de la legislación procesal se echa en falta que se hubiera realizado un mayor hincapié en algunas cuestiones [...] como la determinación de los “ajustes razonables” que deban realizar los tribunales para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, en igualdad de condiciones con los demás. [...]

En opinión del CES, se podría haber aprovechado la ocasión para definir o delimitar mejor esta cuestión que ya ha originado algún pronunciamiento en el propio Tribunal Constitucional.

El CES llama la atención sobre lo que considera que puede suponer una falta de correspondencia entre la relevancia que revisten los cambios que prevé el Anteproyecto [...] [y] la Memoria de impacto normativo que lo acompaña, referido al impacto presupuestario de la norma, según el cual la puesta en marcha de las medidas incorporadas mediante esta ley no supondrá un aumento del gasto público. De hecho, se afirma en dicha Memoria que el coste presupuestario y de dotación de personal por unidad no solo no aumentará, sino que disminuirá debido a que las vías de provisión de apoyos alternativos al sistema judicial establecidos por la norma mermarán la demanda judicial.

Sin embargo, a juicio del CES, el cambio de modelo que conlleva el Anteproyecto, por su especial importancia, puede generar gastos en el ámbito de la Administración de justicia, en formación, asesoramiento o refuerzo del personal, entre otros, fruto de un necesario periodo de adaptación.

Por ello, en su opinión, hubiera sido conveniente disponer en la Memoria de análisis de impacto normativo de un estudio pormenorizado de los costes que conllevará la puesta en marcha de las medidas incorporadas en la futura ley, con el fin de garantizar una transición exitosa el modelo vigente y el que viene a instaurar el Anteproyecto. [...]”.

Como Observaciones particulares del CES destacaremos:

– Respecto a la modificación del CC:

“El nuevo art. 248 CC establece cuál es el objeto del título XI, a saber, la regulación de las medidas de apoyo necesarias para los fines que se persiguen y los principios en que deben estar inspiradas”. “Sería deseable que dicho art. incorporase expresamente el contenido del art. 12.2 de la Convención, lo que reforzaría la

interpretación y aplicación conforme con ella de las normas del CC en esta materia. En este mismo apartado, y en relación con el conjunto de las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad, en opinión del CES sería aconsejable incluir una previsión dirigida a evitar que las figuras de apoyo, fundamentalmente la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, puedan ser desempeñadas por personas, físicas o jurídicas, que al mismo tiempo presten servicios directos a la persona necesitada de dichos apoyos, ello con el fin de evitar posibles conflictos de intereses”.

– Respecto a la reforma de la LEC:

“El apartado tres del Anteproyecto introduce modificaciones en los apartados 1 y 2 del art. 749 LEC, que hace referencia a la intervención del MF. [...] mantiene la referencia al “interés superior de la persona afectada”, por la que velará el Ministerio Fiscal durante todo el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad”.

“En opinión del CES, y en coherencia con el resto de la modificación propuesta en el Anteproyecto, no parece acertado seguir incluyendo tal referencia al “interés superior”. “Sería más apropiado [...] suprimir esta expresión en aras del principio que inspira esta reforma de respetar y hacer efectiva la voluntad y preferencias propias de cada persona con discapacidad, recogido en el art. 12.4 de la Convención, superando así la concepción paternalista que subyace en dicha expresión. Y, asimismo, en aras de mantener la coherencia en el conjunto de la reforma normativa, toda vez que en la modificación de la legislación sustantiva civil se ha prescindido, acertadamente, del uso de esta categoría. [...]

En opinión del CES, el cauce más adecuado para determinar las medidas de apoyo sería un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en el que se considere de manera esencial la aportación de la propia persona, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente, y donde la autoridad judicial interese la información precisa (más allá del informe del médico forense), ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad. Todo ello, sin perjuicio de que, cuando proceda, bien por oposición de la propia persona o bien por la concurrencia de condiciones que lo hagan conveniente por tratarse de cuestiones personales o patrimoniales, el procedimiento se transforme en uno contradictorio [...]

El apartado ocho, relativo al art. 757 sobre la legitimación e intervención procesal, hace referencia a las personas legitimadas para promover el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo. En opinión del CES, debería reconocerse de manera

expresa la legitimación activa para instar la provisión de apoyos en resolución judicial, cuando este sea el modelo adecuado, a las entidades de atención a personas con discapacidad que son las que, a menudo, disponen de mayor información acerca de las necesidades de la persona a la que proporcionan apoyos y servicios.

– Respecto a la modificación de la LJV, destacamos:

“La reforma que aquí se plantea, especialmente de los apartados cuatro a siete (arts. 46 a 51 LJV), mantiene expresiones como “suficiente madurez”, “suficiente juicio” y otras similares, que en opinión del CES deberían ser eliminadas, y sustituidas por la identificación de la voluntad de la persona con discapacidad, como criterio general. De forma que solo cuando esto resultase imposible, se adopte la decisión procedente y de manera razonada, procurando siempre la mejor interpretación posible de la voluntad de la persona con discapacidad en los términos del art. 12 de la Convención.

[...] También se mantienen referencias a la potestad del tribunal de determinar “si fuera posible” que intervenga y sea oída la persona con discapacidad a la que se refiere el procedimiento. [...] el CES considera aconsejable modificar este aspecto adaptando tal potestad a los objetivos de la reforma.

El apartado catorce hace referencia a la sustitución de términos. Así, se cambia la expresión “persona con capacidad modificada judicialmente” por “persona con discapacidad”. En opinión del CES, tal sustitución puede no ser acertada, puesto que, en puridad, ambas expresiones no son sinónimas. No todas las “personas con discapacidad” son “persona con capacidad modificada judicialmente”. Tal equivalencia, siguiendo los propios apartados anteriores de este Anteproyecto, debería hacerse con “personas con discapacidad que requieran medidas de apoyo”, o una expresión similar, pero en ningún caso refiriéndose a la totalidad de las personas con discapacidad.

Dicha confusión terminológica también se aprecia en la Memoria que acompaña al anteproyecto cuando alude a que no se puede hablar de “incapacidad” o “incapaces”, sino de “personas con discapacidad”, términos que no son equivalentes”.

2.2.- CGPJ

2.2.1.- Informe

EL CGPJ mediante acuerdo adoptado por el Pleno en su reunión del día 29 de noviembre de 2018, aprobó el Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se

reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad²⁸²², del que reproduciremos la parte de su contenido que afecta a las materias examinadas:

“El Anteproyecto de Ley que es objeto de informe [...] tiene por objeto llevar a cabo las reformas en la legislación sustantiva y procesal española que el prelegislador considera necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a la CDPD, y en particular a las exigencias que se derivan de su art. 12 [...]

7.- Las reformas que introduce el Anteproyecto responden, por tanto, al nuevo paradigma en torno al cual se estructura el régimen jurídico civil y procesal de la discapacidad, que gravita en torno a la consideración de que las personas que sufren algún tipo de discapacidad, física, psíquica, intelectual, sensorial o funcional, son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones, con capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones que las demás personas, y con acceso al sistema de apoyos que se diseña para el pleno y adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones [...].

8.- Esta nueva configuración de la discapacidad y de su régimen jurídico conduce, ante todo, a modificar, en el plano sustantivo, el régimen de la incapacitación y de las instituciones tutelares que se contienen en el Título IX y en el Título X, respectivamente, del CC. Pero evidentemente, por más que constituya el núcleo de la reforma, la propuesta no se agota en tales modificaciones, sino que el nuevo paradigma de la discapacidad se proyecta, en diferente grado –y más allá de cuestiones meramente nominales y terminológicas-, sobre amplios sectores del ordenamiento jurídico civil, alcanzando a las normas de conflicto del sistema autónomo de derecho internacional privado (arts. 9.6 y 10.8 CC), a las normas sobre nacionalidad (arts. 15.1, 20.2, 21.3 y 22.2 CC), a determinados aspectos del derecho de familia (régimen de nulidad, separación y divorcio, filiación, patria potestad, prodigalidad, emancipación y régimen económico matrimonial), a la posesión y a diversos aspectos del derecho sucesorio, al régimen de capacidad y validez contractual, a la nulidad, anulabilidad y rescisión de los contratos, a determinadas figuras contractuales y, en fin, al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual de los discapacitados.

²⁸²² CGPJ, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, adoptado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 29 de noviembre de 2018, Ponentes Juan Manuel Fernández Martínez y Pilar Sepúlveda García de la Torre, 2018. Consultado en:

<<http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad>>

9.- Al mismo tiempo, la reforma proyectada tiene reflejo en el sistema registral español, tanto en la legislación de Registro Civil, en lo relativo al acceso y publicidad registral de los hechos, actos y resoluciones que conforman el régimen de autogobierno y el sistema de apoyos de las personas con discapacidad, como en la legislación hipotecaria, respecto de aquellos hechos, actos y resoluciones de contenido patrimonial y de trascendencia real que afectan a las personas con discapacidad.

10.- E ineludiblemente incide en la legislación procesal, en particular en la regulación de los procesos sobre capacidad de las personas y la provisión de los cargos tutelares, contenida tanto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) como en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV), para acomodarla al nuevo modelo sobre el que se edifica el régimen jurídico-civil de la discapacidad, que prescinde de la declaración judicial de incapacidad, total o parcial, y de la modificación judicial de la capacidad, así como de la regulación de las figuras tutelares conforme a un sistema de sustitución y de representación de la persona con discapacidad, para articular un sistema procesal de apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica y de su capacidad de obrar sobre la base de respetar y asegurar en el mayor grado posible su autogobierno.

11.- Y alcanza, en fin, a la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito en los arts. 118.1ª y 120.1ª del Código Penal [...]

17.- En el plano normativo, la CDPD y su Protocolo se conciben como instrumentos que no se encuentran circunscritos al simple enunciado de principios meramente programáticos, sino que, a través de su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante el depósito de los oportunos instrumentos de ratificación, se configuran como normas jurídicamente vinculantes para los Estados miembros, sin perjuicio de las necesarias reformas que deban introducirse en los ordenamientos nacionales para acomodarlos al espíritu y al propio texto de la Convención. [...]

90.- Se ha de admitir, en línea de principio, que el Anteproyecto sirve adecuadamente al objetivo de adecuar la legislación civil y procesal a las exigencias derivadas de la Convención, y se muestra plenamente respetuoso con sus principios y con las obligaciones que establece [...]

91.- El texto proyectado, por tanto, es consecuencia directa de la obligación impuesta por la Convención a los Estados partes en orden a la adopción de todas las medidas pertinentes, incluidas las legislativas, para modificar o derogar leyes en la medida en que sea preciso para hacer efectivos los derechos reconocidos en la

Convención, y en particular para hacer efectivo el reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, adoptando todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación por motivos de discapacidad. Desde esta perspectiva, la reforma proyectada no puede sino ser favorablemente acogida.

92.- En esta línea, el prelegislador ha optado por modificar en profundidad el sistema de protección de las personas con discapacidad a partir de una concepción maximalista de la Convención, con objeto de dotar de la mayor virtualidad posible a los principios, valores y disposiciones que contiene. Conforme esta concepción, la reforma del sistema de protección de las personas con discapacidad pasa a gravitar sobre los siguientes ejes: i) la desaparición, formal y materialmente, de la incapacidad como estado civil y de la incapacitación como declaración judicial de modificación de la capacidad de las personas afectadas por alguna discapacidad; ii) la supresión del sistema de guarda legal basado, con carácter general, en la sustitución de la persona con discapacidad y en la representación de la misma, que quedan limitadas a los casos en que, por las circunstancias concurrentes, sea preciso articular medidas sustitutivas de carácter representativo, y solo en la medida y con el alcance que fuere preciso; iii) la promoción de la autonomía y la voluntad de las personas afectadas por discapacidades, y la promoción de su autogobierno; y iv) el establecimiento de un sistema de apoyos y de asistencia a la persona con discapacidad adecuado a la discapacidad que le afecta que le permita desenvolverse en condiciones de igualdad con las demás personas en todos los aspectos de la vida.

93.- En la práctica, este nuevo sistema se traduce en la desaparición de la inveterada institución de la tutela, en la medida en que está asociada a la incapacitación total y a la sustitución y representación del incapaz, y en la articulación del sistema de guarda legal en torno a la curatela, como figura central del sistema de apoyos, dotada de un contenido y una extensión proporcional al grado de asistencia que precisa la persona con discapacidad, el defensor judicial, caracterizado por su provisionalidad, y el guardador de hecho, figura que ahora se potencia y que permite la asistencia al discapacitado de manera cercana y continuada sin necesidad de intervención judicial fuera de aquellos casos en que el guardador haya de sustituir y representar a la persona con discapacidad.

94.- Al mismo tiempo, se ha de operar una profunda transformación procedimental, por cuanto los tradicionales procesos de incapacitación y modificación judicial de la

capacidad dejan paso a procedimientos, contenciosos y de jurisdicción voluntaria, orientados a establecer la medida o las medidas de apoyo que requiera la persona con discapacidad, así como las salvaguardias que habrán de asegurar la efectividad y la eficacia de las medidas adoptadas. [...]

103.- [...] Este órgano de gobierno del Poder Judicial ha de hacer una valoración favorable, en términos generales, de lo que propone el prelegislador. Y ello porque, más allá del respeto que merece la opción escogida por el prelegislador, la mayor dimensión de la reforma, con el cambio de paradigma que comporta, se muestra de todo punto respetuosa con los principios y valores constitucionales y con los principios y valores de la Convención que informan las normas reguladoras de los derechos fundamentales y libertades consagrados en la Constitución. Supone la consagración de la discapacidad no como una limitación excluyente, sino como una realidad que requiere del tratamiento normativo adecuado para lograr la definitiva y plena participación e inclusión social de las personas con discapacidad, por más que tal cosa requiera un esfuerzo por parte de todas las instituciones y poderes públicos, de los operadores jurídicos, de los intérpretes y aplicadores del ordenamiento jurídico, y, en fin, de la sociedad en su conjunto. [...]

SEXTA.- Esta valoración general favorable del Anteproyecto no ha de impedir, sin embargo, ciertas consideraciones críticas, también de carácter general, sobre el sistema propuesto y sobre las consecuencias que se derivarán de su aplicación, así como acerca de los requerimientos que su plena y adecuada efectividad exigirán en orden, específicamente, a la organización judicial y al ejercicio de la función jurisdiccional.

En primer término, se ha de advertir que el abandono del sistema de tutela de autoridad puede generar situaciones incompatibles con la tutela judicial efectiva. El sistema de protección proyectado deja espacios ajenos al control judicial que pueden resultar inconciliables con la tutela efectiva de los derechos de las personas con discapacidad. Desde esta perspectiva, es discutible la conveniencia de prescindir de forma absoluta del concepto objetivo del “superior interés” de la persona con discapacidad, que ha de ser apreciado por quien debe dispensarle la tutela de sus derechos e intereses.

Parece preciso conjugar el régimen de protección basado en el autogobierno y la autoorganización con el debido control judicial que permita asegurar la protección y la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

SÉPTIMA.- [...] El hecho de que el nuevo sistema gravite en torno a la autorregulación de la discapacidad, con preferencia sobre la heterorregulación, no ha de

significar necesariamente una disminución de la intervención judicial, por más que se desplace en gran medida a la esfera de la jurisdicción voluntaria. La implantación del nuevo sistema [...], lejos de producir una disminución en la Administración de Justicia, ha de suponer razonablemente un aumento, cuantitativo y cualitativo, de la intervención judicial y de la estructura auxiliar de la Administración de Justicia, mayor en las primeras fases de implantación e implementación del sistema, donde al esfuerzo consustancial a su puesta en funcionamiento se unirá el que conlleva la revisión del régimen y medidas de protección y apoyo dispuestas bajo la legislación vigente.

OCTAVA.- Se ha ahondar en la incidencia real que tendrá la implementación del nuevo régimen de protección de las personas con discapacidad y del nuevo sistema de apoyos, que pone en cuestión la suficiencia de la estructura de la organización judicial actual y de su configuración territorial para hacer frente a los mayores requerimientos que, en lo que al ejercicio de la función jurisdiccional se refiere, se derivarán del sistema diseñado por el prelegislador. Y ello ya no solo por el mayor grado – cuantitativo y cualitativo- de la intervención judicial en la configuración del régimen y del sistema de apoyos adecuado para la persona con discapacidad, en su seguimiento, su revisión y en el establecimiento de las cautelas y salvaguardias precisas para su eficacia, sino también porque el nuevo paradigma de la discapacidad precisa a su vez de un cambio de paradigma en la concepción de discapacidad por parte de todos los sectores, profesionales y sociales, implicados en su tratamiento y en la participación en la sociedad de las personas con discapacidad, que cabalmente ha de suponer i) un redimensionamiento y una reorganización de la [...] Administración de Justicia [...]; ii) un mayor grado de especialización de los órganos judiciales para el conocimiento de los procedimientos de provisión de apoyos y designación de tutores, curadores y defensores judiciales [...]; iii) un aumento correlativo de oficinas judiciales especializadas, así como de medios personales y materiales; iv) un nuevo diseño de distribución territorial de competencias, acorde con el mapa territorial del tratamiento judicial de la discapacidad [...]; v) una estructura auxiliar adecuada y próxima al órgano judicial y a los afectados por la discapacidad; vi) la pertinente, adecuada y continuada formación especializada de todos los agentes y participantes en la protección legal de las personas con discapacidad; y vii), [...] la adopción de [...] medidas de accesibilidad [...] que permitan a las personas con discapacidad [...] ver plenamente satisfecho su derecho a la tutela judicial efectiva.

NOVENA.- El ALRD no contiene una definición de persona con discapacidad, ni establece la forma de acreditar la consideración legal de persona con discapacidad. Esta se encuentra recogida en el art. 4 del RD Leg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el TRLGDPD. Aun cuando la extensión del concepto de discapacidad puede resultar beneficiosa para otros fines, en la configuración del sistema de protección legal de las personas con discapacidad puede ser, sin embargo, un tanto perturbador. Cabe someter a la consideración del prelegislador, por tanto, la conveniencia de prescindir del automatismo en el empleo de elementos y de competencias administrativas a la hora de establecer el régimen y el sistema judicial de apoyos a las personas con discapacidad, por más que la declaración de discapacidad a efectos administrativos y la determinación de su grado pueda constituir un elemento a tomar en consideración para valorar la situación y las necesidades de la persona con discapacidad y para configurar judicialmente el régimen y las concretas medidas de apoyo que precisa.

DÉCIMA.- Abundando en lo anterior, se echa en falta la determinación del presupuesto objetivo de la discapacidad. En este sentido, cabría cuestionar la procedencia de prescindir de la caracterización de la discapacidad con base en los elementos que definen actualmente las causas de la incapacitación en el art. 200 CC –afectación cognitiva y volitiva que impida el autogobierno–, y, al tiempo, valorar la conveniencia de incorporar a esa caracterización el elemento de la vulnerabilidad [...]

DECIMOQUINTA.- No ha de desdeñarse el efecto que el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad tendrá en la legislación notarial, principalmente en la regulación del otorgamiento de las escrituras públicas en las que se prevean el régimen y las medidas de apoyo para una futura situación de discapacidad, de los poderes preventivos y de las escrituras públicas de constitución y configuración de la autotutela; pero también en la regulación del juicio de capacidad del otorgante afectado por una discapacidad, en la constatación de la concurrencia del supuesto que activa las medidas de apoyo predispuestas por el otorgante, y, en fin, en el juicio de capacidad y en la forma de otorgamiento de las disposiciones de última voluntad de las personas con discapacidad, entre otros extremos. Se echa en falta, por lo tanto, siquiera la previsión, mediante la correspondiente disposición final, de la reforma de la legislación notarial en la medida en que venga exigida por el nuevo sistema de apoyos de las personas con discapacidad. [...].

SEPTUAGÉSIMA.- Por último, cabe recordar que la reforma propuesta ha de tener reflejo en diversas disposiciones normativas que han de adaptarse, y no solo terminológicamente al nuevo régimen de protección y al sistema de apoyo proyectado.”.

2.2.2.- Situación actual

Hoy día los tribunales españoles, tal como vimos, se inclinan por la curatela o por una tutela graduada. De forma que no se incapacita de modo total sino que la persona con discapacidad puede ejercer su capacidad salvo en determinadas acciones, como los actos de disposición para los que requiere el complemento del curador. Las sentencias suelen citar el art. 12 CDPD. La incapacidad absoluta ya no es la regla general, y de facto la judicatura ha pasado a establecer un modelo de apoyo en la toma de decisiones en lugar de la medida de sustitución que anteriormente era la regla general.

Valls Xufre²⁸²³ dice que “valorando las circunstancias de cada persona la sentencia que se dicte debe ser individualizada, un traje a medida y único para esa persona, que habrá que ajustar a sus necesidades y aptitudes de tal manera que la incapacidad que se pida y la que se conceda se acomode perfectamente, única y exclusivamente a ella”. “Aparentemente, los tribunales, pues, se han adelantado al Anteproyecto, haciendo girar el sistema de protección de los discapacitados entorno a la curatela. Para llegar a la misma situación no hace falta cambiar nada. Si la curatela va a ser el nuevo epicentro, los jueces ya lo han cambiado”.

No parece muy adecuado un Anteproyecto que pregonara algo que ya está conseguido, habría que ir más allá, no basta con cambiar la tutela por la curatela.

2.2.3.- Crítica

El CGPJ avala el Anteproyecto del Ministerio de Justicia de modo unánime.

Valls Xufre²⁸²⁴ lo considera una inconsciencia total, “pues esos mayores medios judiciales que implican un aumento cuantitativo y cualitativo de la intervención judicial y de la estructura auxiliar de la administración de justicia, no se van a dar ni en cien años. Ese triunfalismo del CGPJ solo puede traer causa de su ceguera al contemplar la realidad actual, no, el Estado no proveerá los fondos necesarios para crear y financiar

²⁸²³ VALLS XUFRE, J. M^a, “La abolición de la incapacitación...”, cit., p. 22.

²⁸²⁴ VALLS XUFRE, J. M^a, “La abolición de la incapacitación...”, cit., pp. 22-23.

esos nuevos órganos judiciales y personal especializados, que acerquen el órgano judicial a la persona con discapacidad”.

Coch Roura²⁸²⁵ destaca que “si en la actualidad los tribunales especializados en modificación de capacidad se hallan totalmente desbordados, ¿cuál sería la situación si su trabajo se incrementase exponencialmente, a la vista del número de decisiones que cada persona que no fuera capaz de autogobernarse (total o parcialmente) precisare tomar a lo largo de su vida?. Y, si ponemos los pies en la tierra, ¿qué coste presupuestario podría suponer la aplicación de este sistema?”.

Continúa Valls Xufre²⁸²⁶ indicando que “lo que quiere la Convención y los propios afectados es autorregulación y disminución de la intervención judicial. Los jueces están para enmendar y corregir las desviaciones provocadas por actuaciones malintencionadas de personas que intentan aprovecharse de la discapacidad de otras, pero no para organizar la vida de todos los que sufren alguna discapacidad, pues en la inmensa mayoría de los casos no habrá ninguna necesidad.”.

VI.- DERECHO COMPARADO

La situación era similar en los países de nuestro entorno o de nuestra tradición jurídica. Los que han ratificado la CDPD han modificado su ordenamiento o se encuentran en el trance de adaptarlo a los principios de la Convención. Algunos de ellos ya han evolucionado adoptando posiciones más avanzadas que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirven para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad²⁸²⁷.

Munar Bernat²⁸²⁸ destaca que “desde finales del siglo XX y, sobre todo, desde principios de este siglo, una serie de Estados han procedido a reformar la normativa en materia de protección y amparo a las personas con discapacidad, y en muchos casos

²⁸²⁵ COCH ROURA, N., “La curatela a luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la cura furiosi”, *La Notaría*, Colegio Notarial de Cataluña, n.º 1/2018, octubre 2018, p. 77.

Consultado en: <<https://www.notarisdecatalunya.org/es/actualidad/publicaciones/la-notar%C3%ADa/la-notaria-2-32019>>

pp. 22-23.

²⁸²⁶ VALLS XUFRE, J. M^a, “La abolición de la incapacitación...”, cit., p. 23.

²⁸²⁷ CABELLO DE ALBA, F., “Alternativa desde el punto de vista notarial a la incapacitación a la luz de la Convención”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, ed. Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2015.

²⁸²⁸ MUNAR BERNAT, P. A., “La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil. Notarios y Registradores*, vol. V, n.º 3, julio-septiembre 2018, p. 124.

para adecuar la normativa a la CDPD, siendo por tanto una referencia que resultaba del mayor interés a la hora de decidir la mejor solución”.

1.- Francia

Indica Vivas Tesón²⁸²⁹ que “Francia fue el primer país en cambiar el tradicional sistema protector al reconocer a las personas incapaces la misma dignidad jurídica y social que a las demás a través de la Ley 68-5, de 3 de enero de 1968”, que introdujo la figura de la *sauvegarde de justice*.

El juez de tutelas es competente exclusivamente para estos asuntos, según un procedimiento específico que no es contencioso, ni se rige por las reglas del procedimiento judicial. Este juez no tiene por función resolver litigios ni decidir sobre conflictos. Su función principal consiste en decidir las medidas de protección de las personas y cuidar de su buena ejecución²⁸³⁰.

El CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto²⁸³¹ destaca que en el derecho francés, tras las reformas introducidas en el Code Civil por Ley de 11 de febrero de 2005, Ley de 5 de marzo de 2007 y Ordenanza de 15 de octubre de 2015, que pretendían favorecer la autonomía de las personas necesitadas de protección, “el sistema de guarda legal se articula en torno a las figuras de la tutela, la curatela, el defensor judicial (*sauvegarde de justice*) y la habilitación familiar (*habilitation familiale*), en sus dos modalidades: la habilitación entre esposos o conyugal (art. 219 CC), y la habilitación familiar propiamente dicha (arts. 494.1 a 494.12 CC)”.

Se puede otorgar poderes preventivos generales o especiales.

El *sauvegarde de justice* asegura un mínimo de protección y supone que la persona protegida no es incapaz y conserva el ejercicio de todos sus derechos. Es un régimen de protección temporal, para aquellos que padecen una alteración pasajera o limitación de sus facultades, enfermedades mentales con crisis temporales, o deficiencias mentales duraderas pero como medida provisional previa a la protección

²⁸²⁹ VIVAS TESÓN, I., *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tutivo español*, Observatorio Estatal de la Discapacidad, ed. Futuex, 2012, pp. 40-41.

²⁸³⁰ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Observaciones de las personas titulares de las vocalías del CERMI en el Consejo Nacional de la Discapacidad al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, 7 de octubre de 2018, pp. 2-3. Disponible en: <https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/observaciones-de-las-personas-titulares-de-las-vocal%C3%ADas-del-cermi-en-el-consejo>

²⁸³¹ CGPJ, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley...”, cit., pp. 23-24.

organizada a través de la tutela o curatela²⁸³². Se trata de una medida temporal respecto de una persona que mantiene su capacidad jurídica, por lo que es conciliable con los requerimientos de la Convención.

La habilitación familiar introducida por la Ordenanza de 2015, señala el CGPJ²⁸³³, es “una medida prevista para situaciones de alteración médicamente constatada de las facultades que afectan a la expresión de la voluntad de un miembro de la familia, y que permite a los otros miembros asegurar la protección de aquel”, confiriendo a los habilitados, “bien facultades de representación generales, bien facultades representativas limitadas, siempre con una duración no superior a diez años. Se trata, por tanto, de un mecanismo de sustitución, y no de asistencia, de la persona vulnerable o con discapacidad, lo que puede entrar en colisión con los principios y postulados de la Convención.”.

Munar Bernat²⁸³⁴ destaca que “la asistencia en forma de curatela se ha convertido en la medida judicial de derecho común para la protección de los mayores de edad porque es compatible con su autonomía y subraya la capacidad natural del individuo.”.

Se prevé también la tutela para los casos de un mayor que tenga necesidad de ser representado de forma continuada en todos los actos de la vida civil.

La tutela y la curatela mantienen en el derecho francés sus trazas características si bien referidos ya a la discapacidad y no a la incapacidad, término que ha sido sustituido por el de “vulnerabilité”, y más recientemente, por el de “hándicap”.

Como indica el CGPJ²⁸³⁵, la doctrina científica francesa predica la conciliación del régimen de protección de las personas con discapacidad de su sistema y los requerimientos de la Convención, no obstante las situaciones de representación y sustitución que se contemplan legalmente. El vigente CC, desde la reforma de 2007, “ha sometido el sistema de medidas y de apoyos a los principios de necesidad, subsidiariedad, proporcionalidad e individualización, y al respeto de las libertades, los derechos fundamentales y la dignidad de la persona (art. 415 CC)”.

²⁸³² MUÑIZ ESPADA, E., “Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad: 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”, en J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 2, 2004, p. 3442.

²⁸³³ CGPJ, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley...”, cit., pp. 23-24.

²⁸³⁴ MUNAR BERNAT, P. A., “La curatela...”, cit., p. 125.

²⁸³⁵ CGPJ, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley...”, cit., pp. 23-24.

2.- Alemania

En Alemania existe un único régimen, denominado *Betreuung* (§§ 1896 a 1908i BGB), una institución permanente de protección de la persona en quien concurre una limitación relevante o situación de dependencia, presidido por los principios de necesidad y subsidiaridad; todo ello con respeto de la personalidad y voluntad del asistido, así como de sus decisiones anteriores.

El contenido de la asistencia lo establece el tribunal en cada caso al tiempo del nombramiento del asistente con la posibilidad, incluso, de nombrar representante legal del asistido para determinados actos jurídicos²⁸³⁶.

El juzgado sin previa incapacitación designará a petición suya o de oficio, un asistente legal.

El CGPJ²⁸³⁷ apunta que “la reforma operada por la Ley de Asistencia de 1992 tuvo por objeto desactivar la incapacitación [...] y la subsiguiente provisión de la tutela [...] para configurar el sistema de protección de los adultos en torno a la curatela, ahora denominada “asistencia”, con funciones representativas – pero limitadas- del asistido; el cual, sin embargo, conserva su capacidad natural en la medida en que pueda gestionar sus asuntos de manera [...] eficaz [...]. Al mismo tiempo, se acentúa el derecho de autodeterminación del asistido y la subsidiaridad de la representación del asistente, limitada a aquellos casos y funciones en los que fuera precisa, con reserva del consentimiento del asistido, y en tanto que este no pueda realizarlos por sí mismo, o puedan llevarse a cabo mediante otras medidas [...], y siempre conforme a sus deseos y aspiraciones [...]

Se reforzó la autonomía del mayor de edad y el respeto a su libre voluntad, estableciéndose la interdicción del nombramiento de un asistente legal contra la libre voluntad del mayor de edad [...] y determinando ex lege la extensión de la asistencia y los deberes del asistente [...]. Al mismo tiempo, y dada su utilidad para reducir los costes de la protección de los adultos, se potenciaron las figuras de los poderes y mandatos preventivos.”

En la reforma de la Ley de Asistencia de 2005, “además de modificarse las disposiciones relativas a la remuneración de los asistentes, se fomentó de nuevo la

²⁸³⁶ DE BARRÓN ARNICHES, P., “La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad Estudio comparativo con el modelo italiano”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, 2013, fasc. IV, pp. 1608-1609.

²⁸³⁷ CGPJ, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley...”, cit., pp. 19-21.

figura del apoderamiento preventivo, abriendo la posibilidad de registrarlo y ofreciendo ayudas al apoderado para ejercer sus poderes”. Y en la tercera reforma del 2009 se introdujeron diversas disposiciones sobre voluntades anticipadas e instrucciones previas.”.

En la actualidad, indica el CERMI²⁸³⁸ que “todas las cuestiones relativas a la discapacidad se encomiendan a un Juzgado especial, el *Betrauungsgericht*, cuyos asuntos se tramitan por cauces de jurisdicción voluntaria. Los procedimientos de prestación de apoyo y demás relativos a la discapacidad se rigen por la *Ley sobre el Procedimiento de Cuestiones de Familia y Asuntos de Jurisdicción Voluntaria (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG))*, de 1 de septiembre de 2009”.

El CGPJ²⁸³⁹ señala que “tanto en el memorando del Gobierno federal de 8 de noviembre de 2008, [...] como en el informe inicial al Comité CDPD de 15 de junio de 2011, se concluía [...] que el derecho alemán se mostraba conforme con las exigencias de la Convención, en particular con las derivadas de su art. 12, y no se veía necesaria la actuación del legislador para adecuar el ordenamiento interno a las disposiciones del instrumento internacional. Los trabajos de reforma llevados a cabo desde entonces se orientaron, con un carácter eminentemente práctico, a corregir las estructuras asistenciales con el fin de limitar el número de asistencias, reforzando fundamentalmente la subsidiariedad respecto de las otras ayudas [...] y reforzando al mismo tiempo las funciones de la Oficina de asistencia, que entró en vigor en julio de 2014, la cual debe informar al juzgado de asistencias [...] acerca de la disponibilidad de otras ayudas en evitación de la designación de un asistente. Las orientaciones actuales se dirigen a la mejora de la calidad de la asistencia, en particular respecto de las asistencias “profesionales” que permite [...] —si bien en defecto de asistencias legales no retribuidas”.

3.- Italia

El CC italiano distingue dos sistemas de protección: la *amministrazione di sostegno* (art. 404 Codice Civile), introducida en él por la Ley 6/2004, de 9 de enero; y la incapacitación (arts. 414 y ss. CC).

²⁸³⁸ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Observaciones de las personas titulares de las vocalías del CERMI...”, cit., p. 2.

²⁸³⁹ CGPJ, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley...”, cit., pp. 19-21.

Según Munar Bernat²⁸⁴⁰, “la primera es una forma de protección de la persona que se produce por efecto de una enfermedad o de una discapacidad, aunque sea parcial o temporal; la persona se ve imposibilitada de proveer a sus propios intereses, mientras que la incapacitación, que producirá el nombramiento de un tutor, afectará a los menores emancipados y los mayores de edad que se encuentran en condiciones habituales de enfermedad mental que les hace incapaces de proveer a sus propios intereses; en esta situación se procederá al nombramiento de un tutor, que representará al sometido a esta medida”.

La jurisprudencia italiana defiende el carácter subsidiario de la incapacitación, que ha de convertirse en una solución residual frente a los procedimientos de nombramiento de un administrador de apoyo para las personas, que aunque vulnerables, no son incapaces. Se ha producido, de este modo, un progresivo abandono de la medida de la tutela por decisión de los jueces, no del legislador. Han sido los jueces tutelares los que masivamente han optado por el administrador de apoyo obviando, a priori, el juicio sobre la capacidad de la persona vulnerable necesitada de protección²⁸⁴¹.

Las cuestiones relativas a la discapacidad se encomiendan al *Giudice Tutelare*. El nuevo procedimiento para el nombramiento de curador *-amministratore di sostegno-* (introducido por la *LEGGE 9 Gennaio 2004, n. 6*, de reforma del Codice) es un procedimiento de jurisdicción voluntaria²⁸⁴².

El CGPJ²⁸⁴³ señala que “el Gobierno italiano ha sido objeto de las observaciones críticas y de las recomendaciones del Comité de Naciones Unidas acerca de la necesidad de adaptar el ordenamiento interno a las exigencias que se derivan de la Convención, y en particular de su art. 12. El Comité de expertos ha manifestado su preocupación sobre la utilización de mecanismos de sustitución en la toma de decisiones.

Como consecuencia de ello, la propuesta de ley nº 1985/2016 aboga por una reforma radical del régimen de protección de las personas discapacitadas, que pasa por la supresión de los institutos de la interdicción o incapacidad y la inhabilitación, en línea también con la consolidada orientación de la jurisprudencia, y por el reforzamiento del

²⁸⁴⁰ MUNAR BERNAT, P. A., “La curatela...”, cit., pp. 124-125.

²⁸⁴¹ DE BARRÓN ARNICHES, P., “La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad Estudio comparativo con el modelo italiano”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, 2013, fasc. IV, pp. 1609-1619.

²⁸⁴² COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), “Observaciones de las personas titulares de las vocalías del CERMI...”, cit., p. 2.

²⁸⁴³ CGPJ, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley...”, cit., p. 24.

instituto del *amministrazione di sostegno* como instrumento de protección con carácter general, modificando el Capítulo II del Título XII del Libro primero del CC, que actualmente lleva el título “*Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità natural*”, y que con la reforma pasará a intitularse “*Della incapacità natural*”.”.

4.- Bélgica

Munar Bernat²⁸⁴⁴ señala que en Bélgica, la Ley, de 13 de marzo de 2013 reforma “los regímenes de incapacidad instaurando un nuevo estatus de protección conforme a la dignidad humana, modifica los arts. 488 a 492 CC. Establece un sistema donde las personas con discapacidad deben, en la medida de lo posible, conservar el pleno ejercicio de sus derechos, evitando también en lo posible, la representación y establece un régimen de asistencia”.

5.- Suiza

En Suiza, Munar Bernat²⁸⁴⁵ destaca que “la Ley de 19 de diciembre de 2008, de protección del adulto, derechos de las personas y derecho de filiación, da nueva redacción a la Parte III del Libro II (arts. 360 a 456 CC). En ella se establece la curatela como medida de protección de la persona adulta que necesita ayuda, distinguiendo entre curatela de acompañamiento, representación y cooperación”.

El CGPJ²⁸⁴⁶ señala que “las reformas introducidas en el CC suizo en 2008 – vigentes desde 2013- tuvieron por objeto potenciar el principio de autodeterminación y de proporcionalidad en la adopción de las medidas de apoyo [...] y, coherentemente, sustituir las figuras de la tutela y la curatela [...] y unificarlas en un solo instrumento, también llamado ahora curatela, que puede ser de acompañamiento, sin efectos sobre la capacidad de las personas [...] de representación, en la que es posible, pero no obligatoria, la limitación de la capacidad [...] y de cooperación, en la que exige en consentimiento del curador [...] estando prevista la combinación de todos estos tipos de curatela [...]. Y sobre todas ellas, se contempla una curatela general [...], que comprende todos los asuntos personales y patrimoniales y deroga la capacidad de obrar de la

²⁸⁴⁴ MUNAR BERNAT, P. A., “La curatela...”, cit., p. 125.

²⁸⁴⁵ MUNAR BERNAT, P. A., “La curatela...”, cit., p. 126.

²⁸⁴⁶ CGPJ, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley...”, cit., p. 21.

persona, la cual se prevé para los casos de limitación o ausencia de discernimiento permanente. [...]

En Suiza la Convención entró en vigor en mayo de 2014. [...] tanto en la ley de incorporación del instrumento internacional como en el informe inicial de junio de 2016 se consideró que las disposiciones CC eran conformes con la Convención, en particular con [...] su art. 12”. No obstante, en la doctrina suiza se ha abierto recientemente el debate sobre esta conformidad.

6.- Austria

El CGPJ²⁸⁴⁷ indica que “en el derecho austriaco, la reforma del Ordenamiento sobre la incapacitación (*Entmündigungsordnung*) [...] tuvo lugar en el año 1984, incorporando en el CC el régimen sobre protección de adultos, que eliminó la tradicional incapacitación total y parcial para reforzar la figura de la curatela (“*Sachwalterschaft*”), cuyo ámbito de funciones puede adaptarse a las necesidades de cada persona, el cual mantiene una capacidad de obrar limitada. [...]

En la reforma introducida en el año 2006 se acentuó, no obstante, el carácter subsidiario de la curatela respecto de otras ayudas para potenciar la autonomía y autogobierno del adulto, y se incorporaron disposiciones sobre el mandato y los poderes preventivos, al tiempo que se introdujo – con una palmaria finalidad de reducir costes asistenciales- la representación legal por el cónyuge o los parientes cercanos. [...]

La CDPD se introdujo en Austria en el año 2008. En sus Observaciones finales de 2013, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad criticó duramente el sistema y el régimen de protección austriaco, por ser anticuado y no estar en sintonía con las disposiciones del art. 12 de la Convención; por lo que, poniendo el énfasis en la limitación automática de la capacidad de obrar como consecuencia de la curatela, recomendó reemplazar la sustitución [...] por el apoyo a la toma de decisiones de las personas con discapacidad, y velar más por que las personas con discapacidad tengan acceso a mecanismos de apoyo [...], sin quedar sujetas a tutela. [...]

En la actualidad, y como resultado de tales recomendaciones, está en curso una reforma legislativa que tiene como eje central la abolición de la limitación automática de la capacidad de obrar, al tiempo que se persigue potenciar los mandatos preventivos y la representación ex lege por parientes –esta última sobre la base de la presunta

²⁸⁴⁷ CGPJ, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley...”, cit., pp. 21-22.

voluntad de la persona protegida-, y, junto a estas figuras y la curatela, articular la del “representante elegido” (“*gewählter Erwachsenenvertreter*”), con funciones limitadas. Paralelamente, se incide en la regulación de las asociaciones tutelares, a quienes se atribuye la trascendental función del “clearing” –la búsqueda de otros apoyos antes de disponer la curatela-, de forma similar a las que tienen las Oficinas de protección de adultos en Alemania.”.

7.- Portugal

El CGPJ²⁸⁴⁸ destaca que “en Portugal, la Ley 49/2018, de 14 de agosto, ha regulado el régimen jurídico del adulto asistido o acompañado, eliminando las instituciones de la incapacitación y la inhabilitación, y llevando a cabo las pertinentes modificaciones en el CC y en la legislación procesal. En particular, el nuevo art. 138 CC regula la medida del acompañamiento disponiendo que *«El mayor imposibilitado por razones de salud, deficiencia o por su comportamiento, de ejercer plena, personal y conscientemente, sus derechos, o en los mismos términos, de cumplir sus deberes, se beneficia de las medidas de acompañamiento previstas en este Código»*”.

Prevalece la designación hecha por la propia persona en previsión de su discapacidad.

Sin embargo, esta Ley ha sido criticada por la doctrina y el entorno de la discapacidad porque lo que hace es sustituir la denominación de tutela por la de curatela.

8.- Irlanda

Munar Bernat²⁸⁴⁹ indica que en Irlanda “la Ley de Apoyo en la Toma de Decisiones (*Assisted Decision Making (Capacity) Act*) de 2015, fue adoptada antes de que Irlanda se hubiera adherido a la CDPD, circunstancia que se ha producido en año 2018. En ella se regulan, con pormenor, los mecanismos a través de los que la propia persona, sea la que adopte las previsiones necesarias acerca del ejercicio de su capacidad. Contempla tres instituciones fundamentales: la toma de decisiones con apoyo, la codecisión y el apoderamiento preventivo. Si no ha adoptado previsión y, en

²⁸⁴⁸ CGPJ, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley...”, cit., p. 24.

²⁸⁴⁹ MUNAR BERNAT, P. A., “La curatela...”, cit., pp. 126.

la práctica, deviene incapaz de adoptar decisiones, puede ser declarado incapaz judicialmente en relación con una o más decisiones en la esfera personal o patrimonial”.

9.- Argentina

En Argentina “el nuevo CC y comercial, que fue aprobado el 1 de octubre de 2014 y entró en vigor el 1 de agosto de 2015, también se hace eco de la nueva situación planteada a partir de la CDPD. Así, en los casos en que exista una restricción de la capacidad de obrar, el principal efecto es la provisión de medidas de apoyo, que el art. 43 configura de forma muy flexible, pues se trata de *«cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general»*”,²⁸⁵⁰.

10.- Perú

En cuanto a Perú, destaca Munar Bernat²⁸⁵¹ que “el Decreto Legislativo 1384, de 3 de septiembre 2018, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, procede a reformar el CC y otras disposiciones legales. El nuevo art. 42 CC establece: *«Toda persona mayor de 18 años tiene plena capacidad de ejercicio (de la capacidad jurídica). Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.»*. En la nueva regulación se distingue nítidamente entre: a) La prestación de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica donde se concede un gran protagonismo a los previstos por quien los vaya a precisar y sólo, subsidiariamente, se podrán establecer por la autoridad judicial; b) Supuestos de interdicción que determinan el nombramiento de un curador dativo por la autoridad judicial”.

11.- Brasil

²⁸⁵⁰ MUNAR BERNAT, P. A., “La curatela...”, cit., p. 126.

²⁸⁵¹ MUNAR BERNAT, P. A., “La curatela...”, cit., p. 127.

En Brasil, el *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, Ley nº 13.146/15, de 7 de julio¹⁴, “define en el art. 2 a la persona con deficiencia como «*aquella que tiene algún impedimento de larga duración de naturaleza física, mental, intelectual o sensorial*». De acuerdo con el art. 84.2 «*La persona con deficiencia tiene asegurado el derecho al ejercicio de su capacidad legal en igualdad de condiciones con las demás personas*» y en el mismo precepto establece que «*cuando resulte necesario, será sometida a curatela, conforme a ley*». El art. 84.3 establece que «*La definición de curatela de persona con discapacidad constituye una medida protectora extraordinaria, proporcional a las necesidades y circunstancias de cada caso, y durará el menor tiempo posible*»²⁸⁵².

²⁸⁵² MUNAR BERNAT, P. A., “La curatela...”, cit., p. 126.

TEMA X.- EL NOTARIO ANTE LA CDPD

I.- EL NOTARIO Y EL ART. 12 DE LA CDPD

1.- Nuevo modelo de capacidad

Como vimos, el art. 12 CDPD establece una capacidad única suprimiendo la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. De un enfoque sobre las personas con discapacidad médico o rehabilitador se pasa a uno social y de DDHH.

Conforme a la CDPD las personas con discapacidad pueden tomar sus propias decisiones de modo independiente o con un sistema de apoyos y salvaguardias que no le anulen y debe ser oído en lo que le afecte, en ejercicio de su autonomía²⁸⁵³.

Ya analizamos la necesidad del ordenamiento jurídico español de ajustarse a la CDPD. Por lo que debe cambiar la regulación actual de la capacidad jurídica, del proceso para su modificación o para la provisión de apoyos y de las instituciones de guarda, protección y apoyo. Pero los cambios legislativos aunque se han anunciado, no se han producido. Hasta que llegue ese momento, hay que determinar la aplicación directa o por vía de interpretación y autointegración del derecho de la CDPD.

Todos los operadores jurídicos tienen la obligación de cumplir con la normativa y, entre ellos, los notarios, que han de plantearse qué pueden hacer al respecto y cuál ha de ser su actitud para que, al menos, los principios de la CDPD se respeten al máximo²⁸⁵⁴.

2.- Implicación notarial en la aplicación de la CDPD

2.1.- Diversos criterios notariales

Es muy habitual para los notarios que en su trabajo se presenten cuestiones y problemas jurídicos relacionados con la discapacidad.

Destaca Marín Calero²⁸⁵⁵ que “los notarios recibimos frecuentemente requerimientos de intervención o autorización, pero sobre todo, solicitud de asesoramiento y consejo”, sobre temas que afectan a los incapacitados, tales como particiones, compraventas de sus bienes y la planificación de la herencia de sus padres,

²⁸⁵³ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas a los códigos civiles y de familia latinoamericanos en materia de autoprotección: crónica de un protagonismo anunciado”, *Revista Jurídica del Notariado*, n° 88-89, octubre 2013/marzo 2014, p. 581.

²⁸⁵⁴ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., pp. 586-587.

²⁸⁵⁵ MARÍN CALERO, C., *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 77.

especialmente en relación con la posibilidad de mejorarlos. Frente a estos problemas caben diversas soluciones y criterios. Entre los notarios, al igual que en cualquier otro colectivo humano implicado, hay diversas posiciones a la hora de afrontarlos. La respuesta de cada notario depende de diversos factores, alguno de los cuales reseñan Lora-Tamayo Rodríguez²⁸⁵⁶ y Marín Calero²⁸⁵⁷:

1.- Su nivel de formación y conocimiento jurídico en los temas de personas con discapacidad. En algunos casos puede que no haya sido lo suficientemente estudiado o comprendido.

2.- Su grado de conocimiento sobre la realidad vital de las personas con discapacidad. No es frecuente que los notarios vean en persona a los discapacitados, que interactúen con ellos, ni que lleguen a conocer sus opiniones, su modo de vivir, su integración social ni personal ni profesionalmente. El motivo de su comparecencia (directa o indirecta a través de representación) no suele ser un acto cotidiano de estas personas, sino algún acontecimiento extraordinario. Es decir, que los notarios, por su actividad profesional, no tienen “mucho contacto con la vida ordinaria de los discapacitados psíquicos”²⁸⁵⁸.

3.- El grado de compromiso que adoptan en relación al principio de inmediatez, que en nuestra opinión debería darse prácticamente en todos los casos, estuviera o no incapacitado judicialmente; pero que en la inmensa mayoría de las ocasiones en este último caso no se da.

4.- Su relación con las asociaciones del mundo de la discapacidad. Estas suelen recabar la colaboración de los notarios; por un lado, para su vida interna, pues como asociación necesitan otorgar escrituras de la más diversa índole; de otro lado, para dar charlas informativas a los padres de los discapacitados sobre cuestiones jurídicas relacionadas con ellos²⁸⁵⁹.

5.- La realidad social y económica de la zona donde ejerce. Las posibilidades de integración y vida independiente de las personas con discapacidad no son las mismas en territorios con un alto desarrollo que en otros más degradados, ni en las grandes ciudades que en el campo, ni en las zonas industriales que en las agrarias, etc.

²⁸⁵⁶ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, nº 4-5, 2015-2016, pp. 101-102.

²⁸⁵⁷ MARÍN CALERO, C., *La integración jurídica y patrimonial...*, cit., p. 77.

²⁸⁵⁸ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., pp. 102-103.

²⁸⁵⁹ MARÍN CALERO, C., *La integración jurídica y patrimonial...*, cit., p. 77.

6.- Los diferentes puntos de vista ideológicos que conforme al ejercicio de su libertad tenga cada profesional.

7.- Las experiencias personales de cada notario.

8.- Su mayor o menor interés y compromiso con el respeto y cumplimiento de los DDHH y correlativamente de los derechos de las personas con discapacidad.

9.- Su posición doctrinal respecto a la relación entre la legislación española y la CDPD, puede considerar que la cumple y basta con su aplicación adaptada; o que no y propugnar una profunda reforma legislativa y hasta que se produzca, actuar conforme a sus principios.

2.2.- Aplicación jurídico práctica

Creemos que como operador jurídico directamente implicado, el notario en el ejercicio de su profesión debe aplicar el sistema derivado del art. 12 CDPD, sin perjuicio de los criterios contrarios que también tienen sus argumentos.

Estamos de acuerdo con Pérez Gallardo²⁸⁶⁰ cuando afirma que “el notario, que es guardián en primera fila de los derechos de las personas y baluarte de su ejercicio”, debe ser el primer aplicador del art. 12 CDPD.

La incapacitación de la persona solo puede hacerse por vía judicial, en ningún caso puede determinarla el notario, que se limita a apreciar la capacidad legal del sujeto en un momento determinado y para otorgar un instrumento público concreto, y en caso de anomalías comunicarlas al MF.

El notario, al resolver las situaciones que se le plantean sobre los actos y negocios jurídicos de las personas con discapacidad, en ningún caso puede ser una barrera a la integración social efectiva de estas personas. Todo lo contrario, debe ser el primer apoyo, debe velar para que sus DDHH sean garantizados y pueda ejercerlos con igualdad, ejercitando su autonomía, tomando sus propias decisiones y participando en cada acto de su vida personal y patrimonial, y para ello siempre que sea factible deben ser oídas personalmente. Hay que “humanizar la discapacidad”.

Esta aplicación del art. 12 CDPD ha de ser racional y lógica, por ello los apartados 3º y 4º del art. reclaman que los Estados partes brinden los apoyos necesarios

²⁸⁶⁰ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., p. 584, 586-588.

y las salvaguardias pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercitar su capacidad jurídica.

“Las personas con discapacidad, incluidas las psíquicas o intelectuales, protagonizan sus propios actos”, asistidas por alguna de las personas de apoyo, “ya se trate de un tutor parcial, curador, guardador, administrador, consejero, asistente, ayudante o intérprete en el lenguaje de señas”. En todos los casos, “con salvaguardias que velen por el correcto ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”.

Parte de estos actos se ejercitan ante el notario y este debe estar preparado y aplicar la nueva filosofía de la CDPD. El derecho notarial debe ser garante de la seguridad jurídica, pero también debe ofrecer alternativas viables para el ejercicio de los derechos de estas personas.

En la práctica, si los notarios tienen alguna sospecha de que la persona no está en pleno ejercicio de la capacidad jurídica, en la mayoría de las ocasiones se abstienen de autorizar el instrumento público, con lo que de entrada evitan posibles responsabilidades y teóricamente no causan mayor perjuicio, pero no es así porque están incapacitando de hecho y violando un derecho humano, que hoy aún no tiene consecuencias civiles pero debería tenerlas morales. Esto debe cambiar. Afirma Pérez Gallardo²⁸⁶¹ que “el notario ha de diseñar el acto o negocio jurídico a la medida del sujeto”, según sus facultades, utilizando los apoyos necesarios para que exteriorice su voluntad. El notario será el primer recurso, el primer apoyo con el que cuente la persona con discapacidad y debe velar por la protección del interés superior de esta persona.

No se trata que todas las personas, con o sin discapacidad, puedan hacer exactamente lo mismo de la misma manera, sino que todos con igualdad puedan ejercitar sus derechos, hasta los límites permisibles, o los que el juez haya previsto; y en su caso, con la ayuda de los apoyos y con las salvaguardias oportunas.

Se debe revisar a la par que la legislación civil y procesal, la normativa que rige el notariado y mientras tanto, y a nivel corporativo, su modo de actuar, adaptando sus conceptos, instituciones, definiciones y su ejercicio profesional a esta sociedad plural y a las máximas derivadas de la CDPD.

²⁸⁶¹ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., pp. 590-591.

En esta coyuntura nos planteamos, junto a otros autores como Lora-Tamayo Villaceros²⁸⁶², qué pueden hacer los notarios, si hay “que esperar a que se produzcan los esperados cambios legislativos” o ya hay posibilidades de aplicación de la CDPD.

Para aplicar cualquier normativa, lo primero es estudiarla y conocerla. A este respeto, “tanto a nivel individual como colegial, sería necesario dar una mayor difusión a la existencia y principios formulados en la CDPD”, que segura y extrañamente siguen siendo desconocidos para algunos notarios.

La Fundación Aequitas²⁸⁶³ está realizando una gran labor, pero había que ir más allá. Por ello, se ha redactado la Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad (GNBP)²⁸⁶⁴.

Así, Lora-Tamayo Villaceros²⁸⁶⁵, indica que estas cuestiones “no son fáciles de resolver y exigen cautela por parte de los notarios”, pero estos deben asumir sus responsabilidades. Sin el ejercicio de sus derechos, sin su participación efectiva, las personas con discapacidad no pueden integrarse en la sociedad ni mejorar su autoestima. Esta participación efectiva ya se está produciendo en muchos otros ámbitos: social, laboral, educativo, etc., y se echa a faltar en el jurídico.

Como afirma Carnelutti²⁸⁶⁶, el notario “no es solo un consultor jurídico, sino, el más alto grado, un consultor moral”. Según Pérez Gallardo²⁸⁶⁷, “le compete la labor de asesoramiento y la de consejo, la primera sobre la base de sus conocimientos científicos, su pericia profesional, su dominio del derecho positivo, de la doctrina, de la jurisprudencia. La segunda, como hombre o mujer de experiencia, como ser humano

²⁸⁶² LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., “Comparezcan las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, n° 80, julio-agosto 2018. Consultado en:

<<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-80/opinion/opinion/8795-comparezcan-las-personas-con-discapacidad>>

²⁸⁶³ FUNDACIÓN AEQUITAS, “La Fundación”. Consultado en:

<<http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/quienes-somos/la-fundacion>>

Constituida en el año 1999 por el CGN para que “canalizara las aportaciones que puede realizar el notariado en su conjunto, y los notarios y otros profesionales individualmente, en relación con la discapacidad y la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran numerosas personas”.

²⁸⁶⁴ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública”, Comisión de DDHH, 2020. La guía se presentó y aprobó por unanimidad en la última Asamblea de los Notariados miembros de la UINL celebrada en Yakarta. Su objetivo es proporcionar unas directrices comunes a los 89 notariados del mundo que les ayuden a cumplir la CDPD. Consultado en: < <https://www.notariado.org/portal/en/-/gu%C3%ADa-de-buenas-pr%C3%A1cticas-para-personas-con-discapacidad-del-notariado-mundial-1>>

²⁸⁶⁵ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., “Comparezcan las personas con discapacidad”, cit.

²⁸⁶⁶ CARNELUTTI, F., “La figura jurídica del notariado”, en L. B. Pérez Gallardo/G. Cam Carranza/M. A. Arévalo (dir.), *Lecturas esenciales de Derecho Notarial*, n° 1, Gaceta Notarial, Lima, 2011, p. 149.

²⁸⁶⁷ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., p. 625.

que ha vivido y sabe transmitirla”. Para De la Cámara Álvarez y Roan Martínez²⁸⁶⁸, “el notario no solo tiene que asesorar, sino que en la mayoría de los casos debe dar su consejo cuando se le pida”. “El asesoramiento parece tener un gran fondo técnico; el consejo tiene una extraordinaria carga humana”. “El asesoramiento se pide al notario como tal notario; el consejo, al notario y al hombre que está detrás de él”.

3.- Intervención ante el notario de una persona con discapacidad

Hablamos lógicamente de una persona que pueda comparecer en la medida que sea, porque no tenga una disminución tan intensa que le impida totalmente comunicarse ni una demencia absoluta. En estos casos el notario debería seguir unas pautas.

3.1.- Procurar su intervención

A pesar de que la DGRN, como señala Marín Calero²⁸⁶⁹, “ha dictaminado que es inaceptable la actuación conjunta de la propia persona con discapacidad junto con la de otra que le presta apoyo (en uso, precisamente, de la técnica operativa patrocinada por la CDPD), ya que en su opinión, es de orden público la actuación sustitutoria, por representación legal, sin participación de la persona con discapacidad, y sobre todo, bajo supervisión judicial”; pero esta opinión no es unánime ni aceptada pacíficamente, creemos que en la actualidad el notario debe procurar y facilitar la intervención de la persona con discapacidad en los documentos que le afecten.

Como mínimo debería escuchar a la persona con discapacidad, asegurarse de cuál es su voluntad, recogiendo esta audiencia en el documento, dando fe de ella y plasmando la intervención del mismo, procurando, si supiere hacerlo, que lo firme. Y esto puede y debería hacerse exista o no declaración judicial modificativa de la capacidad. Es lo congruente con los principios de la CDPD. La persona con discapacidad tiene una capacidad propia, tiene derecho a ejercerla y el notario debe respetarla, y lograr la máxima autonomía posible²⁸⁷⁰.

²⁸⁶⁸ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. y ROÁN MARTÍNEZ J., “La formación y selección del notario”, *Revista Jurídica del Notariado*, Colegios Notariales de España, Junta de decanos, año XV, número LXI-LXII, julio-diciembre, 1968, p. 163.

²⁸⁶⁹ MARÍN CALERO, C., “Actuaciones notariales en materia de protección de la discapacidad”, en U. Nieto Carol (dir.), *GPS Notarial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1826-1827.

²⁸⁷⁰ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., p. 103.

Hay que acabar con la incomparecencia de las personas con discapacidad que han sido judicialmente incapacitadas en el otorgamiento²⁸⁷¹. Creemos, al igual que Pérez Gallardo²⁸⁷², que tienen que comparecer, salvo casos extremos, y ser oídos antes de autorizar un instrumento público que les concierna, deben “ser protagonistas de sus propios actos y negocios” y ejercer su autonomía. La intermediación notario-cliente con discapacidad es básica. Este puede ser el primer cambio efectivo, sustancial, directamente aplicable que puede establecerse, la comparecencia y, en su caso, firma de estas personas en nada perjudica el documento y sí le añade un plus.

Las personas con capacidades diferentes tienen las mismas necesidades jurídicas que cualquiera y la CDPD exige darles una orientación personalizada. Para ello el notario tiene que poder comunicarse con la persona con discapacidad y prestarle un asesoramiento técnico que deberá adaptar al grado de comprensión y entendimiento de cada cual, y si el notario no está preparado, dada la complejidad y variedad de las discapacidades intelectuales y psíquicas existentes, deberá buscar apoyos.

Al autorizar un documento público redactado en lenguaje jurídico conforme a la voluntad de una persona con plena capacidad jurídica, pero sin instrucción, los notarios en la explicación que le dan al otorgante, traducirán ese lenguaje a palabras ordinarias, para que el compareciente lo entienda²⁸⁷³. Si eso se hace con cualquiera y de modo habitual, más tiene que hacerlo el notario cuando comparezcan personas con capacidad diversa, pero con capacidad jurídica, conforme al art. 12 CDPD²⁸⁷⁴.

3.2.- Controlar la capacidad de su intervención

Procurar que sea la propia persona con discapacidad quien otorgue el negocio jurídico que se escritura o al menos participe en él, supone ciertas matizaciones y

²⁸⁷¹ Lo hace el tutor en su representación, sustituyéndole en la toma de decisiones.

²⁸⁷² PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., pp. 625-626.

²⁸⁷³ Como indica GATTARI, C. N., *Manual de Derecho notarial*, ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1997, p. 90; respecto al lenguaje y la terminología en los documentos públicos notariales, “se debe usar de los términos que corresponden al lenguaje medio, o sea, de un entorno de relativa cultura, lo cual no prohíbe las estrictamente científicas, que en una sola expresión fijan más correctamente lo buscado. Allí es donde se ve al buen notario. Tiene toda la audiencia para desentrañar y explicar palabras y significados a las partes, en la medida en que estas puedan desconocerlas o interpretarlas incorrectamente, lo cual no es solo señal de respeto hacia aquellas, sino que integra el deber de asesoramiento funcional y de docencia profesional”.

²⁸⁷⁴ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., p. 632.

prudencia. La primera será distinguir según la persona tenga o no modificada judicialmente su capacidad.

3.2.1.- Capacidad modificada judicialmente

Si la persona con discapacidad está incapacitada, es decir, existe una sentencia judicial que establece ese estado, el notario deberá atenerse a lo que disponga la sentencia y al sistema de guarda previsto, tutela (con representación) o curatela (con apoyo).

Si hay una incapacitación judicial y una designación de tutor, con arreglo a la actual legislación, el tutor debe sustituir al incapacitado en la prestación del consentimiento. Pero puede ser coherente con la CDPD la comparecencia adicional de la persona con discapacidad, salvo incapacidad absoluta. En muchas ocasiones y dados los procedimientos judiciales seguidos durante muchos años, es posible que tenga una capacidad suficiente de entender y querer, o al menos de expresar su voluntad²⁸⁷⁵.

Pero afirma Lora-Tamayo Rodríguez²⁸⁷⁶ que “el notario tiene que tener una inmediación con la persona discapacitada y si su capacidad natural lo permite, recabar su consentimiento”. Si este no lo da, el tema se complica a la vista de la CDPD. Legalmente en estos casos el representante puede actuar sin más. Pero considerando que el ejercicio de la capacidad es un derecho humano, creemos que el notario no debería autorizar un documento otorgado por el tutor en contra de la voluntad de la persona con discapacidad si esta le consta, porque considerando el principio de la autonomía de la voluntad, hoy preponderante, existiría un conflicto de intereses que lo más prudente sería resolver judicialmente; y en este caso, el juez para autorizar el acto de que se trate debería escuchar a la persona con discapacidad, si tiene suficiente capacidad natural.

Esto es discutible, pero la CDPD obliga a dar un tratamiento diferente al actual a la persona con discapacidad. El art. 3.1 CC nos induce a ello, al ordenar que: “1. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.*”.

²⁸⁷⁵ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., “Comparezcan las personas con discapacidad”, cit.

²⁸⁷⁶ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., pp. 107-108.

Pero como luego veremos, hay que tener en cuenta que el notario es garante de la seguridad jurídica.

3.2.2.- Capacidad no modificada judicialmente

3.2.2.1.- Capacidad natural

Indica Lora-Tamayo Rodríguez²⁸⁷⁷, que si la persona con discapacidad no la tiene modificada judicialmente, “el notario deberá examinar si por la naturaleza del acto o negocio jurídico de que se trate tiene capacidad natural y, en caso afirmativo, autorizará sin más el documento”; y esta capacidad debe ser la suficiente para la comprensión normal de ese negocio y sus consecuencias, no hace falta ser un experto en la materia. Pérez Gallardo²⁸⁷⁸ destaca cómo “el discernimiento o voluntad del sujeto no puede medirse en términos matemáticos”. Compete al notario controlar la capacidad natural del sujeto en el momento mismo del otorgamiento, partiendo de que la capacidad se presume.

La legislación notarial exige la capacidad del otorgante para el acto o negocio concreto y no en abstracto. El art. 167 RN, dispone: *“El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”*.

En esta línea de apertura de los cauces notariales se manifiesta Rueda Díaz Rábago²⁸⁷⁹ indicando que a la luz de la legislación española aplicable y la CDPD, “la situación en cuanto a la capacidad de las personas ha cambiado. Tenemos como esquema clásico: quien no tenga capacidad, por haber sido privado de ella (incapacitado) o no superar el juicio de capacidad para cada caso, no puede hacer negocios jurídicos. Este esquema se puede considerar superado por imperativo de la

²⁸⁷⁷ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., p. 103.

²⁸⁷⁸ PÉREZ GALLARDO, L., “Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: un intento de posibles respuestas. Especial referencia a las personas con discapacidad”, en L. Pérez Gallardo (dir.), *Discapacidad y Derecho civil*, ed. Dykinson, Madrid, 2014, p. 63

²⁸⁷⁹ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., “Capacidad para testar y para otros actos jurídicos”, Ponencia presentada en las jornadas celebradas en Madrid, abril de 2012, AEquitas, Madrid.
Consultado en: <http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=79c55779-269b-46bf-8108-1be6e30e1cc1&groupId=10228>

Convención: quien no tenga capacidad debe de ser apoyado, en lo posible, para poder hacer negocios jurídicos”.

Para Pérez Ramos²⁸⁸⁰, “después de la CDPD todo ha cambiado en esta materia, debemos superar el binomio capacidad de obrar plena-incapacidad”, y “hablar de un concepto más amplio: el de “capacidad de obrar suficiente”, que será aquella capacidad que sin ser la capacidad de obrar plena (mayor de edad no incapacitado) sea bastante para consentir un acto que claramente beneficia a la persona con discapacidad; y esta será la capacidad natural de entender el significado y querer el resultado del acto”.

3.2.2.2.-Interés de la persona con discapacidad

Según Pérez Ramos²⁸⁸¹, si conforme al art. 49 CE siempre debe prevalecer el interés de la persona con discapacidad, “en lugar de negar sin más capacidad de obrar a una persona por ser discapacitada psíquica debe reconocérsele, según los casos, capacidad para consentir ciertos actos que le beneficien”. Así resulta del art. 10 CE, ya que si el discapacitado debe poder desarrollar libremente su personalidad, “se le debe también permitir desarrollarla en la esfera patrimonial para lo que debe atribuírsele una cierta capacidad de obrar”. Y fundamentalmente del art. 12 CDPD, “que ordena a los Estados firmantes que adopten las medidas precisas para que los discapacitados puedan recibir apoyo en el ejercicio de su capacidad de obrar”.

Destaca Lora-Tamayo Villacieros²⁸⁸² que si no hay ninguna incapacitación, “podríamos diferenciar los negocios jurídicos en los que los efectos fueran beneficiosos para la persona con discapacidad (el caso típico de una donación pura y simple), en el que podrían prestar su consentimiento las mismas, al no estar incapacitados por la ley para ello (art. 625 CC), de aquellos otros en los que puedan existir contraprestaciones o los efectos no sean tan beneficiosos”. Con arreglo a la actual legislación, “no parece posible el otorgamiento de estas escrituras sin una previa modificación de la capacidad y designación de representante legal”. Desde luego en estos casos sería deseable un rápido cambio normativo que permitiera que las personas con discapacidad pudieran actuar con los apoyos y los ajustes razonables.

²⁸⁸⁰ PÉREZ RAMOS, C., “El problema de la capacidad de obrar de los discapaces”, *El Notario del Siglo XXI*, n° 42, marzo-abril 2012. Consultado en:

< <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-42/497-el-problema-de-la-capacidad-de-obrar-de-los-discapaces-0-1091722474518905>>

²⁸⁸¹ PÉREZ RAMOS, C., “El problema de la capacidad de obrar de los discapaces”, cit.

²⁸⁸² LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., “Comparezcan las personas con discapacidad”, cit.

3.2.2.3.- Apoyos

Puede que la persona necesite de apoyos para ejercer su capacidad. Ella otorgará el negocio, pero con los apoyos pertinentes²⁸⁸³.

El primer apoyo debe ser el del notario, así Pérez Gallardo²⁸⁸⁴ señala que “el notario tendrá que saber comunicarse con la persona con discapacidad”, “para determinar lo que realmente quiere”.

Concreta Lora-Tamayo Rodríguez²⁸⁸⁵ que, “sin embargo, la actuación notarial puede no ser suficiente, incluso para salvaguardar la responsabilidad del notario. Habrá que buscar más apoyos”.

“El certificado o el dictamen médico ayuda a reforzar el juicio del notario sobre la capacidad”. Si la persona discapacitada previó estos apoyos, habrá que atenerse a su voluntad y el problema quedará resuelto; pero si no lo hizo, el notario deberá encontrar “a las personas que presten el apoyo, evitando las influencias indebidas y el conflicto de intereses”.

En todo caso, “la responsabilidad última del juicio de capacidad corresponde al notario, que no puede quedar vinculado en sentido positivo o negativo, por el juicio de terceros, aunque de peritos se trate, sin olvidar la prudencia que siempre debe informar la actuación del notario”.

4.- Comparecencia de los apoyos a la persona con discapacidad

4.1.- Resolución judicial previa

Si existe una resolución judicial que limita la capacidad de una persona y esta quiere realizar un negocio jurídico, el notario deberá ceñirse a la resolución para determinar en cada caso cómo se suple o complementa la capacidad y a los apoyos que fije la sentencia para comparecer y otorgar el documento.

Pero el notario en este tema tiene una dificultad importante porque no hay un método idóneo y seguro para saber si existe o no esa resolución. En principio, a lo único que hoy puede atenerse el notario es a las manifestaciones de los comparecientes sobre

²⁸⁸³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., p. 105.

²⁸⁸⁴ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., p. 627.

²⁸⁸⁵ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., p. 106.

la existencia de una sentencia que modifique la capacidad de alguno de los interesados, y además deben acreditarla, sin perjuicio de su individual juicio de capacidad.

Si con desconocimiento del notario la persona que tiene la capacidad modificada judicialmente, por cualquier causa: la propia incapacidad, negligencia, ignorancia o dolo; realiza efectivamente un acto de trascendencia jurídica, la validez y eficacia de tal acto estará afectada por este hecho, lo que supone un problema para la persona afectada, los que contratan con él y la seguridad del tráfico en general²⁸⁸⁶.

Lo mismo sucede si el acto lo efectúa alguien con un poder de una persona que ha sido incapacitada, lo que en principio extinguiría el mandato, salvo los poderes preventivos. El poder que fue conferido por el incapacitado antes de serlo podría producir efectos, pues el notario, como señalan Cabello de Alba y Planells del Pozo²⁸⁸⁷, “no tiene medios para conocer la sentencia de incapacitación” y la correlativa “extinción del mandato o poder”, salvo que lo manifiesten las partes, que también pueden ignorarla.

Esto se podría solucionar “con un acceso telemático al RC similar al que el notario tiene ya con relación a otros registros públicos”.

Si el incapacitado “ha realizado un acto o negocio sin los requisitos establecidos” legalmente, este podrá anularse, a instancia del representante legal del incapacitado, o de este mismo si llega a recuperar la capacidad. El plazo para ejercitar la acción es de cuatro años, que en caso de incapacitados solo correrá desde que recuperan la plena capacidad. La persona que haya contratado con el incapacitado no podrá demandar la nulidad basándose en esta causa.

Si el notario, por cualquier medio, tiene conocimiento de la sentencia modificativa de la capacidad de la persona, deberá respetar en cada caso el sistema de guarda y protección que en ella se haya establecido por la autoridad judicial, los que hoy existen en el ordenamiento español son: la tutela, la curatela, el defensor judicial, la patria potestad prorrogada o rehabilitada y el guardador de hecho.

Salvo el último, todos requieren la previa incapacitación de la persona, con lo que si esta necesita apoyo o asistencia para ejercer su capacidad jurídica necesariamente ha de ser privado de ella, lo que es totalmente contrario a la CDPD.

²⁸⁸⁶ CABELLO DE ALBA, F., y PLANELLS DEL POZO, M^a C., “Función notarial y discapacidad”, en P. Aguirre Zamorano/M. Torres Vela (dir.), *Guía de buenas práctica sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia*, Consejo General del Poder Judicial, ed. Lual Ediciones, 2011, p. 60.

²⁸⁸⁷ CABELLO DE ALBA, F., y PLANELLS DEL POZO, M^a C., “Función notarial...”, cit., p. 61-63.

En todas, salvo la guarda de hecho, hay que acreditarle al notario el nombramiento judicial y la aceptación del cargo, lo que suele hacerse con un testimonio de la sentencia.

Estas instituciones las estudiamos extensamente en otras partes del trabajo, ahora reseñaremos brevemente lo concerniente a su comparecencia ante el notario.

4.1.1.- Tutela

El tutor es el representante legal del tutelado, con exclusión de aquellos actos que pueda realizar por sí solo, por disposición legal o de la sentencia de incapacitación. Supone la sustitución de la persona con discapacidad, por lo que para celebrar cualquier negocio jurídico es el tutor el que comparece en la notaría en nombre del tutelado, le representa, por lo que este no interviene.

Teniendo en cuenta que hay actos y contratos que el tutor no puede realizar y que podrá hacerlos el tutelado por sí solo y otros para los que el tutor necesita autorización judicial o aprobación judicial posterior.

4.1.2.- Curatela

El curador solo interviene en los actos que la sentencia de incapacitación determine, los demás podrá realizarlos el sujeto a curatela por sí solo.

Es una institución tuitiva inversa a la tutela, el tutor representa al tutelado en todos sus actos salvo que la sentencia establezca lo contrario; el curador asiste solo en los casos que la sentencia haya establecido. El tutor “representa” y el curador “asiste”.

Para realizar algún negocio ante el notario, en la tutela comparece el tutor y no el tutelado; y en la curatela comparecen el sujeto a la misma y el curador, que solo autoriza o complementa el negocio que realiza el sujeto a curatela.

En teoría, es mucho más respetuosa con la autonomía de la voluntad y con los principios de la CDPD. La realidad es que se ha usado poco, a pesar de que en los últimos tiempos está en auge²⁸⁸⁸.

4.1.3.- Defensor judicial

²⁸⁸⁸ CABELLO DE ALBA, F., y PLANELL DEL POZO, M^a C., “Función notarial...”, cit., p. 63.

Lo nombra la autoridad judicial si existe algún conflicto de intereses entre el menor o incapacitado y su representante legal o el curador.

Se designa para uno o varios negocios concretos y no con carácter general, lo que la diferencia de las instituciones anteriores.

Destacan Cabello de Alba y Planells del Pozo²⁸⁸⁹ que “su régimen de funcionamiento es idéntico al de la institución a que sustituye. Así, en caso de tutela será el defensor judicial quien comparezca ante el notario y preste su consentimiento”. En caso de curatela, el defensor lo asistirá en los mismos términos que el curador.

4.1.4.- Patria potestad prorrogada o rehabilitada

Si un menor es incapacitado antes de alcanzar la mayoría de edad se prorroga la patria potestad; y si lo es el hijo mayor de edad que convive con los padres o con uno de ellos, se rehabilita.

A pesar de que el juez en la sentencia de incapacitación podría especificar el régimen de su ejercicio, esto no se hace en la práctica y simplemente se aplica todo el régimen de la patria potestad.

Por tanto, son los progenitores o el que de ellos la ejerza, los representantes legales de los hijos como si fueran menores.

Serán estos los que comparecerán ante el notario, sustituyendo a sus hijos incapacitados para consentir, en representación de los mismos.

4.2.- Guardador de hecho

Como dice su nombre, es una institución de hecho y no de derecho.

Es la persona que guarda o defiende a otra que tiene alguna clase de afección o discapacidad que le hace necesitar apoyo.

Es una figura muy numerosa en la práctica pero con escasa regulación en nuestro derecho. Puede actuar en representación del guardado, sustituyéndole y también apoyándole. La persona que contrata con el guardado con la intervención del guardador está en una extraña situación con pocas garantías ya que de entrada los actos pueden ser impugnados si perjudican al guardado.

²⁸⁸⁹ CABELLO DE ALBA, F., y PLANELLS DEL POZO, M^a C., “Función notarial...”, cit., p. 64.

En lo referente a la comparecencia ante el notario, la actuación del guardador de hecho será bastante limitada, porque tiene un problema básico y es que la representación que alega tendría que probarse con una titulación documental adecuada, lo que hoy día resulta muy difícil²⁸⁹⁰.

4.3.- Normativa para la accesibilidad notarial

Es obligación del notario autorizante averiguar la voluntad real del compareciente, para ello tiene que comunicarse con él. Y si resulta que alguno de los otorgantes tiene una discapacidad que dificulta esa comunicación²⁸⁹¹, habrá que proporcionarle los apoyos necesarios para que ello sea posible, porque así puede ejercer su capacidad. Además, eso es lo adecuado conforme a la CDPD.

Para facilitar esta comunicación hay una serie de normas especiales. El art. 193 párr. 4º RN establece un ajuste razonable, recogiendo criterios previos de la DGRN dice: *“Si alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leerla por sí; si no pudiere o supiere hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el notario y que suscribirá, asimismo, el documento; si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el notario.”*.

En materia testamentaria se establecen algunos supuestos especiales que facilitan el otorgamiento del testamento a personas con discapacidad.

Art. 697 CC: *“Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:*

1.º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.

2.º Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.

Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.

3.º Cuando el testador o el Notario lo soliciten.”

²⁸⁹⁰ CABELLO DE ALBA, F., y PLANELLS DEL POZO, Mª C., “Función notarial...”, cit., pp. 64-65.

²⁸⁹¹ CABELLO DE ALBA, F., y PLANELLS DEL POZO, Mª C., “Función notarial...”, cit., pp. 65-66.

Aunque no lo menciona expresamente, puede intervenir un intérprete de la lengua de signos, lo que ha sido aceptado por la DGRN²⁸⁹².

Si la persona que pretende otorgar testamento ha sido incapacitada, el art. 665 CC establece: *“Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”*. En primer lugar, hay que ver lo que dice la sentencia de incapacitación, si excluye tal posibilidad la persona no podrá otorgar testamento. En la práctica pocas sentencias de incapacitación se han referido a este extremo, por lo que hay que estar al art. 665 CC. Este art. ha sido criticado por la doctrina ya que si la sentencia no contiene pronunciamiento al respecto se debería presumir la capacidad para testar, y su apreciación quedaría sujeta a los principios generales del juicio de capacidad notarial.

Respecto al testamento cerrado, según el art. 708 CC: *“No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer.”* y establece el art. 709 CC unas formalidades especiales para quienes no puedan expresarse verbalmente pero sí escribir²⁸⁹³.

4.4.- Intervenciones novedosas

El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad a la luz de la CDPD exige nuevas formas de intervención en el documento público que vayan más allá de las formas clásicas de por sí o por representación; como la de quien tenga que

²⁸⁹² La RDGRN, de 31 de agosto de 1987 (TOL 921.745), acepta que un sordo que no sepa leer ni escribir pueda otorgar escrituras públicas comunicándose a través de personas técnicas en lenguas de señas *“Es aplicable analógicamente al supuesto de intervención en escritura notarial de sordomudo que no sepa leer y escribir, lo dispuesto por el artículo 150 del Reglamento Notarial sobre la comparecencia de extranjeros que desconocen el idioma español y, en su virtud, puede utilizarse la presencia de intérpretes que puedan garantizar, bajo su responsabilidad, el traslado al interesado de cuanto le dice o escribe el Notario en el instrumento.”*.

²⁸⁹³ Art. 709 CC: *“Los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:*

1.º El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706

2.º Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él.

3.º A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 en lo que sea aplicable al caso.”.

prestar el apoyo o la ayuda, un asistente, que actuaría de un modo similar a un curador, y así concurrirá en el instrumento público.

Hace un siglo Sancho-Tello²⁸⁹⁴ distinguía comparecencia por sí, cuando se hace coincidir al sujeto del derecho material, parte del acto o del negocio, con el compareciente del instrumento; o comparecencia por representación, en nombre e interés de otro, en el que se incluyen los supuestos de representación legal y voluntaria. Eso es lo que el ordenamiento jurídico notarial vigente regula.

Art. 164 RN: *“La intervención de las otorgantes se expresará diciendo si lo hacen por su propio nombre o en representación de otro, reseñándose en este caso los datos identificativos del documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia, no siendo preciso que la representación legal se justifique si consta por notoriedad al autorizante.*

Si la representación no resultare suficientemente acreditada a juicio del notario autorizante y todos los comparecientes hicieren constar expresamente su solicitud de que se autorice el instrumento con tal salvedad, el notario reseñará dichos extremos y los medios necesarios para la perfección del juicio de suficiencia. En tal caso, cuando le sean debidamente acreditados, el notario autorizante o su sucesor en el protocolo así lo harán constar por diligencia, expresando en ella su juicio positivo de suficiencia de las facultades expresadas. En todas las copias que se expidan con anterioridad a dicha diligencia el notario hará constar claramente que la representación no ha quedado suficientemente acreditada.

También se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que sólo comparezcan al efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato.”.

Este último apartado resulta muy interesante porque amplía la posibilidad de comparecer a los que solo lo hacen para completar la capacidad, que sería el caso de un apoyo puntual a la persona.

La concepción dual es superada por la CDPD. Quien concorra “como curador, apoyo, asistente, guardador, o consejero de la persona con discapacidad, también comparece en el instrumento y su conformidad es requisito de validez del acto o negocio jurídico, en función de lo dispuesto en la sentencia. Esta asistencia solo

²⁸⁹⁴ SANCHEZ-TELLO Y BURGUETE, V., *Derecho Notarial de España*, 2ª ed., ed. Librería de Ramón Ortega Valencia, 1900, pp. 141-142; PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., pp. 632-633.

complementará el ejercicio de la capacidad jurídica, pero es un presupuesto necesario para el acto o negocio. Quien comparece a pesar de su discapacidad, intelectual o psíquica, requiere del asistente, y ambos expresan una declaración de voluntad en el instrumento²⁸⁹⁵. De modo que la voluntad negocial de esa parte está formada por la declaración de voluntad de ambos: de la persona con discapacidad y la del asistente o curador. Se trata de asistencia, no de representación ni sustitución²⁸⁹⁶.

Como expresa Tamayo Clares²⁸⁹⁷, cuando comparecen quienes concurren para complementar el ejercicio de la capacidad jurídica, “en las escrituras se hará constar el carácter con que intervienen y el notario exigirá el testimonio o copia de la resolución judicial que establece el apoyo o complemento”.

4.5.- Testigos de asistencia

Una categoría especial de apoyos, para que las personas con discapacidad ejerciten por sí mismas su capacidad jurídica, lo prestan los testigos de asistencia.

La normativa notarial ya los regulaba, mucho antes de que la CDPD mencionara la necesidad de apoyos, en el art. 195 párr. 1º RN que establece: “*Se firmarán las escrituras matrices con arreglo al párrafo segundo del artículo 17 de la Ley, pero si los otorgantes o alguno de ellos no supiese o no pudiese firmar, lo expresará así el notario y firmará por el que no lo haga la persona que él designe para ello o un testigo, sin necesidad de que escriba en la antefirma que lo hace por sí y como testigo, o por el otorgante u otorgantes que no sepan o no puedan verificarlo, siendo el notario quien cuidará de expresar estos conceptos en el mismo instrumento*”.

Los testigos asistenciales son apoyos legales, en sintonía con el art. 12.3 y 4 CDPD, el compareciente los elige por su grado de confianza en los mismos y aunque su función es auxiliar, son un soporte ineludible en el otorgamiento y autorización de algunos documentos públicos.

Indica Pérez Gallardo²⁸⁹⁸ que “deben su nombre a su concurrencia al instrumento público por solicitud expresa del compareciente, que pide o ruega que le asistan en el acto de autorización del documento por el notario”.

²⁸⁹⁵ En el mismo instrumento público o en otro posterior ratificando lo hecho.

²⁸⁹⁶ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., pp. 633-634.

²⁸⁹⁷ TAMAYO CLARES M., *Temas de Derecho Notarial*, 5ª ed., ed. Ilustre Colegio Notarial de Granada, 2001, p. 98.

²⁸⁹⁸ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., pp. 634-635.

4.6.- Necesidad de reforma

Indica Cabello de Alba²⁸⁹⁹ que el ordenamiento español mantiene la “concepción clásica de las funciones tuitivas”. Se requiere una reforma de estas instituciones y que las nuevas medidas de asistencia y apoyo no supongan la incapacitación previa de la persona de modo obligatorio, como ahora ocurre; que se establezcan para actos puntuales, atendiendo a la finalidad para la que se necesite asistencia y con la intervención de la persona afectada.

La Disp. fin. 1ª de la Ley 1/2009, ordena al Gobierno que en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor en junio de 2009, remita a las Cortes un proyecto de ley de reforma para su adaptación a las previsiones de la CDPD, mandamiento reiteradamente incumplido.

Hasta la fecha, la CDPD es el tratado de DDHH más importante del siglo XXI. Ha influido en varias modificaciones legislativas pero todavía el derecho civil o procesal no han sido reformados ni se han cumplido los dictados de este tratado internacional.

Además, sigue usándose un lenguaje decimonónico y discriminatorio.

Se deben sustituir los mecanismos clásicos de incapacitación por un sistema de apoyos y de salvaguardias²⁹⁰⁰. Como sostiene Pereña Vicente²⁹⁰¹, “el núcleo de la cuestión no es sustituir el sistema de incapacitación más tutela” por un “sistema de apoyos”. Podemos cambiar “toda nuestra legislación, suprimir la tutela, la curatela y el procedimiento de incapacitación y sustituirlo por un nuevo sistema de apoyos, referirnos a la “persona apoyada” y a la “persona que apoya” o al “gestor de apoyos””. Pero “si de la aplicación de este sistema se van a encargar las mismas estructuras que ahora se encargan de la incapacitación”, el sistema volverá a fracasar porque “las palabras por sí solas no resuelven los problemas”. Según Pérez Gallardo²⁹⁰², “no se trata, tan solo de cambiar el nombre a las instituciones, sino de cambiar la manera de pensar y los enfoques” con los que nos hemos formado y hemos aplicado en nuestra profesión. El gestor de apoyos, el tutor o el curador, deben tener “como objetivo primordial de su función prestar ese apoyo reclamado por la CDPD”. Añade Pereña

²⁸⁹⁹ CABELLO DE ALBA, F., “Alternativa desde el punto de vista notarial a la incapacitación a la luz de la Convención”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, ed. Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2015.

²⁹⁰⁰ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., pp. 647-648.

²⁹⁰¹ PEREÑA VICENTE, M., “La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad...”, cit., pp. 16-17.

²⁹⁰² PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., p. 648.

Vicente²⁹⁰³ que esto no se hace cambiando “el nombre al tutor, sino perfilando de nuevo sus funciones, concienciándole de su labor y de las implicaciones que la misma tiene para la dignidad de la persona y prestándole a él también ayuda y apoyos en esa labor”.

En este proceso tiene el notario una gran responsabilidad profesional y social. Para Pérez Gallardo²⁹⁰⁴, “hablar de discapacidad y derecho, es hablar de notariado, de fe pública, de documento público, de garantías jurídicas, de solemnidades, de cautela preventiva”. Señala Cavallé Cruz²⁹⁰⁵ que “la protección de los derechos de las personas con discapacidad es una de las materias en el día a día de los despachos notariales, con el fin de dar solución a las necesidades singulares de cada persona. Instituciones hoy tipificadas y reguladas como la autotutela, el mandato preventivo, el contrato de alimentos”, etc., han existido sin “regulación legal en los protocolos notariales, al amparo de la libertad de los otorgantes, guiados por la labor creadora del derecho de los notarios. El orden lógico y cronológico de la génesis de estas instituciones ha sido primero la práctica notarial, luego el reconocimiento por la jurisprudencia y finalmente su cristalización en una norma legal”.

Porcioles²⁹⁰⁶ concluye que “si el notariado no crea jurisprudencia, le aporta en cambio, inéditas fórmulas, abre cauces de nuevos compromisos doctrinales y coloca los primeros sillares de la futura legislación”.

II.- JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD TRAS LA CDPD

1.- Consideraciones generales

Ya examinamos en profundidad el juicio notarial de capacidad en el Tema IV. Ahora veremos la necesidad de su reorientación.

La CDPD debe suponer una revisión de este juicio, primero en conciencia; y posteriormente en la normativa. Por ello extraña que en el ALRD no figure ninguna mención a este tema y apenas aparezca en los proyectos de reforma legislativa, cuando además será la piedra angular del ejercicio de capacidad jurídica de la persona con

²⁹⁰³ PEREÑA VICENTE, M., “La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad...”, cit., pp. 16-17.

²⁹⁰⁴ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El Notario ante las recientes o posibles reformas...”, cit., p. 649.

²⁹⁰⁵ CAVALLÉ CRUZ, A., *El notario como garante de los derechos de las personas*, cit., p. 414.

²⁹⁰⁶ DE PORCIOLES, J. M., citado por VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Metodología de la Determinación del Derecho, II (parte sistemática)*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 1150.

discapacidad, porque es el que permitirá que tenga actividad en alguno de los actos jurídicos más importantes de la vida de la persona.

Creemos que hoy el notario debe tener en cuenta la existencia de la CDPD, su consideración de derecho vigente y su obligación de aplicarla. Y evidentemente, toda la legislación española que ha ido incorporando la Convención y que ya hemos visto.

Entre estas adaptaciones, es interesante mencionar el art. 58.5 párr. 2º LRC, que se refiere al expediente matrimonial y que dice: *“El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.”*. Esta es una norma singular en nuestro derecho que cumple las previsiones de la CDPD y puede servir para seguir sus pautas en otras actuaciones por analogía.

El art. 1 de la DUDH afirma que *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]”*. Pero todavía hay muchos casos de discriminación, y en particular, con el ejercicio de su capacidad, la que sufren las personas con discapacidad.

El art. 12.2 CDPD establece que *“[...] las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*.

En la CE son muchos los arts. que obligan a un tratamiento igualitario de las personas con discapacidad, p. ej. los arts. 1.1, 9.2, 10, 14, 49 CE.

Interpretando la CDPD, la Observación General número 1 del Comité CDPD, publicada en 2014²⁹⁰⁷, declara que “Tener capacidad jurídica significa que tienes derechos y obligaciones ante la ley y que eres responsable de tus actos.” y que “los países deben dejar de usar los sistemas sustitutivos de toma de decisiones y cambiar todas las leyes que discriminan a las personas con discapacidad.”.

²⁹⁰⁷ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LA ONU, “Observación general Número 1, observación sobre el derecho de las personas con discapacidad a ser iguales ante la ley”, hecho entre el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014, editado el 19 de mayo de 2014, pp.6- 8.

Sostiene la Circular del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Canarias, aprobada por acuerdo adoptado en la sesión de la Junta Directiva el día 18 de enero de 2019²⁹⁰⁸, que “en España está pendiente la reforma de la legislación en materia de capacidad de obrar”, “pero sobre todo lo que hace falta es un cambio de mentalidad en la sociedad y en los operadores jurídicos”. El notario, en la formación de “los juicios que, respecto de las cualidades de las personas, tiene que emitir” y sobre cuyo resultado ha de dar fe, no puede “pasar por alto la vigencia de la Convención de la ONU, ya que los Convenios, una vez ratificados y publicados, forman parte del ordenamiento jurídico, por lo que deben ser tenidos en cuenta y el ejercicio de la función notarial ha de interpretarse y ejecutarse conforme a sus principios”. “La naturaleza y características de la función notarial se acomodan a los objetivos de la Convención, por lo que el notario puede y debe desempeñar un papel relevante en los actos en los que interviene un discapacitado en el ámbito de las relaciones jurídico privadas”. “Desde el punto de vista de la Convención, la función notarial ha de ser un eficaz apoyo y salvaguarda en el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas, especialmente de los discapacitados”, ya que según el art. 147 párr. 4º RN *“Sin mengua de su imparcialidad, el notario [...] prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella”*.

El RN “regula conjuntamente la *“Comparecencia y capacidad de los otorgantes”*”²⁹⁰⁹, lo que es natural, ya que el juicio de capacidad del notario requiere contacto personal y directo con el sujeto. La inmediación o presencia de los comparecientes ante el notario, contribuye a fundamentar la presunción *iuris tantum* de veracidad del instrumento público, ya que el notario opera con personas y sobre hechos presentes, que tienen lugar en su presencia.”.

2.- Ley 14/2000

Partiendo de la normativa que nos afecta, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en su art. 43 dos, regulador del *“Régimen disciplinario de los Notarios”*, en su apartado 2, A, h), b, considera como infracción muy grave en la que pueden incurrir los notarios *“Toda actuación profesional que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua*

²⁹⁰⁸ ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE LAS ISLAS CANARIAS, Circular sobre el juicio notarial de capacidad de las personas con discapacidad, aprobada en la Sesión celebrada por la Junta Directiva el día 18 de enero de 2019, pp. 2-7.

²⁹⁰⁹ Título IV (*“Del instrumento público”*), Capítulo II (*“Del instrumento público”*), Sección 2ª (*“De las escrituras matrices”*), apartado a).

opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”. Y entre esta condición o circunstancia personal se encuentran las discriminaciones por razón de discapacidad.

3.- Informe de la Relatora Especial

El Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 12 de diciembre de 2017²⁹¹⁰, presenta “un estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley. En el estudio se proporciona orientación a los Estados sobre la manera de garantizar este derecho”, prestando especial atención al proceso de reforma de la legislación sobre la capacidad jurídica.

“V. El camino a seguir [...]

F. Fomento de la capacidad

76. Los Estados deben complementar las medidas de reforma legislativa con una formación destinada a las autoridades públicas, los funcionarios públicos, los proveedores de servicios, el sector privado, las personas con discapacidad, las familias y otros actores clave. Es imprescindible fomentar la capacidad respecto de la Convención para asegurar el ejercicio efectivo del derecho de las personas con discapacidad a la capacidad jurídica. La formación también debería abordar las formas concomitantes de discriminación en relación con la capacidad jurídica que afectan a las personas con discapacidad, los tipos de prejuicios y los obstáculos que enfrentan determinados grupos de personas con discapacidad, así como la manera de fomentar y prestar apoyo para la adopción de decisiones.

77. Los Estados deben promover la capacitación adecuada de quienes ejercen de notarios, ya que desempeñan una función importante en la conclusión y formalización de transacciones jurídicas (como contratos, testamentos y poderes), especialmente en los países de tradición jurídica romanista. En el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica. Por ello, es importante que los notarios entiendan el reconocimiento de la capacidad jurídica universal y el paradigma de apoyo introducido por la Convención, para que su labor no

²⁹¹⁰ NACIONES UNIDAS, “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Consejo de Derechos Humanos 37º período de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018. Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. A/HRC/37/56. Consultado en: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/360/35/PDF/G1736035.pdf?OpenElement>>

se traduzca en una restricción de facto de la capacidad jurídica. Asimismo, deben recibir una formación apropiada en la facilitación de medidas de accesibilidad y ajustes razonables.”.

A esto deberíamos unir las recomendaciones sobre el rol del notario como prestador de apoyo institucional a la persona con discapacidad²⁹¹¹, que adoptó la UINL en su Asamblea de 1 de octubre de 2018, de los 87 Notariados miembros, que luego veremos.

4.- Conclusiones de la Circular del Ilustre CN de las Islas Canarias

La Circular sobre el juicio notarial de capacidad del Ilustre CN de las Islas Canarias²⁹¹² plantea las siguientes conclusiones prácticas:

“A.- El juicio de capacidad del notario debe efectuarse conforme a la Ley y RN y CDPD.

B.- El juicio de capacidad del notario debe referirse al instante concreto del otorgamiento.

C.- La obligación de emitir el juicio de capacidad es competencia del notario que no puede sustituir, delegar, limitar o condicionar por intervenciones, informes o dictámenes de otros profesionales.

D.- La petición de informes y dictámenes médicos o psicológicos, no es necesaria para emitir el juicio de capacidad notarial. No obstante, si fueran solicitados por el notario o aportados por los comparecientes, cualquiera que sea su resultado, no supedita al notario ni le exime de su obligación de prestar apoyo y de emitir el juicio de capacidad.

E.- El notario, para emitir el juicio de capacidad, no debe limitarse a valorar la capacidad mental, además debe dar apoyo a las personas con discapacidad para que ejerzan su capacidad jurídica, por lo que únicamente podrá denegar la autorización cuando le sea imposible llegar a conocer la voluntad. Por lo que, por el mero hecho de que una persona tenga disminuida su capacidad mental, no puede adoptarse la solución fácil y cómoda de no autorizar, antes debió el notario poner todo su empeño en investigar la voluntad, apoyar y aconsejar, para alcanzar y conocer la verdadera

²⁹¹¹ UINL, “Recomendaciones sobre el rol del notario como prestador de apoyo institucional a la persona con discapacidad”, Asamblea de Notariados miembros, Buenos Aires, Argentina, 1 de octubre de 2018.

²⁹¹² ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE LAS ISLAS CANARIAS, Circular sobre el juicio notarial de capacidad..., pp. 16-17.

voluntad. El notario debe adoptar una actitud proactiva tendente a evitar discriminaciones y a dar a la persona el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica en el sentido que indica la CDPD.

F.- Si existe sentencia de incapacitación y nombramiento de tutor o curador, el notario deberá ajustarse a lo que dispongan las resoluciones judiciales. En caso de persona sometida a tutela, salvo imposibilidad manifiesta de expresión del tutelado, deberá comparecer el incapacitado al acto de otorgamiento a los efectos de ser oído y comprobar el notario que se están respetando sus preferencias personales, que deberán ser tenidas en cuenta.

G.- La existencia de un guardador de hecho, a los efectos de acreditación de su intervención en el otorgamiento de instrumentos públicos, podrá ser acreditada mediante acta de notoriedad.”.

Podemos añadir que el notario ejerce de apoyo institucional para las personas con discapacidad, lo que puede hacer a través del juicio de capacidad que se convierte en juicio de discernimiento o juicio de comprensión del acto concreto que se está ejercitando²⁹¹³.

III.- CONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL

El problema para el notario es saber si la persona que está ante él es una persona con discapacidad. El notario debe averiguar si hay sentencia judicial o, si no habiéndola, se puede sospechar que está ante una posible discapacidad intelectual.

1.- Sentencia

Si la persona que comparece ante el notario ha visto limitada su capacidad en un proceso judicial y se le ha nombrado a alguien que le ayude o sustituya, deberá alegarse y acreditarse este hecho ante el notario con la resolución judicial que establezca estos extremos.

2.- Reconocimiento oficial (Resolución sobre el Grado de Discapacidad)

Como ya vimos en el Tema V, hay un reconocimiento oficial de la situación de discapacidad, que se recoge en la Notificación de Resolución sobre el Grado de

²⁹¹³ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., p. 5.

Discapacidad, antes conocido como Calificación de Minusvalía. Lo emiten los centros de evaluación de la discapacidad de las CCAA y el IMSERSO, que era la entidad que antes gestionaba dichos certificados.

Como recoge el Protocolo para la actuación con personas con discapacidad intelectual en el turno de oficio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid²⁹¹⁴, “En los Certificados o Calificaciones se encontrará la siguiente información” en el apartado “Dictamen Técnico Facultativo”:

Tipo de discapacidad. Recoge “la información de las diferentes dificultades que presenta la persona y cómo han sido originadas”. Si hay discapacidad intelectual se especifica con más detalle su tipo en función del cociente intelectual”: ligera, entre 50 y 69; moderada, entre 35 y 49; severa, entre 20 y 34; y profunda, debajo de 20.

Grado de discapacidad o grado de limitación en la actividad global. “Si la persona presenta otras dificultades añadidas a la discapacidad intelectual, el porcentaje hará referencia al conjunto de limitaciones”.

Puntos sociales. Se refieren “a las limitaciones sociales del sujeto, como el nivel económico de los padres, condiciones del hogar o limitaciones de otros miembros de la familia”. A más limitaciones sociales, mayor será la puntuación.

Grado total de discapacidad. “Resulta de sumar el grado de limitación en la actividad global y los puntos sociales. Cuando el porcentaje es superior al 33 % se considera persona con discapacidad”.

Necesidad de concurso “de terceras personas para asistir a la persona con discapacidad”.

Baremo de movilidad. Determina “las limitaciones de movilidad de la persona”.

Tipo de discapacidad. Puede ser: “intelectual, física, psíquica y sensorial”.

3.- Otros informes

“Existen otros informes oficiales que se pueden aportar para acreditar una discapacidad intelectual:

²⁹¹⁴ ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, “Protocolo para la actuación con personas con discapacidad intelectual en el turno de oficio”, Área de discapacidad y dependencia del ICAM, Sección DDHH, actualizado a febrero de 2016, pp. 2-3. Consultado en: <http://web.icam.es/bucket/PROTOCOLO%20ACTUACION%20CON%20PERSONAS%20DISCAPACIDAD.pdf>

Tarjeta Acreditativa del Grado de Discapacidad, que incorpora de forma resumida la misma información que aparece en el Dictamen Técnico Facultativo de la Notificación de Resolución sobre el Grado de Discapacidad.

Valoración de la Dependencia, que informa del nivel de apoyos que requiere la persona”.

Resolución que establezca una incapacidad laboral, que puede ser temporal o permanente.

“Dictámenes de Escolarización, con los Informes de Orientación Educativa, en los cuales aparece el término de “alumno con necesidades educativas especiales” para referirse a quienes presentan algún tipo de discapacidad intelectual.

Además de los informes oficiales que hemos visto, se pueden encontrar otros documentos como dictámenes médicos, informes psicológicos o escolares, etc., que, aunque no sean oficiales, pueden aportar información relevante acerca de la persona”²⁹¹⁵.

4.- Ausencia de documentos acreditativos

Ante la ausencia de documentos acreditativos y la sospecha de una posible discapacidad intelectual que no haya sido comunicada, es importante y útil preguntar directamente a la persona si tiene algún tipo de discapacidad judicial o administrativa. Evidentemente puede negarlo, porque no la tenga en realidad, ya que no ha sido valorada o porque quiere ocultarla. Muchas personas con discapacidad intelectual no han sido calificadas y su discapacidad no siempre se puede identificar a través del aspecto físico²⁹¹⁶.

Al interactuar con las personas con discapacidad en términos coloquiales y preguntarles sobre aspectos neutros como el nombre, la edad, la dirección, en qué trabaja, etc., se puede percibir la existencia de una posible discapacidad²⁹¹⁷.

5.- Entrevista reservada. Particularidades

²⁹¹⁵ ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, “Protocolo para la actuación...”, cit., pp. 4-5.

²⁹¹⁶ Contra lo que mucha gente cree, bastantes personas con discapacidad intelectual “tienen cocientes intelectuales relativamente altos (entre 60 y 70 de cociente intelectual, siendo la media de la población general de 100)” o sea que presentan unas limitaciones ligeras que no permiten la fácil detección de la discapacidad.

²⁹¹⁷ ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, “Protocolo para la actuación...”, cit., p. 4.

Como ya vimos, la inmediatez es fundamental en el juicio de capacidad, por lo que hay que mantener una entrevista directa y reservada con la persona afectada en la que podemos observar si la persona presenta algunas particularidades o indicios de su discapacidad, como p. ej.:

Tienen limitaciones en la expresión y comprensión del lenguaje y poca habilidad para entender información nueva y compleja o conceptos abstractos y frases complejas o irónicas.

Incurren en contradicciones en sus narraciones, que no significa que mientan.

Su pensamiento y su ritmo para hablar son lentos. Hay que evitar interrumpirle, corregirle o completar sus frases. Después de cada pregunta hay que concederle tiempo suficiente para que la comprenda y pueda responder.

Su lenguaje puede ser confuso. Hay que tener paciencia y preguntar tanto como sea necesario hasta que comprendamos lo que quiere decir.

Puede que no puedan expresarse verbalmente, por lo que habrá que usar otras formas de comunicación.

A veces están temerosos e inseguros.

A nivel social dan muestras de deseabilidad. Quieren agradar e intentan responder lo que contente al interlocutor, no lo que sea verdad o mentira; son aquiescentes y tienden a responder que “sí”, en la misma línea que esté formulada la pregunta.

Sus pensamientos suelen ser concretos, ya que tienen dificultades para elaborar conceptos abstractos.

Es difícil para ellos situar un hecho en un tiempo y un espacio determinado.

Tienen dificultad para manejarse de forma independiente²⁹¹⁸.

6.- Indicios falsos

Todavía la sociedad tiene una serie de creencias o mitos falsos sobre las personas con discapacidad intelectual que en realidad no sirven para determinar ninguna capacidad y que es mejor olvidar:

Que son personas problemáticas, violentas, que no controlan sus impulsos.

Que inventan historias, son mentirosas; y lo cierto es que tienen la misma credibilidad que el resto de personas y para ellos es más difícil elaborar mentiras complejas.

²⁹¹⁸ ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, “Protocolo para la actuación...”, cit., p. 5-7.

Se cree que no pueden regir sus vidas de modo autónomo. Si tienen limitaciones, lo que hay que hacer es darles los apoyos precisos para paliar dichas dificultades.

Se tiende a infantilizarles y creer que son como niños, y lo cierto es que no es así. No se debe ni puede equipararlos a menores de edad porque su experiencia vital es diferente.

Que son asexuados, carecen de sexualidad; o por el contrario, que su sexualidad es desaforada. En realidad, no hay diferencias entre el deseo sexual de estas personas y el de los demás. Si en ocasiones tienen conductas sexuales inadecuadas se debe a la falta de educación sexual o porque se les niegan sus necesidades afectivas²⁹¹⁹.

7.- Acceso al RC

Destaca Barrios Álvarez²⁹²⁰ que el actual RC está fragmentado y “con frecuencia no se sabe a qué concreto registro acudir para obtener un certificado”. Con la Ley 20/2011, de 21 de julio, del RC, con una variopinta entrada en vigor²⁹²¹, se pasa a un

²⁹¹⁹ ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, “Protocolo para la actuación...”, cit., p. 5-6.

²⁹²⁰ BARRIOS ÁLVAREZ, J., “El acceso al Registro Civil y la actuación notarial”, *El Notario del siglo XXI*, nº 70, noviembre-diciembre 2016. Consultado en:

< <http://www.elnotario.es/practica-juridica/7098-el-acceso-al-registro-civil-y-la-actuacion-notarial>>

²⁹²¹ En la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas (BOE-A-2018-7833), se indicaba la fecha en que tendría lugar el RC electrónico, en concreto en su Disp. fin. primera, que establece: “*Disposición final primera.*”

Se modifica la disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que pasará a tener la siguiente redacción:

«Disposición final décima. Entrada en vigor.

La presente ley entrará en vigor el 30 de junio de 2020, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, y excepto los artículos 49.2 y 53 del mismo texto legal, que entrarán en vigor el día 30 de junio de 2017.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la entrada en vigor el 15 de octubre de 2015 de los artículos 44, 45, 46, 47, 49.1 y 4, 64, 66, 67.3 y disposición adicional novena, en la redacción dada por el artículo segundo de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

Hasta la completa entrada en vigor de esta ley, el Gobierno adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles.»”.

Sin embargo, el RD-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE-A-2020-4705), en su disp. fin. Segunda, dispone: “*Disposición final segunda. Modificación de la disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Se modifica la disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que pasará a tener la siguiente redacción: «Disposición final décima. Entrada en vigor.*

RC electrónico único para toda España “y en el que cada persona tendrá un registro individual en el que constarán los hechos y actos inscribibles”. “Las Administraciones y funcionarios públicos, en el desempeño de sus funciones y bajo su responsabilidad, podrán acceder mediante procedimientos electrónicos a los datos contenidos en dicho Registro”. Cada ciudadano podrá acceder “a los datos que figuren en su registro individual” y “solicitar certificación referida a otra persona siempre que exista interés legítimo”.

Rivero Sánchez-Covisa²⁹²² indica que “el fundamento de dicho acceso telemático se encuentra en la configuración del RC como un Registro Administrativo, de ahí que la legislación aplicable supletoriamente a los procedimientos registrales sea la LPACAP (art. 88.2 de la Ley 20/2011, en relación a la Disp. fin. 4ª LPACAP). La LPACAP consagra, en beneficio del ciudadano, un principio general de innecesariedad de aportar aquellos documentos que ya obren en poder de la Administración o que sean accesibles a la misma”²⁹²³.

El acceso telemático se establece “como medio preferente y excluyente de publicidad formal” de “autoridades y funcionarios a los datos del RC. Las

La presente ley entrará en vigor el 30 de abril de 2021, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, y excepto los artículos 49.2 y 53 del mismo texto legal, que entrarán en vigor el día 30 de junio de 2017.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la entrada en vigor el 15 de octubre de 2015 de los artículos 44, 45, 46, 47, 49.1, 2 y 4, 64, 66 y 67.3, y la disposición adicional novena, en la redacción dada por el artículo 2 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

Hasta la completa entrada en vigor de esta ley, el Gobierno adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles.»; por lo que se prorroga la entrada en vigor al 30 de abril de 2021.

²⁹²² RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F. J., “El Registro Civil y el notario: una relación en beneficio de las personas”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 80, julio-agosto 2018. Consultado en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-80/8783-el-registro-civil-y-el-notario-una-relacion-en-beneficio-de-las-personas>

²⁹²³ Art. 28.2 párr. 1º y 2º LPACAP: “Los interesados no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración, [...] siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos. Se presumirá que la consulta u obtención es autorizada por los interesados salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso.

En ausencia de oposición del interesado, las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.”.

certificaciones se constituyen como medio de publicidad supletorio respecto del primero. Así resulta de múltiples preceptos, como los arts. 8.2, 15 y 80 LRC”²⁹²⁴.

Además, el Preámbulo LRC destaca que *“El régimen de la publicidad del Registro Civil se articula a partir de dos instrumentos: la certificación electrónica y el acceso de la Administración, en el ejercicio de sus funciones públicas, a la información registral. Este último se concibe como el instrumento preferente de publicidad, de tal forma que sólo en casos excepcionales el ciudadano deberá presentar certificaciones de datos del Registro Civil.”*, se busca *“eximir al ciudadano de la carga de tener que acudir presencialmente a las oficinas del Registro.”*

Así, sostiene Rivero Sánchez-Covisa que el notario, en cuanto funcionario público (art. 1 LN) y autoridad pública (art 60 RN), tiene el derecho y el deber de acceso telemático. “La relación entre notario y RC es bidireccional: por un lado, como generador y comunicador de información al RC”, ya que “el notario es autor de documentos sujetos a inscripción o asiento” (art. 27 LRC²⁹²⁵); y por otro lado, “como receptor y responsable del tratamiento de la información”, ya que el RC “se constituye en fuente de información del estado civil de las personas. Ambas funciones se articulan por medios telemáticos, suponiendo un ahorro de costes y tiempo para el ciudadano”.

“Se constituye así en el controlador del acceso a la información registral: no es una solicitud al Encargado del RC, es un acceso bajo su responsabilidad y en el ejercicio de sus funciones”. Al notario le corresponderá: “a) decidir el momento y el motivo de

²⁹²⁴ Art. 15 LRC. Principio de publicidad.

“1. Los ciudadanos tendrán libre acceso a los datos que figuren en su registro individual.

2. El Registro Civil es público. Las Administraciones y funcionarios públicos, para el desempeño de sus funciones y bajo su responsabilidad, podrán acceder a los datos contenidos en el Registro Civil.

3. También podrá obtenerse información registral, por los medios de publicidad previstos en los artículos 80 y siguientes de la presente Ley, cuando se refieran a persona distinta del solicitante, siempre que conste la identidad del solicitante y exista un interés legítimo.

4. Quedan exceptuados del régimen general de publicidad los datos especialmente protegidos, que estarán sometidos al sistema de acceso restringido al que se refieren los artículos 83 y 84 de la presente Ley.”.

Art. 80.1 LRC. Medios de publicidad del RC.

“1. La publicidad de los datos que constan en el Registro Civil se realizará de las siguientes formas:

1.ª Mediante el acceso de las Administraciones y funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones y bajo su responsabilidad, a los datos que consten en el Registro Civil. [...]”.

²⁹²⁵ Art. 27.1 párr. 1º LRC: *“1. El documento auténtico, sea [...] notarial [...] es título suficiente para inscribir el hecho o acto que accede al Registro Civil.”.*

acceso a dicha información, presumiéndose *iuris et de iure* el interés en dicho acceso (salvo los datos sujetos a publicidad restringida); b) el tratamiento de los datos obtenidos; y c) la depuración jurídica de la información obtenida; todo ello, bajo su responsabilidad, esto es, en la medida que dicho acceso y tratamiento sean necesarios para el ejercicio de la actividad notarial”.

La verdad es que desconocemos cuándo tendremos acceso telemático real al RC, y creemos, al igual que Barrios Álvarez²⁹²⁶, que cuando llegue será muy útil y supondrá cambios en la actuación notarial.

Podremos comprobar la incapacitación judicial, su grado y el cargo tuitivo fijado por los tribunales y sus posibles modificaciones; también servirá para acreditar si el otorgante de un poder está vivo en el momento en que se utilice, para verificar el estado civil y el régimen económico matrimonial y la vecindad civil.

Por su parte, Rivero Sánchez-Covisa²⁹²⁷ afirma que “el Ministerio de Justicia está acometiendo el desarrollo de la aplicación y sistema informático del futuro RC y el nuevo RRC” y esperamos que el acceso al Registro, cuando llegue, funcione bien y rápido.

IV.- CONCLUSIONES DEL CONSEJO DE EXPERTOS SOBRE LA CDPD Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN ESPAÑA

Estas conclusiones proceden del Congreso de Expertos en Justicia y DDHH, que se constituyó por iniciativa de la Fundación Aequitas del CGN, en colaboración con el Ministerio de Justicia de España, el año 2009²⁹²⁸. Su objetivo inicial era analizar el art. 13 CDPD en relación con el ordenamiento jurídico español, con la finalidad de establecer criterios técnicos jurídicos que permitan garantizar un servicio público de la justicia acorde con esta norma internacional. Además, la mejora de la calidad del servicio público de la justicia en relación con la igualdad y no discriminación, el igual reconocimiento ante la ley, el acceso a la justicia, la libertad y seguridad de la persona, la libertad de expresión y el acceso a la información.

²⁹²⁶ BARRIOS ÁLVAREZ, J., “El acceso al Registro Civil y la actuación notarial”, cit.

²⁹²⁷ RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F. J., “El Registro Civil y el notario...”, cit.

²⁹²⁸ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Acceso a la Justicia en España”, Fundación Aequitas, Ministerio de Justicia, Madrid, 1 de junio de 2010.

Tratan de conseguir que la legislación española esté acorde con los planteamientos de la CDPD en materia de acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

Al final de las conclusiones se contiene un Protocolo de actuación que recogeremos por su importancia práctica.

Entre otras conclusiones encontramos:

1.- Norma general

“UNO. Artículo Único: RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE OBRAR:

a) La persona mayor de edad, con cualquier clase de discapacidad, sea física o psíquica, tiene capacidad jurídica en iguales términos que los demás. La podrá ejercer por sí misma, si para ello tiene facultades suficientes o habrá de precisar los apoyos en la medida e intensidad que, en cada caso, resulten necesarios.

b) Se suprime el proceso judicial de incapacitación, que queda sustituido por el de “adecuación de la capacidad jurídica de obrar” (o de “provisión de apoyos para la toma de decisiones”).

c) En el ejercicio por sí misma de su capacidad de obrar, la persona con discapacidad tiene derecho a solicitar y obtener la ayuda privada y pública, material y humana, que sea necesaria, y, en particular:

- A recibir el apoyo de los funcionarios públicos y profesionales jurídicos que intervengan en el acto que realice, y

- A utilizar los apoyos que precise para comprender suficientemente el alcance de sus actos y conocer sus consecuencias en derecho, así como para formar su propia voluntad negocial.

d) El establecimiento y el uso de apoyos a la capacidad de obrar, incluso cuando se impongan con carácter obligatorio en un procedimiento judicial, no configurarán a los mismos como una representación legal y permanente de la persona con discapacidad ni supondrán el desconocimiento de la capacidad jurídica que reconoce a toda persona el art. 12 CDPD.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera: Las actuales tutelas y curatelas habrán de ser revisadas para ajustarse a los mandatos de la Convención y quedar configuradas como medidas de apoyo en la

intensidad y permanencia que requiera cada situación de la persona con discapacidad.
[...]

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Única: Queda derogada toda norma jurídica que discrimine a la persona por razón de su discapacidad o por estar incapacitada judicialmente en cualquier grado, restringiendo o limitando el ejercicio de sus derechos civiles o ciudadanos.”²⁹²⁹.

2.- Acceso a la justicia

“UNO. Ofrecemos una propuesta de norma que recoja y desarrolle el derecho de las personas con discapacidad a un acceso a la Justicia, un acceso no discriminatorio y adecuado a sus necesidades, y extendido a todas las oficinas jurídicas del Estado.

En nuestra opinión, esa norma puede tener la siguiente redacción:

1. “Con los apoyos necesarios y que sean adecuados para cada caso, corresponde a la persona con discapacidad la defensa jurídica de sus bienes e intereses.

2. A tal fin, la persona con discapacidad tendrá acceso en igualdad de condiciones con las demás a todas las dependencias jurídicas del Estado. A los solos efectos de esta propuesta, se entiende por dependencia jurídica del Estado toda aquella en la que la actuación de los particulares esté sujeta a alguna clase de procedimiento legal, sea administrativo o judicial; las oficinas y dependencias electorales; las notarías y los registros públicos de todas clases; y todas las oficinas y dependencias de petición, reclamación y contratación de servicios públicos, incluso en régimen de concesión.

3. En el desempeño de las funciones que corresponda a la persona con discapacidad como participante directa o indirecta en procedimientos judiciales o administrativos de todo tipo, tendrán derecho a los necesarios ajustes procedimentales que sean razonables y a todo el apoyo personal y técnico que necesite y que la correspondiente oficina jurídica pública le proporcionará, en la siguiente forma:

3.1. En el caso de procedimientos judiciales, podrá el Juez de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal acordar las medidas que considere oportunas a tal fin, incluso el nombramiento de representantes en el proceso y de defensa jurídica profesional, cuando la persona con discapacidad carezca de ellos. Estarán legitimadas para solicitar estas medidas las personas de las que habla el artículo 757 LEC y las entidades sin ánimo de lucro dedicadas a trabajar en pro de las personas con discapacidad.

²⁹²⁹ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., pp. 5-6.

3.2. En las diferentes dependencias, judiciales o administrativas, corresponderá a los propios funcionarios, con arreglo a su régimen organizativo, proporcionar a la persona con discapacidad todo el apoyo, personal y técnico, que necesiten.

3.3. De mismo modo, en caso de contratos administrativos, ya se trate de negocios sujetos al derecho público o al privado, corresponderá también a los funcionarios y autoridades proporcionar a la persona con discapacidad todo el apoyo, personal y técnico, que necesiten, evitando cuidadosamente el conflicto de intereses.

4. Para hacer efectivos sus derechos ante la Administración Pública, la persona con discapacidad podrá solicitar el auxilio del Ministerio Fiscal, quien le prestará el asesoramiento oportuno y, en cuanto corresponda a sus competencias funcionales, adoptará o instará las medidas operativas que sean oportunas.

5. El juez del proceso, el órgano competente para instruir el procedimiento administrativo, el registrador y el notario velarán porque, en el ejercicio ante ellos y por parte de terceros de los derechos y obligaciones de la persona con discapacidad, se respeten, en la medida de lo posible, la voluntad y preferencias de ésta, así como su derecho a controlar sus propios asuntos económicos.”.

DOS. Proponemos que la norma anterior vaya acompañada de un concreto Protocolo de Actuación [...] que [...] explique y ejemplifique el verdadero sentido de la norma, y demuestre que hay respuesta a las diferentes situaciones con que se encontrarán los distintos funcionarios y profesionales jurídicos, ayudándoles a aplicar la norma y, eventualmente, a evitar posibles prejuicios negativos, que tan razonable es esperar que se produzcan en un régimen absolutamente nuevo en el campo del derecho privado y tan contrario a los hábitos jurídicos anteriores a la Convención.”²⁹³⁰.

Es importante reseñar que entre las dependencias jurídicas del Estado incluye “*las notarías*”, y que el notario velará porque se respete la voluntad y preferencia de la persona con discapacidad cuando se ejerciten sus derechos y obligaciones por parte de terceros, por lo que estas conclusiones deberían ser conocidas y aplicadas por los notarios.

3.- Accesibilidad

“UNO. Acceso Físico (Diseño Universal).

²⁹³⁰ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., pp. 7-8.

1) Todos los edificios judiciales tienen que construirse con rampas u otros medios de entrada que permitan que las personas con deficiencias físicas puedan acceder a los mismos con toda normalidad.

2) Asimismo, han de habilitarse los servicios higiénicos de esos edificios a las necesidades de las personas con discapacidad.

3) Habrá de procurarse para esas personas con discapacidad, en la medida de lo posible, la celebración de las actuaciones judiciales –sobre todo las que puedan referirse a su propia discapacidad– en las plantas bajas de los edificios y, en todo caso, la elevación a otras plantas habrá de estar prevista para que la puedan verificar en condiciones de normalidad.

4) Debe establecerse un sistema de orientación y señalización, perfectamente visible, para facilitar el acceso y movimiento de las personas con discapacidad en el interior de las Oficinas Judiciales.

DOS. Acceso Jurídico.

Se reitera una vez más, la necesidad de una mayor y más específica preparación de todo el estamento judicial y de la Administración de Justicia en torno al tema de la Discapacidad y de la consideración jurídica que merecen las personas que la tienen.

1) Todos los jueces, fiscales, letrados, procuradores y funcionarios que sirven en la Administración de Justicia tienen que mentalizarse de que en la sociedad, y más particularmente en el colectivo que acude a los Órganos Judiciales, existen personas con discapacidad, que se hallan precisadas de un trato igualitario en relación con aquellas otras que no lo son y respecto de las que es exigible una especial atención, en todos los órdenes, que les facilite el desarrollo de sus actuaciones personales en las demandas o intervenciones que realicen ante la Justicia.

2) En otro aspecto, hay que generalizar y organizar de forma sistemática y adecuada la existencia en todos los Órganos Judiciales de los Intérpretes Jurados que permitan la efectiva intervención, en todo tipo de actuaciones judiciales, de las personas que se hallen afectadas por determinadas deficiencias sensoriales.

3) Asimismo, habrá de implantarse en régimen de generalidad Traductores del Sistema Braille.

4) Es de suma importancia que, dada la complejidad y tecnicismo de las actuaciones judiciales, se habiliten para las personas con discapacidad Servicios Jurídicos de Orientación dentro de los propios Juzgados y Tribunales. [...]

5) La presencia de Psicólogos y de Asistentes Sociales y personas que presten asistencia a las personas con discapacidad también es recomendable, en la medida de lo posible [...].

6) Ha de procurarse [...] que en el propio Órgano Judicial en el que ha de comparecer, como parte, testigo y perito, la persona con discapacidad se genere un clima de fácil entendimiento y de comprensión de toda la actuación judicial, procurándose, la utilización preferente de la oralidad y de un lenguaje sencillo y apropiado, la asistencia de personas técnicas que faciliten la mejor comprensión y eludiendo, siempre que sea posible y sin que, ello, comporte situación de privilegio alguna, el alargamiento de las diligencias judiciales, pudiendo, incluso, establecerse turnos de preferencia en el tiempo de las actuaciones judiciales.

7) Según ya se sugiere en las Reglas de Brasilia habría que fomentar, respecto a las personas con discapacidad especialmente, la utilización de los sistemas de Arbitraje y Mediación como fórmula de resolución de los conflictos jurídicos en los que tengan que intervenir.

8) Se debería permitir a las personas con discapacidad que lo requieran la utilización de sus familiares o acompañantes como instrumento de apoyo para la comunicación en sus relaciones con la Administración de Justicia.

9) Que ningún funcionario público o autoridad de la Administración Pública pueda alegar desconocimiento o falta de recursos para la aplicación de los derechos de las personas con discapacidad.”²⁹³¹.

4.- Especialización

“UNO. Especialización de los Juzgados que conozcan de los procedimientos de “adecuación de la capacidad jurídica de obrar” (o de “provisión de apoyos para la toma de decisiones”).

Creación de juzgados con competencia exclusiva en procesos de “adecuación de la capacidad jurídica de obrar” (o de “provisión de apoyos para la toma de decisiones”), control de las medidas de apoyo que se adopten en los mismos, procesos de ingreso no voluntario -urgente o no-, etc. [...]

Órganos especializados que también se deben dar en segunda instancia; [...]

²⁹³¹ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., pp. 13-14.

Subsidiariamente, en las demarcaciones Judiciales que no cuenten con estos juzgados, la competencia objetiva para conocer estos asuntos se concentrará en uno o varios juzgados de cada Partido Judicial.

DOS. Especialización de todos los intervinientes No basta con crear estos órganos judiciales, cuasi-especializados, mediante un cambio del cartel de fuera de los juzgados, manteniendo su misma estructura personal e idénticos medios materiales, que cualquier otro juzgado de 1ª Instancia. Es necesario que se les dote de los medios personales y materiales especiales y necesarios para cumplir su función. Es fundamental que estén atendidos por personal, dotado de cierta sensibilidad y una formación específica en la materia. Es necesario por tanto hacer una buena programación, para garantizar, no solo que exista esa formación especializada, sino que la misma sea actualizada de forma periódica, dando cumplimiento con ello al art. 4 de la Convención.

Estos órganos judiciales, deben contar con equipos de apoyo también especializados, en los que existan médicos Forenses especialmente cualificados que cuenten con un complemento específico en estos puestos, intérpretes de idiomas y de la lengua de señas o del lenguaje táctil, peritos contables, trabajadores sociales y medios materiales adecuados para su labor tales como sistemas de telefonía e informática móvil, lectores portátiles que traducen textos al braille, impresoras portátiles, normales y de braille, vehículos de 7 plazas para el desplazamiento semanal de las Comisiones Judiciales, digitalizadores portátiles y sistemas aumentativos, etc.

También es necesario, que se realicen protocolos de colaboración con la Administración Sanitaria y los servicios sociales, locales y autonómicos.

Por último, también es necesario, o al menos conveniente, que se creen secciones civiles en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales a las que se adscribirán Fiscales con especialización en la materia.

TRES. La discapacidad como temario en las oposiciones.

Los jueces, fiscales, secretarios y funcionarios, deben tener una formación continua y actualizada en aspectos jurídicos, médicos y sociales relacionados con el mundo de la discapacidad. Formación multidisciplinar, de carácter obligatorio y que debe ser impartida de forma periódica, por médicos forenses especialmente cualificados, jueces y fiscales especializados, notarios, y responsables de asociaciones u organizaciones que representen a las personas con discapacidad.

En los temarios de oposiciones para acceder a la Administración de Justicia y al Poder Judicial, debe haber temas específicos sobre el proceso de “adecuación de la

capacidad jurídica de obrar” (o de "provisión de apoyos para la toma de decisiones”) y acceso de las personas con discapacidad a la Administración de justicia y aplicación de la Convención de Nueva York.”²⁹³².

5.- Protocolo de actuación en caso de comparecencia de una persona con discapacidad en una oficina o dependencia jurídica del Estado

5.1.- Dependencia jurídica del Estado

Se entiende por dependencia jurídica del Estado “toda aquella en la que la actuación de los particulares esté sujeta a alguna clase de procedimiento legal, sea administrativo o judicial; las oficinas y dependencias electorales; las notarías y los registros públicos de todas clases; y todas las oficinas y dependencias de petición, reclamación y contratación de servicios públicos, incluso en régimen de concesión”²⁹³³.

Se reitera la inclusión de los notarios entre las dependencias jurídicas del Estado y la sujeción de los notarios al protocolo.

5.2.- Acreditación de la situación de discapacidad personal

“1. La discapacidad no es un estado civil; no se decreta, no se modifica y no se inscribe en los registros jurídicos públicos. Por el contrario, sí que constarán inscritas las disposiciones sobre obligatoriedad del uso de apoyos y podrán estarlo las reglas de autoprotección que establezca la propia persona con discapacidad y las reglas de disposición y administración de bienes donados a las personas con discapacidad, en sus respectivos casos.”²⁹³⁴. Si existe una sentencia judicial modificativa de la capacidad de lege data, sí se inscribe en los registros públicos²⁹³⁵.

“2. Las personas con discapacidad no tienen por qué identificarse como tales y, salvo que estén sujetas a un régimen obligatorio de apoyos, tienen derecho a no utilizar regímenes más beneficiosos que se puedan establecer a su favor.

²⁹³² CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., pp. 11-12.

²⁹³³ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., p. 7.

²⁹³⁴ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., p. 22.

²⁹³⁵ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., p. 109.

3. Si la persona con discapacidad alega su condición de tal, el funcionario o profesional jurídico actuante puede solicitar información particular sobre sus circunstancias de vida, a fin de adaptar mejor a ellas su actuación.

4. El funcionario o profesional jurídico y, en determinadas circunstancias, los terceros que contraten con la persona con discapacidad tienen derecho a pedir la intervención de terceros, que presten apoyo a la persona que entiendan que tiene discapacidad.”²⁹³⁶.

5.3.- Capacidad suficiente y propia

“5. La persona con discapacidad debe actuar por sí, no puede ser mera espectadora de los actos que le afecten. Si no fuera capaz de tomar una decisión, ni siquiera con los mayores apoyos, estaríamos en el caso de la actuación por otro, que ya no es propiamente apoyo y que requeriría en todo caso autorización judicial previa.

6. Toda actuación jurídica deberá ser libremente consentida y no existe consentimiento sin una comprensión suficiente del acto y sus consecuencias en Derecho; pero la persona con discapacidad tiene derecho a que su propio consentimiento sea imperfecto y necesite ser asistido, completado y complementado, utilizando el apoyo de terceros que precise para formarlo y expresarlo.

Siempre y cuando no suplante, sustituya o desvirtúe el consentimiento propio de la persona con discapacidad, la intensidad del apoyo de terceros no tiene otros límites que la influencia indebida y el conflicto de intereses.

Sin embargo, determinadas actuaciones (por ejemplo: contraer matrimonio, hacer testamento, dar poderes generales, testificar sobre hechos percibidos, etc.) requieren de un criterio propio suficiente por parte de la persona titular”²⁹³⁷.

5.4.- Apoyos voluntarios o informales

“7. La principal razón de ser de los apoyos es la de ayudar a la persona con discapacidad a realizar aquellas cosas que no sabría hacer por sí sola o que, sin apoyo, realizaría de forma inadecuada o contraria a sus intereses.

²⁹³⁶ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., p. 22.

²⁹³⁷ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., pp. 22-23.

8. El régimen de apoyos no obligatorios puede ser anterior, posterior o simultáneo al acto, y puede ser manifiesto o quedar oculto a los terceros con que actúe la persona con discapacidad.

9. La posibilidad de actuar con apoyo de terceros no está condicionada a la previa alegación o acreditación de estar en situación de discapacidad, pues ello la obligaría a identificarse como tal, y debe ser admitida, con carácter general, a cualquier persona.

10. Los apoyos no obligatorios son elegidos libremente por la persona con discapacidad, si decide usarlos, y no implica ninguna clase de nombramiento ni representación. La primera persona llamada a prestar apoyo no obligatorio es el propio funcionario, ante quien se persona la persona con discapacidad y los demás del organismo de que se trate, según su régimen orgánico”²⁹³⁸.

Si se va a otorgar una escritura pública creemos que los apoyos, aunque sean voluntarios, deben reflejarse en la misma. Quien contrate con la persona con discapacidad debe estar informado de la existencia de estos apoyos²⁹³⁹.

5.5.- Apoyos obligatorios o forzosos

“11. El apoyo obligatorio cumple sobre todo la función de evitar que la persona realice actos que probablemente podría realizar por sí sola (en otro caso, el funcionario o profesional jurídico actuante no permitiría la actuación), pero respecto de los cuales su discapacidad le impide o dificulta ser todo lo prudente que debiera (caso de algunos trastornos mentales, con fases eufóricas, o de ludopatías o ciertas adicciones); también debe servir para evitar que el acto se realice con apoyos inadecuados pero respecto de los cuales la persona con discapacidad no sepa valorar su insuficiencia. Por lo tanto, si existe tal régimen de apoyo obligatorio, éste tiene carácter forzoso incluso para la propia persona con discapacidad, que no puede renunciar a él.

12. El régimen de apoyos obligatorios no se presume y, si concurre un consentimiento suficiente, no pueden el funcionario o profesional jurídico negar la actuación de la persona con discapacidad porque crea que debería contar con apoyos obligatorios.

13. La persona que presta apoyo obligatorio no ejerce ningún cargo y no tiene la representación legal de la que tiene discapacidad.

²⁹³⁸ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., p. 23.

²⁹³⁹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., p. 111.

14. La obligatoriedad de los apoyos, su extensión, así como el régimen de funcionamiento y medidas complementarias, en su caso, debe haber sido establecida previamente por la autoridad judicial.”²⁹⁴⁰.

5.6.- Régimen jurídico especial de determinados bienes

“Los bienes transmitidos a título gratuito a una persona con discapacidad, en atención a esa situación pueden estar vinculados a determinadas reglas. Por otro lado, la persona con discapacidad puede haber establecido un régimen de autoprotección para la administración, gestión y disposición de sus bienes. Ambos regímenes deben ser igualmente respetados.”²⁹⁴¹.

5.7.- Prevención de influencias indebidas y abusos

“15. El funcionario o profesional jurídico debe velar en todo caso para impedir influencias indebidas y abusos, pues es indudable que algunas personas utilizarán su capacidad de prestar apoyo a la persona con discapacidad o su deber de velar por sus asuntos para abusar y beneficiarse a sí mismas, debiendo utilizar para ello los mecanismos y protocolos de actuación establecidos al respecto.

16. El funcionario o profesional jurídico debe poner en conocimiento de las autoridades que corresponda su convicción de que a la persona con discapacidad le convienen apoyos obligatorios, en su caso; así como denunciar cualquier situación de abuso o influencia indebida que perciba, incluso en el caso de que el acto no llegue a ser formalizado. En determinadas circunstancias, la omisión de ese deber le hará responsable de los perjuicios que se causen”²⁹⁴².

5.8.- Actuaciones

5.8.1.- Actuación por tercero sin la persona con discapacidad

“Actuación por tercero que pretenda realizar actos jurídicos en beneficio de la persona con discapacidad, pero sin su participación:

²⁹⁴⁰ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., pp. 23-24.

²⁹⁴¹ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., p. 24.

²⁹⁴² CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., p. 24.

La actuación podrá ser realizada:

Si la persona con discapacidad es menor de edad, por sus representantes legales, con arreglo al régimen legal de tal situación, o

Si la persona con discapacidad es mayor de edad, por la persona que haya obtenido previa autorización judicial y con arreglo a los términos de la misma, cuya existencia deberá acreditar.

Las cautelas para evitar injerencias indebidas de un tercero en los asuntos de la persona con discapacidad no deben llegar al extremo de impedir actuaciones a favor de tercero que están permitidas con carácter general, legal o consuetudinariamente, como suele ocurrir en la presentación de documentos y otras gestiones de puro trámite.”²⁹⁴³.

5.8.2.-Actuación por la persona con discapacidad mayor de edad

5.8.2.1.- Persona con discapacidad con apoyos obligatorios

“Persona con discapacidad mayor de edad sujeta a un régimen de apoyos obligatorios:

El funcionario o profesional jurídico debe comprobar, en todo caso, si la persona que actúa ante él tiene impuesto un régimen de apoyos obligatorio.

No será suficiente para dejar de hacer tal comprobación la declaración negativa que haga la propia persona afectada, ya que el carácter obligatorio del apoyo le alcanza a ella misma. Si la persona se propone actuar sin los apoyos obligatorios que se le hayan impuesto, el funcionario o profesional jurídico denegará su intervención (si está facultado para tal denegación) o formulará la oportuna advertencia. [...]

Independientemente de la intervención del tercero que apoya, la actuación deberá ser comprendida y consentida suficientemente por la persona que actúa [...].

La intervención de los apoyos obligatorios no impide, sino que, por el contrario, puede ser muy aconsejable que esté complementada por cualquier otro apoyo no obligatorio; por ejemplo, la concurrencia de un asesor profesional, de defensa letrada, etc.

²⁹⁴³ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., p. 25.

La persona que presta apoyo obligatorio deberá identificarse debidamente ante el funcionario o profesional jurídico y su identidad y sus manifestaciones constarán en las actuaciones, cuando ello proceda, firmándolas si le fuera posible.”²⁹⁴⁴.

5.8.2.2.- Persona con discapacidad sin apoyos obligatorios

“Persona con discapacidad mayor de edad no sujeta a un régimen de apoyos obligatorios:

Si el funcionario o profesional jurídico considera que la persona que actúa ante él, por sí sola o con apoyo de terceros, comprende suficientemente el acto que pretende realizar y sus consecuencias jurídicas, autorizará o intervendrá el acto, sin más requisitos.

En caso contrario, debe aportarle su propio apoyo, consejo y asesoramiento; así como, en caso de que no considere suficiente su propio apoyo y el de las personas que la acompañan, en su caso, puede aconsejarle lo que estime pertinente, ya sea el uso de ayuda jurídica profesional, otros apoyos voluntarios, o incluso la solicitud de apoyo obligatorio.

La persona con discapacidad tiene derecho a utilizar apoyos reservados, que no se manifiesten ante el funcionario o profesional jurídico actuante. No obstante, en el caso de que la persona que preste el apoyo no obligatorio esté presente y el funcionario o profesional jurídico entienda que su intervención es necesaria para considerar como bastante la voluntad de la primera, tendrá derecho a exigir que se identifique e intervenga expresamente en la actuación”²⁹⁴⁵.

5.8.2.3.- Actuación directa de persona con discapacidad

En todo caso de actuación directa de persona con discapacidad, con o sin apoyo de terceros.

a).- Consentimiento suficiente

²⁹⁴⁴ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., pp. 25-26.

²⁹⁴⁵ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., p. 26.

“El funcionario o profesional jurídico se asegurará de que la persona que actúa ante él, en su caso con apoyo de terceros, comprende suficientemente el acto concreto que pretende realizar y sus consecuencias jurídicas básicas.

La comprensión suficiente del sujeto actuante no es imprescindible que sea completa o perfecta, ni aún después de haber recibido apoyo de terceros.

El acto no debe ser realizado en contra de la voluntad de la persona titular. La falta de criterio adecuado sobre la oportunidad del acto o negocio a realizar, el desconocimiento de alguna de sus consecuencias jurídicas o de todas las obligaciones inherentes a la situación creada por su celebración, así como el riesgo o la evidencia de que producirá resultados antieconómicos no serán nunca motivo para prescindir de las preferencias de la persona con discapacidad, sino, por el contrario, para incrementar la intensidad de los apoyos que haya de recibir.

Siempre que la persona titular manifieste su conformidad con las actuaciones y el funcionario o profesional jurídico considere que las comprende suficientemente, se admitirá toda la intervención que el tercero que preste apoyo desee, aunque sea una intervención muy intensa, pudiendo asesorar, aconsejar y acompañar la actuación de la persona con discapacidad y pudiendo decidir sobre las circunstancias accesorias del acto o negocio.

Hasta tanto la persona actuante tenga y exprese un consentimiento suficiente [...] denegará el funcionario o profesional jurídico su intervención (si está facultado para tal denegación) o formulará la oportuna advertencia; sin perjuicio de que pueda recomendar la actuación en beneficio de la persona con discapacidad, pero sin su intervención, con arreglo a su régimen propio.

La validez de los actos realizados con el consentimiento suficiente del titular, así como su eventual anulación o rescisión, se regirá por las normas civiles aplicables. El funcionario o profesional jurídico advertirá a los terceros afectados, en su caso, de dicho régimen y a la persona que preste apoyo de las responsabilidades en que puede incurrir.

En la calificación que haga el funcionario o profesional jurídico de la comprensión suficiente del acto por parte del titular, deberá tener en cuenta las circunstancias concretas que concurran y, en especial, las siguientes:

- La intensidad de los apoyos recibidos”²⁹⁴⁶.

²⁹⁴⁶ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., pp. 26-27.

Indica Marín Calero²⁹⁴⁷ que “será potestad y obligación del funcionario actuante denegar el juicio de capacidad, y por tanto su autorización del acto, si entiende que no se ha logrado el consentimiento suficiente”.

– La trascendencia económica del acto. Según Marín Calero²⁹⁴⁸, “no cabe duda de que, tratándose de una salvaguardia, esta debe ser “proporcional”, y la cuantía del negocio es un dato muy relevante en ese sentido”.

– La previa consumación de las prestaciones.

– La constitución de obligaciones futuras a cargo de la persona con discapacidad.

– La opinión de la contraparte, si la hubiera.

– Quienes celebren ante funcionario o profesional jurídico y con una persona con discapacidad contratos que puedan ser rescindidos o anulados con arreglo a las normas civiles, tendrán derecho a requerirla para que actúe con el apoyo que, en su caso, le haya prescrito la autoridad judicial o con el apoyo de otra persona no discapacitada, que quede identificada en las actuaciones y responsable de ellas.”²⁹⁴⁹.

b).- Apoyos institucionales

“El funcionario o profesional jurídico utilizando los mecanismos previstos en su oficina o dependencia y con sujeción al régimen organizativo interno que sea allí aplicable, por sí mismo o, en su caso, derivando el asunto a quien corresponda:

Hará todo cuanto considere necesario para que la persona que manifieste tener alguna discapacidad alcance la igualdad de condiciones con los demás, en la forma que sea adecuada a la naturaleza y características de la concreta situación de discapacidad y las circunstancias personales de los intervinientes, incluidos su sexo y edad y, en especial, lo siguiente:

– Proporcionará gratuitamente guías, lectores e intérpretes de todas clases; traducción al Braille y al método de lectura y comprensión fácil de toda información relevante y apoyo personal necesaria para la actuación de que se trate, incluida la necesaria para la circulación interior por el edificio y sus instalaciones abiertas al público.

²⁹⁴⁷ MARÍN CALERO, C., *El derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013, p. 739.

²⁹⁴⁸ MARÍN CALERO, C., *El derecho a la propia discapacidad...*, cit., p. 739.

²⁹⁴⁹ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., pp. 26-27.

– Permitirá a toda persona servirse de instrumentos técnicos y de animales que desee.

– Si la persona con discapacidad, por razón de su discapacidad, no puede expresarse por sí misma:

Cuando la que la acompaña sea su cónyuge o un pariente en línea recta o alguna de las personas con las que habitualmente conviva y las que sean responsables de las organizaciones a favor de personas con discapacidad a la que la primera pertenezca, o de los establecimientos, públicos o privados, en que se encuentre institucionalizada (circunstancias todas éstas que se le acreditarán debidamente), el funcionario o profesional jurídico presumirá que pueden trasladar sus peticiones o declaraciones y pueden hacerle de intérprete o intermediario.

En otro caso, exigirá a la persona que pretenda trasladar las peticiones o declaraciones de la que tiene discapacidad que le acredite tener con ella el vínculo necesario para considerar adecuada su intermediación.

En todos estos casos, el funcionario o profesional deberá asegurarse de que la persona titular comprende suficientemente el acto que pretende realizar y sus consecuencias jurídicas [...].

En los asuntos no contenciosos proporcionará a la persona con discapacidad y a las que le prestan apoyo toda la información útil para que el asunto se sustancie y resuelva de la manera más favorable a los intereses de la persona con discapacidad, pero conforme a Derecho, incluso advirtiéndolo o aconsejando actuaciones complementarias que sean necesarias o convenientes a sus fines; sin anteponer los intereses particulares de su propia oficina, empresa u organización.

En caso de que el asunto sea contencioso o cuando así resulte aconsejable por su importancia o complejidad, asesorará a la persona con discapacidad y a aquellas que le presten apoyo sobre los medios de defensa de sus intereses de que puede disponer, incluida defensa letrada y, en su caso, del beneficio de justicia gratuita que le pueda corresponder.

En caso de que la persona con discapacidad se esté dirigiendo a una oficina o dependencia administrativa que no sea la competente para resolver el asunto que plantee, el funcionario o profesional jurídico, siempre que legalmente sea posible, lo admitirá y lo trasladará internamente a la oficina competente; en otro caso o cuando entienda que resulta aconsejable la comparecencia de la persona con discapacidad en la oficina de destino, proporcionará a ésta la información necesaria y la ayuda técnica que

puedan darle, incluso confeccionando peticiones o notas internas explicativas destinadas al funcionario o profesional competente.

En lo que de él dependa, realizará en el procedimiento a seguir los ajustes que no sean contrarios a la ley o la naturaleza del servicio y considere necesarios. Cuando, siendo ello posible, establezca una ampliación de plazos y el procedimiento o proceso sea contencioso, la ampliación beneficiará a todas las partes.

Informará expresamente a la persona con discapacidad y a quienes le presten apoyo su derecho a solicitar el auxilio del Ministerio Fiscal para hacer efectivos sus derechos.”²⁹⁵⁰.

5.8.3.- Regímenes especiales

“Tanto en el caso de que actúe la propia persona con discapacidad, con los apoyos que precise, como en el caso de que lo haga un tercero por ella, el funcionario o profesional que intervenga deberá averiguar y comprobar que se respeta el régimen de autoprotección que haya establecido la persona con discapacidad y las reglas de disposición, administración o gestión de bienes transmitidos a título gratuito a la persona con discapacidad, en atención a esa situación, en sus respectivos casos. A tal fin, consultará el RC y los de la propiedad y mercantil que sean procedentes.

Las consultas previstas en estas normas al RC y a los de la propiedad y mercantil, están condicionadas a que el funcionario o profesional tenga acceso telemático propio y gratuito a dichos registros.”²⁹⁵¹.

5.8.4.- Prevención de influencias indebidas, conflicto de intereses y abuso

“En todo supuesto de apoyo intelectual de terceros, el funcionario o profesional jurídico velará porque se respeten en la medida de lo posible la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, así como su derecho a controlar sus propios asuntos.

El funcionario o profesional jurídico velará por evitar todo abuso o influencia indebida que aprecie, con arreglo al protocolo establecido al respecto, y denunciará

²⁹⁵⁰ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., pp. 27-29.

²⁹⁵¹ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., p. 29.

también en la forma que reglamentariamente se establezca tales situaciones, incluso en el caso de que el acto no llegue a ser formalizado.

El funcionario o profesional jurídico velará porque de la actuación en que él interviene no resulte una transferencia indebida (prohibida por la legislación vigente) de bienes o derechos desde la persona con discapacidad a la que le que preste apoyo o la que actúe en su beneficio pero sin su intervención.

El funcionario o profesional actuante (no siendo él mismo) está obligado a comunicar al Ministerio Fiscal el conocimiento que, por razón de su intervención profesional, tenga de que una persona de la que le consta que tiene una discapacidad:

- Pueda estar siendo impedida u obstaculizada en el goce y ejercicio de sus derechos personales de todo orden; o

- Pueda estar siendo inducida dolosa o abusivamente a realizar en su perjuicio y sin apoyo adecuado actos jurídicos de enajenación, con eficacia de presente o diferida, sobre bienes inmuebles o de gran valor, así como de que esté autorizando a terceros la realización en su nombre de actos dispositivos de los que resulte o pueda resultar la pérdida innecesaria de sus únicos medios de vida o un enriquecimiento injusto para tales terceros.

A tal fin, el funcionario o profesional jurídico está facultado para indagar acerca de las circunstancias sociales y económicas que rodean el caso.

En caso de que concurren los indicadores de riesgo que establezca el Gobierno, destinados a apreciar las situaciones de abuso a que se refiere este artículo, el funcionario o profesional será responsable de los perjuicios económicos que origine a la persona con discapacidad la omisión del deber indicado en este apartado²⁹⁵².

5.8.5.- Acreditación de la situación de discapacidad

“Para la mejor aplicación de lo dispuesto en estas normas, el funcionario o profesional podrá solicitar de la persona que ha alegado su situación de discapacidad que le aporte la calificación administrativa de que disponga, su programa individual de atención (PIA), en su caso, así como cualquier otra información relativa a su entorno familiar o de convivencia.

²⁹⁵² CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., pp. 29-30.

No obstante, la persona actuante no estará obligada a proporcionar tal información.

Sin perjuicio de la constatación de que no existe un régimen de apoyos obligatorios, el funcionario o profesional jurídico no indagará si la persona que actúa ante él tiene o no una discapacidad ni su clase, aunque la sospeche.”²⁹⁵³.

V.- GUÍA NOTARIAL DE BUENAS PRÁCTICAS

El 20 de diciembre de 2019 se publicó la Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública, ejecutada por la Comisión de DDHH de la UINL. Se presentó y aprobó por unanimidad en la Asamblea de los Notariados miembros de la UINL en Yakarta el 27 de noviembre de 2019.

1.- Impacto de la CDPD en la actividad notarial

1.1.- Realidad actual

Indica la GNB²⁹⁵⁴ que “hoy en día nos invade una gran confusión pues tenemos una legislación de rango superior (Convención de la ONU), que es directamente aplicable, que apunta en una dirección y, conviviendo con ella, la legislación nacional que apunta en una dirección opuesta.

Todos los actores, públicos y privados están llamados, en tanto no se produzcan las reformas legislativas precisas, por un lado, a impulsar esas reformas legislativas y, por otro, a adaptar la normativa actual a las exigencias de la Convención”.

“El derecho debe responder a la realidad social de hoy, así la Convención de Nueva York refleja en la actualidad el nuevo concepto de la discapacidad que no se centra en la existencia de una deficiencia en la persona sino de una barrera en la sociedad que le impide a ésta actuar, por ello, el derecho privado y en concreto la legislación civil debe adaptarse a este nuevo paradigma, no puede ser que la sociedad del siglo XXI brinde como único mecanismo para la persona con discapacidad la incapacitación judicial, pues estamos contraviniendo lo dispuesto por la Convención”.

²⁹⁵³ CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DDHH, “Informe de Conclusiones...”, cit., pp. 30-31.

²⁹⁵⁴ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., pp. 22-24.

“Debemos explorar el papel del notariado en la promoción y el respeto del derecho de las personas con discapacidad a ejercer su capacidad jurídica, pues si existe una autoridad ante la cual se ejercitan por antonomasia derechos de muy diversa índole por parte de cualquier ciudadano, es la autoridad notarial”. “Es necesario preguntarse cómo debe la autoridad notarial colaborar en la correcta aplicación de la Convención”.

“En la práctica, cuando una persona con discapacidad no incapacitada judicialmente pretende concluir un negocio jurídico para el que necesitaría dicha asistencia o apoyo y esta situación es detectada por un operador jurídico, generalmente el Notario, prácticamente la única salida que ofrecen los ordenamientos jurídicos nacionales es que para valerse de dicha asistencia sea previamente incapacitada, se produce de facto esa restricción a la capacidad jurídica, pues en vez de recibir asistencia y apoyo para el ejercicio de su capacidad, se ve privada de esa misma capacidad que se pretende asistir y apoyar.

El Notariado de raíz latino-germánica o, como dice la relatora, de “tradición jurídica romanista” es, ante todo, un elemento de seguridad jurídica preventiva, una autoridad que actuando como un profesional del Derecho, asesora, aconseja e informa a los particulares en el ámbito de sus relaciones jurídicas privadas, configura y da forma documental a los actos o contratos que regulan esas relaciones, convirtiéndolos en auténticos gracias a la fe pública que ostenta por delegación del Estado y dotándolos de una especial fuerza probatoria, en juicio y fuera de él, y un valor ejecutivo.

La autoridad notarial se configura, pues, en las leyes de esos países, como un profesional del Derecho dotado de fe pública que, por tanto, es un instrumento de seguridad en las relaciones jurídicas entre los ciudadanos”.

1.2.- Recomendación de la Asamblea

Destaca la GNB²⁹⁵⁵ que la Asamblea de los 87 Notariados miembros de la UINL, reunida en Buenos Aires, Argentina, el primero de octubre de 2018 en sesión conjunta con el Consejo General²⁹⁵⁶, adoptó “por unanimidad las siguientes Recomendaciones sobre el rol del notario como prestador de apoyo institucional a la persona con discapacidad.

²⁹⁵⁵ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., pp. 24-26.

²⁹⁵⁶ UINL, “Recomendaciones sobre el rol del notario como prestador de apoyo institucional a la persona con discapacidad”, Asamblea de Notariados miembros, Buenos Aires, Argentina, 1 de octubre de 2018.

1. Potenciar la figura del notario como prestador de apoyo institucional a la persona con discapacidad.

2. Reforzar el juicio de capacidad o juicio de discernimiento que realiza el notario en cada acto notarial que autoriza como medio para garantizar el ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad.

3. Reforzar la figura del notario como autoridad que vela por la existencia de salvaguardias que impidan abuso e influencia indebida y que, a su vez, garanticen el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

4. En la recepción de información, la labor de asesoramiento y consejo, y en la emisión de una voluntad libre e informada el notario ejerce de prestador de ajustes razonables, es fundamental la comunicación directa con el notario de ahí que deba garantizarse la accesibilidad física y jurídica promoviendo el uso de las nuevas tecnologías para que esa comunicación directa sea viable y real.

5. Promover reformas legislativas que reconozcan el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos de la Convención: a este respecto apela a la creatividad jurídica del notario para elaborar nuevos instrumentos jurídicos”.

“6. La intervención notarial puede garantizar el ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad”.

7. Difusión en el notariado.

8. Valorar “la elaboración de recomendaciones, protocolos de actuación e indicadores de la existencia de abusos o conflicto de intereses”.

9. “Formación a los notarios de los elementos claves del mecanismo y del uso de los apoyos, acordes con la Convención”.

10. “Elaborar un plan de actuación conjunto de la UINL con la Relatora de Naciones Unidas y el Comité de Seguimiento”.

11. “Detectar las normas jurídico-privadas que limitan la autonomía de la voluntad en el diseño de sistemas de autorregulación, o normas discriminatorias para el ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad”.

12. “Se propone a cada notariado que contacte a nivel nacional tanto con sus respectivos gobiernos como con las organizaciones del tercer sector para brindar la colaboración en la aplicación de la Convención”.

1.3.- Apoyo institucional notarial

Indica la GNB²⁹⁵⁷ que “el Notario, como parte del sistema jurídico de cada país, es el encargado de velar en el ámbito jurídico extrajudicial por la regularidad de los negocios jurídicos”. “La intervención notarial se sitúa en un momento crucial: en el momento en el que se forman las voluntades, se prestan los consentimientos, se ejercitan los derechos y nacen los negocios jurídicos.

El Notario latino es configurado como un instrumento de seguridad jurídica preventiva en las relaciones jurídicas entre los ciudadanos.

La intervención notarial permite a todo ciudadano cualquiera que sea su procedencia y condición ejercitar su capacidad jurídica, su capacidad de autorregulación y el ejercicio de su autonomía dentro del marco jurídico previsto por cada ordenamiento, en definitiva, posibilita a las personas ejercitar sus derechos en el día a día”.

“Como jurista, el notario no se limita a recoger declaraciones de voluntad sino que es función primordial la labor de asesoramiento, consejo, asistencia, siendo esencial a nuestra función prestar asistencia especial al otorgante más necesitado de ella desarrollando así una función equilibradora entre las partes; en este sentido, el notario realiza en cada actuación micro-empoderamientos en los momentos más sensibles e importantes que permiten a los ciudadanos ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad dotándoles de la debida seguridad jurídica.

El notario es una autoridad que en el ejercicio de su función está íntimamente relacionado con la persona: con el ejercicio de sus derechos, su desarrollo personal, sus actividades económicas y sus intereses personales”.

Si existe un colectivo que ha estado históricamente apartado de la posibilidad de ejercer sus derechos, es el colectivo de las personas con discapacidad.

“El notario puede y debe ofrecer lo que en la terminología de la Convención se denomina “apoyo” para el ejercicio de la capacidad, como hace con cualquier ciudadano, asesorando, advirtiendo y aconsejando sobre el alcance y consecuencias del negocio”.

“En este punto resalta la función del notario como apoyo institucional para el ejercicio de derechos y como autoridad en relación con las salvaguardias en un doble sentido, positivo, para respetar los derechos, voluntad y preferencias, y en un sentido negativo, para impedir abuso e influencia indebida.

²⁹⁵⁷ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., pp. 26-29.

Analicemos, por tanto, el “iter notarial” atendiendo a la expresión de la voluntad, la labor de asesoramiento, el juicio de capacidad o discernimiento notarial, la prestación del consentimiento informado, pues en este “proceso notarial” es en el que:

- Se realiza la comunicación de la voluntad y preferencias de la persona.
- Se debe prestar esa labor de asesoramiento y consejo propia de la función notarial para el ejercicio de un derecho en concreto.
- Se ha de respetar la capacidad legal de las partes intervinientes, posibilitando el ejercicio de derechos con el apoyo institucional del notario en un acto concreto y no de forma genérica.
- Se posibilita el acceso a los apoyos necesarios en condiciones de igualdad.
- Se realiza ese juicio de capacidad, discernimiento y comprensión que hace el notario en cada acto notarial que garantiza el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, pues para que esta igualdad sea real y efectiva es imprescindible que los derechos ejercitados sean válidos y eficaces y que no sean atacados sólo por razón de discapacidad, pues si esto no se da en la realidad, quedaran fuera del tráfico jurídico”.

1.4.- Recomendaciones para la accesibilidad jurídica

- 1.- Capacitar al notario y al personal de la notaría.
- 2.- Asegurarse de la efectiva comunicación.
- 3.- Utilizar lenguaje sencillo.
- 4.- Ubicarse en el campo visual de la persona.
- 5.- Proporcionar información básica acerca de los derechos y obligaciones.
- 6.- Solicitar información sobre el modo en que requiere o prefiere recibir información.
- 7.- Consultar si necesita algún tipo de apoyo y de qué tipo.
- 8.- Manejarse con naturalidad y no tratarles como niños.
- 9.- Tener en cuenta la percepción de quien oye y no de quien habla.
- 10.- Dirigirse directamente a la persona con discapacidad y no tercerizar la comunicación.
- 11.- Evitar cualquier tipo de invasión corporal.
- 12.- Accesibilidad física²⁹⁵⁸.

²⁹⁵⁸ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., pp. 29-33.

1.5.- Asesoramiento

Destaca la GNB²⁹⁵⁹ que “son partes integrantes del asesoramiento notarial, en su más amplio sentido, las actividades de información, consejo, asistencia y asesoramiento, en sentido estricto”.

1.5.1.- Información

El notario debe “informar al ciudadano y, en base a sus aspiraciones, a la finalidad perseguida y a su voluntad negocial, informará sobre los requisitos necesarios para la validez del negocio jurídico dándole la forma jurídica más adecuada, pero también informará sobre el alcance y consecuencias del acto jurídico que las partes pretenden”.

“El fedatario habrá de prestar un «plus» de asistencia, una información más completa y exhaustiva al contratante necesitado de asistencia especial”, “ya sea porque la otra parte viene asesorada por abogado y ella no, ya sea por sus condiciones culturales, ya sea por las condiciones sociales o ya sea por razón de discapacidad”²⁹⁶⁰.

1.5.2.- Consejo

El notario, al aconsejar, recomienda dentro de los posibles caminos, “el más adecuado, así los particulares suelen requerir del fedatario un consejo, una orientación, y ello es una muestra de la confianza que la sociedad tiene depositada en la profesión notarial, en base no sólo a los conocimientos técnicos que tiene acreditados, sino, sobre todo, a su constante servicio a la verdad, y a la prudencia que normalmente acompaña su intervención”²⁹⁶¹.

1.5.3.- Asistencia

“Este deber de asistencia tiene una doble manifestación pues, por un lado, deriva del deber de imparcialidad el que deba prestar una asistencia más esmerada al otorgante más necesitado de ella y, por otro, implica un compromiso duradero pues, asesoradas, informadas y aconsejadas las partes, las acompañará por todo ese camino jurídico que hayan optado”²⁹⁶².

²⁹⁵⁹ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., p. 37.

²⁹⁶⁰ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., p. 37.

²⁹⁶¹ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., p. 38.

²⁹⁶² UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., p. 38.

1.5.4.- Asesoramiento estricto

“El asesoramiento, propiamente dicho, es el que el fedatario ha de prestar de oficio a aquel de los otorgantes que lo precise y que aparezca en situación de desequilibrio”.

“El Notario será imparcial pero no puede ser neutral ante el riesgo de injusticia, fraude o abuso, ni ante la falta de libertad civil en la manifestación de la voluntad, y culmina su actuación en el último reducto del deber de asesorar, que no es otra cosa que la lectura «explicativa» de la escritura, que no puede concebirse como una mera declamación rutinaria y aséptica del texto escrito, sino como una comunicación comprensible y operativa (que permita decidir con suficiente conocimiento de causa) del contenido íntegro de dicho texto. Con tal fin, esta lectura comunicativa ha de adaptarse” a la capacidad y cultura de los otorgantes, de modo que éstos sepan al tiempo de la firma aquello a lo que van a obligarse²⁹⁶³.

2.- Consentimiento informado

2.1.- Juicio de capacidad y comprensión

Indica la GNB²⁹⁶⁴ que la culminación del proceso notarial “es la prestación de un consentimiento informado conforme a derecho, por el control de legalidad que realiza la autoridad notarial y la realización por parte de la misma del llamado juicio de capacidad, comprensión o discernimiento que implica que los otorgantes del instrumento público notarial conocen y comprenden gracias precisamente a esa intervención notarial:

- Lo adecuado del negocio jurídico que se perfecciona a sus pretensiones,
- De su adecuación a la legalidad en virtud del control previo que es obligación del notario,
- De que la forma jurídica negocial que reviste su voluntad es la más conforme, jurídicamente, a ella
- Todos los efectos que la misma despliega, no sólo de aquellos inicialmente pretendidos”.

²⁹⁶³ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., pp. 38-39.

²⁹⁶⁴ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., pp. 40-42.

El juicio de capacidad es una de las funciones de mayor trascendencia que el notario realiza “en aras a conferir seguridad jurídica al negocio que se formaliza a través del instrumento público, manifestación, además, del control de legalidad que compete al notario.

Es el notario el que comprueba que el consentimiento se ha formado regularmente, ausente de vicios y debidamente informado, es uno de los presupuestos de la validez del negocio”.

“Se debe asegurar de que, a su juicio, los otorgantes tienen la capacidad civil suficiente para otorgar el acto o celebrar el negocio concreto, pues dependerá de la naturaleza del acto o contrato y de las exigencias del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas.

No se trata de examinar a la persona con discapacidad (con test de inteligencia o de otra manera) para tratar de determinar el alcance de sus limitaciones, su función no es constatar que la persona con discapacidad supera un cierto umbral de competencia mínima”. La exigencia “que el notario se debe plantear no es de una cierta competencia personal, sino la de que el contrato termine por contener una voluntad informada, consciente y libremente expresada, aunque, para formarla, el otorgante haya necesitado recibir un alto nivel de apoyo. Un apoyo que no excluye, sino que por el contrario puede requerir de un alto nivel de consejo y asesoramiento que le ayude a formar su voluntad negocial.

En el juicio notarial de capacidad o comprensión que realiza el notario influyen no solo las cualidades intelectivas del otorgante y la naturaleza del acto o contrato que pretenda otorgar sino también la voluntad y preferencias de la persona cuya apreciación deberá efectuar el notario”.

Se trata de “asumir una labor que favorezca el adecuado desarrollo de las personas con discapacidad, promoviendo, como consagra la Convención, su inclusión en la sociedad, que en la medida posible su voluntad tenga cauce adecuado para regir sus persona y bienes y, en definitiva, que más que objeto se conviertan” en sujetos de derecho.

“Si una persona con alguna discapacidad ejerce sus derechos por sí misma, deben asegurar que está obrando con discernimiento, intención y libertad; es decir, que realmente comprenden los alcances del acto que desean otorgar como hace el notario con cualquier ciudadano”.

“Los principios del Derecho civil establecen que los actos humanos, para que produzcan efectos, deben ser voluntarios y consentidos. La voluntariedad requiere una comprensión básica de su significado y consecuencias. Por lo tanto, la perfección del contrato debe basarse en el consentimiento y, si el negocio está siendo autorizado por una autoridad”, “éste debe valorar que hay consentimiento suficiente para el acto concreto. Así pues, el notario apreciará la capacidad, el consentimiento dado por las partes, con arreglo a las normas generales, también cuando intervengan personas con discapacidad”.

“Del mismo modo, cuando la persona con discapacidad requiera además del apoyo institucional del notario el uso de otros apoyos, que hayan sido establecidos previamente por resolución judicial o ante la propia autoridad notarial, el notario requerirá la intervención de otra u otras personas que le presten ese apoyo establecido. En ese caso, el notario también tiene que valorar que la persona que preste apoyo comprenda el negocio y sus consecuencias jurídicas, incluso asegurarse que comprende bien la naturaleza y la responsabilidad de su actuación como apoyo a la persona con discapacidad. Todas esas voluntades sumadas, la de la persona con discapacidad y la del que presta el apoyo, ya sea este voluntario, obligatorio o institucional, integran una sola parte que permiten a la primera ejercer sus derechos en condiciones de igualdad”.

2.2.- Supuestos

Qué supuestos podemos encontrarnos en la práctica notarial.

2.2.1.- Personas con resolución judicial de incapacitación

Según la GNB²⁹⁶⁵, “en este caso en tanto el legislador no corrija estas situaciones ni establezca un régimen transitorio:

Habrà que estar a las normas de derecho sustantivo, no podemos como autoridad pública autorizar documentos que por no cumplir las exigencias del derecho sustantivo puedan ser sancionados de nulidad de pleno derecho.

Habrà que estar a la resolución judicial que determine la incapacitación y al sistema de guarda y protección establecido por la misma, pero en este caso hemos de recordar:

²⁹⁶⁵ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., pp. 42-43.

a) Que hay determinados derechos personalísimos que no pueden estar dentro del ámbito de la resolución judicial, por ejemplo, el matrimonio, el voto, el testamento respecto de los cuales habremos de estar a las normas específicas previstas en nuestros respectivos ordenamientos.

b) Que aun en el caso de estar la persona sometida a un régimen de sustitución, siendo necesaria la intervención de tutor o curador para la validez y eficacia jurídica del acto, debemos procurar la participación efectiva de la propia persona con discapacidad a quien se le brindará igualmente la labor de asesoramiento e información pues el documento notarial recogerá un acto jurídico suyo”.

2.2.2.- Personas con discapacidad sin incapacitar

2.2.2.1.- Situación mayoritaria

Indica la GNB²⁹⁶⁶ que “esta es la situación en la que se encuentran la mayoría de las personas con discapacidad que viven su vida jurídica al margen de la incapacitación:

Compran el pan, van al cine, toman el autobús, compran ropa...” sin que se haya desplegado sobre ellos “el “sistema de Guarda y Protección que prevén nuestras legislaciones nacionales”, y son estas personas las que en la mayoría de los casos se ven abocadas a la incapacitación cuando por alguna circunstancia tienen que realizar un concreto acto jurídico”.

“Esta situación nos lleva sacar varias conclusiones del sistema actual:

1. El sistema de guarda y protección solo se despliega a favor del incapacitado, no a favor de la persona con discapacidad, buscando la protección de su patrimonio, no de la persona, y sin ninguna finalidad de integración y fomento de la autonomía ni desarrollo personal.

2. Y se actúa como si, en general, las personas con discapacidad formaran un colectivo homogéneo, como si todas las personas que tienen discapacidad, especialmente intelectual, precisaran del mismo trato.

Se utiliza la expresión plena capacidad, que se tiene o no se tiene, cuando en realidad debería atenderse a la idea de la “capacidad suficiente” para cada caso y que dependerá de múltiples factores como la educación, la cultura, la experiencia de vida, etc.”.

²⁹⁶⁶ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., pp. 43-44.

2.2.2.2.- Recomendaciones

Destaca la GNB²⁹⁶⁷ que “el notario que controla la legalidad de los instrumentos que autoriza teniendo presente las siguientes recomendaciones:

Salvo resolución judicial, la capacidad se presume siempre y no hay restricción alguna.

El Notario no realiza un juicio médico: lo “determinante” no es que la persona padezca o no y en qué grado una determinada patología, no es una valoración puramente médica pues influyen diversos factores o circunstancias como en cualquier ser humano tales como los factores culturales, educacionales, sociales etc. Lo determinante para el notario es comprobar que la persona con discapacidad tiene una percepción clara con arreglo a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que está realizando y de que se han utilizado los sistemas de apoyo necesarios para ello en ausencia de influencia indebida ni abuso de algún tipo.

El juicio notarial de capacidad o discernimiento no se refiere a una capacidad abstracta ni a una capacidad perfecta sobre cualquier aspecto de la vida. Eso no lo hacemos ni con las personas en quienes no concurre una discapacidad. Nuestro juicio de comprensión se refiere a un hecho y un acto concreto con unas coordenadas específicas y un momento concreto”.

“Que en este ejercicio de la capacidad deben proporcionarse los apoyos que sean necesarios, valorando en función de la persona, sus necesidades y preferencias y la trascendencia del acto o contrato que quiere realizar, atendiendo a la capacidad suficiente para el caso concreto”.

“No existe una enumeración taxativa de qué ha de entenderse por apoyo ni ajuste razonable puesto que dependerá de la persona, por un lado, y del acto que desea otorgarse o derecho que deba ejercitarse. Pueden ser diversos desde un punto de vista funcional, como el recurso a apoyos lingüísticos (lengua de signos, Braille, tablets y dispositivos informáticos) como material, (consentimientos asistidos, asentimientos realizados por otras personas...) y, en todo caso, la propia actuación notarial se configura como una forma de apoyo Institucional”.

Se recomienda dejar constancia en el instrumento público de las medidas de apoyo que han permitido a la persona ejercitar el derecho concreto de que se trate.

²⁹⁶⁷ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., pp. 44-46.

“No debe confundirse “influencia indebida” con “apoyo” pues no hay límite en cuanto a la intensidad del apoyo recibido”. “El notario debe preocuparse de constatar a este respecto que la influencia no es indebida, porque involucre un conflicto o contraposición de intereses”.

“El apoyo no es la persona que firma con la persona con discapacidad sino que el o los apoyos son aquellos medios, personas o ajustes razonables necesarios para que el individuo pueda comprender y formar su voluntad en relación con un acto jurídico concreto.

Deberá tenerse en cuenta las circunstancias concretas que concurren y entre otras:

1. La intensidad de los apoyos recibidos.
2. La trascendencia económica y jurídica del acto.
3. La previa consumación de prestaciones.
4. La constitución de obligaciones futuras a cargo de la PCD.

La labor de prevención del abuso e influencia indebida que como funcionario público debe desarrollar”.

“La exigencia por el notario de un verdadero consentimiento negocial: con más o menos apoyo, pero la persona con discapacidad debe querer y comprender lo que contrata o dispone”.

Comprobación de que el apoyo no es sustitutivo, ya sea porque fuerce “la voluntad de la persona con discapacidad, bien porque no intente ayudar a formar y expresar esa voluntad, y se convierta en una expresión unilateral de la persona que presta apoyo”.

“Control notarial de que el apoyo sea aceptable y suficiente para que la persona con discapacidad se forme su propio consentimiento.

El notario debe calificar el resultado final de la actuación con apoyos; en caso de juicio negativo puede y debe denegar su autorización si considera que no concurre una voluntad coherente, libre, consciente e informada”.

3.- Reformas necesarias

3.1.- Dotar de seguridad jurídica

Una de las recomendaciones de la UINL²⁹⁶⁸ fue: “promover reformas legislativas que reconozcan el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos de la Convención: a este respecto apela a la creatividad jurídica del notario para elaborar nuevos instrumentos jurídicos que respondan a la nueva realidad social”. “El notariado ve la nueva problemática de la sociedad y podemos dar respuesta jurídica.”.

La GNB²⁹⁶⁹ sostiene que “el punto fundamental consiste en establecer confianza y dotar de seguridad jurídica a los sistemas de apoyo para todas las personas con discapacidad, caso contrario, las propias personas con discapacidad podrían quedar al margen de la vida económica y social, pues todo sistema que sea fuente de inseguridad es rechazado por la sociedad”.

3.2.- Características del nuevo sistema

Según la GNB²⁹⁷⁰:

1.- “Deben desvincularse de la previa incapacitación, la distinción entre capaces e incapaces está superada por la Convención, es decir, no puede negarse el ejercicio de la capacidad jurídica sino que, en vez de negar, debemos partir de un punto de vista positivo: debe reconocerse el derecho a la provisión de apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: podrían denominarse procedimientos de provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica”.

2.- “El sistema de provisión de apoyos debe dotarse de la seguridad jurídica necesaria para que se garantice a las personas con discapacidad el derecho a ejercitar su capacidad y contratar con terceros, de modo que no queden fuera del mercado”. “Por ello deben arbitrarse medidas judiciales y no judiciales con la intervención del concepto de “autoridad” como la notarial o en su caso “órgano judicial””, “para la determinación del sistema de apoyos. Habrá apoyos formales e informales en función de la trascendencia jurídica del acto y la implicación de los terceros”.

3.- “El apoyo variará tanto por razón del sujeto, pues todos tenemos distinta capacidad mental, distinto entorno, distinta cultura, distinta formación y educación, como por razón del objeto, es decir, en función del ejercicio del derecho de que se trate y de su repercusión para con los terceros, pues no es lo mismo comprar una entrada de

²⁹⁶⁸ UINL, “Recomendaciones sobre el rol del notario como prestador de apoyo institucional a la persona con discapacidad”, Asamblea de Notariados miembros, Buenos Aires, Argentina, 1 de octubre de 2018.

²⁹⁶⁹ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., p. 47.

²⁹⁷⁰ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., pp. 47-48.

cine que comprar una casa, el llamado comúnmente “traje a medida”. Los apoyos en función de esas variantes podrán ser formales o informales”.

4.- “La finalidad del sistema de apoyos debe ser garantizar el ejercicio de los derechos y debe basarse en las preferencias y voluntad de la persona”.

5.- “Para ello es preciso idear formas aún más flexibles, temporales, revisables y voluntarias, tendentes más a las atenciones de la persona que a las del patrimonio y a ayudarlo a tomar y realizar sus decisiones”.

6.- “La supervisión por parte de una autoridad u órgano judicial debe proporcionar las salvaguardias adecuadas en una doble vertiente”:

A) “Positiva: en la determinación de los apoyos que garantice el respeto a los derechos, la voluntad, y preferencia de la persona”.

B) Negativa: para evitar abusos mediante: “un régimen adecuado de control de los actos de las personas, físicas o jurídicas, encargados del apoyo”. “Tal régimen de control no tiene por qué ser siempre directo: puede establecerse simplemente la necesidad de ciertos consentimientos complementarios o de cierta asistencia técnica.”.

7.- “Es imprescindible la formación y especialización de todos los operadores jurídicos”.

8.- “Los sistemas de determinación de apoyos deben concretarse con un régimen de publicidad adecuado tanto para llevar un efectivo control de los mismos como para procurar el debido conocimiento por los terceros”.

9.- “Incrementar el régimen de responsabilidad de las personas e instituciones que ejerzan labores de apoyo”. “Además de someter su labor a la supervisión por la autoridad pública, establecer en su caso, un sistema de rendición de cuentas de la persona y los bienes, y/u obligar a la constitución de garantías especiales”.

10.- “La intervención por parte de la Administración pública debe guiarse por los principios que le son propios: la necesidad, (actuación pública cuando las circunstancias fácticas, físicas y psíquicas, del sujeto lo demanden), subsidiariedad (adopción de medidas de protección pública cuando no sean suficientes o adecuadas las medidas adoptadas privadamente para la protección de la persona vulnerable) y proporcionalidad (adecuación de la medida a las circunstancias personales de la persona y revisión periódica de la medida para comprobar si se sigue acomodando a aquéllas)”.

11.- “Paralelamente deben adoptarse medidas sociales, fiscales, laborales, educativas y sanitarias”.

4.- Conclusión

La GNB²⁹⁷¹ concluye que el art. 12 CDPD representa “la aspiración cumplida de quienes se han ocupado de la proclamación de los derechos de las personas con discapacidad, no como derechos de nueva creación, sino como la actualización y concreción de la cultura de los derechos fundamentales en las personas que tienen algún componente de discapacidad que les impide ejercitarlos en plano de igualdad con el resto de las personas.

Es por ello, que la filosofía que informa y consagra toda la Convención es la del ejercicio de derechos con apoyo por la persona con discapacidad y, en aquellos aspectos de imposible ejercicio sin complemento auxiliador, pero siempre respetando y teniendo en cuenta su voluntad y preferencias. Ello exige, también, una actitud vigilante de los organismos públicos para asegurar que la protección no encubre un aprovechamiento por parte de aquellas personas que deben apoyar a la persona con discapacidad.

Es fundamental establecer cuanto antes un sistema de apoyos formal judicial y extrajudicial a la luz de las directrices recogidas por el art. 12. En cierta forma, de la eficacia de estas medidas depende el éxito del artículo, pues si no hay confianza en el sistema de apoyos, difícilmente podrán ser considerados como tales, y la solución más fácil será la vuelta al sistema de sustitución, que tanto tiempo y esfuerzo ha costado superar. Para ello, los operadores jurídicos deben formarse de tal manera que sepan dónde y cómo pueden disponer de los apoyos. En este sentido, será necesaria una completa colaboración entre instituciones públicas y privadas, de modo que puedan optimizarse todos los medios disponibles.

Esta optimización es imprescindible, y más aún en el estado actual de la economía, donde los recortes presupuestarios son cada vez más significativos y, desgraciadamente, las políticas sociales se ven muy afectadas. Por otro lado, no debemos olvidar que el colectivo de la discapacidad no es un grupo homogéneo y, en consecuencia, cada situación merece un trato diferenciado. Las medidas de apoyo deben ser, por consiguiente, cuantiosas y diversas para poder hacer frente a todas las posibles situaciones, por lo que dicha colaboración entre agentes públicos y privados es imprescindible. Hay que evitar caer en la estandarización de medidas de apoyo”.

²⁹⁷¹ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas...”, cit., p. 49.

VI.- PAUTAS PARA EL ACCESO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LAS NOTARÍAS

1.- Generales

La CDPD obliga a los operadores jurídicos a que provean los recursos necesarios que garanticen el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad, especialmente el ejercicio de su capacidad jurídica. Para ello, se debe respetar la diversidad de los seres humanos, según su nacimiento, edad, raza, etnia, género, condición socioeconómica, sexo, orientación sexual, religión, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; bajo el principio de que “todos somos igualmente diferentes”²⁹⁷².

Al respecto se han hecho algunos manuales para diferentes operadores jurídicos²⁹⁷³, como el Protocolo de actuación de las Conclusiones del Consejo de Expertos sobre la CDPD y el Acceso a la Justicia; a los que recientemente se ha añadido la Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad²⁹⁷⁴. Sin perjuicio

²⁹⁷² MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de Diciembre de 2006.”, según las conclusiones de las Jornadas de fiscales especialistas en la protección de personas con discapacidad, celebradas en Alcalá de Henares los días 20 y 21 de septiembre de 2010, y elaboradas por C. Ganzenmüller Roig, F. Santos Urbaneja, G. López Ebri, C. Fábrega Ruiz, N. López-Mora González, F. Alcántara Barbany, D. Mayor Fernández y A. de la Blanca García, p. 2. Consultado en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Manual%20de%20B.P.Fiscales.pdf?i_dFile=df6f1b57-1782-41af-8049-8ecc71c5069c

²⁹⁷³ Destacamos, a nivel nacional e internacional, los siguientes:

MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, “Protocolo para la actuación con personas con discapacidad intelectual en el turno de oficio”, Área de discapacidad y dependencia del ICAM, Sección DDHH, actualizado a febrero de 2016. Consultado en:

<http://web.icam.es/bucket/PROTOCOLO%20ACTUACI%C3%93N%20PERSONAS%20DISCAPACIDAD.pdf>

THYSSENKRUPP ACCESIBILIDAD, BARRERAS ARQUITECTÓNICAS, “Guía de accesibilidad: Accesibilidad en la Edificación. Normas de protocolo con usuarios discapacitados”. Consultado en:

<http://www.mldm.es/BA/x40.shtml>

FLUJAS LEAL, M^a. J., “Protocolo accesible para personas con discapacidad”, Fundación Once, Colección accesibilidad, Madrid, 2007. Consultado en:

<https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/procedencia/colecciones-propias/protocolo-accesible-para-personas-con-discapacidad>

FUNDACIÓN ONCE y FUNDACIÓN AEQUITAS, “La accesibilidad universal en los despachos notariales”, parte III, en *Manual para el fomento del empleo de las personas con discapacidad y de la accesibilidad en los despachos notariales*, editado en el marco del Programa Operativo de Lucha contra la Discriminación 2007-2013, cofinanciado por el Fondo Social Europeo.

PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES, “Protocolo Único de Actuación Para el Acceso a Justicia de las Personas con Discapacidad”, Buenos Aires. Consultado en:

<http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/pdf/2016/PROTOCOLO%20ANICOPCD.pdf>

²⁹⁷⁴ UINL, “Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública”, Comisión de DDHH, 2020.

del seguimiento de la citada guía, propondré una serie de pautas que sería conveniente seguir en la actuación notarial en su relación con las personas con discapacidad y según las diferentes tipologías de las mismas. Por profesionalidad, sentido común y humanidad, el notario y el personal de la notaría deben prestar todo su apoyo personal y técnico, y en concreto seguir las siguientes pautas:

1.1.- Actitud general

Comportarse de modo natural y ser positivo.

Tener respeto, comprensión y paciencia.

Colocarse dentro del campo visual de la persona con discapacidad y mirarle a los ojos, para transmitirle confianza y comprobar si nos comprende.

No invadir su espacio vital.

Leer la escritura o el documento de que se trate de modo sencillo, explicando de forma comprensible para la persona con discapacidad todo su contenido.

Pronunciar con claridad, vocalizando y entonando.

Hablar y dirigirse directamente a la persona con discapacidad aunque esté con un acompañante.

Estar tranquilos en todo caso y tener la mejor predisposición para apoyarle en sus necesidades y prestarle el asesoramiento profesional que demande.

Expresarse de un modo sencillo, comprensible para el interesado.

Crear un clima agradable y amigable donde sea fácil comunicarse y entenderse.

Preguntar a la persona con discapacidad sobre qué medio prefiere para recibir la información y sobre qué ayudas puede necesitar o le son útiles, antes de brindárselas.

Si por cualquier circunstancia no se comprende lo que la persona con discapacidad quiere comunicar, se le debe pedir amablemente que lo repita.

Considerar la opinión de las personas con discapacidad como parte fundamental de la decisión a adoptar.

Asegurarse de su voluntad y preferencias, que siempre hay que respetar.

Prestar atención a sus potencialidades, a lo que tiene y no a lo que le falta.

Tener empatía, colocándose en la situación de la persona con discapacidad.

No sustituir palabras del lenguaje usual porque creamos que puedan molestarle, hay que ser natural y comunicarse del modo más usual; la persona con discapacidad, con toda probabilidad, también las usará.

No se puede generalizar, cada persona con discapacidad tiene su forma de ser y no tiene por qué ser igual al de otra.

Permitir y facilitar la utilización de medios técnicos, nuevas tecnologías y animales que faciliten o permitan la actividad de la persona con discapacidad.

1.2.- Implementar el diseño universal

Con independencia del tipo de discapacidad, se deberá aplicar en las notarías el criterio de diseño universal para que satisfaga las necesidades del mayor número posible de personas.

El espacio físico de la oficina notarial debe ser adecuado, cómodo, accesible y seguro para que las personas con discapacidad puedan acceder en igualdad de condiciones que las demás.

El mobiliario debe distribuirse de modo que no obstaculice la circulación de las personas, evitando que mesas, sillas, armarios, ventanas o puertas puedan suponer un riesgo.

1.3.- Facilitar la comparecencia

Es conveniente informarse sobre el horario que mejor le va en función de sus particularidades y del apoyo que tenga.

Una vez en la notaría, hay que procurar que la persona con discapacidad espere el menor tiempo posible para la celebración del acto, ser puntual, y a ser posible, otorgar preferencia al negocio en el que ella participe.

Tratar de que no se produzcan comparecencias innecesarias, concentrando en el mismo día y lugar los actos en los que deba participar.

Los apoyos deben facilitar la comparecencia, lo que no supone evitarla. Deben orientarse a incluir a las personas con discapacidad en todos los aspectos de la sociedad y promover su autonomía y dignidad. Así que solo cuando a la persona le resulte imposible o extremadamente difícil acudir a la notaría, se puede recurrir a actos excepcionales, como el traslado del notario al domicilio de la persona.

1.4.- Proporcionar apoyos y hacer ajustes razonables

El primer apoyo de la persona con discapacidad debe ser el propio notario.

Si para ejercer su capacidad jurídica la persona con discapacidad requiere algún apoyo o asistencia específico, se deberán utilizar los medios idóneos para conocer y determinar el tipo y grado de la ayuda.

Se debe ofrecer ayuda y esperar a que sea aceptada, considerando la capacidad e independencia del individuo en vez de sus limitaciones.

Hay que escuchar con atención las indicaciones de la persona.

Debe evitarse el paternalismo y la sobreprotección, porque la posible inseguridad de la persona discapacitada sobre sí misma se puede incrementar por las actitudes de los que se interrelacionan con ella.

Hay que relacionarse directamente con las personas con discapacidad de acuerdo con la singularidad de las mismas, asegurándose con inmediatez que se estén realizando las acciones pertinentes y los ajustes razonables que sean necesarios.

1.5.- Tener comunicación personalizada

El notario debe tener contacto directo y personalizado con ella desde el principio y durante todo el proceso, promoviendo vínculos de conocimiento y confianza, priorizando el principio de inmediación e intentando conocer lo mejor posible sus circunstancias personales y sociales.

Si una tercera persona apoya a la persona con discapacidad no debe monopolizar la interacción, se debe mantener contacto directo con la última, dirigiéndose a ella y no a su acompañante, salvo que realmente no pueda comprendernos.

No se debe hablar a un grupo marginando o ninguneando a la persona con discapacidad.

Es conveniente dar prioridad a la atención de estas personas y hacer seguimiento de las actuaciones que le afecten.

No hay que aplicar modelos generales ni estandarizados en la actuación con las personas con discapacidad.

Si hace falta, es conveniente darle plazos más amplios para responder o comunicarse, no se puede mostrar impaciencia o nerviosismo, ni pedirle que se apresure.

Para garantizar la adecuada comprensión de la comunicación recíproca con la persona con discapacidad hay que usar el medio más efectivo, evitar los tecnicismos, utilizando un lenguaje coloquial y, si es necesario, pictogramas o dibujos; en definitiva, cualquier tipo de formato que facilite la comunicación. Para ello, se debe propiciar la colaboración con técnicos²⁹⁷⁵ para que actúen si fueran necesarios.

Debe proporcionarse toda la información necesaria y conveniente desde un inicio y en todas las etapas de gestación del negocio jurídico, para lo cual los datos deben ser presentados de manera clara, completa, exhaustiva, actualizada y en formatos comprensibles y accesibles.

Las comunicaciones y comparecencias de estas deben realizarse en lugares que generen seguridad y confianza, garantizando su intimidad, privacidad y confidencialidad.

Las personas con discapacidad, como todas, tienen derecho a la confidencialidad de las operaciones y consultas y el notario está vinculado por el secreto profesional.

1.6.- Capacitación

El notario tiene en primer lugar que estar capacitado, para lo que debe esforzarse en estudiar y estar al día en todos estos aspectos; y después, tiene que promover la capacitación, que debería ser obligatoria, y concienciación de todos los empleados de la notaría, para que a cada persona con discapacidad, y en función de sus características, se le preste el trato conveniente.

La formación y la educación, que deben ser continuas y actualizarse de modo periódico, son fundamentales para conseguir la transformación social y la supresión de las barreras, muchas de las cuales son invisibles, como las actitudinales y comunicacionales; pero que suponen obstáculos para conseguir la participación de las personas con discapacidad en la sociedad.

Es necesario formar sobre el contenido y la aplicación de la CDPD y del modelo social y de DDHH de la discapacidad, para que los operadores utilicen el sistema de apoyo en la toma de decisiones que se necesite en cada caso, siempre respetando su autonomía y preferencias personales.

²⁹⁷⁵ P. ej. expertos en lengua de señas o en escritura Braille.

Y por supuesto, hay que cuidar el vocabulario adecuándolo a la CDPD, y evitando denominaciones peyorativas como “disminuido”, “incapaz”, “anormal”, “minusválido”, etc.

2.- Concretas

Veremos diferentes tipos de discapacidades y lo más adecuado para cada una de ellas, teniendo en cuenta que pueden darse conjuntamente y que la intelectual, que es el objeto básico de nuestro estudio, puede conllevar alguna de las demás.

2.1.- Sobre la movilidad

“Los problemas de movilidad son los que afectan al movimiento de las personas, al coger o manipular objetos, andar, correr o cambiar su cuerpo de posición”. Pueden producirse por la “falta de algún miembro, alteraciones nerviosas, o cualquier otra causa que afecte al funcionamiento de los mismos e impliquen limitaciones en cualquier grado de la movilidad”²⁹⁷⁶.

2.1.1.- Barreras

La mayor dificultad para las personas con esta discapacidad está en el entorno físico, “en las barreras arquitectónicas, que impiden o complican su desplazamiento” (escalones, puertas estrechas, rampas mal diseñadas, alfombras, baños no adaptados); y “también en la distribución del mobiliario” (ubicación de mostradores, escritorios, armarios, etc.)²⁹⁷⁷.

2.1.2.- Criterios de accesibilidad

Propugnar la eliminación de barreras urbanísticas en el entorno, como bordillos, escalones, pendientes pronunciadas, etc.

Instalar rampas y barandillas.

Eliminar las barreras arquitectónicas en la notaría.

Todas las dependencias del local donde se ubique la notaría deben ser accesibles y tener espacio suficiente de giro o maniobra.

²⁹⁷⁶ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., p. 44.

²⁹⁷⁷ PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES, “Protocolo Único...”, cit., p. 27.

Los diferentes niveles en alturas deben estar comunicados a través de rampas o ascensores.

Los ascensores deben ser accesibles y la botonera debe estar a la altura adecuada. En las cabinas del ascensor debe haber información sonora y visual de los pisos en que se para y de movimientos, si sube o baja. Es necesario que exista un intercomunicador.

El mobiliario y las instalaciones serán cómodas, funcionales y de fácil manejo, sin patas ni aristas que sobresalgan considerando la ubicación de tiradores, interruptores, enchufes y termostatos.

Los planos, letreros, carteles, cualquier elemento de información y timbres e interruptores, se pondrán a una altura que permita que las personas que usan silla de ruedas puedan leerlos y usarlos.

Cierto número de asientos estarán reservados a personas con discapacidad.

Los dispositivos de alarma serán visibles y audibles.

Las vías de evacuación y las salidas de emergencia deben estar señalizadas e iluminadas de modo que marquen claramente el camino hacia la salida.

2.1.3.- Ajustes razonables

Acompasar nuestro paso al que tenga la persona con discapacidad.

No dar tirones ni empujones.

No obstaculizar los itinerarios o vías de circulación.

Ayudarle, si la persona lo necesita y previa consulta, a transportar objetos o paquetes.

Hablarle de frente, y mejor si estamos a la misma altura.

Facilitarle los objetos que necesite usar, como p. ej. bolígrafos, situándolos en su radio de acción, evitando posturas forzadas.

Si la persona va en silla de ruedas se debe solicitar su permiso para mover la silla e informarle de las maniobras que se vayan a hacer, bloquear las ruedas al detenerse y en caso de que cambie de asiento, no alejarla de su alcance.

Si la persona va con muletas o bastón que le sirven de apoyo y equilibrio, no hay que obstaculizar el uso de los mismos y dejarlos a su alcance.

2.2.- Sobre la visión

“La discapacidad visual supone cualquier alteración del sentido de la vista, puede ser limitación total o ceguera, en este caso las personas no ven en absoluto o solo tienen una ligera percepción de la luz”; o limitación parcial o deficiencia visual, en que pueden ver o distinguir algunos objetos, con o sin apoyos o ayudas técnicas”²⁹⁷⁸.

Pueden comunicarse por escrito con el Sistema Braille.

2.2.1.- Barreras

Tienen dificultades en el acceso a edificios e instalaciones y para moverse en su interior, o para superar un obstáculo.

Y también las tienen para captar o asimilar mensajes o información en diversos soportes.

Los espacios arquitectónicos no están adaptados para su uso por estas personas.

Faltan mecanismos que ayuden en el acceso a la información.

Pueden dar la impresión de que ven mucho más de lo que ven en realidad porque suelen tener buena orientación y movilidad.

2.2.2.- Criterios de accesibilidad

Facilitar la utilización de perros-guía.

Que existan itinerarios con referencias.

Eliminar barreras arquitectónicas.

Utilizar mecanismos e instrumentos electrónicos de lectura y acceso a la información como transcripciones a Braille, Zoom Text, etc., y otros dispositivos y programas de ampliación de la imagen.

La información debe ser accesible a través de diversos métodos: contrastes de color, espaciado entre los caracteres, clara alineación del texto, rotuladores especiales, letra de tamaño grande, etc.

Disponer de dispositivos tecnológicos para tener comunicación efectiva, p. ej. impresoras Braille.

2.2.3.- Ajustes razonables

²⁹⁷⁸ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., p. 45.

Facilitar que la persona con discapacidad, saludando con claridad o remarcando los pasos, conozca la presencia del notario y otras personas. Se debe avisar al llegar y al retirarse.

Al hablarle, hay que identificarse primero para que pueda reconocernos. En caso necesario, para captar su atención, se le puede tocar levemente.

Dirigirse a él, en su dirección y no hacia los lados, ya que puede percibir de dónde proviene la voz.

Si quiere alguna cosa, aclarar de qué se trata o lo que es, y a continuación ponérselo en la mano o dejarlo en un lugar que le sea accesible y decírselo clara y exactamente. Hacer tangibles los distintos elementos: bolígrafos, documentos, etc.

Si precisa ayuda, se le consulta qué tipo de ayuda precisa, si es para desplazarse se le ofrece el brazo para que nos coja y caminaremos ligeramente adelantados.

Distribuir el mobiliario de la oficina, de modo que no signifiquen obstáculos para el desplazamiento de la persona con discapacidad visual.

Informarle de cómo está distribuido el espacio y de los posibles obstáculos que haya a su paso.

El bastón de una persona ciega es un medio de seguridad y una guía fundamental para ella, por lo que no hay que cogérselo.

Darles información sobre las cosas que no ven, como las características del lugar en que están o de las personas presentes.

No usar términos como “aquí” o “allí”, hay que dar detalles de su situación espacial o de objetos que requiera para que pueda localizarlos, como p. ej.: “a su derecha”, “a la izquierda de la mesa”, etc. También se puede conducir su mano hacia el objeto. P. ej. para indicarle la mesa.

Los documentos se leen despacio, vocalizando y con claridad, sin quitarle ni abreviar los contenidos e indicando los signos ortográficos.

Para señalar dónde ha de firmar se puede coger su mano y llevarla hasta el punto donde ha de hacerlo o situar su dedo índice en ese punto.

2.3.- Sobre la audición

La sordera es una disminución total o parcial de la función auditiva y según la Confederación Española de Familias de Personas Sordas²⁹⁷⁹, implica la “pérdida o anomalía de una función fisiológica o anatómica del sistema auditivo, lo que conlleva una discapacidad para oír que implica un déficit en el acceso al lenguaje oral”.

Puede ser²⁹⁸⁰:

– Hipoacusia: “pérdida auditiva de leve a moderada”, pero que “resulta funcional para la vida diaria”; siendo necesario el uso de audífonos. Pueden aprender el lenguaje oral por vía auditiva.

– Sordera: pérdida auditiva de severa a profunda. La audición no es funcional para la vida diaria ni con audífonos. “La adquisición del lenguaje oral no se da de manera natural”. En este caso se usa el canal visual para recibir la información, para aprender y para comunicarse.

La mayoría de las personas sordas suelen combinar varios métodos de comunicación: lenguaje oral, lengua de señas, el castellano signado²⁹⁸¹, mímica, gestos corporales, e incluso el lenguaje escrito.

En la vida cotidiana las personas sordas “utilizan señales visuales luminosas o vibraciones a modo de alertas”.

2.3.1.- Barreras

Las principales barreras que les afectan tienen relación con la comunicación. Hay obstáculos que dificultan o limitan el acceso al entorno sociocultural y a la información.

Vivimos en una sociedad que es oyente de modo mayoritario, donde son auditivos la mayoría de los canales de transmisión de información.

Por lo que esta información se le restringe por muchas causas, p. ej.: no se suelen subtítular las producciones audiovisuales, la falta de señalización gráfica suficiente, el desconocimiento del lenguaje de signos, etc.²⁹⁸².

2.3.2.- Criterios de accesibilidad

Contar con un intérprete de signos.

²⁹⁷⁹ CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FAMILIAS DE PERSONAS SORDAS, “¿Qué es la sordera?”. Consultado en: < <http://www.fiapas.es/FIAPAS/queeslasordera.html> >

²⁹⁸⁰ PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES, “Protocolo Único...”, cit., pp. 28-29.

²⁹⁸¹ Deletrear mediante signos lo que se desea transmitir.

²⁹⁸² PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES, “Protocolo Único...”, cit., p. 31.

Poner en el entorno bucles magnéticos.

Disponer paneles y carteles informativos y de señales de emergencia luminosas.

Colocarse de modo que se facilite la lectura labial.

Utilizar información escrita, mejor a máquina o con letra clara y con formato que facilite la lectura y la comprensión.

2.3.3.-Ajustes razonables

Se atrae su atención tocándole el hombro ligeramente y no hay que empezar a hablar hasta que nos mire.

Vocalizar lo más correctamente posible, sin exagerar y sin distorsionar la articulación de las palabras.

Hablar siempre de cara, nunca de espaldas ni darse la vuelta, mirándole al hablar, ya que se puede apoyar en la lectura de los labios.

Evitar cualquier obstáculo visual como personas que se crucen o columnas.

Mientras nos comunicamos, mantenernos quietos, no girar la cabeza y no agacharse ni adoptar posturas extrañas que puedan dificultar la conversación.

Al hablar, no hacer muecas, no comer ni tampoco llevarse algún elemento a la boca, porque se dificulta la lectura de labios.

Hablar despacio, de forma clara, firme y natural, vocalizando, con normalidad, sin exagerar los movimientos labiales y usando frases cortas y simples facilitando que pueda leer nuestros labios.

Emplear a modo de apoyo la escritura y la mímica o gestos.

Comprobar si el mensaje fue comprendido. Si no lo fue, reelaborar la frase de modo más simple y claro.

Evitar circunloquios, ironías, metáforas y sinónimos.

El hecho de llevar un audífono no significa que la persona escuche perfectamente.

No elevar el tono de voz ni gritar porque entonces el sonido se distorsiona, hay que mantener el mismo volumen en toda la conversación.

Al cambiar de tema, hay que avisar, no hacerlo con rapidez, tampoco hablar de varias cosas al mismo tiempo.

Procurar, en la medida de lo posible, que no se escuchen ruidos externos sin relación con el negocio, que interfieran la comunicación, p. ej. la música de fondo.

Contar con la colaboración de un intérprete en Lengua de Señas.

2.4.- Sobre el lenguaje, voz y habla

“Estas discapacidades se refieren a alteraciones que afectan tanto a los órganos” como a las funciones del lenguaje y del habla, entre los primeros están: cuerdas vocales, “nariz, boca, laringe, faringe”; entre los segundos: voz, “articulación, fluidez o ritmo”²⁹⁸³.

Va desde la persona muda, privada totalmente de la facultad de hablar; hasta las que pudiendo, tienen problemas para hacerlo o lo hacen de modo problemático para entenderles. Se puede presentar junto con la sordera, dando lugar a personas sordomudas.

2.4.1.- Barreras

Muchas coinciden con la discapacidad auditiva.

Dificultades para comunicarse oralmente.

No pueden expresar su voluntad de modo verbal.

2.4.2.- Criterios de accesibilidad

Utilizar sistemas alternativos de comunicación, para ello los medios informáticos pueden ser muy útiles.

Usar aparatos de grabación y reproducción.

Trabajar con intérpretes de signos y paneles de signos de lectura labial.

2.4.3.- Ajustes razonables

Permitir su comunicación a través de la escritura, facilitándole los medios adecuados p. ej. papel y lápiz o bolígrafo, ordenadores o mensajes de móvil.

No predisponerse negativamente ni ponerse nervioso creyendo que no le vamos a entender. Prestarle atención y, si no le entendemos, se lo haremos saber con calma y le podemos pedir que lo intente de nuevo y que utilice otra manera para comunicarse.

No engañarle ni decirle que le hemos entendido si no es cierto, ni dar por sentado afirmaciones que creemos haber entendido o que hemos deducido.

Si a pesar de nuestros intentos no podemos entendernos, podemos disculparnos y buscar ayuda para comunicarnos.

²⁹⁸³ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., p. 47.

2.5.- Sobre la discapacidad intelectual

“La discapacidad intelectual alude a las limitaciones sustanciales tanto en el funcionamiento intelectual de la persona, como en la conducta adaptativa, expresada en habilidades, conceptuales, sociales, adaptativas y prácticas”²⁹⁸⁴.

“Estas personas pueden presentar dificultades en actividades de la vida diaria relacionadas con experiencias sensoriales (mirar, escuchar, apreciar estímulos), aprendizajes básicos (aprender a leer, a calcular, adquirir habilidades), aplicación del conocimiento (centrar la atención, pensar, leer, escribir, toma de decisiones, resolver problemas) y actividades instrumentales (vida en comunidad)”²⁹⁸⁵.

Tienen disminuidas las capacidades de reconocer o utilizar símbolos o señales. Su capacidad de percepción está limitada, tienen dificultades de atención, de concentración y para captar información²⁹⁸⁶. Está limitada su capacidad de registrar, almacenar y recuperar información.

Las personas con dificultades intelectuales se pueden manejar bien dentro de su entorno habitual y conocido, pero si se les saca del mismo pueden mostrar confusión o alterarse, al igual que si se les presiona o se les somete a interrogatorios tensos o rápidos. Tienen problemas al orientarse y comunicarse.

2.5.1.- Barreras

Las barreras de las personas con discapacidad intelectual en su mayor parte se centran en el entorno social, que las rechaza y no propicia su integración y el pleno ejercicio de sus derechos, debido a pautas culturales tradicionales y arraigadas, que esperamos que se vayan superando progresivamente.

En el procedimiento de modificación de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad en ocasiones no se le informa sobre su existencia, alcance y efectos.

El modo o procedimiento para brindar información a estas personas y comunicarse con ellas suele ser inadecuado.

Desconocen los recursos disponibles relacionados con sus derechos.

2.5.2.- Criterios de accesibilidad

²⁹⁸⁴ PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES, “Protocolo Único...”, cit., p. 34.

²⁹⁸⁵ MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados...”, cit., p. 47.

²⁹⁸⁶ PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES, “Protocolo Único...”, cit., pp. 34-35.

Usar un lenguaje sencillo, en función de las características de la persona con discapacidad, comprobando que lo comprenda.

Adaptarse a sus tiempos, secuenciando las actividades que tengan que realizar.

Crear entornos y ambientes agradables, estructurados, estables, hay que eliminar las barreras psicológicas tanto como las físicas.

Escucharle atentamente, tomarle en consideración y respetar sus preferencias o intereses.

Mantenerle informado desde el inicio del negocio y durante toda su tramitación, usando formatos fácilmente accesibles, sobre los tipos de apoyos o asistencia que puede recibir, los derechos que le asisten y los mecanismos existentes para ejercerlos, en particular, en todo lo concerniente a su capacidad jurídica; y de los efectos que producirán las decisiones que se adopten.

2.5.3.- Ajustes razonables

Hablar de forma natural y clara, utilizando un lenguaje sencillo y concreto, sin doble sentido.

No usar infantilismos ni diminutivos.

Dialogar conforme a la edad y comprensión del interlocutor.

Hacer todas las preguntas que fueran necesarias para comunicarse correctamente.

Prestar la ayuda necesaria, pero sin extralimitarse, procurando que la persona con discapacidad se desenvuelva sola.

Si no comprenden lo que les decimos, repetírselo con paciencia, explicándolo con palabras más simples o dando ejemplos y respondiendo a sus preguntas hasta que lo entiendan.

No hablar con otros refiriéndonos a la persona con discapacidad como si no existiera o no entendiera.

Aplicar refuerzos verbales positivos.

Considerar que la persona con discapacidad puede aportar y no solo es receptora de información.

Dirigirse a la persona interesada y no a un tercero, salvo que sea necesario para favorecer la comprensión.

Se le debe proponer, no imponer, evitando en todo momento una actitud de superioridad.

Aunque va de suyo que un notario siempre trabaja con rigurosidad, en estos casos hay que aconsejar con la mayor precisión en cuanto a la existencia de posibles riesgos de las actuaciones.

Dar la información específica de los requisitos añadidos o condiciones concretas que las normas (CC, RN o disposiciones aplicables) recogen respecto al acto o documento que se pretenda realizar. P. ej., la necesidad de que intervengan testigos idóneos.

Evitar las urgencias temporales, la prisa no es conveniente en estos casos.

Las indicaciones que se le proporcionen han de ser cortas y fáciles de recordar y los intervalos de espera han de ser lo bastante amplios para que permitan que los usuarios más lentos puedan ejecutarlas.

Si resulta útil, utilizar comunicación no verbal y nuevas formas de comunicación.

Escuchar con interés lo que la persona quiere, sin adelantarse ni completar las frases que creemos quiere pronunciar. Él nos hará saber sus deseos o lo que necesita.

No caer en polémicas o discusiones que pudieran provocar estrés o tensiones en la relación, evitar situaciones incómodas o violentas.

Prever dónde se puede recurrir ante situaciones de emergencia o de alteración.

Tener presente que la capacidad se presume, y por tanto, poseen capacidad jurídica plena, salvo incapacitación legal.

3.- Lograr la seguridad jurídica

La RAE²⁹⁸⁷ define la seguridad jurídica como la “cualidad del ordenamiento jurídico que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación.”. En España es un principio constitucional recogido en el art. 9.3 CE “*La Constitución garantiza el principio de [...] la seguridad jurídica [...]*”.

La STC, de 20 de julio de 1981²⁹⁸⁸, define la seguridad jurídica como “*suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad.*”.

²⁹⁸⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., 2014. Consultado en <<http://www.rae.es/rae.html>>

²⁹⁸⁸ TOL 110.830

Un Estado social y democrático de derecho supone un eficiente sistema de seguridad jurídica preventiva y en España la base del sistema de seguridad jurídica son los notarios.

Indica Lora-Tamayo Rodríguez²⁹⁸⁹ que el notario “es un órgano creado por el Estado para garantizar y dar seguridad a las relaciones jurídicas entre los particulares”. Se debe lograr seguridad jurídica tanto para la persona discapacitada como para el tercero que con ella contrate.

El notariado debe velar por la adecuación del negocio jurídico que autorice a los requisitos que establece la ley para que sean seguros, válidos y eficaces. Ejerce una función pública que da seguridad jurídica preventiva a las relaciones humanas, con lo que se evita recurrir al ámbito litigioso de los tribunales de justicia.

Por ello, el notario debe autorizar el documento “*conforme a las leyes*” (art. 1 LN), y el art. 147 párr. 1º RN establece que “*El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.*”.

Corresponde pues al notario “velar por la plena eficacia jurídica del negocio que autorice”, sin que suponga ningún riesgo para la persona con discapacidad ni para “el tercero que con ella contrate. Lo contrario se volvería en contra de la persona discapacitada al ser peligroso contratar con ella”.

El notario, según el art. 1 párr. 3º RN: “*Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.*”. Y además, el art. 147 párr. 5º RN: “*[...] prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. [...]*”.

Por lo que la seguridad jurídica como derecho fundamental, constitucional y universal, debe darse aún con más intensidad en los negocios jurídicos de las personas con discapacidad, otorgantes necesitados de “*asistencia especial*”²⁹⁹⁰.

La seguridad jurídica preventiva forma parte de su esencia y de su servicio a la sociedad.

²⁹⁸⁹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., pp. 107-108.

²⁹⁹⁰ CABELLO DE ALBA, F., y PLANELLS DEL POZO, Mª C., “Función notarial...”, cit., p. 57.

Señala Pérez Ramos²⁹⁹¹ que, “de un lado, tras la CDPD debemos reconocer capacidad a los discapaces, pero por otro está la seguridad jurídica”. Los notarios aspiran “a crear un negocio perfecto en una escritura perfecta”. Es decir, no deben “autorizar una escritura que tenga riesgo de ser impugnada por falta de capacidad”.

Pues bien, en su opinión, hay que “llegar a un punto intermedio”.

El problema no es de fácil solución mientras no se apruebe la nueva legislación que incorpore a nuestro derecho interno los principios de la CDPD.

En cada caso habrá que ver las circunstancias y actuar con prudencia pero con respeto a los DDHH.

VII.- SITUACIÓN DEL NOTARIO QUE AUTORIZA UN DOCUMENTO A UNA PERSONA QUE POSTERIORMENTE ES DECLARADA INCAPAZ

Este es un caso real de lo que ocurre o puede ocurrir cuando un notario hace una interpretación coherente con la CDPD y sin embargo el resto de operadores jurídicos no lo tienen tan claro.

1.- Querella

Se interpone contra él querella del fiscal por prevaricación y por falsedad documental. Entre otros extremos, relata los siguientes hechos:

AA compareció ante el querellado en su despacho profesional de notario, al objeto de otorgar una escritura pública de designación de tutor acompañada de su madre, hermano y letrado asesor. El querellado autorizó dicha escritura pública, expresándose en ella que la otorgante AA manifestaba que “en el caso de tener que constituirse su

²⁹⁹¹ PÉREZ RAMOS, C., “El problema de la capacidad de obrar de los discapaces”, cit.

Así, Pérez Ramos indica que “no debe haber problema en autorizar algunos negocios; p. ej., un mayor de edad no incapacitado con Síndrome de Down pretende comprar un piso donde fijar su vivienda. Parece que no habría problema si tuviera ya los fondos con que pagar el precio. Más problemático es que el precio se pagará con cargo a un préstamo hipotecario. En teoría, si admitimos que pueda comprar deberíamos admitir que pueda firmar la hipoteca”. Conforme a la teoría del acto complejo formulada por la RDGRN, de 7 de julio de 1998 (BOE-A-1998-18528).

Pero la prudencia notarial dice que el cliente con Síndrome de Down en principio “no puede asumir las obligaciones derivadas de un préstamo hipotecario, por ser obligaciones complejas”. Así que no se autoriza. Pero el problema sigue ahí, “el cliente quiere comprar una casa” y tiene ingresos que le permiten “pagar las cuotas del préstamo hipotecario”. “¿Qué podemos hacer? La opción más segura es que se le incapacite y se nombre tutor, pero en la práctica sus familiares no lo querrán”: porque “el tiempo medio para incapacitar es de un año, y se quiere comprar el piso ya”; y porque “la familia ve como degradante el proceso de incapacitación (hay que recordar que solo un diez por ciento de los posibles casos de incapacitación llegan a los tribunales), además uno de los medios para reconocer su dignidad como persona es permitirle ejercer su capacidad de obrar”.

tutela designa para el cargo de tutor a su hermano”. En dicha escritura pública el querellado, en sus funciones de notario, señalaba que la otorgante AA tiene a su juicio capacidad legal suficiente para el otorgamiento de la presente escritura de designación de tutor y administrador.

Posteriormente, se presentó en el Juzgado de Primera Instancia demanda de incapacidad de AA. En la demanda se hacía constar que AA padece de un retraso mental de nacimiento, teniendo reconocida la condición de minusvalía, siendo incapaz para gobernarse por sí misma, solicitando la declaración de incapacidad y el nombramiento de tutor.

Esta demanda de incapacidad se interpuso después de la comparecencia ante el notario querellado, que consideró que AA tenía la capacidad legal suficiente para el otorgamiento de la escritura, siendo así que el INSS había ya reconocido a AA una minusvalía por “debilidad mental”.

Por sentencia dictada en el procedimiento de incapacitación del Juzgado de Primera Instancia, se declaró incapaz a AA, para todos los aspectos personales y patrimoniales de su vida, rehabilitándose la patria potestad de su madre.

Más tarde, prestó declaración en la Fiscalía AA, manifestando no saber lo que es un tutor y que la misma no sabe leer ni escribir aunque sí poner una firma, que el abogado le dijo que era para un tutor, que sabía que se iba a nombrar tutor a su hermano.

La forense emitió un nuevo informe en la querella y señalaba que “no presenta fenotipo (hábito externo) característico de enfermedad mental, retraso mental o enfermedad degenerativa” pero que la misma “sí presenta una afectación psicopatológica apreciable con la interacción social”.

Luego la fiscalía cita los arts. 145 párr. 1º y 156.8º RN, y afirma que pese a ellos, el querellado autorizó la escritura pública de designación de tutor que otorgaba AA, estimando y haciéndolo constar mendazmente que AA tenía a su juicio “capacidad legal suficiente para el otorgamiento”. Pese a que AA carecía notoriamente de la capacidad legal necesaria para otorgar dicha escritura y comprender su objeto y alcance, pudiéndose advertir por cualquier persona la minusvalía psíquica de la mencionada AA, siendo la misma incapacitada totalmente por sentencia.

2.- Delitos imputados

En esta querella no hay denuncia de parte, ningún tipo de perjudicado, ni derivaciones de responsabilidad civil ya que el documento al que se refiere no tiene ningún contenido económico. La interpone el MF de motu propio y gracias a ella el notario pasa a estar imputado varios años.

La acusación de prevaricación evidentemente es un error del fiscal.

Se le acusa de falsedad documental de los artículos 390 o 391 CP.

Art. 390.1 CP: *“1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:*

1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.”.

Art. 391 CP: *“La autoridad o funcionario público que por imprudencia grave incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior o diere lugar a que otro las cometa, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.”.*

El art. 390 CP exige dolo, que evidentemente no ha existido, no hay ningún interés especial del notario parar otorgar la escritura.

El art. 391 CP exige imprudencia grave, que evidentemente tampoco ha existido, porque aún asumiendo la posible imprudencia, no podría calificarse de grave porque estamos hablando de un acto sujeto siempre a revisión judicial, el juez con más información dictaminará lo que proceda, y porque el documento notarial debatido no crea ningún derecho ni perjudica a nadie.

En el mismo sentido, si se hubiera producido falsedad sería totalmente inocua lo que excluiría de entrada cualquier delito.

No hay infracción del deber de cuidado, fundamento del injusto imprudente, porque se ha cumplido el cuidado exigido, atendiendo a la legislación notarial. Sí se consideran válidas sus declaraciones en el juzgado y en la fiscalía, cuando ya se había declarado su incapacidad y si puede entender que está en el juzgado, también puede hacerlo con el hecho de que estaba en la notaria aunque su conocimiento lo fuera en la esfera del profano, lo mismo que respecto del concepto de tutor. Conocimiento que, por otra parte, es el que tiene una gran parte de la población formalmente capaz.

Como mera manifestación no tiene más valor que ese, no es origen de relaciones negociales, no afecta a terceros y no es vinculante, puesto que siempre y en todo caso la incapacitación y la designación de tutor o la prórroga de la patria potestad la decide un juez, previos los informes correspondientes, nunca el interesado aisladamente ni mucho menos un notario, que solo recoge manifestaciones. Este tipo de actos solo sirve para acreditar una manifestación de una persona en un momento determinado y ni siquiera vincula al manifestante que en cualquier momento posterior puede cambiar de criterio, bien en otro documento notarial, o bien al ser oído por el juez en el proceso de incapacitación, para lo cual tiene que tener la capacidad de poder manifestarse, no hace falta que lea ni escriba (art. 190 RN), solo que pueda expresarse delante del notario, que entienda lo que hace y sus consecuencias.

Así que dentro de la lógica y la racionalidad no se le juzga con una incapacidad natural total: no se informa de minusvalías ni de incapacitaciones, va a la notaría y se desplaza sin problemas, no hay que ir a su domicilio como en otros supuestos. Comparece con la familia asistida de abogado, su aspecto físico no es definitorio, es joven y va bien vestida; su comportamiento es normal, no hace gestos o expresiones extravagantes ni disparatadas. Entra, responde al saludo, se le da la mano, se despide. Se le lee la escritura y se le explica con palabras coloquiales, no manifiesta ni ella ni nadie de su familia ninguna oposición o suspicacia. Como indica la forense: es colaboradora y es fácil mantener un diálogo con ella. Firma.

3.- Juicio de capacidad

Se recoge que “Tiene, a mi juicio, capacidad legal suficiente para el otorgamiento de la presente escritura de designación de tutor”.

Lo que literalmente significa:

1.- Que tiene a juicio del notario, que es algo subjetivo, que forma en su interior y que por tanto es difícilmente rebatible. Este juicio del notario es de tipo técnico-jurídico, nunca médico o psiquiátrico. No es necesario que el compareciente comprenda totalmente los mecanismos jurídicos aplicados para la consecución de los fines deseados, pero sí debe entender y aceptar los resultados y efectos del acto.

2.- Capacidad suficiente para la escritura que se está otorgando que es de designación de tutor, ya que la capacidad requerida es diferente dependiendo cuál sea el acto a otorgar, por ello se habla de capacidad suficiente (art. 223 párr. 2º CC).

Es necesaria la capacidad natural para otorgar un documento público, esta puede ser exigible en mayor o menor grado en función de los efectos que cada negocio jurídico pueda originar. Diferentes actos jurídicos requieren diferentes grados de capacidad. Así, puede bastar con una simple aptitud de entender y querer para ser donatario, mientras que debe extremarse la exigencia cuando se trate, p. ej., del otorgamiento de una hipoteca.

El INSS había reconocido dentro de sus funciones una minusvalía, lo que en ningún caso supone una incapacidad de obrar que solo puede declarar un juez (art. 199 CC): por tanto mientras no se declaró la incapacidad de AA, era legalmente capaz.

Además, el notario tiene que tener en cuenta el juego de dos principios generales de derecho que encuentran su raíz en la DUDH y en nuestra CE:

1.- La capacidad se presume siempre salvo que se demuestre (y lógicamente primero se alegue) lo contrario. Un notario no puede privar de un derecho a una persona en principio capaz y debe tener muy clara la situación para hacer semejante cosa. La única que puede determinarlo es la justicia.

2.- La interpretación de las limitaciones de capacidad debe ser restrictiva. Si están fijadas habrá que cumplirlas pero si no el notario no puede atribuirse poderes que no le corresponden e incapacitar de hecho.

El notario obró correctamente, cumpliendo los principios de la CDPD, no así los demás operadores jurídicos, especialmente el MF, del que no se entiende su actuación. Afortunadamente, es un comportamiento cada día más minoritario en el cuerpo, que por otro lado está realizando un esfuerzo especial en la aplicación de la CDPD.

Tampoco la juez estuvo muy acertada al decretar una incapacitación total de alguien que conforme a los informes forenses tiene un núcleo de capacidades efectivas.

Paradójicamente, impugnaba ante la Audiencia la aceptación de la querella, prosiguió el juicio en el Juzgado de Primera Instancia que, como no podía ser de otro

modo, sobreseyó, y a los pocos días y con posterioridad, recayó auto de sobreseimiento de la AP.

4.- Auto de sobreseimiento del juzgado de instrucción²⁹⁹²

Respecto del art. 390, 391 CP, *“Es reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras SSTs, Sala 2º de 16 de noviembre de 2006, y de 4 de mayo de 2007) que los requisitos para definir y caracterizar la falsedad documental son los siguientes*

1) el elemento objetivo o material, propio de toda falsedad de mutación u ocultación de la verdad por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el art. 390 CP.

2) que la mutatio veritatis recaiga sobre elementos esenciales del documento y tenga entidad suficiente para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas con lo que se excluyen de la consideración de delito los mutamientos de verdad inocuos o intrascendentes para la finalidad del documento.

3) el elemento subjetivo o dolo falsario, consistente en la concurrencia del agente de la conciencia y voluntad de transmutar la realidad (SSTs. 25.3.99, 20.4.97, 21.11.95).

La incriminación de las conductas falsarias encuentra, por ello, su razón de ser en la necesidad de proteger la fe y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas.

Se ataca a la fe pública y, en último término, a la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos (STS 13.9.2002 EDJ2002/35933). [...]

En el presente caso, debe partirse, en primer lugar, de que no existe indicio alguno acerca de la intencionalidad o dolo falsario por parte del imputado [...]

En segundo lugar, [...] se evidencia que no concurre el elemento de la idoneidad o trascendencia de la falsedad denunciada, faltando por tanto, uno de los requisitos de dicho tipo penal, por lo que no aparece suficientemente justificada la perpetración del delito.

Así, en relación a este elemento, desarrollado también en la mencionada STS de 4 de mayo de 2007, para la existencia de la falsedad documental, no basta una conducta objetivamente típica, sino que es preciso también que la “mutatio veritatis”, en que

²⁹⁹² Procedimiento Diligencias Previas nº 00 1002/2011.

materialmente consiste todo tipo de falsedad documental, varíe la esencia, la sustancia o la genuinidad del documento en sus extremos esenciales, por cuanto constituye presupuesto necesario de este tipo de delitos el daño real, o meramente potencial, en la vida del derecho a la que ésta destinado el documento, con cambio cierto de la eficacia que el mismo estaba llamado a cumplir en el tráfico jurídico (Cfr. SSTs de 9 de febrero y de 27 de mayo de 1971). Y la razón de ello no es otra que junto a la “mutatio veritatis” objetiva, la conducta típica debe afectar a los bienes o intereses a cuya protección están destinados los distintos tipos penales [...]. De tal modo que deberá negarse la existencia del delito de falsedad documental cuando haya constancia de que tales intereses no han sufrido riesgo alguno.

En el caso que nos ocupa, la consecuencia de la presunta falta de diligencia por parte del imputado en la apreciación de la capacidad de [...] fue el otorgamiento de un documento público notarial donde se designó por ésta como tutor a su hermano [...] para el caso de que se le incapacitara. Dicha disposición, prevista en el art. 223 CC, tendría la eficacia prevista en el artículo 224 de dicho cuerpo legal, a saber, vincular al Juez, al constituir la tutela, “salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante resolución motivada”, lo que aconteció en el presente supuesto, en el que en la sentencia de incapacitación se rehabilitó la patria potestad de su madre, por lo que no produjo efecto alguno. Ahora bien, cabe cuestionar, en orden a valorar otros posibles grados de ejecución si pudo tener alguna potencialidad dañosa el nombramiento como tutor de [...] [del hermano]. En este punto es de destacar que no se ha mencionado por parte del querellante ningún móvil interesado en el hermano de [...] que pudiera haber dado a entender que podría haber perjudicado a su hermana en caso de haber sido nombrado tutor. Pero es que, además, dicho cargo no sería ejercido libremente y sin supervisión o control alguno por parte del hermano, en el caso de que pudiera realizar algún acto en perjuicio de su hermana, ya que el artículo 232 CC dispone que “la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. [...] Dicho control también le corresponde al Juez en virtud del art. 233 CC [...]

Por consiguiente, entendiendo que la presunta falsedad investigada es inocua y carece de toda potencialidad lesiva, se estima que no aparece debidamente justificada la perpetración del delito y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 779.1.1º y 641.1.º LECrim, procede acordar el Sobreseimiento Provisional de las actuaciones.

En atención a lo expuesto:

DISPONGO: Acordar el sobreseimiento provisional de las actuaciones.”.

5.- Auto de sobreseimiento de la Audiencia Provincial. Sección penal²⁹⁹³

“ [...]

Ha sido parte Apelante [el notario] [...]

Ha sido parte Apelada el Ministerio Fiscal [...]

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- En auto [...] del Juzgado de Instrucción [...], dictado en Diligencias Previas [...]

SEGUNDO.- [...] fue presentado escrito [...] de interposición de recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el auto indicado, solicitando se “dicte resolución en la que se acuerde revocar el auto recurrido, dictando otro, no admitiendo a trámite la querella interpuesta por el MF, decretando el archivo de las actuaciones por no ser ni indiciariamente constitutivos de delito los hechos propuestos por el Ministerio Público [...] y en caso de desestimación de las peticiones que contiene este escrito tenga por interpuesto RECURSO DE APELACIÓN y remita las actuaciones a la AUDIENCIA PROVINCIAL, a cuya SALA SUPlico dicte la oportuna resolución en los términos interesados”.

TERCERO .- El recurso de reforma fue desestimado [...]

Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto con carácter subsidiario[...].

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO .- La parte recurrente impugna la admisión a trámite de la querella interpuesta por el Ministerio Fiscal (por presunto delito de falsedad documental, de los arts. 390 ó 391 del C.P .), por entender que los hechos imputados en la querella no son constitutivos de infracción penal. [...]

TERCERO.- Por nuestra parte, puestos en situación de tener que examinar si, ya en el momento inicial podía descartarse que los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de infracción penal, compartimos plenamente el planteamiento que hace la parte recurrente, y entendemos, en consecuencia, que ab initio podía excluirse la posible trascendencia penal de los hechos relatados en la querella.

²⁹⁹³ TOL 3.640.221

Según doctrina jurisprudencial reiterada (a título de ejemplo, sentencias del TS números 1095/06 , de 16 de noviembre , 1393/04, de 19 de noviembre , 609/04 , de 13 de mayo , ...), es necesario, para que exista falsedad documental penalmente relevante, que el elemento básico de toda falsedad, que es la mutación u ocultación de la verdad, tenga entidad suficiente para desplegar alguna eficacia relevante en la vida jurídica.

[...] No se comete delito de falsificación documental cuando, no obstante concurrir el elemento objetivo típico, se aprecie en la conducta del agente una finalidad que resulte ser inocua o de nula potencialidad lesiva.

En nuestro caso, y con independencia de que compartimos el planteamiento y las consideraciones de la parte recurrente sobre la capacidad exigible para un acto como el subyacente a esta causa penal (desde el entendimiento de que el juicio o valoración de la capacidad debe realizarse en función del acto que se realiza o pretende realizar, y de la trascendencia o eficacia que el mismo pueda tener), las manifestaciones [...] recogidas por el notario en el instrumento público de 18 de enero de 2010 tenían una virtualidad o relevancia jurídica prácticamente nula, y en ningún caso podían servir para engañar a persona alguna, mucho menos al juzgador que hubiera de conocer del procedimiento de incapacitación judicial que se iba a promover. [...]

Dada la relevancia, prácticamente nula, de las manifestaciones [...], nos parece razonable y adecuado el planteamiento que el notario autorizante hizo sobre la capacidad de la persona compareciente ante unas manifestaciones, por parte de esta, prácticamente inocuas o irrelevantes para la vida jurídica. Efectivamente, la única virtualidad que aquellas manifestaciones podían tener no era otra que la de tener que tenerlas en cuenta a los limitados efectos previstos en los arts. 223 párr. 2 º, 224 y 234 del Código Civil .

Dado que la sra. [...] había de ser examinada por la Juez y sometida a los dictámenes periciales pertinentes (art. 759 de la LEC), y que la designación que aquella hizo el 18 de enero de 2010 tenía la muy escasa virtualidad que le atribuye el art. 224 CC , la real eficacia que dicho acto pudiera tener en la vida jurídica era, según decíamos, decididamente escasa, si no prácticamente nula. La Juez y la médico forense iban a poder conocer de propia mano el estado de la presunta incapaz. En dichos reconocimientos iban a poder apreciar la eficacia que podía reconocerse a la designación realizada ante notario, e iban a poderle preguntar, entre otras cosas, sobre dicha designación que había hecho, o sobre sus preferencias acerca de la persona que le gustaría que se hiciera cargo de ella; resolviendo la juzgadora, en definitiva, en

función del designio legal de la protección del beneficio o del interés de la persona incapacitada.

A cuanto llevamos dicho deben añadirse algunas consideraciones sobre la apariencia de la sra. [...]. Tal y como indicó la médico forense en el informe de 25 de febrero de 2011 (realizado en las diligencias de investigación de la fiscalía), la indicada "no presenta fenotipo (hábito externo) característico de enfermedad mental, retraso mental o enfermedad degenerativa" ; o, como la propia perito explica, "es decir, es un hábito externo "estático" de normalidad, a diferencia de otras enfermedades o procesos incapacitantes donde es apreciable a simple vista".

[...] La exploración psicopatológica que le practicó en el procedimiento civil de incapacitación, junto a la pobreza de su lenguaje y del contenido de su pensamiento, la médico forense hizo constar que "durante la entrevista se muestra colaboradora, resultando fácil mantener un diálogo con ella" , e indicando cosas tales como que "la atención y la concentración son adecuadas" , "se encuentra bien orientada en el espacio, bien orientada en el tiempo; bien orientada autopsíquicamente" , o el resultado de las pruebas mnésicas que pusieron de manifiesto "memoria inmediata conservada; memoria reciente conservada; memoria a largo plazo conservada".

Dado el carácter prácticamente inocuo, o sin relevantes efectos para la vida jurídica, que podían tener las manifestaciones que ante el notario hizo la sra. [...], nos parece razonable que el fedatario público no realizara mayores comprobaciones sobre la capacidad de la persona que ante él comparecía para simplemente manifestar (con la escasa virtualidad jurídica que ya hemos visto) sus preferencias por su hermano mayor para cuidar de su persona y bienes, para el caso de que se tuviera que determinar quien habría de encargarse de su tutela. Con independencia de las cláusulas de estilo y de la calificación y formato jurídicos que se dio al acto, se trataba en lo esencial de recoger las preferencias de la interesada con respecto a su posible futuro tutor. Es evidente que la interesada puede tener opinión a ese respecto. Y no parece improcedente que se conozca la opinión o parecer de la interesada sobre tal cuestión. El notario se limitó a recoger tal opinión; en la confianza, además, de que en todo caso habría de ser examinada por el Juez y por el médico forense en el procedimiento de incapacidad caso de que este llegara a tener lugar. [...]

Las diligencias practicadas en la causa no han hecho sino corroborar este planteamiento que ya podía mantenerse ab initio. [...]

Finalmente, y según ya antes apuntábamos, no se aprecia a quien podía haberse engañado con el documento, ni en qué medida este podría haber sido utilizado con tal fin engañoso. [...]

En consecuencia, procede estimar el recurso interpuesto, y acordar el sobreseimiento libre de las actuaciones con arreglo a lo previsto en los arts. 779.1.1º inciso inicial, y 637.2º de la L.E.Crim [...]

FALLO:

Que estimando el recurso de apelación interpuesto [...] debemos revocar y revocamos la resolución recurrida, dejándola sin efecto y decretando el sobreseimiento libre de las actuaciones [...]”.

TEMA XI.- ACTOS NOTARIALES DE PROTECCIÓN DEL INCAPAZ I: PROTECCIÓN POR ACTOS *INTER VIVOS*

I.- INTRODUCCIÓN

Las personas y familias que se enfrentan a la discapacidad, bien porque ya se haya producido o bien como hecho previsible o al menos posible en el futuro, pueden adoptar una serie de medidas para intentar paliar o mejorar la situación.

La cuestión se plantea tanto si el discapacitado está incapacitado judicialmente como si no lo está.

Es normal y sensato preocuparse por el porvenir, tanto el personal como el patrimonial, ya sea el propio o el de los seres queridos discapacitados, a los que no se podrá ayudar cuando se fallezca, y tratar de que una vida digna esté garantizada.

Cuando estas personas acuden al notario para que les asesore y dé forma jurídica a sus inquietudes, la mayoría de las cuestiones que plantean relacionadas con la persona con discapacidad se refieren a la planificación del futuro económico de esta, y concretamente los padres se interesan sobre cómo pueden ordenar su herencia, para que las necesidades de sus seres queridos con alguna incapacidad estén cubiertas cuando ellos no estén.

Las leyes y en especial la LPPD, ofrecen diversos instrumentos jurídicos y notariales para alcanzar esta finalidad de previsión y protección. Pueden ser mortis causa o inter vivos y habrá que estudiar caso por caso para ver los que mejor se adaptan a una situación concreta.

Así, la LPPD en su Exposición de motivos dice: *“Son múltiples los mecanismos que, en cumplimiento del mandato que a los poderes públicos da el artículo 49 de la Constitución, tratan de responder a la especial situación de las personas con discapacidad, ordenando los medios necesarios para que la minusvalía que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconocen la Constitución y las leyes, logrando así que la igualdad entre tales personas y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva, tal y como exige el artículo 9.2 de la Constitución.*

Hoy constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de asistencia sanitaria y a otros factores, y nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras, que hacen aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino

con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse.

Esta ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de la personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial.

Efectivamente, uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos.

En gran parte, tales medios son proporcionados por los poderes públicos, sea directamente, a través de servicios públicos dirigidos a estas personas, sea indirectamente, a través de distintos instrumentos como beneficios fiscales o subvenciones específicas.

Sin embargo, otra parte importante de estos medios procede de la propia persona con discapacidad o de su familia, y es a esta parte a la que trata de atender esta ley.”.

Sostiene Rueda Díaz de Rábago²⁹⁹⁴ que “la labor de asesoramiento y protección del Notario en el ámbito familiar y sucesorio es imprescindible y nace del diálogo, de la dedicación y atención personal del Notario con cada otorgante, quien recibe la voluntad y preocupaciones de las personas y crea, en base a las mismas y con los instrumentos que el Ordenamiento Jurídico le brinda, el sistema de protección jurídica que más se adecua a la persona que requiere su función”.

Destaca que la autonomía de la voluntad “nos permite diseñar el modo en el que queremos asegurar la protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad (incluso la propia). Los profesionales del derecho deben esforzarse por conocer y aplicar los diversos instrumentos jurídicos y fiscales que nos brinda el Ordenamiento Jurídico para esta protección: las donaciones modales, condicionales, con reversión, con reservas... los patrimonios protegidos, hipotecas inversas, seguros de dependencia, contratos de alimentos, de rentas, vitalicios y, por supuesto, el testamento. Siendo imprescindible que a estas figuras se les dé un adecuado y favorable tratamiento fiscal”.

²⁹⁹⁴ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad. Seis años de Jornadas AEquitas*, Colección La Llave, n.º 6, A. Castro-Girona Martínez (dir.), ed. Fundación AEquitas, Madrid, noviembre 2009, pp. 278, 333. Se recogen, clasifican y comentan todas las conclusiones de las Jornadas celebradas por la Fundación AEquitas entre los años 2002 y 2007. Recoge la conclusión de Albacete-V 2007.

Veremos con detalle una serie de actos que una persona capaz puede otorgar en su mayoría ante notario, en previsión de la propia discapacidad o en beneficio de otra con esa característica con objeto de conseguir protección. Y los dividiremos entre actos *inter vivos* y *mortis causa*. Entre los primeros veremos: autotutela, apoderamientos preventivos, voluntades anticipadas, donaciones, patrimonio protegido, derecho de uso y habitación, renta vitalicia, contrato de alimentos, hipoteca inversa y seguro de dependencia; y entre los segundos: testamento, sustitución fideicomisaria, fiducia sucesoria, sustitución pupilar y ejemplar, disposiciones bajo condición, término y modo, colación e indignidad sucesoria de las personas con discapacidad.

II.- AUTOTUTELA

1.- Concepto

La autotutela es la posibilidad que tiene una persona, en prevención de su propia incapacitación, de realizar disposiciones con eficacia jurídica sobre su futura eventual tutela.

Con ella una persona capaz puede prever el nombramiento de su propio tutor, designando la persona que ejercerá el cargo o excluir a quienes no quiere que lo sean, puede ordenar su tutela, la forma en que se ejercerá, y las disposiciones que estime convenientes en previsión de su futura incapacitación judicial o modificación de su capacidad. Todas estas disposiciones deben respetarse salvo que el juez atendiendo a las circunstancias y en beneficio del incapaz determine otra cosa.

La autotutela se introduce en nuestro ordenamiento jurídico por la LPPD, de fecha 18 de noviembre de 2003, que modifica el CC para mejorar el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad.

En su Exposición de motivos dice que *“la regulación de la autotutela, es decir, la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas.*

Efectivamente, si ya los padres pueden adoptar las medidas que consideren oportunas respecto de la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ven obstáculos para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí mismo, para el caso de ser incapacitado.

Esta autotutela se regula introduciendo unos cambios mínimos en el CC, consistentes en habilitar a las personas capaces para adoptar las disposiciones que considere oportunas en previsión de su propia incapacitación, y ello en el mismo precepto que regula las facultades parentales respecto de la tutela, y en alterar el orden de delación de la tutela, prefiriendo como tutor en primer lugar al designado por el propio tutelado, si bien sin modificar la facultad genérica que corresponde al juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación.

Además, se garantiza, mediante los mecanismos oportunos que el juez que estuviera conociendo de la constitución de la tutela pueda conocer la eventual existencia de disposiciones relativas a la misma, sean de los padres, sean del propio incapaz.

Complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del art. 1732 CC, con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor.

Por último, se legitima al presunto incapaz a promover su propia incapacidad, modificándose, por tanto, el artículo 757.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.”.

Conforme a ello, el art. 223 CC establece: “Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.”.

El notario tendrá que juzgar la capacidad del otorgante y señala Álvarez Martínez²⁹⁹⁵, que el art. 223 CC habla de “*cualquier persona con capacidad de obrar suficiente*”; “a su juicio, el Código ha querido matizar la exigencia de una capacidad plena al aludir a su simple suficiencia”, cree que se está pensando en supuestos “en los que se restringiría judicialmente la capacidad de obrar plena, sin pérdida absoluta de la misma, o en los casos en los que habiéndose o no iniciado el proceso de modificación de la capacidad y sin sentencia judicial, haya indicios de una pérdida progresiva de facultades”.

Es muy útil en previsión de una posible falta de capacidad de obrar en el futuro, a la que todos estamos expuestos; y sobre todo para aquellas personas que padecen una enfermedad degenerativa y están en sus primeros estadios, siendo la pérdida de su capacidad de obrar un hecho cierto, aunque futuro²⁹⁹⁶.

García Garnica²⁹⁹⁷ indica que la novedad fue reconocer “cierto margen a la autonomía de la voluntad” “de toda persona con capacidad de obrar suficiente”, en cuanto “a su eventual sujeción a tutela en un futuro”; manteniendo “la ya reconocida a favor de los padres, con respecto a la tutela de sus hijos menores o incapacitados”²⁹⁹⁸.

En coherencia con lo cual, se alteró “el orden de delación de la tutela recogido en el art. 234 CC, para incluir el nombramiento preferente de la persona designada por el propio tutelado”, el art. 234 CC establece: “*Para el nombramiento de tutor se preferirá:*

1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.

2.º Al cónyuge que conviva con el tutelado.

3.º A los padres.

²⁹⁹⁵ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G., “Análisis jurisprudencial del régimen jurídico de la autotutela: los artículos 223 y 234 del Código Civil”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n.º 747, enero-marzo 2015, p. 350.

²⁹⁹⁶ Así lo advierte la propia Exposición de motivos de la LPPD.

²⁹⁹⁷ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 223”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2093-2094.

²⁹⁹⁸ Así, indica García Garnica que “la facultad de los padres de establecer previsiones relativas a la eventual y futura sujeción a tutela de sus hijos menores o incapacitados ya se recogía en el art. 206 CC”, con diferente redacción, que fue modificada “por la Ley de 24 de abril 1958 y, más tarde, por la Ley 11/1981”. La Ley 13/1983 “trasladó la regulación de esta facultad de los padres a su actual ubicación; entonces como único párr. del art. 223 CC”.

4.º *A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.*

5.º *Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.*

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere.

Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor.”.

En este sentido, la STS, de 17 de julio de 2012²⁹⁹⁹, considera que “*en los ordenamientos que han previsto la delación voluntaria de la tutela, el Juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección. En cualquier caso, la alteración del orden establecido en el art. 234.1 CC debe efectuarse en resolución motivada*”.

La previsión puede ser amplia, no solo del tutor. Según Lora-Tamayo Rodríguez³⁰⁰⁰, es innegable que también puede nombrar un curador, y que de hecho debiera hacerse de modo general. Esta normativa de la tutela se aplica por analogía a la designación del curador por los padres o por el interesado anticipadamente³⁰⁰¹.

Rueda Díaz de Rábago³⁰⁰² indica que “se recomienda la designación de varios tutores, de forma sucesiva, para asegurar su aplicación llegado el momento en que sea necesario. La figura de la autotutela permite, no solamente la designación de tutor, sino también el establecimiento de otras figuras o controles que se aprecien como convenientes en el futuro: administrador patrimonial, defensor judicial, curador, etc.”.

Es conveniente combinar la autotutela con los poderes preventivos. Rueda Díaz de Rábago³⁰⁰³ sostiene que “para que se apliquen las disposiciones de la autotutela será preciso un proceso judicial de incapacitación; hasta entonces, no dejan de ser una previsión de futuro”. Los poderes preventivos están previstos para ser aplicados antes de la incapacitación judicial.

²⁹⁹⁹ Id Cendoj: 28079110012012100449

³⁰⁰⁰ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, nº 4-5, 2015-2016, pp. 78, 82-83.

³⁰⁰¹ GARCÍA GARNICA, Mª. C., “Art. 223”, p. 2094.

³⁰⁰² RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit. 147. Recoge la conclusión de Madrid, III-2004, Mesa II.

³⁰⁰³ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit. 148.

2.- Clases

La autotutela puede ser positiva o negativa.

2.1.-Autotutela positiva

Es aquella en la que se designa a la persona que debe ocupar el cargo de tutor.

Pueden ser personas físicas o jurídicas, y en este caso entidades públicas o privadas que no tengan ánimo de lucro y que tengan la protección de menores e incapacitados entre sus fines.

Se pueden designar una o varias personas, que podrán ejercer el cargo conjunta o separadamente, simultánea o sucesivamente. Y se puede nombrar un tutor personal y otro patrimonial.

No es una autentica delación sino una “vocación” porque siempre es el juez quien nombra al tutor, y aunque la designación hecha en la autotutela vincula al juez, no lo hace de manera forzosa ya que este puede, en resolución motivada, prescindir de las personas designadas “[...] si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere.” (art. 234 párr. 2º CC).

2.2.- Autotutela negativa

Es aquella que excluye a alguna o algunas personas para el desempeño de los cargos tutelares.

El art. 245 CC dice: *“Tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el Juez en resolución motivada estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado.”*, y aunque solo habla de los excluidos por los padres, es lógicamente aplicable a la autotutela.

Ademas, aunque el CC no lo prevé de modo específico, el juez sí queda vinculado por la exclusión, en base al art. 244.2 y 4 CC, que dicen que no pueden ser tutores: *“2. Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.”* y *“4. Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.”*.

3.- Otras disposiciones

3.1.- Varios

El art. 223 párr. 2º CC establece: “[...] cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes [...].”

Está claro que el autotutelado puede establecer las normas que estime convenientes sobre su persona y sobre la administración y disposición de bienes.

Y si bien la designación de tutor es la esencia de la institución, en la autotutela también se puede:

- Designar curador.
- Designar un tutor de la persona y otro de los bienes, o varios tutores (art. 236 CC).
- Conceder poderes.
- Armonizar las facultades de los apoderados y del tutor.
- Establecer la existencia de órganos o personas que fiscalicen el ejercicio de la tutela o que tengan que decidir sobre las cuestiones de mayor relevancia y quiénes los componen³⁰⁰⁴.
- Constituir un patrimonio protegido.
- Poner reglas singulares de administración de sus bienes.
- Prohibir la realización de actos concretos.
- Fijar el tipo de rendición de cuentas que sea exigible.
- Asignar una retribución al tutor. Porque si bien el art. 274 CC le atribuye este derecho al juez, el art. 245 CC permite a los padres autorizar que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado, y con más razón se debe permitir al constituyente de la autotutela³⁰⁰⁵.
- Elegir dónde y con quién ha de vivir el tutelado y en qué régimen.
- Prohibir algún sistema de vida concreto, como el ingreso en una residencia.
- Decidir si someterse o no a determinados tratamientos médicos.
- Fijar que se respeten sus convicciones religiosas.
- Y en general, establecer cualquier disposición relativa a su persona y bienes.

³⁰⁰⁴ Podrían fijarse grupos de personas de confianza que vigilarán la tutela y decidirán cuestiones importantes.

³⁰⁰⁵ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., p. 91.

– También puede manifestar meros deseos no vinculantes para información de los tutores o jueces.

Señala Lora-Tamayo Villacieros³⁰⁰⁶ que “al configurar la tutela (o el apoyo) pudiéramos establecerlo con mayor flexibilidad: disponiendo la actuación de la persona con discapacidad por sí sola en determinados ámbitos o hasta determinadas cuantías; cuando exceda de dichos ámbitos la necesidad de que siempre actúe la persona con discapacidad, asistida o acompañada de la persona o grupo de apoyo, sin que nunca quede sustituida, salvo para casos excepcionales; que deba escucharse en todo caso a la persona con discapacidad, y que se respeten sus preferencias, aunque pensemos incluso que no es lo mejor para ella, sin perjuicio de aconsejar lo mejor posible”.

En base al amplio ámbito de actuación que permite el art. 223 CC, también se puede prever una persona de apoyo en línea con la CDPD y establecer que la persona con discapacidad pueda actuar con el apoyo de la persona designada y que se respete sus deseos aunque pueda no ser lo mejor para ella; o en la misma línea, un “asistente”, determinando su ámbito de actuación con flexibilidad, junto con la persona asistida o él solo, y tanto para el ámbito patrimonial como para el personal.

3.2.- Arts. 271 y 272

Discute la doctrina si puede excluir la intervención judicial en los casos en que esta es exigida por los arts. 271 y 272 CC, o fijar otra autorización alternativa como la de un órgano de fiscalización que estableciera en la escritura de autotutela.

La mayoría está en contra de este tipo de disposiciones porque los arts. 271 y 272 CC son imperativos y por tanto no disponibles, y porque si se admitieran supondría en la práctica volver al sistema de tutela de familia. Sin embargo, Campo Güerri³⁰⁰⁷ argumenta que si el que dispone de bienes a título gratuito a favor de un incapaz puede organizar su administración (art. 227 CC), “con mayor razón, cualquier persona ha de poder encomendar la administración de su propio patrimonio como tenga por conveniente y sin más limitación que la que le imponga su propia libertad”.

³⁰⁰⁶ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., “Comparezcan las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 80, julio-agosto 2018.

³⁰⁰⁷ CAMPO GÜERRI M. A., “La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 34, abril-junio 2000, pp. 27-28.

Pero en principio, no serán válidas las disposiciones que excluyan o limiten las facultades de control y vigilancia que corresponden a la autoridad judicial y al MF, ni ninguna otra que el juez estime contraria al interés del tutelado.

Lora-Tamayo Rodríguez³⁰⁰⁸ distingue entre los diferentes supuestos, en algunos no se admite la dispensa de la autorización judicial: “dar y tomar dinero a préstamo”, “disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado” o “ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado, incluso los de internarle en un establecimiento de salud mental”; y en otros sí: “enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción, incluso para hacer gastos extraordinarios en los bienes o entablar demanda en su nombre y los de ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años”. Son “facultades atribuidas por el constituyente de la autotutela al tutor, a semejanza de los poderes preventivos y si por medio de estos poderes se pueden otorgar, no vemos inconveniente en que pueda hacerse directamente al tutor, pero eso sí, el juez, al constituir la tutela, al igual que en los poderes preventivos, podrá dejar sin efecto o limitar estas facultades conferidas”.

3.3.- Inventario y fianza

Lora-Tamayo Rodríguez³⁰⁰⁹ indica que “la formación del inventario y la constitución de la fianza por el tutor tienen un alcance diferente en la regulación del CC. La primera es obligatoria, pero la constitución de la fianza es una facultad discrecional del juez”. Sobre la fianza, el art. 260 CC dice: *“El Juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma. No obstante, la entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la Ley o la desempeñe por resolución judicial no precisará prestar fianza”*; con lo que es una facultad discrecional del juez. Sobre el inventario, el art. 262 CC dice: *“El tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado dentro del plazo de sesenta días, a contar de aquél en que hubiese tomado*

³⁰⁰⁸ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., p. 89.

³⁰⁰⁹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., p. 90.

posesión de su cargo”; por lo que es obligatorio. Lora-Tamayo Rodríguez³⁰¹⁰ cree que, “en base a estos preceptos, el constituyente de la autotutela podría dispensar de la prestación de la fianza al tutor”, pero es “más difícil liberarle de formalizar el inventario por el carácter imperativo con el que el CC se manifiesta y responder a una exigencia lógica de protección a la persona discapacitada”.

3.4.- Art. 221 CC

También se plantea si podría dispensarse alguna de las prohibiciones del art. 221 CC.

Art. 221 CC: “*Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar:*

1. Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión.

2. Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

3. Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.”.

Sobre las prohibiciones del art. 221 CC la jurisprudencia se muestra rigurosa, así la SAP de la Coruña, de 5 de mayo de 2014³⁰¹¹, considera que “*Las prohibiciones contenidas en el art. 221 CC tienen carácter absoluto, por lo que el acto o negocio que vulnere cualquiera de ellas, por aplicación del art. 6-3 CC, será nulo de pleno derecho*”. Además, también infringiría el art. 1459 CC. La SAP de Córdoba, de 26 de julio de 2010³⁰¹² dice que: “*el acto o negocio que la vulnere será nulo de pleno derecho*”.

Sin embargo, parte de la doctrina como Lora-Tamayo Rodríguez³⁰¹³, cree que podría dispensarse al tutor o al curador en situaciones determinadas o actos concretos, si lo decide el otorgante de la autotutela.

4.- Defensor judicial y otros

³⁰¹⁰ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., p. 90.

³⁰¹¹ TOL 4.488.886

³⁰¹² TOL 2.107.689

³⁰¹³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., pp. 85-86.

La amplitud del art. 223 párr. 2º CC, que habla de: “[...] *cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes* [...]”, plantea si también puede designar defensor judicial.

En principio, parece que no en base a que es “judicial”. La STS, de 17 de enero de 2003³⁰¹⁴, dice: “*Se trata de un cargo judicial porque es necesario una resolución judicial que acuerde su nombramiento. Cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así (STS, de 10 marzo de 1994³⁰¹⁵)*”.

Pero parte de la doctrina³⁰¹⁶ considera que sí sería posible, en base al art. 223 CC y que sería beneficioso para la persona incapacitada, ya que aceleraría la resolución de cualquier conflicto.

5.- Forma

El art. 223 párr. 2º CC establece: “*en documento público notarial*”, así que en cuanto a la forma se exige textualmente y en todo caso documento público notarial; y no es admisible documento privado ni ninguna otra manera de expresar la voluntad. Debe hacerse a través del notario que se cerciorará de la capacidad y de los auténticos deseos del otorgante y velará porque la voluntad del otorgante se recoja de forma clara y legal. .

Destaca García Garnica³⁰¹⁷ que es una declaración de voluntad “unilateral, personalísima, expresa y formal”.

La forma “es un requisito para su validez, ya que garantiza la autenticidad de la declaración de voluntad y la capacidad del declarante” en el momento de su otorgamiento, conforme al art. 223 CC que habla de “*cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente*”, en estos casos tiene especial relevancia porque el otorgante puede que tarde o temprano se vea en un proceso de pérdida de sus facultades intelectivas, pero debe tener la capacidad en el momento del otorgamiento.

Además, la forma sirve de publicidad, el documento público hace falta para su constancia en el RC y su conocimiento por el juez.

³⁰¹⁴ TOL 239.719

³⁰¹⁵ TOL 1.665.863

³⁰¹⁶ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., pp. 84-85.

³⁰¹⁷ GARCÍA GARNICA, Mª. C., “Art. 223”, pp. 2099-2100.

6.- Publicidad

Para conseguir que estas declaraciones sean eficaces y obtengan publicidad, el CC establece:

Art. 223 párr. 3º y 4º CC: *“Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.”*

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.”

García Garnica³⁰¹⁸ dice que “deben constar en testamento o documento público, en el caso de los padres”, y en documento público, en la autotutela o los poderes preventivos. Estos documentos públicos se comunican al RC de oficio por el notario autorizante. La LPPD “prevé que se practique la correspondiente “indicación” en la inscripción de nacimiento del interesado”. La LRC/2011 dispone “expresamente que la autotutela y los apoderamientos preventivos serán inscribibles en el registro individual del interesado (arts. 4.13º y 77 LRC)”³⁰¹⁹.

Al inicio del procedimiento de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro para comprobar si existe alguna de estas disposiciones, obligación que también debería existir en los procesos de constitución de la tutela, que pueden ser distintos a aquellos en los que se declare la modificación de la capacidad.

7.- Menores no emancipados

Si los menores están emancipados es evidente que pueden otorgar autotutela. Si no lo están hay opiniones diversas.

Lo niega Rodríguez-Arias³⁰²⁰, pues, dado el carácter público de la institución tutelar, iría contra su fin, entregar la facultad de nombrarse tutor a quien se presume que no ha alcanzado la plenitud de juicio.

³⁰¹⁸ GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Art. 223”, p. 2100.

³⁰¹⁹ Art. 4.13º LRC: *“Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles: 13.º La autotutela y los apoderamientos preventivos.”*

Art. 77 LRC: *“Es inscribible en el registro individual del interesado el documento público de constitución de autotutela y el apoderamiento preventivo previstos en la legislación civil.”*

³⁰²⁰ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., “¿Existe la posibilidad de autotutela en nuestro Derecho?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 300, mayo 1953, p. 350.

Lo afirma Campo Güerri³⁰²¹, en base a la consideración dominante en la actualidad sobre que el menor no es un incapaz de obrar, porque el CC exige al juez oír al menor siempre que tuviese suficiente juicio antes de adoptar medida alguna que le afecte (arts. 156 párr. 2º y 159 CC); y porque “las disposiciones que haga el menor no tendrán más fuerza que las que pueda hacer el mayor de edad” y como vimos, según el art. 224 CC, la designación de tutor por los padres y la autotutela no vincularán al juez cuando el beneficio del tutelado exija otra cosa.

Rueda Díaz de Rábago³⁰²² “duda de si puede otorgarse desde los 14 años, edad suficiente para el otorgamiento de testamento”. Teniendo en cuenta que en “esta materia debe tenerse en cuenta el concepto de capacidad suficiente”. La lógica, la “realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada” la norma, imponen una interpretación amplia. “De modo que, con la capacidad natural correctamente formada, debería admitirse tal nombramiento”, capacidad que controlará el notario.

También la acepta Suárez Sánchez-Ventura³⁰²³, ya que afecta a los derechos de la personalidad, donde la ley concede capacidad a los menores para ejercitarlos por sí solos en muchos casos, y respecto a la edad mínima que debe exigirse al menor, opina que, por analogía, será la de catorce años, exigida para los testamentos abiertos notariales (art. 663 CC). Pero en última instancia y como hace falta escritura pública, el notario no la autorizará si no juzga que tiene “un mínimo de capacidad que le permita valorar y comprender las circunstancias” de este nombramiento (art. 156.8º RN).

Examinando el art. 231 CC: “*El Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años.*”, podemos deducir que sí exige audiencia al mayor de doce años e incluso la permite aunque fuesen menores si tienen suficiente juicio, parece lógico que se permita con los mismos límites, que expresen su voluntad preventivamente ante un notario que solo dejará constancia de esas manifestaciones para que sean un indicador para el juez, que en última instancia tiene la potestad plena para no designar al elegido.

³⁰²¹ CAMPO GÜERRI M. A., “La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad”, cit., pp. 25-26.

³⁰²² RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., pp. 143-145. Recoge la conclusión de Madrid, III-2004, Mesa II.

³⁰²³ SUÁREZ-SÁNCHEZ VENTURA, J., M., “La institución tutelar”, en J. F Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV vol. 2º, Madrid, 2002, p. 464-465.

III.- APODERAMIENTO PREVENTIVO

1.- Concepto

El apoderamiento constituye el negocio jurídico por el cual una persona que otorga el poder (poderdante) legitima a otra, que recibe el poder (apoderado) para que actúe en el tráfico jurídico en nombre de aquel³⁰²⁴.

Un poder es un documento por el cual el poderdante otorga al apoderado el derecho a representarlo, es decir, que dispone que ciertos actos y contratos que haga en su nombre serán válidos y producirán efectos en su persona o bienes.

El apoderamiento, poder o mandato preventivo es aquel que confiere una persona capaz con la previsión de que subsista o empiece a producir efectos si llega a ser incapaz. Es un tipo de poder por el cual una persona, en previsión de su futura y posible falta de capacidad sobrevenida, otorga a otra persona la potestad de actuar en su nombre más allá del momento en el cual se produzca su incapacitación.

Lora-Tamayo Rodríguez³⁰²⁵ lo define, con gran parte de la doctrina, como “aquellos en que una persona plenamente capaz, en previsión de padecer una futura patología incapacitante, faculta a otra u otras para realizar en su nombre actos y negocios que produzcan sus efectos en su persona y bienes, dentro de los límites y en la forma establecidos”.

El objetivo de la persona que otorga un poder preventivo es conseguir una protección tal, que su voluntad subsista aun cuando ella misma hubiera perdido su capacidad para revocarlo, lo que está en sintonía con la CDPD. Se pretende, por lo tanto, blindar su eficacia una vez haya perdido su capacidad.

La pérdida de capacidad es un fenómeno cada vez más frecuente dado el progresivo envejecimiento de la población y la incidencia de las demencias seniles.

Frente a ello, los poderes preventivos son muy útiles.

Este poder preventivo no deja de ser un tipo reforzado del clásico “contrato de mandato”, respecto al cual el art. 1709 CC dice: *“Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.”*.

³⁰²⁴ A.A.V.V., “Voluntades anticipadas y/o instrucciones previas”, en R. Marrero Macías (coord.), *Aspectos jurídicos de interés para familiares de personas con Alzheimer*, ed. Fundación Reina Sofía, Fundación PricewaterhouseCoopers, Asociación Nacional del Alzheimer, 2013, p. 55.

³⁰²⁵ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., p. 61.

Por lo que hay que estar a los supuestos de extinción del mandato del art. 1732 CC. La LPPD configuró la regulación de este tipo de poderes, mediante la adición del párr. 4º al art. 1732 CC:

“El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”.

Tradicionalmente nuestro derecho, como el de otros países de su entorno, preveía que cuando una persona pierde la capacidad quedan revocados cuantos poderes hubiera otorgado. Por lo que la incapacitación judicial del mandante extinguía el mandato, según García Guardiola³⁰²⁶, era porque:

a) Es presupuesto para el mandato la capacidad de obrar suficiente en el mandante. Extinguida dicha capacidad, ha de entenderse extinguido el mandato.

b) Tras la incapacitación, el ordenamiento jurídico articula mecanismos tutelares más idóneos.

c) Siendo el mandato un acto revocable, ante la imposibilidad de saber cuál habría sido la voluntad del mandante en cuanto a la subsistencia o revocación del poder; ha de optarse por la extinción de este.

Como vemos, sin embargo, la LPPD modificó el CC e introdujo la novedad de que si la persona que otorga el poder lo dispone expresamente, este mantendrá su validez aunque dicha persona pierda la capacidad con posterioridad.

Leña Fernández³⁰²⁷ señala que “la solución de carácter preventivo que hoy permite la Ley” (el poder preventivo), evitará “la incapacitación judicial, ante una necesidad de disposición patrimonial de nuestros bienes cuando ya no tengamos capacidad mental o volitiva para ello”.

Lora-Tamayo Villacieros³⁰²⁸ destaca que la crítica que podríamos plantearnos “es si los notarios no estamos por la vía de los hechos excluyendo del tráfico jurídico a

³⁰²⁶ GARCÍA GUARDIOLA, S., “El mandato”, en J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. III, vol. 2º, Madrid, 2004, p. 1306; GONZÁLEZ CARRASCO, Mª. C., “Art. 1732”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VIII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 11833-11834. Recogido por González Carrasco.

³⁰²⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo con un apunte previo sobre la capacidad*, Fundación Aequitas.

³⁰²⁸ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., “Longevidad y poderes preventivos. Congreso notarial 2020: el envejecimiento”, *El Notario del siglo XXI*, n.º 85, mayo-junio 2019.

Consultado en: <<http://www.elnotario.es/opinion/9398-longevidad-y-poderes-preventivos>>

determinadas personas y designando sustitutos para la actuación por ellas, produciendo el mismo efecto que la incapacitación”. La diferencia “estaría en que los poderdantes, a pesar del poder, podrían seguir actuando por ellos mismos. Pero, quizá, deberíamos reflexionar sobre el contenido de este poder”, evitando los llamados poderes generales, y recogiendo en los mismos limitaciones, salvaguardas o preferencias del poderdante.

El número de estos poderes se ha ido incrementando por su gran utilidad e importancia práctica, ya que resuelve el problema de la discapacidad sin pasar por el juzgado, de una manera mucho más rápida y económica.

El notario que autorice el poder deberá asesorar con detalle al poderdante de las consecuencias del mismo, no usar fórmulas estándar como los poderes generales y hacer “un traje a medida”, conforme a las necesidades y circunstancias de cada persona.

El poderdante puede modificar el poder mientras tenga la capacidad suficiente en los aspectos que estime oportunos. Puede cambiar los apoderados, añadir, quitar o cambiar facultades, supuestos, controles, etc.

En el ALRD se recoge la importancia de la institución y se amplía su regulación. Actualmente los poderes preventivos cuentan con dos arts. (1732 y 223 CC), pasando en el Anteproyecto a trece arts.

2.- Clases

La nueva redacción del art. 1732 CC contempla dos tipos de posibilidades para una persona en previsión de su posible y futura incapacitación judicial.

2.1.- Poder ordinario prorrogado

Un poder ordinario con efectos actuales y en el que se prevé que continúe vigente aun en caso de que sobrevenga una discapacidad del poderdante.

Según Leña Fernández³⁰²⁹, “se trata de que el poder, pueda ser utilizado por el o los apoderados, tanto para el supuesto de que no exista pérdida de facultades intelectuales o volitivas en el poderdante (es decir, para que el apoderado pueda actuar desde el momento en que se otorga) como para el supuesto futuro e hipotético de que se produzca esa pérdida”. Sería un poder normal al que se le añade la especialidad de la subsistencia.

³⁰²⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo...*, cit.

2.2.- Poder para incapacidad

Un poder que entre en vigor en el momento de la incapacidad del poderdante, sea judicial o de hecho, apreciada esta última conforme a lo dispuesto por el mandante, esta circunstancia opera como *conditio iuris* de eficacia del mandato salvo que judicialmente se revoque el poder³⁰³⁰.

Es un poder en el que el apoderado solo puede actuar cuando se produzca la circunstancia prevista por el poderdante, que puede ser el momento en que sea incapacitado judicialmente o el momento en que tenga una discapacidad natural en el grado que determine.

2.3.- Incapacitación judicial

Puede suceder que hubiera una sentencia judicial de incapacitación, después de la cual el poder preventivo estará vigente, siempre que:

- Que la persona que otorgó el poder así lo hubiera previsto en el mismo.
- Que la sentencia judicial de incapacitación no determine su extinción³⁰³¹.

Si el poder se otorga solo para el caso de ulterior incapacitación judicial, Leña Fernández³⁰³² sostiene que “tiene escasa utilidad porque lo que normalmente quiere el otorgante, al otorgar este poder, es precisamente evitar la incapacitación con los efectos de que se le nombren un tutor o un curador”.

Si se produce la incapacitación, habrá tutor y apoderado, dos representaciones paralelas, salvo que el juez revoque el poder de motu proprio o a instancia del tutor (art. 1732 CC). Lo más práctico es, si el poder es para el caso de incapacitación judicial, que el poderdante designe una autotutela. Podría prever el régimen de funcionamiento de ambos, o que el apoderado sea nombrado tutor, o en qué caso prevalece cada uno de ellos.

La existencia de dos personas distintas con iguales facultades solo tiene interés si el otorgante quiere evitar las autorizaciones judiciales exigidas al tutor para los actos a que se refiere el art. 271 CC. Podría incluso designar ambos cargos en la misma escritura, conforme al art. 223 CC, que se refiere a cualquier disposición.

³⁰³⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo con un apunte previo...* cit.

³⁰³¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo con un apunte previo...* cit.

³⁰³² LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo...*, cit.

Indica Lora-Tamayo Rodríguez³⁰³³ que si el apoderado de una persona con capacidad modificada judicialmente pretende “realizar cualquier acto o negocio jurídico deberá exigirse, además de la copia autorizada de la escritura de poder, testimonio de la sentencia modificativa de la capacidad y examinar si en la misma se contiene alguna previsión sobre las facultades conferidas en el poder prorrogado”.

Aquí hay una “sentencia judicial de modificación de la capacidad y el poder o mandato prorrogado. El juez, al dictar la sentencia, considerará la existencia del poder” (arts. 223 CC y 46 LRC).

El juez, al constituir el organismo tutelar (art. 1732 CC) “puede resolver la terminación del poder otorgado” o limitar alguna de las facultades del mismo, o exigir autorización judicial para algunos actos. Para ello, tendrá presente el poder.

Si el juez no ha tenido presente el poder en el proceso de incapacitación y no se ha pronunciado sobre él, el notario no debería autorizar la escritura y poner en conocimiento al juez de la existencia del poder, aunque algunos creen que en base al poder y a la autonomía de la voluntad del otorgante podría otorgarla.

2.4.- Discapacidad natural

Supuesto de que, sin existir una sentencia judicial de incapacitación, el mandante hubiera previsto en su poder un momento a partir del cual el poder se activará y comenzará a producir efectos (una vez hubiera comenzado la pérdida de capacidades). Este momento deberá apreciarse por el medio que hubiera establecido el propio interesado en el poder³⁰³⁴. La incapacidad se apreciará conforme a lo dispuesto por el mandante.

Destaca Lora-Tamayo Rodríguez³⁰³⁵ que “en estos casos se otorga el poder previendo la discapacidad futura del poderdante”, pero precisamente se parte de que no se le modifique judicialmente su capacidad, porque se trata de evitar el proceso de incapacitación que no es agradable, es contencioso y en él, el demandado es la persona con discapacidad. En la práctica, se puede evitar a través de este poder. Con arreglo a la naturaleza del poder, lo que haga “el apoderado obliga al poderdante”, y ello aunque

³⁰³³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., pp. 63-65.

³⁰³⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo con un apunte previo...* cit.

³⁰³⁵ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., p. 69.

este tenga una discapacidad; y no tendrá ningún control judicial o extrajudicial de sus actos.

Cuando el apoderado quiere ejercitar las facultades del poder, tendrá que demostrar que lo que el poderdante haya previsto para que se pueda usar el poder se ha cumplido.

Leña Fernández³⁰³⁶ destaca que el “problema que plantea este supuesto es la determinación del momento en que esa discapacidad se hace presente y faculta para actuar al apoderado. Se trata de determinar qué tipo de discapacidad se está previendo, de qué extensión de la misma se habla, y de cómo se acredita su existencia”. Será el poderdante el que establezca el sistema que crea más conveniente, que deberá plasmar con la mayor claridad. P. ej., podría ser:

- Un dictamen médico, expedido por un especialista o por varios, que incluso puede designar individualizadamente.

- Certificado acreditativo del grado de discapacidad que se padece y en el grado que determine el poderdante.

Aunque dicha decisión siempre es revisable por un juez.

Según Lora-Tamayo Rodríguez³⁰³⁷, si se pretende otorgar una escritura pública ante notario, en base este poder, deberá acreditarse al Notario si se hizo alguna notificación al MF y el resultado de la misma, pero si tal comunicación no se hizo cree que deberá hacerla el Notario en base a lo dispuesto en el art. 757.3 LEC.

El notario puede autorizar escrituras en base a este poder cuando falte un pronunciamiento judicial sobre el mismo, porque “la existencia de estos poderes se apoya en la voluntad del poderdante, cuando tenía plena capacidad y en la del legislador”, y al no estar revocados estos poderes, “el negocio jurídico realizado por el apoderado, con base en este poder, debe ser válido y eficaz y el tercero contratante debe quedar protegido”, por seguridad jurídica y porque según el art. 229 CC, el incumplimiento de la obligación de promover la constitución de la tutela por las personas obligadas las hace responsables de los daños y perjuicios causados.

Nombrando un apoderado, mientras se tiene capacidad, para el caso de que se pierda se cuidan los intereses de quien se encuentra en esta situación y se puede evitar el nombramiento judicial de tutor y el engorroso procedimiento de modificación de la

³⁰³⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo...*, cit.

³⁰³⁷ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., pp. 76-77.

capacidad. Con ello se consigue que los asuntos patrimoniales del incapaz sigan funcionando con normalidad. Permite atender a situaciones que necesitan una respuesta rápida, como, p. ej., la gestión ordinaria de una sociedad, continuar con el ejercicio del comercio, realizar una venta o una hipoteca, etc. Si la persona ha realizado las previsiones adecuadas, está bien atendida y el poder resulta suficiente para responder a sus necesidades personales y patrimoniales habituales, no habrá motivo para iniciar un procedimiento judicial de incapacitación, sin perjuicio de que este siempre podrá tener lugar.

2.5.- Incapacitación y discapacidad

Es el supuesto que comprende los dos anteriores, desde el punto de vista de Leña Fernández³⁰³⁸, “es el más aconsejable. Se trata de que el poderdante prevea tanto el supuesto de que exista discapacidad volitiva o mental de hecho, sin que medie incapacitación judicial, como en el de que se produzca esa incapacitación”.

El poderdante en el poder prevé las dos posibilidades porque aunque en principio no querrá que se produzca su incapacitación judicial, esta puede tener lugar si alguien lo solicita y el juez le incapacita. Cuando actúe el apoderado, tendrá que justificar la discapacidad tal como haya previsto el poderdante o la declaración judicial de incapacidad, sin que esta haya revocado el poder,

En principio parece conveniente la compatibilidad con la institución tutelar de las disposiciones patrimoniales y personales dispuestas por el incapaz antes de su incapacitación en sus poderes preventivos.

En el caso que continúen ambas instancias, se discute si el apoderado necesita autorización judicial para los actos del art. 271 y 272 CC. La postura negativa se basa en que no es conforme a la voluntad del poderdante y en que el riesgo que supone para el incapacitado se compensa con la ventaja de evitar largos trámites. La positiva en que son medidas imperativas a favor del pupilo y que en caso contrario el apoderado tendrá más facultades que el tutor y una diferente responsabilidad.

También se discute que ocurre en caso de que el apoderado resulte designado como tutor. Si se produce la revocación del poder en virtud de una suerte de confusión de cargo o sigue en vigor ya que conforme al art. 1732 CC el juez puede revocarlo y si no lo hace expresamente, continuará vigente.

³⁰³⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo...*, cit.

Plantea Lora Tamayo Rodríguez³⁰³⁹ “la duda si la persona designada como apoderado puede ostentar el cargo de tutor cuando fuera el llamado legal o voluntariamente a la tutela”. Cree que “existe un conflicto entre ambos cargos”, que “los hace incompatibles”. “El tutor tiene que vigilar la actuación del apoderado” (art. 1732 CC) y sería “paradójico que como apoderado tuviera más facultades que como tutor”.

3.- Contenido

Art. 1712 CC: *“El mandato es general o especial.*

El primero comprende todos los negocios del mandante.

El segundo, uno o más negocios determinados.”.

Art. 1713 CC: *“El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración.*

Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso.

La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores.”.

Luego un poder general comprende solo actos de administración, para ir más allá y poder realizar actos de disposición hace falta un mandato expreso.

Según Leña Fernández³⁰⁴⁰, “este poder puede tener un mayor o menor alcance en cuanto a los supuestos para los que se otorgue, en cuanto a las facultades que se concedan y, finalmente, en cuanto a las personas que se nombren apoderados y la forma en que hayan de ejercitar las facultades encomendadas”.

El contenido del poder será, por lógica, el que desee el otorgante, puede ser tan amplio como este lo configure; pero es conveniente que el notario le preste un asesoramiento exhaustivo y se base en la confianza que el poderdante tenga en el apoderado, especificando lo máximo posible su extensión.

“Pudiendo ser de contenido general o para la realización de actos concretos. Asimismo, puede referirse a aspectos tanto personales (decisiones sobre la vida cotidiana, cuidadores, alimentación, intervenciones médicas, sometimiento o no a determinados tratamientos, donación de órganos) como patrimoniales (administración de bienes, derechos de contenido económico, sociedades de las cuales el incapaz fuera

³⁰³⁹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., p. 66.

³⁰⁴⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo...*, cit.

titular)”³⁰⁴¹; o a ambos. Puede prever si comprende la autocontratación y múltiple representación, si el apoderado puede obtener copias y cualquier otra cosa que desee. Puede llegar a la atribución de facultades para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio. Únicamente se excluye la realización de actos de carácter personalísimo (contraer matrimonio, otorgar testamento, etc.)³⁰⁴².

El poder debe contener la designación de la persona del apoderado, que puede ser una persona o varias solidarias o mancomunadas, o que actúen de modo sucesivo; incluso un órgano colegiado, lo que parece más seguro. También puede preverse la sustitución para determinados casos.

Art. 1711 CC: *“A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito.*

Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo.”.

El poder podrá contener la posibilidad de remunerar al mandatario.

4.- Control

Si surgiera un conflicto por un presunto abuso del apoderado mientras el poderdante conserve su capacidad, puede revocar el poder en cualquier momento.

Si ya ha perdido su capacidad, ya sea de hecho o de derecho, harán falta mecanismos adicionales de control sobre el ejercicio del cargo del apoderado.

“La sentencia judicial que se pronuncie sobre la incapacitación puede revocar dicho poder si ha sido utilizado de forma perversa para los intereses del afectado. Pero, hasta ese momento, en previsión de que los intereses del incapaz puedan verse perjudicados, conviene introducir cautelas en el poder preventivo que permitan la fiscalización de las decisiones tomadas por el apoderado o el reparto de facultades entre distintos apoderados que evite la concentración de poder en una única persona”³⁰⁴³.

San Julián Puig³⁰⁴⁴ destaca el problema jurídico de “la falta de adopción por parte del legislador de cautelas en orden a controlar y fiscalizar la actividad” del apoderado, “cuestión esta de gran trascendencia cuando estamos hablando del ejercicio de un cargo en que se actúa por y para otro que ya no puede elegir, ni decidir por sí mismo”.

³⁰⁴¹ A.A.V.V, “Voluntades anticipadas y/o instrucciones previas”, cit., p. 60.

³⁰⁴² A.A.V.V, “Voluntades anticipadas y/o instrucciones previas”, cit., p. 55.

³⁰⁴³ A.A.V.V, “Voluntades anticipadas y/o instrucciones previas”, cit., pp. 60-61.

³⁰⁴⁴ SAN JULIÁN PUIG, V., “Discapacidad intelectual sobrevenida: proliferación de herramientas jurídicas poco utilizadas. Estudio de sus causas”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, ed. Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2015.

Como los poderes preventivos se regulan en sede de mandato, se aplicará la regulación de los arts. 1709 y ss. CC, donde se encuentran medidas de control imposibles de aplicación en este caso. P. ej., el art. 1720 obliga al mandatario a “dar cuenta de sus operaciones” al mandante; o el art. 1732.1 CC concede al mandante poner término al mandato revocándolo. El problema radica en que el mandatario ha entrado en ejercicio de su poder cuando el mandante ha perdido la capacidad para recibir esas cuentas y de revocar el poder. Es decir que los medios de fiscalización que existen para el mandato donde el control depende del propio mandante, no se pueden aplicar a los poderes preventivos”. Y “tampoco se le pueden aplicar los controles que el CC establece para los cargos tutelares, porque no estamos ante una figura de guarda”. Será el propio interesado en base a su autonomía de la voluntad el que puede fijar en su poder los controles o garantías que estime pertinentes.

Para asegurarse que el uso del poder va a ser el adecuado, se puede:

- Designar a varios apoderados “mancomunados”, es decir, que sea necesario el consentimiento de todos para usar el poder.
- Establecer normas de autotutela en la que el tutor o el órgano de fiscalización deban exigir la rendición de cuentas del apoderado.
- Especificar que ciertos actos importantes necesitan una mayor garantía, como la intervención de autoridades o familiares, informes, valoraciones, etc.
- Limitar las copias disponibles del poder y dar instrucciones precisas a la persona que las conserve³⁰⁴⁵.
- Y cualquier otro que pueda establecer el interesado.

Es prudente establecer algunos controles al apoderado e incluso algún tercero que pudiera revocar el poder en algunos supuestos concretos.

5.- Terminación del mandato

El art. 1732 CC contiene una enumeración de las causas de terminación del mandato y del poder que lo representa, dice: “*El mandato se acaba:*

1.º Por su revocación.

2.º Por renuncia o incapacidad del mandatario.

³⁰⁴⁵ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., p. 20.

3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.

El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.”.

Como vemos, el apoderamiento preventivo puede terminar al constituirse la tutela, pero no es imperativo, por lo que también puede continuar, lo que de hecho parece más conveniente.

La enumeración del art. 1732 CC es incompleta, ya que omite cualquier causa distinta de las relacionadas con la voluntad del mandante y mandatario³⁰⁴⁶.

González Carrasco³⁰⁴⁷ señala otras causas de extinción:

- El cumplimiento del asunto encomendado, cuando el mandato es para un acto concreto.
- El mutuo disenso.
- La modificación de la base objetiva del negocio a realizar por el mandatario.
- El transcurso del plazo temporal que recoja el contrato de mandato.
- El cumplimiento de la condición resolutoria impuesta.
- Y nada dice respecto a la pérdida de capacidad natural del mandante o del mandatario.
- La disolución y extinción de las personas jurídicas que den o reciban un poder³⁰⁴⁸.

El art. 1733 CC dice: *“El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato”* es decir, la copia autorizada que tenga en su poder.

Pero si al poderdante le falta la capacidad de obrar, (cuando el notario así lo estima y tanto si la discapacidad es de hecho como si lo es de derecho, Leña Fernández³⁰⁴⁹ indica que “entra en juego una sola posibilidad revocatoria: la del juez, bien al constituirse el organismo tutelar o, bien con posterioridad a petición del tutor. Es decir que, si el poderdante no estuviese judicialmente incapacitado habrá que instar

³⁰⁴⁶ Con lo que aclara el carácter consensual del contrato de mandato.

³⁰⁴⁷ GONZÁLEZ CARRASCO, Mª. C., “Art. 1732”, cit., p. 11823-11824.

³⁰⁴⁸ GARCÍA GUARDIOLA, S., “El mandato”, cit., pp. 1209 y ss.

³⁰⁴⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo...*, cit.

dicha incapacitación para que el juez, una vez declarada, pueda efectuar la revocación”. También podrá el juez suspender la eficacia del poder hasta la terminación del procedimiento de incapacitación dentro de las medidas cautelares que el art. 762 LEC le autoriza a adoptar *“para la adecuada protección del presunto incapaz o su patrimonio”*.

Cuando termine el mandato, habrá que tener en cuenta el art. 1734 CC, que dice: *“Cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber.”*; y el art. 1738 CC *“Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe.”*. Son casos de protección de la confianza basada en la apariencia jurídica.

6.- Apoderamiento preventivo y autotutela

La LPPD introduce estas dos figuras que están muy relacionadas. Con ello, ha dado cobertura legal a que el sujeto capaz, en previsión de una futura incapacitación, pueda adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes (art. 223 CC) y al otorgamiento de mandatos que produzcan sus efectos en el caso de incapacidad sobrevenida, o que el mandato otorgado con efectos actuales continúe pese a la incapacitación (art. 1732 CC).

Algunos creen que el art. 1732 CC es irrelevante³⁰⁵⁰, porque ya están contenidas ambas posibilidades en el art. 223 CC, que permite adoptar cualquier disposición sobre su persona o sus bienes, en previsión de una futura incapacitación.

Pero el único supuesto comprendido en el art. 223 CC es el mandato en que la incapacidad opera a modo de *conditio iuris* de eficacia del mismo. El mandato con previsión de continuación es un mandato con eficacia inmediata que no encaja en el art. 223 CC.

Como muestra González Carrasco³⁰⁵¹, ambos arts. se diferencian en sus términos *“incapacitada judicialmente”* del art. 223 CC e *“incapacidad del mandante apreciada conforme lo dispuesto por éste”* utilizado por el art. 1732 CC, por lo que el mandante puede darle un alcance menor o mayor que la incapacitación judicialmente declarada.

³⁰⁵⁰ GARCÍA GUARDIOLA, S., “El mandato”, cit., p. 1309.

³⁰⁵¹ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C., “Art. 1732”, cit., pp. 11835-11837.

La convalidación judicial en la constitución de la tutela de las disposiciones patrimoniales y personales a que se refiere el art. 224 CC “queda sustituida en el caso de los mandatos preventivos por un juicio de adecuación al interés del incapaz y de compatibilidad con la institución tutelar en el momento de constituirse esta, sin perjuicio de una posterior extinción del mandato a instancia del tutor”. Así que, mientras que las disposiciones del art. 223 CC no tienen eficacia “hasta que el juez que conoce del proceso de incapacitación no las recoja en la sentencia”, un mandato preventivo, “tendrá eficacia desde que se produce el hecho previsto como *conditio iuris* por el propio mandante, es decir, la incapacidad apreciada según lo dispuesto por este; y si no lo ha hecho, desde el momento de la incapacitación”.

7.- Forma

Mientras que el art. 223 CC exige documento público notarial, señala González Carrasco³⁰⁵² que el mandato conferido “con voluntad de continuación en caso de incapacidad” estaría sujeto a la libertad de forma propia de todo mandato según el art. 1710 CC, que dice: “*El mandato puede ser expreso o tácito.*

El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra.

La aceptación puede ser también expresa o tácita, deducida esta última de los actos del mandatario.”.

El art. 1732 CC no dice nada “sobre la forma que deben presentar los poderes preventivos”. Por lo que, al no haber una disposición específica contraria, rige el principio de libertad de forma y los poderes podrán otorgarse en escritura pública o en documento privado, “si bien parece recomendable revestir del mayor grado de certeza al documento que exprese la voluntad de la persona que un día no podrá volver a manifestarla válidamente. Por lo tanto, será recomendable que el documento notarial acredite lo decidido.”³⁰⁵³.

La realidad es que los mandatos preventivos se otorgan en escritura pública otorgada ante notario, en los que se harán constar los datos personales de la persona o personas a quienes apoderan con las facultades que se le otorgan y con la forma de ejercicio de las mismas.

³⁰⁵² GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C., “Art. 1732”, cit., pp. 11835-11836.

³⁰⁵³ A.A.V.V., “Voluntades anticipadas y/o instrucciones previas”, cit., p. 61.

El notario comunicará al RC donde esté inscrito el nacimiento del poderdante el otorgamiento del poder preventivo, donde se deja constancia y en caso de que se produzca la incapacitación judicial, el tribunal tendrá conocimiento de su existencia y siempre podrá revocar el poder, si así lo cree conveniente, lo que supone que también hay un control judicial³⁰⁵⁴.

8.- Efectos

Los poderes no atribuyen derechos al apoderado, solo le facultan para realizar los actos que están comprendidos en el poder y siempre debe ejercerlos en beneficio del poderdante. Lo que el apoderado haga en uso del poder y dentro de sus facultades será válido, aunque perjudique al poderdante, pero está sometido a una posible revisión, del poderdante o de sus herederos, por medio de la rendición de cuentas. Y si ha perjudicado al poderdante responderá de los daños y perjuicios causados, e incluso podría incurrir en responsabilidad penal. La posición del tercero que contrató con el apoderado es inatacable, salvo mala fe³⁰⁵⁵.

Con este tipo de poder, indica Leña Fernández³⁰⁵⁶, se evita “que los actos realizados por el o los apoderados en nombre del poderdante, pudieran ser declarados nulos o anulables (la doctrina discute en cuanto a estos dos efectos)” si en el “momento del otorgamiento del acto o contrato en cuestión, el poderdante sufría ya una incapacidad de hecho que le impedía realizar el acto de que se tratase por sí mismo. El tercero que contrata tiene pues la seguridad de que, cualquiera que fuese la situación del poderdante en el momento de la contratación (capacidad, incapacidad de hecho o incapacitación judicial)”, el consentimiento del apoderado será válido.

Lora Tamayo Rodríguez³⁰⁵⁷ señala que “cuando se pretenda un otorgamiento ante notario en base a un poder o mandato prorrogado” debe manifestarse por el apoderado “si existe declaración judicial modificativa de la capacidad. Caso afirmativo, el Notario deberá solicitar testimonio judicial de la sentencia y obrar en consecuencia”. Si el apoderado miente y no dice que hay una sentencia modificativa en la que el juez dio por terminado el mandato, el “negocio jurídico que se formalice en base a un poder”

³⁰⁵⁴ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., p. 21.

³⁰⁵⁵ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., p. 20.

³⁰⁵⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El llamado poder preventivo...*, cit.

³⁰⁵⁷ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., p. 66.

prorrogado que el juez declaró extinguido, tendrá afectada su validez. Debemos partir del art. 1738 CC, según el cual: *“Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe”*. El hecho de conocer el mandatario “que al poderdante le fue modificada judicialmente su capacidad no supone conocimiento de la extinción del mandato”, porque “tal modificación no extingue automáticamente el poder, es necesario que tenga conocimiento que el juez decretó su extinción”. Si el mandatario conoce “la extinción del poder la jurisprudencia del TS, interpretando el art. 1738 CC, considera que el tercero que contrató no queda protegido, aunque haya actuado con buena fe”. Así la STS, de 22 de enero de 2015³⁰⁵⁸, considera: *“Esta doctrina, plasmada recientemente en la sentencia [...] de 24 de octubre de 2008³⁰⁵⁹, Re. 1030/2003, ratificada por la de 13 de febrero de 2014³⁰⁶⁰, Re. 200/2012, interpreta el artículo 1738 del Código Civil en el sentido de exigir para su aplicación la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata el mandatario haya actuado de buena fe, o sea, que desconociera la anterior extinción del mandato [...]; y en segundo lugar, que dicho mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara [...] la concurrencia de cualquier otra de las causas que hacen cesar el mandato, [...] en el presente supuesto [...] el mandatario usó el poder cuando le había sido debidamente notificada su revocación. Por ello, [...] lo realizado por el mandatario tras la extinción del mandato (STS de 24 de octubre de 2008³⁰⁶¹) es nulo (art. 1259 CC) y como tal no vincula al mandante (artículo 1727 CC) y deja al mandatario como responsable frente al tercero (artículo 1725 CC)”*.

Pérez Ramos³⁰⁶² y parte de la doctrina, “considera debe seguirse una interpretación correctora del art. 1738 CC”, aplicando los arts. 1218 y 1219 CC. Conforme al primero, la escritura de poder hace prueba “aún contra tercero”, y por tanto, “incluso a favor de tercero” del “hecho que motivó su otorgamiento”, es decir, que se concedió un poder. Luego el tercero puede confiar que el poder sigue vigente. Y por el

³⁰⁵⁸ TOL 4.697.972

³⁰⁵⁹ TOL 1.393.366

³⁰⁶⁰ TOL 4.124.566

³⁰⁶¹ TOL 1.393.366

³⁰⁶² PÉREZ RAMOS, C., “¿Qué le pasa al TS con los poderes?”, *El notario del siglo XXI*, n.º 54, marzo/abril, 2004.

Consultado en: <<http://www.elnotario.es/index.php/editorial/86-secciones/opinion/opinion/3711-que-le-pasa-al-ts-con-los-poderes>>

art. 1219 CC, *“la escritura hecha para desvirtuar otra anterior entre los mismos interesados”*; en este caso, la escritura de revocación de poder *“sólo producirán efectos contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiese procedido el tercero”*. “De manera que el tercero puede apoyarse en la escritura de apoderamiento y no le perjudicará la de revocación, en tanto no la conozca (porque entonces sería de mala fe) o pudo conocerla (se inscriba en el Registro mercantil si fuera inscribible, le faltaría buena fe diligente y además se aplicaría el 21 Cdc)”.

9.- Copias

El poder, como cualquier otro documento notarial, se conserva en el protocolo del notario y es secreto.

Por ello, no se pueden sacar copias ni dar información a nadie, a menos que acredite un interés legítimo a juicio del notario. Puede obtener copia el poderdante (y hay que tener en cuenta que podría estar incapacitado) o el apoderado si está expresamente autorizado para ello (art. 227 RN). De este modo se pueden controlar las copias que circulan ya que el uso práctico del poder requiere como requisito previo que se muestre la copia autorizada del mismo. Así que hay que regular expresamente la obtención de copias en el mismo poder, ya que de otro modo podría perderse la posibilidad de su obtención ante la pérdida de capacidad, que además era lo previsto.

IV.- VOLUNTADES ANTICIPADAS

1.- Concepto y regulación legal

También llamado testamento vital, instrucciones previas o voluntades médicas anticipadas.

“No es sino otro de los mecanismos que el ordenamiento brinda al sujeto previsor en beneficio de la simplificación de procesos (que exigen poder ofrecer una rápida respuesta para garantizar la salvaguarda de los derechos y libertades constitucionales reconocidas al individuo)”³⁰⁶³.

³⁰⁶³ A.A.V.V, “Voluntades anticipadas y/o instrucciones previas”, cit., p. 64.

La Fundación AEquitas³⁰⁶⁴ define el documento de voluntades anticipadas como “aquel documento en el que una persona manifiesta de forma anticipada sus deseos respecto a ciertas intervenciones médicas, para que sean respetados y cumplidos por el médico o el equipo sanitario cuando esa persona se encuentre imposibilitada de manifestar su voluntad”.

El Convenio para la protección de los DDHH y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, en vigor desde el 1 de enero de 2000, “establece que serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad”.

Para que una persona tenga la seguridad que se tendrán en cuenta sus decisiones, lo puede dejar por escrito a través del Documento de instrucciones Previas.

Rueda Díaz de Rábago³⁰⁶⁵ indica que con ellas se cumple “el principio de respeto a la autonomía de la voluntad del paciente”.

“El testamento vital, o la declaración de voluntades anticipadas, constituye la manifestación más elevada del respeto a la voluntad del enfermo a determinar el trato a su juicio más digno, conforme a sus creencias e ideología, durante su tránsito final”³⁰⁶⁶

Se rige por lo dispuesto en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica³⁰⁶⁷, concretamente por su art. 11 y por lo dispuesto en las distintas leyes autonómicas sobre la materia que la desarrollan. Con lo que encontramos una legislación diversa aunque con contenido similar.

El art. 11.1 Ley 41/2002, denominándolas instrucciones previas, las define como aquellas por las que *“una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. [...]”*; estando

³⁰⁶⁴ FUNDACIÓN AEQUITAS, “Documentos en previsión de la propia discapacidad o dependencia. Cuaderno práctico n.º 6”, *Derechos de las personas mayores. Cuadernos prácticos*, ed. Fundación AEquitas, Ministerio de Educación política social y deporte, IMSERSO, 2010, p. 113; “Documentos en previsión de la propia discapacidad o dependencia. Cuaderno práctico n.º 8”, *Derechos de las personas mayores. Cuadernos prácticos*, ed. Fundación AEquitas, Ministerio de Educación política social y deporte, IMSERSO, 2010, p. 95.

³⁰⁶⁵ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., pp. 260-263.

³⁰⁶⁶ A.A.V.V., “Voluntades anticipadas y/o instrucciones previas”, cit., pp. 64-65.

³⁰⁶⁷ BOE-A-2002-22188

prevista asimismo la posibilidad de que este pueda “*designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.*”.

Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona. Y, para ello, el documento de instrucciones previas, independientemente del lugar en el que haya sido realizado, ha de ser conocido por los profesionales para poder actuar tal y como la persona había decidido.

Algunas Comunidades Autónomas como la Valenciana, permiten que las otorguen los menores emancipados³⁰⁶⁸.

Indica Vilar González³⁰⁶⁹ que “es un documento unilateral, no recepticio, personalísimo y esencialmente revocable, dirigido a persona indeterminada³⁰⁷⁰ que, otorgando un trato especial al respeto y promoción de la autonomía del paciente, permite dejar constancia por escrito sobre las decisiones en torno a los cuidados médicos y tratamientos que se desean o no recibir para el eventual caso de que el interesado no pueda manifestar su voluntad personalmente llegado el momento³⁰⁷¹, para que sean respetados y cumplidos por el médico o equipo sanitario, o bien para concretar sus deseos en relación con el destino de su cuerpo u órganos tras el fallecimiento”. También designan un representante que decida sobre estos temas en el mismo caso.

³⁰⁶⁸ Así, el art. 45.1 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana (BOE-A-2015-1239): “1. *A través del documento de voluntades anticipadas o instrucciones previas, una persona mayor de edad o menor emancipada con capacidad legal suficiente manifiesta libremente las instrucciones que sobre las actuaciones médicas se deben tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en la que las circunstancias no le permitan expresar libremente su voluntad, pudiendo designar un representante.*”.

³⁰⁶⁹ VILAR GONZÁLEZ, S., “Caracteres fundamentales del documento de voluntades anticipadas o testamento vital en España”, en A. Días Pereira (coord.), *Envelhecimento, Escritos de Direito da Saúde*, ed. FAF, Coimbra, 2018, p. 95.

³⁰⁷⁰ Como afirma ESPERT SANZ, V., “Testamento vital”, *El Notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 24, 2009, p. 202; o DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, 2ª ed., ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 429, que considera que dicho documento, propiamente, “no va dirigido a nadie en particular, sino que lo que importa es su contenido. No obstante, las menciones contenidas en la legislación autonómica se refieren en todo caso al médico responsable o equipo del centro sanitario como destinatarios del documento de instrucciones previas, debiendo regular cada servicio de salud el procedimiento oportuno” “[...] *para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona [...]*” (art. 11.2 Ley 41/2002).

³⁰⁷¹ “Quizás por, entre otros motivos, encontrarse en coma o en estado vegetativo persistente tras haber sufrido un accidente o por padecer de una enfermedad terminal o degenerativa que nos priven de la capacidad para tomar decisiones en este sentido”.

“Produce efectos *inter vivos*, en relación con la manifestación relativa a los tratamiento médicos que se desea o no recibir en vida”; y “*mortis causa*, con respecto a las previsiones relativas al destino del propio cuerpo u órganos tras el fallecimiento”³⁰⁷².

El interesado puede revocar las voluntades anticipadas con libertad en cualquier momento, total o parcialmente, tanto las instrucciones previas, como la designación de representante.

Si el paciente debido a su estado físico o psíquico no es capaz de tomar decisiones y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas, la legislación española prevé mecanismos de expresión del consentimiento “por representación” o “por sustitución” que permiten al representante legal o a los familiares más próximos manifestar cuál hubiese sido la voluntad del paciente. Debería ser una reconstrucción hipotética de la voluntad del paciente y no de permitir a estas personas decidir sin más³⁰⁷³. Pero siempre es mejor decidir uno mismo a que otros lo hagan por ti.

La Fundación AEquitas³⁰⁷⁴, en cuanto a la entrada en vigor de una instrucción previa, sostiene que “una instrucción para los médicos entra en vigor solamente cuando el médico certifica por escrito que la persona padece de una enfermedad terminal o irreversible, o que demanda un tratamiento para mantenerlo con vida, o que puede provocar la muerte en un lapso de tiempo relativamente corto. También, entra en vigor cuando se encuentre en estado de coma, incompetencia o, cuando por alguna otra razón, sea incapaz de comunicarse por sí mismo”.

Pese a su innegable utilidad a la hora de respetar la auténtica voluntad del interesado y a los esfuerzos realizados por las distintas administraciones autonómicas para divulgar el uso de tipo de documentos, la verdad es que existe un gran desconocimiento del tema que hace que muy pocos pacientes³⁰⁷⁵ soliciten información y

³⁰⁷² GARCÍA PRESAS, I., “El testamento vital y el derecho a la vida en España”, *Revista de Derechos fundamentales*, nº 6, 2011, p. 189.

³⁰⁷³ NAVARRO MICHEL, M., “El documento de voluntades anticipadas (el mal llamado “testamento vital”)”, *La Notaría*, nº 2, 2003, p. 27; suponiendo un grave problema el hecho de que diversos familiares no se pongan de acuerdo en cuanto a la decisión a adoptar, el riesgo de que tengan más en cuenta sus intereses personales que la verdadera voluntad del paciente e, incluso, la enorme carga emocional que supone para ellos adoptar este tipo de decisiones ante determinados escenarios.

³⁰⁷⁴ FUNDACIÓN AEQUITAS, “Documentos en previsión de la propia discapacidad o dependencia. Cuaderno práctico nº 8”, cit., p. 99.

³⁰⁷⁵ En enero de 2017 existían tan solo 220.943 inscripciones de declaraciones en el Registro Nacional de Instrucciones Previas (RNIP), resultantes de la sincronización completa de los Registros Autonómicos, lo que suponía que tan solo un 0'47% de la población española había otorgado e inscrito hasta el 2017 un documento de este tipo. En enero de 2018 el número de inscripciones aumentó a 247.776, y en enero de 2019, a 278.368.

Estadística disponible en: < <https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/rnip/home.htm>>

aun menos hayan formalizado y registrado sus voluntades anticipadas, aunque van en crecimiento³⁰⁷⁶.

Sería conveniente difundir los beneficios de su uso para ayudar a generalizarlas.

2.- Contenido

2.1.- Salud

Vilar González³⁰⁷⁷, sobre las directrices marcadas por el interesado en los tratamientos médicos que se desean o no recibir, apunta que “estas podrán referirse a enfermedades concretas o lesiones que se padezcan en el momento de otorgarse el documento”, y otras “que eventualmente puedan surgir en el futuro³⁰⁷⁸. También se podrá concretar el deseo del paciente en torno al empleo o no de medidas de soporte vital, técnicas o maniobras invasivas que intenten prolongar la supervivencia, la aplicación de tratamientos complementarios y terapias no contrastadas, o el suministro de fármacos para aliviar el sufrimiento físico o psíquico, entre otros”.

“Corresponderá al médico responsable del centro sanitario interpretar³⁰⁷⁹ y cumplir las voluntades anticipadas del paciente con respecto a los cuidados y atenciones médicas que desea o no recibir, no pudiéndose materializar en ningún caso, las instrucciones previas cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni tampoco las que no se ajusten con el supuesto de hecho previsto por el otorgante en el momento de manifestarlas³⁰⁸⁰”.

Si en el futuro una persona está incapacitada para tomar o manifestar decisiones sobre su cuidado, tratamiento o seguimiento médico y facultativo relativo a su estado

³⁰⁷⁶ ÁLVAREZ, P., “Testamento vital, instrucciones previas, voluntades anticipadas”, *Panace@: Revista de Medicina, Lenguaje y Traducción*, vol. XIII, nº 36, 2012, p. 317.

³⁰⁷⁷ VILAR GONZÁLEZ, S., “Caracteres fundamentales del documento de voluntades anticipadas o testamento vital en España”, cit., p. 100.

³⁰⁷⁸ MURGA FERNÁNDEZ, J.P., “La declaración de voluntad vital anticipada o testamento vital: sus límites y régimen jurídico en España”, en AA.VV., *Bioética, Neuroética, Libertad y Justicia*, ed. Comares, Granada, 2013, p. 265.

³⁰⁷⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica...*, cit., p. 429; sin perjuicio de que también puedan intervenir en su interpretación otros profesionales que participen en las actuaciones asistenciales, así como comisiones o comités de bioética.

³⁰⁸⁰ Debiendo quedar en la historia clínica del paciente “[...] constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.”, art. 11.3 de la Ley 41/2002.

VILAR GONZÁLEZ, S., “Caracteres fundamentales del documento de voluntades anticipadas o testamento vital en España”, cit., pp. 100-101.

transitorio o permanente de salud³⁰⁸¹, podrá establecer, entre otras, las siguientes disposiciones:

- Que se evite el ensañamiento médico terapéutico (distanasia).
- Que le sean aplicados tratamientos paliativos del dolor.
- Que su vida no se prolongue artificialmente cuando la situación sea irreversible, teniendo en cuenta la importancia de la calidad de vida para su proyecto vital.
- Las instrucciones y límites determinados sobre la actuación médica y la revisión de información sobre la evolución de la enfermedad.
- Su voluntad de que, si a juicio de los médicos que le atiendan, no hay expectativas de recuperación sin que sigan secuelas que impidan una vida digna, no le sean aplicadas, o bien que se retiren si ya han empezado a aplicarse, medidas de soporte vital técnicas ni maniobras invasivas, tales como fluidos intravenosos, fármacos o alimentación artificial, sonda nasogástrica, traqueotomía, o cualquier otra con el objeto de prolongar la supervivencia.
- Que le sea prestada la asistencia necesaria para proporcionarle un digno final de su vida, con el máximo alivio de dolor, siempre y cuando no resulten contrarias a la buena práctica clínica.
- Que no se le administren tratamientos complementarios y terapias no contrastadas, que no demuestren su efectividad para su recuperación y prolonguen inútilmente su vida.
- Que le suministren los fármacos necesarios para aliviar el sufrimiento físico o psíquico causados por la enfermedad o por la falta de fluidos o de alimentación, a pesar de que ello implique un acortamiento de la vida.
- Solicitar para el caso de que los profesionales que le atiendan se excusaran del cumplimiento de lo dispuesto, por razón de una eventual objeción de conciencia, que su tratamiento sea transferido o confiado a otro profesional o equipo médico en disposición de cumplirlo.
- Los criterios a considerar para priorizar los valores y expectativas personales.
- Su deseo de ser informado o no en los casos de diagnóstico fatal³⁰⁸².

³⁰⁸¹ Como consecuencia de su deterioro físico o mental por alguna de estas situaciones: cáncer diseminado en fase avanzada, daño cerebral severo e irreversible, demencia severa debida a cualquier causa, daños encefálicos severos (coma irreversible, estado vegetativo persistente y prolongado, enfermedad degenerativa del sistema nervioso y/o muscular en fase avanzada, con importante limitación de movilidad y falta de respuesta positiva al tratamiento, enfermedad inmunodeficiente en fase avanzada, enfermedades o situaciones de gravedad comparable a las anteriores y cualquier otra similar.

³⁰⁸² DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica...*, cit., p. 425.

– El hospital donde se le atienda en el final de su vida o si desea permanecer en su domicilio³⁰⁸³.

– La asistencia espiritual que desea recibir o no.

2.2.- Destino del cuerpo

Se podrá decidir ser incinerado o enterrado.

Su voluntad de donar el corazón, los riñones, los ojos y cualquier otro órgano de su cuerpo que pudiera ser de utilidad para otra persona, o su cuerpo o tejidos integrantes del mismo con finalidad terapéutica, docente o investigadora.

Respecto al destino del cuerpo y donación de órganos, Rueda Díaz de Rábago³⁰⁸⁴ apunta que España es el país puntero en cuanto a donaciones de órganos para trasplantes, pero aún así siempre sería bienvenida una más amplia disposición en este sentido. La ley de trasplantes³⁰⁸⁵, en su aplicación práctica, no contiene un instrumento eficaz que permita prescindir de consentimientos familiares. La legislación sobre voluntades anticipadas sí.

2.3.- Representante

El otorgante nombra representante, uno o varios, por el orden y en la forma que estime conveniente; lo designa para que intervenga como interlocutor válido y necesario con el equipo médico. Para que en su nombre realice la interpretación que pueda ser necesaria, siempre que no se contradiga con ninguna de las voluntades anticipadas manifestadas, así como para velar por la aplicación estricta de estas. Tomará decisiones en su nombre, será responsable de su asistencia y garantizará el cumplimiento de su voluntad.

San Julián Puig³⁰⁸⁶ señala “la figura del representante del paciente que es aquella persona designada por el interesado para que, *“llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”* (art. 11 Ley 41/2002), convirtiéndose de este modo y desde ese momento, en la persona a la que se ha de informar y de quien ha de ser recabado el consentimiento para las actuaciones médicas sobre ese paciente. Es decir una especie de

³⁰⁸³ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica...*, cit., p. 425.

³⁰⁸⁴ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., p. 263.

³⁰⁸⁵ Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (BOE-A-1979-26445)

³⁰⁸⁶ SAN JULIÁN PUIG, V., “Discapacidad intelectual sobrevenida...”, cit.

mediador entre paciente y equipo médico que ha de actuar siguiendo las instrucciones que el paciente señaló en el documento o, incluso, siguiendo su propio criterio si es esto lo que el paciente deseó y señaló en ese documento”.

Nombrará una persona de su confianza, alguien que comprenda sus deseos, valores y motivos de las decisiones del declarante sobre el final de su vida y que se encuentre dispuesto a luchar para que se apliquen las instrucciones del paciente en caso de incumplimiento por parte de los médicos o allegados.

El representante nombrado se podrá revocar o modificar en cualquier momento otorgando un nuevo documento³⁰⁸⁷. El último que haya hecho será el que valga.

Sobre el nombramiento de representante ante la sanidad, Rueda Díaz de Rábago³⁰⁸⁸, dice que “las normas que lo regulan continúan privando de capacidad para esta representación a los que intervienen en su otorgamiento (notario, testigos, funcionarios), a los que lo aplican (médicos) y a otros en los que se aprecia una posibilidad de riesgo (en algún caso concreto, personal de entidades financiadoras o de seguros médicos)”.

3.- Forma

En cuanto a la forma de otorgamiento del documento de voluntades anticipadas, la Ley 41/2002 prevé un único requisito formal y es que siempre consten por escrito. En base a ello, las distintas CCAA exigen más o menos requisitos, con carácter general se admiten tres formas:

– La notarial, es la más recomendable, se otorga ante notario, lo que garantiza la capacidad del otorgante, que ha sido debidamente informado y que lo firmado se corresponde con su voluntad. Presenta, frente a la opción anterior, la garantía de su autenticidad e inalterabilidad, de su conservación en el protocolo notarial y evidentemente el asesoramiento notarial puede orientar con especial cualificación sobre las consecuencias de lo que se establezca en el documento³⁰⁸⁹.

– La testifical, ante testigos que deben ser mayores de edad y con plena capacidad. El número de testigos varía en función de la legislación autonómica de que se trate, normalmente son dos o tres y no han de tener relación de parentesco hasta el

³⁰⁸⁷ VILAR GONZÁLEZ, S., “Caracteres fundamentales del documento de voluntades anticipadas...”, cit., p. 101.

³⁰⁸⁸ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., p. 263.

³⁰⁸⁹ VILAR GONZÁLEZ, S., “Caracteres fundamentales del documento de voluntades anticipadas...”, cit., pp. 98-99.

segundo grado con el otorgante, ni estar vinculado por matrimonio u otro vínculo de análoga relación de afectividad; y no pueden tener relación laboral, patrimonial, de servicio u otro vínculo obligacional, para evitar captaciones de voluntad.

– Ante un funcionario de sanidad o el funcionario público que determine cada legislación, normalmente el encargado del Registro de Voluntades Anticipadas que existe en cada CCAA.

Señala Rueda Díaz de Rábago³⁰⁹⁰ que “el Documento de Voluntades Anticipadas, por la importancia de su contenido, que dignifica el proceso de la muerte y ayuda a la calidad de la relación asistencial, debe dotarse de altos niveles de seguridad jurídica”.

“Es necesario reforzar en la legislación estatal, y especialmente en la autonómica, el requisito de la forma pública notarial como mecanismo apropiado para otorgar voluntades anticipadas, con el fin de potenciar el control de la capacidad e identidad del otorgante y el respeto a los límites legales”.

“En otras materias de derecho privado, siempre que se ventilan intereses que se consideran importantes, personal o económicamente, se impone la forma de documento público”. En materia de discapacidad, también, “en unos asuntos en que está en juego la vida de las personas, la legislación sobre voluntades anticipadas da la vuelta al sistema y permite el documento privado. No es esto acorde con el principio de seguridad jurídica, precisamente donde más hace falta”.

Sostiene San Julián Puig³⁰⁹¹ “el equilibrio entre flexibilidad y forma en sentido protector, se ha decantado por la flexibilidad”. Entiende que, dada la trascendencia de la materia, la forma más adecuada “habría sido la notarial, por las garantías que implica, señalando también la obligatoriedad de su registro”.

4.- Publicidad

Existen registros de documentos de voluntades anticipadas que dotan de la necesaria publicidad, con carácter restringido, a estos documentos y que garantizan “el conocimiento y acceso a su contenido por parte de los profesionales involucrados en el tratamiento del paciente.

³⁰⁹⁰ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., p. 265. Recoge las conclusiones de Bilbao-II 2006 y Cádiz-X 2005.

³⁰⁹¹ SAN JULIÁN PUIG, V., “Discapacidad intelectual sobrevenida...”, cit.

A dichos efectos, se ha creado a nivel estatal un fichero automatizado de datos de carácter personal, denominado Registro nacional de instrucciones previas³⁰⁹², y otro por cada Comunidad Autónoma, cada uno de los cuales cuenta con un modelo oficial propio para poder realizar e inscribir posteriormente este tipo de declaraciones³⁰⁹³.

Indica la Fundación AEquitas³⁰⁹⁴ que “las instrucciones previas o últimas voluntades se registrarán en el Registro autonómico y éste, se lo comunicará al Registro nacional, en el plazo de siete días. La inscripción del primero toma carácter definitivo cuando se realiza la segunda”.

El RD 124/2007, de 2 de febrero, regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal³⁰⁹⁵, el cual “depende del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, conforme a lo prevenido en el art. 11.5 de la Ley 41/2002³⁰⁹⁶ y con la finalidad de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de los documentos de voluntades anticipadas otorgados por los pacientes conforme a lo dispuesto en la normativa de las respectivas CCAA.

Los registros autonómicos dependen de la Conselleria o Consejería de Sanidad de cada Comunidad y “se rigen por las distintas disposiciones dictadas a dichos efectos por las distintas CCAA³⁰⁹⁷.

³⁰⁹² Como indica el art. 5 RD 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal, se crea el fichero automatizado a los efectos de “*facilitar el conocimiento de la existencia y localización de las inscripciones de los documentos de instrucciones previas realizadas en todo el territorio nacional*” y “*La unidad encargada del Registro nacional de instrucciones previas adoptará las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad, la seguridad y la integridad de los datos*” que obren en el mismo.

³⁰⁹³ VILAR GONZÁLEZ, S., “Caracteres fundamentales del documento de voluntades anticipadas...”, cit., pp. 101-103.

³⁰⁹⁴ FUNDACIÓN AEQUITAS, “Documentos en previsión de la propia discapacidad o dependencia. Cuaderno práctico n.º 8”, cit., p. 98.

³⁰⁹⁵ BOE-A-2007-3160

³⁰⁹⁶ Art. 11.5 Ley 41/2002: “*Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.*”.

³⁰⁹⁷ Entre otros, el Decreto 175/2002, de 25 de junio, por el que se regula el Registro de Voluntades Anticipadas de Cataluña; el Decreto 270/2003, de 4 de noviembre, por el que se crea y regula el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas; el Decreto 238/2004, de 18 de mayo, por el que se regula el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía; el Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, del Consell de la Generalitat, por el que se regula el Documento de Voluntades Anticipadas y se crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas de la Comunidad Valenciana; o el Decreto 59/2012, de 13 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía.

“Por lo que respecta al procedimiento de inscripción del documento, se iniciará con una solicitud presentada por el otorgante, que implicará su autorización para que se efectúe la cesión de sus datos de carácter personal al profesional médico responsable”.

Una vez inscrito el documento en el registro autonómico, establece el art. 3.1 RD 124/2007 que “[...] *el encargado de este lo comunicará al Registro nacional de instrucciones previas, por vía telemática y dentro de los siete días siguientes a la inscripción efectuada; a tal efecto, dará traslado de los datos e información mínima que se recogen en el anexo, así como de la copia del documento de instrucciones previas registrado que se remitirá por la citada vía telemática.*”; y el art. 3.2 RD 124/2007 “*Recibida la comunicación telemática de los datos e información mínima a que se refiere el apartado anterior, se procederá a su inscripción, así como a la de la copia del documento de instrucciones previas en el Registro nacional de instrucciones previas, y se notificará el acto de inscripción y registro al registro autonómico, en el término de siete días, por el mismo procedimiento telemático. [...]*”, o bien la existencia de defectos subsanables, en su caso.

“Con respecto a las personas que podrán tener acceso a los asientos que figuren en el registro nacional”, el art. 4.1 RD 124/2007 dispone que se hallan facultados para ello:

- “a) Las personas otorgantes de las instrucciones previas inscritas en él.*
- b) Los representantes legales de las personas otorgantes o los que a tal efecto hubieran sido designados de manera fehaciente por estas.*
- c) Los responsables acreditados de los registros autonómicos.*
- d) Las personas designadas por la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma correspondiente o por el Ministerio de Sanidad y Consumo.”.*

“La inscripción del documento no es obligatoria pero sí conveniente, siendo recomendable, en cualquiera de los casos, entregar copia del documento al representante designado o bien a las personas de confianza del otorgante”.

El Registro transmite el contenido del documento únicamente al médico o equipo que preste asistencia sanitaria al interesado en el momento en que por su situación no le sea posible explicar su voluntad y sea preciso adoptar las decisiones clínicas relevantes a que se refiere.

“El instrumento podría tornarse especialmente útil si se dispusiera de mecanismos tecnológicos que permitieran al médico consultar rápidamente la voluntad del paciente

en situaciones de extrema urgencia, en los que una respuesta rápida podría implicar la eficaz protección del mayor número de bienes posibles”³⁰⁹⁸.

5.- Efectos

En cuanto a los efectos, destaca Rueda Díaz de Rábago³⁰⁹⁹ que “coinciden las legislaciones en que el documento de voluntades anticipadas es obligatorio para el médico. Éste es el gran avance. No sólo estamos ante un ruego o suministro de información para que quien tiene que aplicarlo se forme una voluntad, sino que es la expresión de una orden que, por el principio de autonomía de voluntad del paciente, ha de cumplirse.

Esto implica que el médico que lo cumpla estará protegido por lo hecho de acuerdo con esas instrucciones frente a reclamaciones de los parientes, tan habituales en estas situaciones. Por fin tiene un escudo protector: lo realizado no es una elección del médico, de la cual haya de responder (habitualmente ante los tribunales), sino una obligación que no le podrá acarrear responsabilidad.

Alguna legislación contempla la objeción de conciencia, pero debemos entenderla como una posibilidad de excusa particular, que no se puede dar por la administración sanitaria, que habrá de velar por que se cumplan las instrucciones”.

Se contienen en todas las leyes dos excepciones a la obligatoriedad:

1.- Las contrarias al ordenamiento jurídico, en las que podemos englobar la eutanasia.

2.- Y las contrarias al “conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en el momento presente. Por definición, es cambiante con el progreso técnico de la Medicina, así como con las peculiaridades personales de cada paciente”.

V.- DONACIÓN

1.- Concepto

El CC define la donación en el art. 618 CC, que establece: “*La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta.*”, y la regula en los arts. 618 a 656 CC.

³⁰⁹⁸ A.A.V.V., “Voluntades anticipadas y/o instrucciones previas”, cit., pp. 64-65.

³⁰⁹⁹ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., pp. 263-264.

Castán Tobeñas³¹⁰⁰ define la donación “como el acto por el cual una persona, con ánimo de liberalidad se empobrece en una fracción de su patrimonio en provecho de otra persona que se enriquece con ella”. En este sentido, indica que la donación debe tener como elementos esenciales:

- “El empobrecimiento del donante.
- El enriquecimiento del donatario.
- La intención de hacer una liberalidad (*animus donandi*)”.

Con lo que quedan fuera del concepto técnico de donación aquellos actos que “no entrañan pérdida patrimonial” aunque otorguen ventajas sin compensación como señala Franch Quiralte³¹⁰¹: “el comodato, depósito gratuito, el legado, la fianza, etc.”. Lo que es muy importante por las exigencias de forma y capacidad de la donación “que pueden llevar a que la calificación de un acto como donación o no, afecte incluso a su validez”.

Respecto de las donaciones hay dos valoraciones contrapuestas:

“Una positiva, de especial tolerancia desde el punto de vista de libertad de configuración negocial (admisión de prohibiciones de disponer, o exención de responsabilidad por deudas del adquirente), que parece basarse en que quien puede lo más puede lo menos, y en la voluntad del donante como criterio interpretativo de toda donación”.

Una negativa que considera la donación como si fuese cobertura de un fraude, que viene justificando que las donaciones revocables no se admitan por nuestro TS o institutos como la colación o la presunción del art. 1297 CC³¹⁰².

En todo caso, el criterio general interpretativo será la voluntad del donante.

En el tema que nos ocupa, Leña Fernández³¹⁰³ dice que otorgando una o varias donaciones en favor del discapacitado (art. 624 CC), “los padres pueden constituir, mientras viven, un patrimonio, en manos de su hijo, que garantice para el futuro su subsistencia así como las atenciones y cuidados que haya de menester. Incluso pueden

³¹⁰⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV, 12ª ed., ed. Reus, Madrid, 1985, p. 214.

³¹⁰¹ FRANCH QUIRALTE, E., “La donación: concepto y naturaleza. Elementos personales, reales y formales. Efectos naturales de la donación y efectos nacidos de pactos especiales”, enero 2006.

Consultado en: <<https://www.notariosyregistradores.com/opositores/REVISADOS/73-CIVIL.htm>>

³¹⁰² Art. 1297 CC: “*Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.*

También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes.”.

³¹⁰³ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, pp. 53-54, 65.

añadir a la donación una prohibición de disponer por parte del donatario”, “bien -lo que es más recomendable- permitiendo la disposición para caso de necesidad y exigiendo, para este supuesto, el consentimiento de una persona distinta del tutor, además del de este”.

“Los padres podrán donar el usufructo de unos determinados bienes al disminuido quedando la nuda propiedad en sus manos, para después, en su testamento, atribuir esa nuda propiedad a quienes deseen, incluso a un hijo determinado, bien de forma libre bien con la condición o gravamen de cuidar y atender al disminuido, de tal forma que, al fallecer ese hijo disminuido se consolidará el pleno dominio en manos de quien, en ese momento, sea titular de la nuda propiedad”.

Según Franch Quiralte³¹⁰⁴, podemos pues distinguir entre donaciones:

- 1.- Reales, que realizan el enriquecimiento transfiriendo la propiedad de una cosa.
- 2.- Obligatorias, que lo realizan creando gratuitamente un crédito a favor del donatario.
- 3.- Liberatorias, que lo realizan extinguiendo una obligación.

Afirma Castán Tobeñas³¹⁰⁵, que el art. 618 CC se refiere “específicamente a la donación contractual y real o traslativa: lo primero porque exige la aceptación, y lo segundo, porque requieren, además que haya disposición gratuita de una cosa en favor de persona determinada”; y afirma que “el CC reconoce la posibilidad de la donación obligacional (art. 632 CC) y de la liberatoria (art. 1187 CC)”. Aunque esto no es unánimemente admitido.

2.- Naturaleza jurídica

2.1.- Normativa

La naturaleza jurídica de las donaciones es una cuestión muy debatida.

El CC dedica un capítulo a “*la naturaleza de las donaciones*” en los arts. 618 a 623 CC, siendo la única institución en todo el CC que tiene una regulación específica de su naturaleza jurídica:

Art. 619 CC: “*Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.*”.

³¹⁰⁴ FRANCH QUIRALTE, E., “La donación: concepto y naturaleza...”, cit.

³¹⁰⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV, cit., p. 215.

Art. 620 CC: “*Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria.*”.

Art. 621 CC: “*Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título.*”.

Art. 622 CC: “*Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto.*”.

Como destaca Albiez Dohrmann³¹⁰⁶, contiene “la distinción básica entre donaciones *inter vivos* (art. 621 CC) y *mortis causa* (art. 620 CC)”, a las que sujeta a las reglas de la sucesión testamentaria, con lo que les niega sustantividad propia. Caben donaciones singulares, como las donaciones por méritos, remuneratorias y las modales u onerosas simples, que aclara que también son donaciones (art. 619 CC), y otros negocios discutibles como las donaciones con causa onerosa (art. 622 CC).

El art. 618 CC es la norma principal sobre la que “gira la discusión sobre la naturaleza jurídica de la donación”. Así, indica que “hasta la codificación los perfiles de la donación no fueron nada concisos”, entonces se fijaron las reglas principales de las donaciones, diferenciándolas de otros contratos gratuitos.

Hay varios modelos de donación. Dos son los preponderantes y se oponen: “la donación como modo de adquisición” considera que es un acto dispositivo (que sigue nuestro CC); y “la donación como puro contrato” (el Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) la considera un contrato de uso y disfrute).

2.2.- Acto dispositivo

Un importante sector doctrinal moderno considera que la donación es un acto dispositivo, que tiene por sí carácter traslativo del dominio, sin necesidad de tradición, como sostienen Franch Quiralte³¹⁰⁷ y Alonso Pérez³¹⁰⁸. Argumentos:

³¹⁰⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 618 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4711-4712.

³¹⁰⁷ FRANCH QUIRALTE, E., “La donación: concepto y naturaleza...”, cit.

³¹⁰⁸ ALONSO PÉREZ, M., “Reflexiones críticas en torno al artículo 609 del Código civil”, en F. Blasco Gascó (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, t. I, ed. Tirant lo Blanch, 2011, p. 94.

– “El art. 618 CC está dentro del Libro III del CC que regula los *“modos de adquirir la propiedad”*, y habla de acto”. El codificador quería especificar que es un acto de liberalidad y no un contrato.

– “El art. 609 párr. 2º CC considera la donación como acto dispositivo” pues establece: *“La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.”*.

– “La aceptación no lo es de una oferta contractual, sino admisión de un beneficio, porque nadie puede adquirir derechos sin su consentimiento, en otro caso no se entendería la regulación de capacidad de los arts. 625 y 626 CC o que los arts. 633 y 623 CC no sigan el esquema del 1262 párr. 2º CC”.

– “El art. 624 CC exige capacidad para disponer y no solamente capacidad para contratar, y los arts. 618 y 635 CC que no admiten donación de bienes de los que no se pueda disponer”.

– “Si la donación es un acto y no un contrato puede entenderse que como el beneficiario es tercero y no parte, cabe aplicar el artículo 1257 párr. 2º CC y será revocable mientras no conste la aceptación, y no existiría la necesidad de mantener la oferta un tiempo prudencial” como en sede contractual.

– El art. 618 CC establece que *“La donación es un acto de liberalidad [...]”*. Pero este acto jurídico de liberalidad no se cierra hasta que acepta el donatario, así el art. 623 CC establece que *“La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario.”*.

Albiez Dohrmann³¹⁰⁹ precisa que la donación “es más que un acto jurídico de liberalidad”; ya que “requiere la aceptación del donatario” y hasta ese momento, el donante puede “revocar la liberalidad hecha a favor de otra persona”. Al ser un acto jurídico, es la voluntad del donante la que determina que haya una donación. Es un acto jurídico “claramente atributivo, determinado por la conducta dispositiva del donante³¹¹⁰”.

3.3.- Contrato

³¹⁰⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 618 CC”, cit., pp. 4712-4713.

³¹¹⁰ RUBIO TORRANO, E., “Los artículos 623 y 629 del Código Civil. Apuntes para otra explicación”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 543, 1981, pp. 371-373.

La tesis clásica, como expone Franch Quiralte³¹¹¹, defiende que “la donación es un contrato y, por tanto, un simple título que para la transmisión del dominio necesita de la tradición”. Argumentos:

– “La exigencia de aceptación del donatario para la perfección de la donación: arts. 618, 629, 623, 633 CC, entre otros”.

– “La remisión del art. 621 CC a las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en lo no determinado especialmente”.

– El art. 629 CC establece “*La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación.*”.

– “La calificación del art. 618 CC de “acto” y no de contrato se debe al famoso error de Napoleón entre acto y contrato bilateral”³¹¹².

– “El art. 632 párr. 2º CC³¹¹³ que contemplaría la donación meramente obligacional, conforme lo dicho”.

– “El art. 1274 CC al referirse a contratos de pura beneficencia”.

La donación contractual “obligacional” carece de regulación específica en el CC, pero se basa en los arts. 1274, 1255, 1341 y 1363 CC.

Según Albiez Dohrmann³¹¹⁴, cuando se afirma “que la donación es un contrato obligacional, la idea principal es que en esta podemos separar, como en la compraventa, la relación estrictamente obligacional y la eficacia jurídico-real”.

Uno de los principales defensores de este planteamiento es Albaladejo García³¹¹⁵, que señala que “son varias las normas que regulan la donación en las que aparece el término contrato”, que en “algunos ordenamientos modernos la donación es concebida como un contrato”, que “en la jurisprudencia se habla del contrato de donación y que para un amplio sector de la doctrina la donación tiene naturaleza contractual”. Defiende que “el donante puede quedar simplemente obligado a traspasar el bien donado al donatario”. O sea, que “admite la donación obligatoria³¹¹⁶”.

³¹¹¹ FRANCH QUIRALTE, E., “La donación: concepto y naturaleza...”, cit.

³¹¹² Napoleón hizo sustituir del Proyecto de Código francés la palabra contrato por la de acto, pensando que no podría evitar un contrato sin obligaciones recíprocas para los dos contratantes. Ignoraba la distinción entre contratos unilaterales y bilaterales (así, la donación sería un contrato unilateral que solo genera obligaciones para el donante).

³¹¹³ Art. 632 párr. 2º CC: “*La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación.*”.

³¹¹⁴ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 618 CC”, cit., pp. 4715-4176.

³¹¹⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, ed. Fundación Registral, Madrid, 2006, pp. 29 y ss.

³¹¹⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 618 CC”, cit., pp. 4715-4176) dice que admiten la donación obligacional DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, t. II, vol.

Esta tesis tiene consecuencias jurídicas. Sería válida “una donación obligacional que tuviera por objeto bienes futuros o bienes ajenos. El donante podría resolver la donación en caso de que el donatario no aceptase la entrega de la cosa, pero también podría pedir el cumplimiento”. Lo cierto es que la regulación de la donación en el CC es la contraria a la tesis de Albaladejo García. La donación, según nuestro legislador, se caracteriza por la disposición que realiza el donante a favor del donatario, con efecto traditorio que produce la donación misma³¹¹⁷.

3.- Elementos personales

3.1.- Capacidad para hacer donaciones

3.1.1.- En general

Art. 624 CC: “*Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes*”.

Harán falta dos cosas: capacidad de obrar y contratar, y capacidad para disponer de sus bienes, específicamente del bien concreto donado. Teniendo en cuenta que puede ser distinta la capacidad para disponer a título gratuito o a título oneroso.

El poder de disposición según González-Meneses³¹¹⁸, es “la facultad concreta de realizar actos dispositivos con eficacia sobre un determinado objeto”, facultad que corresponde al “titular o propietario del bien, pero que puede corresponder, por disposición legal o negocial, a una persona distinta”.

Albaladejo García³¹¹⁹ indica que se trata de la disponibilidad de los bienes donados, no de todos los bienes del donante. Si el donante no tiene la disposición sobre el bien concreto que quiere donar, no puede donar³¹²⁰.

3.1.2.-Menores no emancipados

II, 10ª ed., ed. Tecnos, 2012, p. 77; al amparo de la libertad contractual (arts. 1254, 1274, 1340 y 1363 CC). LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *et al*, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, vol. 2º, 4ª ed., revisada por F. Rivero Hernández, ed. Dykinson, Madrid, 2009, pp. 86 y ss., defienden la donación obligacional, en base a que es un contrato lícito y vinculante al amparo de la libertad de contratación proclamada por el art. 1255 CC.

³¹¹⁷ Y no la forma o la entrega material.

³¹¹⁸ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., “La donación”, en J.F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. III, vol. 2º, ed. Civitas, Madrid, 2004, p. 668.

³¹¹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al art. 624”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pp. 97-98.

³¹²⁰ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 624 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4788.

Según Albiez Dohrmann³¹²¹, los hijos menores no emancipados sujetos a patria potestad “pueden administrar, siempre que tengan capacidad de obrar suficiente, determinados bienes” conforme al art. 164 párr. 2º 3 CC que establece: *“Se exceptúan de la administración paterna:*

3. Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella.”.

Con lo que no pueden disponer gratuitamente de ellos.

Art. 166 CC: *“Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.*

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.”.

Los actos de enajenación y gravamen comprenden las donaciones, luego los padres en calidad de representantes legales necesitan para donar autorización judicial con audiencia del MF, para los bienes que establece el art. y siempre que se justifique la utilidad o necesidad de la donación, lo que no será fácil si la donación es pura y simple, parece que debería ser una donación modal u onerosa. Los bienes que no están comprendidos en el art., sí pueden donarse.

3.1.3.- Menores emancipados

Conforme al art. 323 párr. 1º CC los menores emancipados no podrán *“gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.”.* Para Albiez Dohrmann³¹²², “al igual que el art. 166 CC, el art. 323 CC se

³¹²¹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 624 CC”, cit., pp. 4788-4789.

³¹²² ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 624 CC”, cit., p. 4789.

refiere a enajenaciones y gravámenes” lo que “comprende las donaciones que tengan por objeto bienes de los señalados”, si no se pueden enajenar, tampoco se pueden donar. Los padres o el curador del menor emancipado deben consentir, pero “no es necesario justificar su utilidad o su necesidad”.

Los demás bienes sí puede donarlos el menor emancipado, o sea, que puede donar bienes muebles y también inmuebles, pero con consentimiento de los padres o curador.

3.1.4.- Tutela y curatela

Art. 271.9º CC: *“El tutor necesita autorización judicial:*

9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.”.

Albiez Dohrmann³¹²³ destaca que “la persona sujeta a tutela no puede por sí sola donar ningún bien”, sea el que sea, “ni tampoco el tutor por sí mismo”, necesita autorización judicial para la que deberá “justificar la utilidad o la necesidad de la donación”.

No será necesaria autorización judicial si se trata de una donación de poca cuantía y sigue las costumbres sociales.

González-Meneses³¹²⁴ apunta que es casi totalmente incompatible el deber de administrar que tiene el tutor respecto de los bienes del tutelado con actos de disposición gratuita, así, le parece “bastante remota” “la posibilidad de que un juez autorice un acto de disposición gratuita”.

La donación de la persona sometida a curatela se rige por las mismas reglas que la del sometido a tutela (art. 288 CC³¹²⁵).

3.1.5.- Incapacitación judicial

En este caso Albiez Dohrmann³¹²⁶ dice que la capacidad de disponer para donar bienes vendrá especificada por la sentencia de incapacitación “y condicionada por el régimen de tutela y curatela (arts. 760.1 LEC y 270 y 290 CC)”. Parece que lo prudente será “privar al incapacitado de la capacidad de disponer gratuitamente de sus bienes”.

³¹²³ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 624 CC”, cit., p. 4789.

³¹²⁴ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., “La donación”, cit., p. 676.

³¹²⁵ Art. 288 CC: *“En los casos del artículo 286 la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por sí solos.”.*

³¹²⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 624 CC”, cit., p. 4790.

Hay que tener en cuenta que la capacidad se presume mientras no haya una sentencia de incapacitación. Por lo que se presume que el donante mayor de edad tiene capacidad de obrar para disponer gratuitamente de sus bienes. La incapacidad se debe demostrar (entre otras muchas, la STS, de 19 de mayo de 2008³¹²⁷).

3.1.6.- Pródigo

La declaración de prodigalidad será la que determine los actos de disposición de naturaleza gratuita que pueda realizar el pródigo³¹²⁸, art. 760.3 LEC: *“La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.”*

3.1.7.- Concurrido

Un concurso de acreedores puede ser voluntario o necesario.

Conforme al art. 40.1 LC: *“En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.”*

Apunta Albiez Dohrmann³¹²⁹ que no hay ninguna norma escrita que lo prevea, pero “es evidente que no se van a autorizar donaciones, ni siquiera si es onerosa o remuneratoria, porque será un empobrecimiento del patrimonio del deudor”.

Y el art. 40.2 LC: *“En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales.”*. Y estos, lógicamente, no van a otorgar ninguna donación.

3.1.8.- Ausente

Art. 196 párr. 1º y 2º CC: *“Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación conforme a lo dispuesto legalmente.”*

³¹²⁷ TOL 1.320.881

³¹²⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 624 CC”, cit., p. 4790.

³¹²⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 624 CC”, cit., p. 4790.

Los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración del fallecimiento.”.

3.1.9.- Cotitularidad

Destaca Albiez Dohrmann³¹³⁰ que “la donación en caso de cotitularidad sobre los bienes requiere el consentimiento de todos sus miembros”.

En la comunidad de bienes, se debe estar a la codisposición conjunta, al art. 397 CC, que establece: *“Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos.”.*

En relación con la sociedad de gananciales, el art. 1378 CC dice: *“Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso.”.*

3.1.10.- Personas jurídicas

Las sociedades mercantiles tienen plena capacidad jurídica y por ello, Albiez Dohrmann³¹³¹ señala que “cualquier persona jurídica puede donar los bienes que formen parte de su patrimonio social”, aunque su finalidad última sea obtener lucro.

En todo caso, “habrá que estar al régimen de disposición previsto legal o estatutariamente”.

González-Meneses³¹³² plantea si “es compatible el negocio de donación y la posición del donante con la condición de persona jurídica”. Hay “regalos de empresa” a los propios socios y a trabajadores de la sociedad o a los clientes, y se consideran “retribución en especie” y “coste de producción de los beneficios industriales” en uno y otro caso.

No hay problema en que una sociedad realice actividades de mecenazgo, que hasta pueden estar previstas en los estatutos (RDGRN, de 22 de noviembre de 1991³¹³³).

3.2.- Capacidad para aceptar donaciones

³¹³⁰ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 624 CC”, cit., p. 4790.

³¹³¹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 624 CC”, cit., p. 4791.

³¹³² GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., “La donación”, cit., p. 664.

³¹³³ RJ 1991, 8637

3.2.1.- En general. Donaciones puras y simples

Art. 625 CC: “*Podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello.*”.

Afirma Albaladejo García³¹³⁴ que para ser donatario basta simplemente tener “capacidad natural de entender y querer”, y ello porque hay que aceptar la donación; pero no exige el CC que el donatario tenga “capacidad general para contratar”, ni ningún otro requisito especial.

El donatario solo tiene que aceptar la donación. Según Albiez Dohrmann³¹³⁵, “no interviene, por norma general, en la configuración del contenido de la donación”. Realmente la aceptación de la donación es un acto de adhesión a la donación. Por todo ello, basta la capacidad de obrar suficiente para que comprenda el alcance de la donación hecha a su favor, al menos en las donaciones puras y simples, que suponen una ventaja patrimonial para el donatario.

Respecto al menor, Albiez Dohrmann³¹³⁶ concreta que “puede aceptar donaciones cuando tenga la capacidad de obrar suficiente”, o sea, capacidad natural. Con la LOPJM se excluye cualquier intervención de sus representantes legales en la donación, siempre y cuando el menor tenga capacidad natural suficiente. A favor, cita el art. 164 CC que exceptúa de la administración paterna los bienes que el hijo haya adquirido por título gratuito, cuando el donante lo haya ordenado expresamente. En contra, González-Meneses³¹³⁷ se cuestiona la discrecionalidad que tienen los menores para aceptar donaciones, y defiende la intervención de sus representantes legales. Pero ninguna norma lo exige y el art. 2.1 párr. 2º LOPJM establece expresamente: “*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.*”.

³¹³⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al art. 625”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pp. 115-116.

³¹³⁵ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 625-628 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4799-4800.

³¹³⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 625-628 CC”, cit., pp. 4799-4800.

³¹³⁷ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., “La donación”, cit., pp. 685-687; se pregunta qué sucede si el menor de edad repudia la donación que le ha sido ofrecida. No debe excluirse a los padres de “intervenir en la aceptación de la donación” porque la intervención de los padres no es contraria “al libre desarrollo de la personalidad de un menor”, y porque “considera que los menores no tienen capacidad para repudiar donaciones, habida cuenta de que los padres o tutores que quieren repudiar donaciones necesitan de la autorización judicial”. Por tanto, “los padres pueden aceptar una donación aun contra la voluntad de su hijo menor de edad, en cuanto que este no tiene el poder de decidir que la donación no sea aceptada”.

En cuanto a los incapacitados judicialmente, apunta Albiez Dohrmann³¹³⁸ que podrán aceptar donaciones en función de lo establecido en la sentencia (art 760.1 LEC). Si la incapacitación es total, el incapacitado no podrá aceptar donaciones. En caso contrario habrá que analizar si tiene capacidad natural para comprender el alcance de la donación.

“El declarado prodigo no debería ser limitado en su capacidad para aceptar donaciones (art 760.3 LEC)”, aunque será prudente “establecer cautelas para que no disponga” con riesgo “de los bienes que reciba”.

En caso de “concurso de acreedores, el deudor puede aceptar libremente donaciones simples. Los bienes no entran en la masa concursal si las donaciones” son “posteriores a la declaración de concurso”.

Destaca Leña Fernández³¹³⁹ que la DGRN ha venido entendiendo “que la capacidad para aceptar donaciones puras y simples es mucho más amplia que la capacidad para contratar que es la exigida para aceptar donaciones onerosas” (art. 626 CC). La RDGRN, de 3 de marzo de 1989³¹⁴⁰, ha proclamado, como regla general, “*la aptitud de toda persona que tenga capacidad natural de entender y querer, para aceptar donaciones salvo específica declaración legal en contra, como, por ejemplo, la recogida en el art. 626 CC*”. Por su parte, la STS, de 6 de julio de 1985³¹⁴¹, ha señalado que la capacidad exigida por el art. 625 CC ha de entenderse “*con generosidad tendente a facilitar la aceptación de donaciones, singularmente las puras y simples*”.

3.2.2.- Donaciones condicionales u onerosas

3.2.2.1.- Capacidad para contratar

Art. 626 CC: “*Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes.*”. De donde se deduce *a sensu contrario* que podrán aceptar por sí solos las donaciones puras y simples.

Luego en las donaciones puras y simples es suficiente la capacidad natural para aceptarlas y en las donaciones condicionales u onerosas hace falta la capacidad de contratar, y si esta no se tiene, deben aceptarlas sus representantes legales. La capacidad

³¹³⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 625-628 CC”, cit., p. 4800.

³¹³⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, cit., pp. 54-55.

³¹⁴⁰ BOE-A-1989-6090

³¹⁴¹ VLEX 77566107

de contratar nos lleva al art. 1263 CC, que hay que interpretar conforme a las normas de las donaciones.

Las donaciones condicionales del art. 626 CC no se refieren a una condición propiamente dicha, sino a una obligación impuesta al donatario.

Marín Castán³¹⁴² “propone una interpretación amplia del art. 626 CC, siendo necesaria la intervención de los representantes del donatario para que sea válida la aceptación de toda donación que no sea pura y simple”. Albiez Dohrmann³¹⁴³ no cree que “sea defendible una interpretación tan amplia” ya que “en el derecho moderno se tiende a una interpretación restrictiva de las normas sobre capacidad de obrar”. Incluso “cuando son donaciones condicionales u onerosas, según sea la carga u obligación que asuma el donatario, puede ser suficiente” la capacidad de obrar natural.

La exigencia de una mayor capacidad en las donaciones condicionales u onerosas es porque “suponen una carga para el donatario.

Podrían quedar comprendidas en el art. 626 CC también las donaciones causales, cruzadas o recíprocas y mixtas³¹⁴⁴”, pero no “las donaciones remuneratorias porque quien tiene capacidad de obrar suficiente para realizar prestaciones, puede aceptar a cambio donaciones”.

3.2.2.2.- Casos

Los menores no emancipados conforme a los arts. 1263 y 626 CC, indica Albiez Dohrmann³¹⁴⁵ que no pueden aceptarlas por sí solos, “son sus representantes legales (los padres o los tutores) los que en su nombre pueden aceptar las donaciones. Según sea la condición o la carga impuesta al donatario, la intervención de los representantes legales se puede entender como un complemento de capacidad³¹⁴⁶”.

Precisa que “los menores emancipados pueden libremente aceptar donaciones condicionales u onerosas (ninguna limitación específica establecen los arts. 323 y 324 CC)”.

En caso de incapacitación judicial, habrá que estar a lo que fije la sentencia, si la incapacitación es total no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas.

³¹⁴² MARÍN CASTÁN, F., “Arts. 625-628”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. IV, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 110.

³¹⁴³ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 625-628 CC”, cit., pp. 4801-4802.

³¹⁴⁴ ANDERSON, M., *Las donaciones onerosas*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2005, pp. 308-309.

³¹⁴⁵ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 625-628 CC”, cit., pp. 4801-4804.

³¹⁴⁶ ANDERSON, M., *Las donaciones onerosas*, cit., p. 307.

“Corresponde aceptar estas donaciones a sus tutores, en caso de curatela, puede ser que el incapacitado tenga capacidad de obrar para aceptar estas donaciones”.

En caso de prodigalidad no se limita “la capacidad de obrar del pródigo para aceptar donaciones condicionales u onerosas”, aunque se pueden “adoptar medidas en garantía del patrimonio incrementado por la donación del pródigo”.

“Las personas jurídicas públicas y privadas pueden aceptar” donaciones condicionales u onerosas, como cualquier otra, “salvo que haya alguna limitación estatutaria o legal”.

3.2.2.3.- Representación o asistencia

Albiez Dohrmann³¹⁴⁷ destaca que “los donatarios que no tienen capacidad de obrar para aceptar donaciones condicionales u onerosas”, se sujetan a lo dispuesto en el art. 626 CC que utiliza una expresión poco afortunada: “*sus legítimos representantes*”.

Hay dos posturas:

1ª.- Quien acepta la donación e interviene negocialmente en la donación, “es el donatario siempre y cuando tenga la capacidad de obrar suficiente”. Sus representantes legales asisten al donatario prestando su conformidad. Pero no es preceptiva la autorización judicial al no estar contemplada en el art. 271 CC. Si los representantes legales no intervienen en la donación, esta es anulable.

2ª.- La interpretación estricta del art. 626 CC defiende que “los padres o tutores intervienen como representantes legales aceptando en nombre del donatario que no tiene capacidad para contratar, aunque tenga capacidad de obrar suficiente³¹⁴⁸”. Aquí, si no intervienen los representantes legales, hay nulidad absoluta de la donación.

Opina que “ambas interpretaciones son defendibles según sea el grado de entendimiento del representado³¹⁴⁹”.

3.2.3.- Nasciturus y concepturus

³¹⁴⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 625-628 CC”, cit., pp. 4803-4804.

³¹⁴⁸ MARÍN CASTÁN, F., “Arts. 625-628”, cit., p. 111; parece defender una interpretación estricta del art. 626 CC.

³¹⁴⁹ DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al artículo 625”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 116.

Art. 627 CC: “*Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían si se hubiera verificado ya su nacimiento.*”.

Su finalidad es evitar que se prive al *nasciturus* de una donación³¹⁵⁰.

Según González-Meneses³¹⁵¹, la donación se puede hacer durante la gestación y la aceptación se hará por quien le representaría después de nacer, en este caso la adquisición del bien donado depende de que tenga lugar el nacimiento. Se produce una transmisión condicionada suspensivamente. Con lo que se impide que el donante pueda revocar la donación y que la donación quede sin efecto si el donante fallece durante la fase de gestación del donatario.

Destaca Albiez Dohrmann³¹⁵² que “el CC no contempla la donación a favor del *concepturus*. En el derecho sucesorio, se defiende la institución de heredero del no concebido a pesar del art. 750 CC³¹⁵³ (SSTS, de 25 de abril de 1963³¹⁵⁴ y 3 de abril de 1965³¹⁵⁵; RRDGRN, de 27 de diciembre de 1982³¹⁵⁶ y 29 de enero de 1988³¹⁵⁷), quedando sometida la herencia a administración cuando fallezca el testador antes de que haya nacido quien en el momento del otorgamiento del testamento aún no existía. Por la misma razón, se podría hacer una donación a un *concepturus*, aunque la doctrina es casi unánimemente contraria a esta posibilidad³¹⁵⁸”. González-Meneses³¹⁵⁹ objeta que la negativa a que el *concepturus* pueda ser donatario, “parece chocar con los presupuestos de los arts. 640 y 641 CC”, de los que “resulta la posibilidad de donaciones sucesivas o superpuestas a favor de personas futuras”, eso sí, la primera donación debe ser aceptada “en vida del donante”.

3.2.4.- Personas inhábiles

³¹⁵⁰ Y no es contradictorio con el art. 30 CC.

³¹⁵¹ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., “La donación”, cit., p. 679.

³¹⁵² ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 625-628 CC”, cit., pp. 4796-4797; lo mismo opina ARROYO I AMAYUELAS, E., *La protección al concebido en el Código Civil*, ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 137.

³¹⁵³ Art. 750 CC: “*Toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta.*”.

³¹⁵⁴ TOL 4.329.535

³¹⁵⁵ TOL 4.320.639

³¹⁵⁶ RJ 1982\8065

³¹⁵⁷ RJ 1988\316

³¹⁵⁸ Porque “el art. 627 CC exige la concepción en el momento de hacer la donación”, ARROYO I AMAYUELAS, E., *La protección al concebido en el Código Civil*, cit., p. 137.

³¹⁵⁹ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., “La donación”, cit., p. 681.

Art. 628 CC: “*Las donaciones hechas a personas inhábiles son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta.*”.

Según Albiez Dohrmann³¹⁶⁰, “hay un paralelismo entre la incapacidad relativa para suceder” y “la inhabilidad para adquirir bienes mediante donaciones (art. 628 CC)”. En ambos casos se trata “de prohibiciones mediante las que se quiere evitar que determinadas personas puedan influir en la voluntad de otra para que done a su favor”.

Son donatarios inhábiles “los sacerdotes y demás personas cercanas al donante cuando se den las circunstancias descritas en el art. 752 CC³¹⁶¹”.

También son donatarios inhábiles los tutores (arts. 221.1 y 753 CC). La misma prohibición rige para los que ejercen la curatela (art. 291 CC) o para el que es nombrado defensor judicial (art. 301 CC), y aunque no hay ninguna norma que lo diga especialmente, el guarda de hecho.

Son también inhábiles los notarios por el art. 754 CC y el art. 22 LN, al establecer que “*Ningún Notario podrá autorizar contratos que contengan disposición en su favor [...]*”. En términos parecidos el art. 139 RN y los arts. 27.1º y 28 LN. En este caso, más que una causa de inhabilidad para ser donatario hay, según González-Meneses³¹⁶², “una inhabilidad o incompetencia para autorizar la escritura” de donación, cuya infracción debería dar lugar a la nulidad de la donación “por defecto de forma” y no por inhabilidad para ser donatario.

Para Albiez Dohrmann³¹⁶³, “la consecuencia de donaciones a favor de personas inhábiles no puede ser otra que la nulidad total de la donación, siendo, además, una nulidad absoluta por la violación de normas prohibitivas (art. 6.3 CC)”.

Pueden recibir donaciones las asociaciones y corporaciones permitidas por la ley. O sea, que las personas jurídicas tienen capacidad para recibir donaciones, que las aceptan a través de sus órganos de administración, el representante previsto estatutaria o legalmente (art. 993 CC). La capacidad para aceptar donaciones puede venir limitada por los estatutos sociales (SSTS, de 6 de julio de 1985³¹⁶⁴ y 10 de diciembre de 1987³¹⁶⁵) o normas legales.

³¹⁶⁰ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 625-628 CC”, cit., pp. 4806-4807.

³¹⁶¹ MARÍN CASTÁN, F., “Arts. 625-628”, cit., p. 116.

³¹⁶² GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., “La donación”, cit., p. 683.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 625-628 CC”, cit., p. 4806.

³¹⁶³ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 625-628 CC”, cit., p. 4800.

³¹⁶⁴ TOL 1.736.867

³¹⁶⁵ TOL 1.737.160

3.3.- Repudiación de las donaciones

3.3.1.- Personas físicas

El destinatario de una donación puede aceptarla o rechazarla libremente, una vez lo haya hecho es irrevocable, así el art. 997 CC: *“La aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido.”*³¹⁶⁶.

Más que repudiar debería hablarse de no aceptar o rechazar la donación. El CC regula exhaustivamente la aceptación de donaciones pero no la repudiación. Solo el art. 271.4º establece: *“El tutor necesita autorización judicial:*

4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.”.

Albiez Dohrmann³¹⁶⁷ concreta que “en principio, para rechazar la donación bastaría tener capacidad de obrar suficiente”. Sin embargo, del art. 271.4º CC parece exigir “que se tenga la misma capacidad que para contratar”³¹⁶⁸, debiéndose estar a la regla general del art. 1263 CC.

Los representantes legales son los que “rechazan la donación en nombre de sus representados”.

“El rechazo de la donación por el incapacitado o el declarado pródigo depende de las limitaciones fijadas en la sentencia (art. 760.1 y 3 LEC)”.

Los menores emancipados al no existir ninguna limitación legal (arts. 323 y 324 CC) pueden rechazar la donación por sí solos.

3.3.2.- Personas jurídicas

A las personas jurídicas se les aplicarán las mismas reglas, salvo que hubiera una norma estatutaria o legal específica que limitara la capacidad para rechazar donaciones.

Art. 993 CC: *“Los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir podrán aceptar la herencia que a las mismas se*

³¹⁶⁶ “No solo cuando se trata de donaciones condicionales u onerosas sino también cuando son donaciones puras y simples”. MANRESA Y NAVARRO, J, Mª., “Comentario al art. 629”, en *Comentarios al Código Civil español*, t. V, 5ª ed., ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1932, p. 106.

³¹⁶⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 625-628 CC”, cit., pp. 4804-4805.

³¹⁶⁸ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., “La donación”, cit., p. 692; el término “liberalidades” debe ser entendido en sentido amplio, comprendiendo las donaciones.

dejare; mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público.”.

La doctrina cree que las limitaciones del art. 993 CC se aplican solo a las asociaciones de interés público. No puede aplicarse a todas las personas jurídicas. Se duda de la vigencia actual de este precepto, ya que el actual ordenamiento jurídico administrativo se rige por sus propias normas de contratación.

Expone Albiez Dohrmann³¹⁶⁹ que “una norma específica es el art. 22.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones³¹⁷⁰, que a diferencia de la aceptación de donaciones, no distingue en la repudiación si la donación es onerosa o remuneratoria, debiendo cumplirse con lo establecido para que una fundación pueda repudiar cualquier tipo de donación”. En esta Ley “no es necesaria la autorización judicial ni la intervención del MF, en este sentido resulta de interés la STS, de 19 de septiembre de 1998³¹⁷¹”, que dice *“es doctrina común, presente en la doctrina científica y en la jurisprudencia, que no toda persona jurídica, sino sólo las de Derecho Público o con interés público pueden ser sometidas a la exigencia de aprobación judicial e intervención del Ministerio Fiscal, ya que, en otro caso, las dichas limitaciones no tienen razón de ser”*.

4.- Elementos reales

4.1.- Objeto

4.1.1.- Cosa

El art. 618 CC habla de que el objeto de la donación ha de ser una “cosa”. Sin embargo, la doctrina interpreta esta palabra en sentido amplio, entendiendo que puede ser objeto de donación:

- El derecho de dominio sobre una cosa, que puede ser de cualquier tipo, material o inmaterial, mueble o inmueble, lo que incluye el dinero.
- Algún derecho sobre la misma, p. ej. el usufructo.

³¹⁶⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 625-628 CC”, cit., p. 4805.

³¹⁷⁰ Art. 22.2 Ley 50/2002: *“La aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas será comunicada por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de los diez días hábiles siguientes, pudiendo éste ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, si los actos del Patronato fueran lesivos para la fundación, en los términos previstos en esta Ley.”*.

³¹⁷¹ RJ 1998, 3638

4.1.2.- Nuda propiedad y usufructo

Según el art. 640 CC: *“También se podrá donar la propiedad a una persona y el usufructo a otra u otras, con la limitación establecida en el artículo 781 de este Código”*. Es decir, con la limitación de las sustituciones fideicomisarias de *“que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador”*. Destaca Franch Quitalte³¹⁷² que *“la donación del usufructo con carácter simultáneo se extingue a la muerte del último usufructuario (art. 521 CC)”*.

4.1.3.- Bienes futuros

Art. 635 CC: *“La donación no podrá comprender los bienes futuros.*

Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.”. En la línea de lo dispuesto en el art. 1271 párr. 2º CC.

El CC configura la donación como un negocio de naturaleza dispositiva y traslativa, la eficacia transmisiva de toda donación impide que se puedan donar bienes futuros. Si no se puede disponer de los bienes, no se pueden donar.

La consecuencia de una donación de cosa futura es la nulidad absoluta³¹⁷³ y total.

Si se donan todos los bienes presentes y futuros, la nulidad alcanza solo a los futuros, produciéndose una nulidad parcial³¹⁷⁴. La STS, de 12 de noviembre de 1964³¹⁷⁵, afirma *“que aunque el invocado artículo 634, parece dar a entender que la donación no puede comprender bienes futuros, y que la que los contenga, adolece de vicio de nulidad, ese no es el sentido del precepto según la interpretación doctrinal y jurisprudencial, a tenor de las cuales queda subsistente la validez de la donación en cuanto a los bienes propios de la donante.”*.

Una excepción al 635 CC es el art. 1341 CC: *“Por razón de matrimonio los futuros esposos podrán donarse bienes presentes.*

Igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada.”.

El art. 1341 párr. 2º CC se refiere a donaciones de bienes futuros, realizadas por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, con una eficacia *post mortem*, es un

³¹⁷² FRANCH QUIRALTE, E., “La donación: concepto y naturaleza...”, cit.

³¹⁷³ MARÍN CASTÁN, F., “Art. 635”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. IV, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 153.

³¹⁷⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., pp. 328-329.

³¹⁷⁵ TOL 4.324.345

pacto sucesorio, excepcional dentro de nuestro ordenamiento del mismo modo que lo son la promesa de mejorar o la mejora de los arts. 826 y 827 CC³¹⁷⁶. Al hablar de bienes futuros se refiere a aquellos que el donante dejare a su muerte³¹⁷⁷ (no a los que no puede disponer al tiempo de la donación)³¹⁷⁸.

4.2.- Cuantía

4.2.1.- Alimentos

Art. 634 CC: *“La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias.”*

Según Albiez Dohrmann³¹⁷⁹, limita el poder de disposición gratuita del donante al exigir que se reserve *“lo necesario para vivir”*, será él quien decidirá cuántos bienes necesita. Esto incluye al donante *“y a su entorno familiar”* *“que debe atender por ley (arts. 143 y ss. CC)”*³¹⁸⁰. Esta limitación es un arrastre histórico que hoy no tiene sentido, dada la protección social y económica del Estado. Por ello se debería poder donar bienes con libertad sin más limitaciones que las legítimas.

Se pueden donar todos los bienes si en las donaciones se insertan cláusulas específicas que permitan al donante atender sus necesidades si empeora su situación económica. P. ej. que el donante se reserve la facultad de disponer o la reversión a su favor, o que la condicione a una contraprestación económica si la necesita para subsistir. No es aplicable el art. 634 CC a las donaciones hechas *“a cambio de prestar alimentos”*³¹⁸¹, cuyo incumplimiento por parte del donatario sería causa de revocación según el art. 648.3º CC”.

³¹⁷⁶ DÍEZ-PICAZO L., “Comentario al art. 1341 CC”, en VV.AA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1577-1578.

³¹⁷⁷ SÁNCHEZ ARISTI, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos “post-mortem”*, ed. Comares, Granada, 2003, p. 100, En contra, DÍEZ-PICAZO L., “Comentario al art. 1341 CC”, cit., p. 1576.

³¹⁷⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 635 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4849.

³¹⁷⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 634 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4837-4839.

³¹⁸⁰ MANRESA Y NAVARRO, J, M^a., “Comentario a los arts. 634 y 635”, en *Comentarios al Código Civil español*, t. V, 5ª ed., ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1932, p. 126; ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., pp. 308-309.

³¹⁸¹ La STS, de 21 de noviembre de 1846, precisa que *“no hay donación de todos los bienes cuando en la misma se imponen al donatario obligaciones de mantenimiento a favor del propio donante”*. Sin embargo, *“se infringe el art. 634 CC cuando el donante que dona todos sus bienes confía en la benevolencia de los donatarios”* (STS, de 11 de febrero de 1959, TOL 4.349.122).

La STS, de 11 de febrero de 1959³¹⁸², exige “para la validez de la donación que conste expresamente la reserva de bienes suficientes” para subsistir, pero esto es “un criterio aislado”, la jurisprudencia mayoritaria, como las SSTS, de 3 de noviembre de 1992³¹⁸³ y 9 de junio de 1995³¹⁸⁴, niegan que esta expresión sea un requisito de la donación³¹⁸⁵.

Es “una cuestión de hecho” que no puede ser valorada “en el momento de la donación por un tercero”, incluyendo al notario, y que incluye cualquier tipo de donación, simple, modal o remuneratoria³¹⁸⁶.

“*Lo necesario para vivir*” es algo subjetivo, que depende de la situación personal y las circunstancias del donante. Objetivamente se considera como tal los alimentos³¹⁸⁷, que se determinan en el art. 142 CC que establece: “*Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*”

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.”.

4.2.2.- Acciones

Dice Albiez Dohrmann³¹⁸⁸ que si el donante no se ha reservado bienes necesarios para vivir, procede la acción de reducción y no la nulidad total o parcial de la donación³¹⁸⁹, no es una sanción³¹⁹⁰, sino “un remedio para recuperar bienes con el fin de poder atender las necesidades básicas del donante”. La donación solo se reducirá en la medida en que se cubra “*lo necesario para vivir*”.

³¹⁸² TOL 4.349.122

³¹⁸³ TOL 1.662.149

³¹⁸⁴ TOL 1.668.769

³¹⁸⁵ NIETO ALONSO, A., “Comentario al artículo 634”, cit., p. 132; considera que esto es lo “más defendible, por la posibilidad de falsas manifestaciones y porque del tenor literal del art. 634 CC no se deduce semejante exigencia”.

³¹⁸⁶ MANRESA Y NAVARRO, J, M^a., “Comentario a los arts. 634 y 635”, cit., pp. 127-129; ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., pp. 320.

³¹⁸⁷ NIETO ALONSO, A., “Comentario al artículo 634”, cit., p. 131; “invoca también el art. 142 CC y demás normas concordantes”.

³¹⁸⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 634 CC”, cit., pp. 4840-4844.

³¹⁸⁹ MANRESA Y NAVARRO, J, M^a., “Comentario a los arts. 634 y 635”, cit., pp. 123 y ss.

³¹⁹⁰ NIETO ALONSO, A., “Comentario al artículo 634”, cit., p. 133; habla de un tipo de sanción.

La legitimación activa corresponde “al donante y también a los que tienen un deber legal” de prestarle alimentos³¹⁹¹. El donatario alegará que el donante “está vinculado a sus propios actos³¹⁹²”, pero ello cede “ante un interés superior”, que es la “subsistencia del donante”, previsto en el art. 634 CC.

“La acción de revocación no es transmisible *inter vivos* ni *mortis causa*”. Aunque los herederos “tengan que asumir las deudas de su causante”, no pueden pedir “la reducción de la donación por no haberse guardado aquel bienes suficientes para sobrevivir. Esa legitimación la tienen en vida del donante, pero se extingue con su muerte³¹⁹³”. Así, la STS, de 29 de mayo de 1991³¹⁹⁴.

Quien ejercite la acción de reducción debe “probar que en el momento de la donación no tenía bienes suficientes para subsistir”, para ello se valorarán “todas las circunstancias personales y económicas del donante” (STS, de 2 de noviembre de 1999³¹⁹⁵). Si con posterioridad se produce un empobrecimiento del donante que impide atender sus necesidades, la STS, de 29 de mayo de 1991³¹⁹⁶, negó la nulidad solicitada de la donación al amparo del art. 634 CC. Pero el donante podrá pedir alimentos al donatario, y si se los niega, podrá revocar la donación.

4.2.3.- Legítima

Art. 636 CC: “*No obstante lo dispuesto en el artículo 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento.*”

La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida.”.

Art. 654 CC: “*Las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos.*”

³¹⁹¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., p. 318; DE CASTRO GARCÍA, J., “Comentario del art. 634”, en J. L. Albácar López (dir.), *Código Civil Doctrina civil y Jurisprudencia*, t. III, 4ª ed., ed. Trivium, 1995, p. 110.

³¹⁹² ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., p. 317; QUIÑONERO CERVANTES, E., *La protección del interés del donante...*, cit., p. 57; “niega que sea de aplicación la teoría de los actos propios, si bien porque entiende que no se puede dar cuando se vulnera una prohibición legal”.

³¹⁹³ ATAZ LÓPEZ, J., “Comentario del art. 634”, en M. Pasquau Liaño (dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, t. II, 2ª ed., ed. Comares, Granada, 2009, p. 1264.

³¹⁹⁴ TOL 1.728.992

³¹⁹⁵ TOL 2.568

³¹⁹⁶ TOL 1.728.992

Para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código.”.

Art. 655 CC: *“Sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho a legítima o a una parte alícuota de la herencia y sus herederos o causahabientes.*

Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento a la donación.

Los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota y los acreedores del difunto, no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella.”.

Art. 656 CC: *“Si, siendo dos o más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente.”.*

Por lo que el donante debe reservar bienes para satisfacer las legítimas conforme a lo dispuesto en el CC.

5.- Elementos formales

5.1.- Aceptación

Art. 630 CC: *“El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, o con poder general y bastante.”.*

No es necesaria la aceptación en las donaciones por razón de matrimonio³¹⁹⁷.

El art. 618 CC separa la donación de la aceptación. La aceptación es una declaración formal mediante la cual el donatario declara estar conforme con la donación. La exigencia de la aceptación se debe a que la donación es un negocio dispositivo. Sin ella no hay donación.

Apunta Albiez Dohrmann³¹⁹⁸ que solo puede aceptarla el propio donatario o su representante legal o voluntario.

Las donaciones pueden realizarse entre presentes, en las que el conocimiento por el donante de la aceptación se produce de modo simultáneo, y que es lo más usual; o entre ausentes, donde se produce con posterioridad.

³¹⁹⁷ FRANCH QUIRALTE, E., “La donación: concepto y naturaleza...”, cit.

³¹⁹⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 630 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4809-4810.

Desde la aceptación de la donación esta produce efectos, en ese momento el donatario se convierte en propietario del bien donado³¹⁹⁹, adquiere la propiedad.

Si el donatario “muere antes de la aceptación no transmite a sus herederos el derecho de aceptar la donación³²⁰⁰, dado que la aceptación es una manifestación personalísima³²⁰¹”.

La aceptación ha de ser conocida por el donante y debe ser notificada en el caso del art. 631 CC: *“Las personas que acepten una donación en representación de otras que no puedan hacerlo por sí, estarán obligadas a procurar la notificación y anotación de que habla el artículo 633.”*; y el art. 633 párr. 3º, que establece: *“Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras.”*.

Son actos jurídicos accesorios posteriores a la aceptación de la donación que no sea simultánea. Es un deber del donatario con el donante y una garantía para aquel de que tras la notificación ya no puede revocar la donación. Aunque el incumplimiento de la notificación no tiene ninguna consecuencia para la donación, que produce efectos desde la aceptación (arts. 618, 623 y 629 CC).

El art. 629 CC establece: *“La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación.”*; y el art. 623 CC establece que *“La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario.”*. Por lo que puede ser revocada por el donante antes de tener conocimiento de la aceptación y hasta la muerte del donante³²⁰².

Hace falta *“poder especial para el caso”* o *“poder general y bastante”*. Si falta el poder o es insuficiente para aceptar donaciones, la donación sería nula, según el art. 630 CC, aunque se duda de si la nulidad es absoluta o relativa.

5.2.- Forma

Los arts. 632 y 633 CC exigen la misma forma para la aceptación que para la donación. En la de bienes muebles, ha de ser por escrito; en la de inmuebles, por

³¹⁹⁹ “No es titular de un derecho de crédito, como cuando se perfecciona un contrato”.

³²⁰⁰ DE CASTRO GARCÍA, J., “Comentario del art. 630”, en J. L. Albácar López (dir.), *Código Civil Doctrina civil y Jurisprudencia*, t. III, 4ª ed., ed. Trivium, 1995, p. 85.

³²⁰¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., p. 139.

³²⁰² LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación”, *Revista de Derecho Privado*, t. XLVIII, enero-diciembre, 1964, pp. 296-299.

escritura pública. La aceptación posterior está sometida, pues, al requisito de la forma, que es una garantía de que esta produce el efecto transmisivo del bien donado.

Los arts. 632 y 633 CC son excepciones a la libertad de forma que rige en el derecho de la contratación.

La forma sirve sobre todo para la prueba y para la protección de la reglamentación negocial, para que el donante se lo piense antes de hacerla y esté clara su voluntad de donar. También para que la donación no sea ilícita o fraudulenta³²⁰³. Y para la protección de los terceros (acreedores, legitimarios). Además, es una garantía para que la aceptación produzca el efecto transmitivo del bien donado.

En ningún caso la forma cumple una función traditoria como en la compraventa (art. 1462 párr. 2º CC).

5.2.1.- Donación de bienes muebles

Art. 632 CC: *“La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito.*

La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación.”.

Como señala Albiez Dohrmann³²⁰⁴, “el art. 632 CC distingue entre la donación verbal o manual (con entrega simultánea de bienes muebles³²⁰⁵) y la donación escrita” (sin entrega simultánea de bienes muebles), donde habrá donación y aceptación³²⁰⁶.

³²⁰³ DURÁN RIVACOBÁ, R., *La donación de inmuebles*, 2ª ed., ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 166-167.

³²⁰⁴ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 632-633 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4819-4820.

³²⁰⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *et al*, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, cit., p. 93; afirman que en la donación verbal la entrega es una forma sin la cual no hay donación. Para ser válida, debe versar sobre una cosa cuyo dominio se transfiera por tradición real: los muebles corporales, y aun así se exceptúan los que son objeto de registro administrativo (navíos, aeronaves, automóviles), cuya propiedad no puede transferir por la sola tradición. En contra, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., p. 193; para los que la donación verbal o manual es un contrato real.

³²⁰⁶ La STS, de 18 de marzo de 2010 (TOL 1.818.501), que tiene por objeto la perfección de una donación verbal de bienes muebles, indica que: *“La exigencia de la entrega simultánea de la cosa donada en la donación verbal no requiere la transferencia exacta del objeto donado, siempre que aparezca claramente que la voluntad del donante fue la de atribuir la propiedad y la del donatario de aceptarla y ello se demuestra porque se encuentran en poder de las donatarias los documentos donde constaba la donación.”.*

“La exigencia de la forma escrita se cumple mediante cualquier constancia por escrito de que se dona y se acepta el bien donado”. No hay problema en usar la vía telemática “siempre que sea mediante un soporte duradero”.

El art. 632 CC no especifica el contenido del escrito de “donación de bienes muebles, a diferencia del art. 633 CC”, pero está claro que debe quedar constatada con claridad “la voluntad de donar y los bienes que se quieren donar (la STS, de 23 de diciembre de 1995³²⁰⁷ eleva la descripción a requisito esencial)”.

La forma constituye un requisito esencial, cuya inobservancia causa la nulidad o ineficacia de la donación.

5.2.2.- Donación de bienes inmuebles

Art. 633 CC: “*Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.*

La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciere en vida del donante.

Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras.”.

Albiez Dohrmann³²⁰⁸ dice que si el donante impone cargas, tanto personales como reales, o condiciones, estas deben ser precisadas en la escritura pública. Albaladejo García³²⁰⁹, “y un sector muy mayoritario, por el contrario, entiende que el art. 633 CC se refiere a las cargas modales, sean reales o personales, pero no comprende los gravámenes”. La realidad es que el art. 633 CC en literalidad habla del “*valor de las cargas*” que impone el donante, lo que parece referirse solo a su valor económico.

La forma es *ad solemnitatem*, su falta implica la nulidad.

5.3.- Donaciones onerosas

Art. 622 CC: “*Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos [...]*”.

³²⁰⁷ TOL 1.657.917

³²⁰⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 632-633 CC”, cit., pp. 4819-4820.

³²⁰⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., p. 215.

Para Albiez Dohrmann³²¹⁰, “parece un contrasentido que una donación pueda ser onerosa cuando es esencialmente gratuita”, pero este art. le “da carta de naturaleza”.

La cuestión es “si estas donaciones están sometidas a los requisitos de forma” de los arts. 632 y 633 CC. Si son verdaderas donaciones, aunque tengan “alguna carga o modo, se trata de un negocio esencialmente formal”. Podría defenderse que hay que “fijarse en el valor de la carga o del modo impuesto al donatario para poder determinar” si rige “la forma *ad solemnitatem* o la libertad de forma”, según sea superior o inferior al valor del bien donado.

La mayoría de la jurisprudencia exige el cumplimiento de la forma para las donaciones onerosas, “sin que sea determinante el valor de la carga o del modo (en particular, SSTS, de 7 de mayo de 1993³²¹¹, 27 de julio de 1994³²¹², 9 de marzo de 1995³²¹³ y 18 de marzo de 2002³²¹⁴)”.

5.4.- Donaciones remuneratorias

Art. 622 CC: “*Las donaciones [...] se registrarán [...] las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto.*”.

El art. 619 CC³²¹⁵ reconoce las donaciones remuneratorias y en principio, precisa Albiez Dohrmann³²¹⁶, “están sujetas a los requisitos de forma como cualquier donación”.

En ellas “se da un bien a cambio de un servicio prestado”, y el valor del bien puede ser “mayor o menor que la contraprestación”. Por lo que habría que ver caso por caso, puede ser una verdadera donación o un contrato remuneratorio, dependerá “de la relación entre el valor del bien donado y el del servicio realizado”. Estamos ante negocios diferentes, cada uno con sus propios requisitos. Si se está ante una donación, aunque sea por servicios prestados, habrá que cumplir la forma de los arts. 632 y 633³²¹⁷

³²¹⁰ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 632-633 CC”, cit., p. 4825.

³²¹¹ TOL 1.662.941

³²¹² TOL 1.656.555

³²¹³ TOL 1.667.097

³²¹⁴ TOL 155.187

³²¹⁵ Art. 619 CC: “*Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.*”.

³²¹⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 632-633 CC”, cit., p. 4825.

³²¹⁷ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., “La donación”, cit., pp. 736-737.

CC para que produzca eficacia. Y si es un contrato remuneratorio, rige la libertad de forma.

El TS se contenta en unos casos “con la forma para no indagar ya en la causa donandi”, como en la STS, de 31 de mayo de 1982³²¹⁸, y considera que el rigor formalista no operará en las donaciones remuneratorias. “En sentido diferente se pronuncia la STS, de 9 de marzo de 1988³²¹⁹, que después de negar” que hubiera una donación remuneratoria, “no se contenta con la forma para dar validez a la donación disimulada al no estar acreditada la liberalidad del donante”.

5.5.- Otras donaciones

Indica Albiez Dohrmann³²²⁰ que “las donaciones *propter nuptias* se rigen, en cuanto a la forma”, por los arts. 632 y 633 CC por la remisión del art. 1337 CC³²²¹ “a las normas generales de las donaciones³²²²”.

“Las donaciones *mortis causa* requieren la forma testamentaria según ordena expresamente el art. 620 CC³²²³ (STS, de 28 de julio de 2003³²²⁴)”.

5.6.- Donaciones disimuladas como compraventa

5.6.1.- Doctrina

Es este un supuesto que se produce con frecuencia debido en muchos casos más que a temas estrictamente jurídicos, a la incidencia de aspectos fiscales ya que en ocasiones se pagan menos tributos documentando una transmisión como una compraventa que como una donación.

De Castro y Bravo³²²⁵, respecto de la eficacia de una donación disimulada a través de una compraventa otorgada en escritura pública, negó que “la forma por sí misma fuese suficiente para que la donación disimulada pudiera ser eficaz”, basándose “en que el art. 633 CC no se limita a exigir la forma pública” para la donación, “sino que exige

³²¹⁸ RJ 1982, 2614

³²¹⁹ RJ 1988, 4048

³²²⁰ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 632-633 CC”, cit., pp. 4825-4826.

³²²¹ Art. 1337 CC: “Estas donaciones se rigen por las reglas ordinarias en cuanto no se modifiquen por los artículos siguientes.”.

³²²² Arts. 618 a 656 CC.

³²²³ Art. 620 CC: “Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria.”.

³²²⁴ TOL 305.412

³²²⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, reimp., ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 1011.

que la forma cubra hasta los elementos no esenciales del negocio”. Rechaza que los negocios jurídicos se presten al fraude o contengan una causa falsa. Deben expresar la verdadera voluntad de lo que quieren los contratantes.

Vallet de Goytisolo³²²⁶ cree que “el requisito formal no se refiere al *animus donandi* y al *accipendi* ni a la causa liberal, sino a la realidad de la transmisión”. “Es preciso que quede clara la transmisión y su contenido, su objeto, la fecha, los bienes, condiciones y cargas, para que no haya dudas acerca de todo ello”. Para él, “la forma en la donación tiene un valor absoluto”. Considera “determinante la escritura pública para dar validez a las donaciones disimuladas en compraventas simuladas que han sido otorgadas ante notario³²²⁷”. Esta tesis es minoritaria.

En contra, Albaladejo García³²²⁸ señala que “la forma no es de la entrega del bien donado, sino de la celebración del contrato. “Del mismo art. 633 CC se deduce que la forma se refiere al acto (contrato) de la donación, y no a su cumplimiento”.

Frente a la causa de la donación se alza el rigorismo formal de esta figura. Precisa Albiez Dohrmann³²²⁹ que “con la causa se protegen los intereses del donante y de terceros”. Con la forma “se protege la adquisición de la propiedad por parte del donatario y de los adquirentes posteriores”. El debate “no tiene una solución científica definitiva”, pero sería deseable que fuera resuelto por la jurisprudencia, sobre todo por razones de seguridad jurídica.

5.6.2.- Jurisprudencia

Pero la jurisprudencia³²³⁰ al respecto es muy variable.

Durán Rivacoba³²³¹ afirma que la doctrina del TS constituye sobre este particular un auténtico *maremagnum* de criterios contrapuestos, sin una línea coherente ni definida, y que es preocupante la existencia de dos líneas de opinión que se van alternando con sentencias disparejas respecto de conflictos similares.

³²²⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre donaciones*, cit., p. 654.

³²²⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre donaciones*, cit., pp. 640 y ss.

³²²⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., p. 246.

³²²⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 632-633 CC”, cit., pp. 4829-4830.

³²³⁰ ATAZ LÓPEZ, J., “Comentario de los arts. 632 y 633”, en M. Pasquau Liaño (dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, t. II, 2ª ed., ed. Comares, Granada, 2009, pp. 1257 y ss.; MARÍN NARROS, H. D., “La simulación y donaciones encubiertas de inmuebles bajo la forma de compraventas, determinación de sus supuestos y sus efectos”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 717, 2010, pp. 125 y ss.

³²³¹ DURÁN RIVACOBIA, R., *La donación de inmuebles*, cit., p. 139.

La STS, de 3 de marzo de 1932³²³² niega que sea suficiente la forma pública para dar validez a una donación encubierta por una compraventa otorgada en escritura pública con un planteamiento causalista. Las SSTS, de 22 de febrero de 1940³²³³ y 12 de julio de 1941³²³⁴ siguen esta línea. Sin embargo, la STS, de 29 de enero de 1945³²³⁵, cambia de criterio y dice que *“la escritura pública que finge una compraventa sirve para amparar la voluntad interna de liberalidad y la aceptación, revistiendo el contrato celebrado los caracteres de una donación perfecta e irrevocable, porque concurren todos los requisitos de fondo y forma exigidos por los arts. 1261 y 633 CC en relación con el 1276 y 1258 CC”*. “Para esta sentencia y las posteriores “que defienden el mismo planteamiento la forma es consustancial” y “suple la causa *donandi*, al ver en la donación ante todo un acto formal de atribución patrimonial (STS, de 6 de abril de 2000³²³⁶)”.

Hay muchas resoluciones judiciales que exigen “la acreditación de la causa *donandi*, otras se decantan por dar una especial primacía a la forma”. El primer criterio “es cuantitativamente el más adoptado por el TS”, y representa para muchos, como de Castro y Bravo³²³⁷, la buena doctrina. “Después de la ruptura provocada por la STS de 29 de enero de 1945³²³⁸, la STS, de 23 de junio de 1953³²³⁹” según de Castro y Bravo “vino a restablecer la buena doctrina”. La STS, de 31 de enero de 1955³²⁴⁰ vuelve a primar la forma. Estas resoluciones dispares y contradictorias “se vienen manteniendo desde entonces. El propio TS reconoce que *“la validez de las donaciones encubiertas bajo la forma de compraventa ha dado lugar a soluciones divergentes no sólo en la doctrina científica sino también en la jurisprudencia”* (SSTS, de 23 septiembre de 1989³²⁴¹, 22 de enero de 1991³²⁴²)”. Las SSTS, de 19 de noviembre de 1987³²⁴³, 31 de diciembre de 1993³²⁴⁴ y 30 de diciembre de 1998³²⁴⁵, afirman que para resolver este

³²³² RJ 1932, 941

³²³³ RJ 1940, 102

³²³⁴ RJ 1941, 912

³²³⁵ RJ 1945, 863

³²³⁶ RJ 2000, 1819

³²³⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., “La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble. Sentencia de 23 de junio de 1953”, en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pp. 1579-1592; lamenta la desviación que supuso esta sentencia.

³²³⁸ RJ 1945, 863

³²³⁹ RJ 1953, 1673

³²⁴⁰ RJ 1955, 128

³²⁴¹ RJ 1989, 6352

³²⁴² RJ 1991, 306

³²⁴³ RJ 1987, 8408

³²⁴⁴ RJ 1993, 9922

³²⁴⁵ RJ 1998, 9982

problema jurídico “*han de tenerse en cuenta en primer lugar las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso*”.

Albiez Dohrmann³²⁴⁶ hace un compendio de las sentencias:

“Entre las resoluciones judiciales contrarias a que la escritura pública pueda servir de justificación a la donación de bienes inmuebles”: SSTs, de 29 de octubre de 1956³²⁴⁷, 5 de noviembre de 1956³²⁴⁸, 7 de octubre de 1958³²⁴⁹, 15 de enero de 1959³²⁵⁰, 11 de febrero de 1959³²⁵¹, 19 de octubre de 1959³²⁵², 19 de diciembre de 1960³²⁵³, 10 de octubre de 1961³²⁵⁴, 20 de octubre de 1961³²⁵⁵, 1 de diciembre de 1964³²⁵⁶, 13 de mayo de 1965³²⁵⁷, 14 de mayo de 1966³²⁵⁸, 4 de diciembre de 1975³²⁵⁹, 7 de marzo de 1980³²⁶⁰, 30 de abril de 1986³²⁶¹, 16 de febrero de 1990³²⁶², 20 de octubre de 1992³²⁶³, 7 de mayo de 1993³²⁶⁴, 5 de mayo de 1995³²⁶⁵, 8 de mayo de 1996³²⁶⁶ y 2 de noviembre de 1999³²⁶⁷. Algunas no surten efectos porque consideran que la donación encubre una causa ilícita, como las SSTs, de 20 de octubre de 1961³²⁶⁸, 20 de diciembre de 1985³²⁶⁹ y 5 de mayo de 1995³²⁷⁰.

“Aunque también son numerosas las SSTs que confían en la forma como elemento si no determinante sí suficiente para entender que el contrato subyacente es una donación”: SSTs, de 16 de noviembre de 1956³²⁷¹, 20 de octubre de 1966³²⁷², 6 de

³²⁴⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 632-633 CC”, cit., p. 4831.

³²⁴⁷ RJ 1956, 3421

³²⁴⁸ RJ 1956, 2745

³²⁴⁹ RJ 1958, 3406

³²⁵⁰ RJ 1959, 1044

³²⁵¹ RJ 1959, 473

³²⁵² RJ 1959, 4872

³²⁵³ RJ 1969, 4112

³²⁵⁴ RJ 1961, 3293

³²⁵⁵ RJ 1961, 3607

³²⁵⁶ RJ 1964, 5572

³²⁵⁷ RJ 1965, 2594

³²⁵⁸ RJ 1966, 2425

³²⁵⁹ RJ 1975, 4449

³²⁶⁰ RJ 1980, 845

³²⁶¹ RJ 1986, 2043

³²⁶² RJ 1990, 690

³²⁶³ RJ 1992, 3465

³²⁶⁴ RJ 1993, 8088

³²⁶⁵ RJ 1995, 3897

³²⁶⁶ RJ 1996, 3858

³²⁶⁷ TOL 2.568

³²⁶⁸ RJ 1961, 3607

³²⁶⁹ RJ 1985, 6604

³²⁷⁰ RJ 1995, 3897

³²⁷¹ RJ 1956, 4115

³²⁷² RJ 1966, 4721

octubre de 1977³²⁷³, 31 de mayo de 1982³²⁷⁴, 9 de mayo de 1988³²⁷⁵, 23 de noviembre de 1989³²⁷⁶, 22 de noviembre de 1991³²⁷⁷, 19 de noviembre de 1992³²⁷⁸, 21 de enero de 1993³²⁷⁹, 29 de marzo de 1993³²⁸⁰, 20 de julio de 1993³²⁸¹, 13 de diciembre de 1993³²⁸², 14 de marzo de 1995³²⁸³, 3 de mayo de 1995³²⁸⁴, 30 de noviembre de 1995³²⁸⁵ y 20 de diciembre de 1996³²⁸⁶.

Las SSTS, de 11 de enero de 2007³²⁸⁷ y 26 de febrero de 2007³²⁸⁸, pretenden zanjar la diversidad de criterios, “exponen las dos principales líneas, y señalan que existe un tercer criterio, según el cual se debe estar a las circunstancias del caso concreto, citando, entre otras, las SSTS, de 30 de diciembre de 1999³²⁸⁹, 18 de marzo de 2002³²⁹⁰ y 7 de octubre de 2004³²⁹¹”. Pero al fin optan “por el criterio de que la escritura pública de compraventa no vale por sí misma para cumplir con el requisito del artículo 633 CC, siendo necesario que concurren los dos consentimientos en la donación, a saber, el *animus donandi* y la aceptación de la donación”.

Parra Lucán³²⁹² resalta que lejos de alcanzar un acuerdo, se “consagra la división, y evidencia la imposibilidad de que la jurisprudencia unifique criterios acerca de la validez de la donación de inmueble disimulada bajo la forma de escritura de compraventa”. En sentencias posteriores la doctrina defendida en la STS, de 11 de enero de 2007³²⁹³, es la que sigue vigente, entre otras, SSTS, de 27 de mayo de 2009³²⁹⁴, 15 de noviembre de 2011³²⁹⁵, 26 de marzo de 2012³²⁹⁶, 30 de abril de 2012³²⁹⁷, 16 de enero de

³²⁷³ RJ 1977, 3713

³²⁷⁴ RJ 1982, 2614

³²⁷⁵ RJ 1988, 4048

³²⁷⁶ RJ 1989, 306

³²⁷⁷ RJ 1991, 6232

³²⁷⁸ RJ 1992, 9417

³²⁷⁹ RJ 1993, 481

³²⁸⁰ RJ 1993, 2532

³²⁸¹ RJ 1993, 6168

³²⁸² RJ 1993, 9615

³²⁸³ RJ 1995, 2430

³²⁸⁴ RJ 1995, 3888

³²⁸⁵ RJ 1995, 6456

³²⁸⁶ RJ 1996, 9278

³²⁸⁷ RJ 2007, 1502

³²⁸⁸ RJ 2007, 1769

³²⁸⁹ RJ 1999, 9752

³²⁹⁰ TOL 155.187

³²⁹¹ RJ 2004, 6231

³²⁹² PARRA LUCÁN, M^a. A., “Comentario de la STS 11 de enero de 2007. Nulidad de la donación de inmuebles oculta bajo escritura pública de compraventa simulada”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n° 75, 2007, pp. 1303-1304.

³²⁹³ RJ 2007, 1502

³²⁹⁴ TOL 1.547.709

³²⁹⁵ TOL 2.286.622

2013³²⁹⁸, 18 de noviembre de 2014³²⁹⁹; y SSAP de Guipúzcoa, de 4 de marzo de 2016³³⁰⁰ y de Asturias, de 13 de noviembre de 2018³³⁰¹.

5.7.- Nulidad de las donaciones

Los negocios formales como las donaciones, como indica de Castro y Bravo, si no cumplen con la forma son negocios inexistentes³³⁰².

En la donación, dice Albiez Dohrmann³³⁰³, que aunque haya voluntad de uno y otro, la falta de forma nos lleva a la inexistencia de la donación.

En nuestro derecho no existe “una norma expresa que declare la nulidad de los negocios que incumplen la forma exigida por la ley”. La doctrina afirma que las donaciones que no cumplen con la forma prescrita en los arts. 632 y 633 CC son nulas³³⁰⁴. “La nulidad es absoluta o radical” y por tanto imprescriptible. Por ello, “no producen efecto alguno, de modo que el donante no deja de ser el propietario, ni la donación sirve de título para la usucapión ordinaria”. “No cabe la ratificación o convalidación posterior de la donación³³⁰⁵, y la donación otorgada en documento privado no puede ser elevada a documento público”. Así, la STS, de 3 de marzo de 1995³³⁰⁶.

La falta de forma implica la nulidad total de la donación. Aunque la aceptación posterior de la donación se haga correctamente, no la subsana. Y si la donación se otorga en la forma debida, pero la aceptación posterior no, también es inexistente o nula. Respecto a los demás elementos de la donación: la voluntad expresa de donar, la descripción del bien que se dona y de las cargas, se debe ser más flexible. Su indeterminación podría ser subsanada posteriormente.

³²⁹⁶ TOL 2.498.910

³²⁹⁷ TOL 2.532.591

³²⁹⁸ TOL 3.407.348

³²⁹⁹ TOL 4.568.749

³³⁰⁰ TOL 5.733.403

³³⁰¹ TOL 6.985.232

³³⁰² DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., p. 472.

³³⁰³ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 632-633 CC”, cit., pp. 4833-4835.

³³⁰⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., pp. 225 y ss.

³³⁰⁵ DURÁN RIVACOBA, R., *La donación de inmuebles*, cit., pp. 213, 269 y ss.

³³⁰⁶ TOL 1.667.118. Dice que es nula por falta de forma la donación en documento privado de un inmueble, acordada entre las partes después de la ruptura de la convivencia entre ellos, no siendo posible elevar a documento público el documento privado al amparo del art. 1279 CC, que no es de aplicación en estas donaciones.

La legitimación para instar la declaración de inexistencia o de nulidad por falta de forma la tiene cualquiera que tenga interés³³⁰⁷, especialmente donante y donatario.

5.8.- Notificación

Art. 631 CC: *“Las personas que acepten una donación en representación de otras que no puedan hacerlo por sí, estarán obligadas a procurar la notificación y anotación de que habla el artículo 633.”*

Art. 633 párr. 3º CC: *“Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras.”*

Cesa la obligación de notificación cuando hay constancia de que el donante ha tenido conocimiento de la aceptación por alguna otra vía³³⁰⁸.

Manresa y Navarro³³⁰⁹ sostiene que los que “legítimamente representan (al menor, al incapacitado, a las personas morales) tienen el deber de velar por los intereses de sus representados y están siempre obligados a procurar la notificación y aceptación de que habla el art. 631 CC”.

“La expresión *“que no pueden hacerlo por sí”* incluye otros supuestos como la ausencia momentánea o incluso forzosa del donatario capaz, o cuando, aun teniendo capacidad de obrar suficiente, el donatario está necesitado de la asistencia de su representante³³¹⁰.

La notificación se debe hacer de forma auténtica, de modo fehaciente” (arts. 202 y 209 RN), “para asegurar el conocimiento del donante de la aceptación”.

“La muerte del donante posterior a la aceptación de la donación” pero anterior a la notificación “no afecta a la eficacia traslativa que causa este negocio dispositivo³³¹¹”.

“El incumplimiento de lo dispuesto en el art. 631 CC no afecta a la existencia de la donación”, que al ser aceptada despliega toda su eficacia.

³³⁰⁷ DURÁN RIVACOBIA, R., *La donación de inmuebles*, cit., pp. 228-230.

³³⁰⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., p. 146.

³³⁰⁹ MANRESA Y NAVARRO, J. Mª., “Comentario al art. 631”, en *Comentarios al Código Civil español*, t. V, 5ª ed., ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1932, p. 110.

³³¹⁰ MARÍN CASTÁN, F., “Art. 631”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. IV, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 121.

³³¹¹ DE CASTRO GARCÍA, J., “Comentario del art. 631”, en J. L. Albácar López (dir.), *Código Civil Doctrina civil y Jurisprudencia*, t. III, 4ª ed., ed. Trivium, 1995, p. 85.

Si “falta la notificación de la aceptación de la donación” cabe plantear si el donante puede revocarla. La respuesta depende de “la interpretación que se haga de los arts. 623 y 629 CC”, y de “la naturaleza de la donación”.

5.9.- Perfección

En cuanto a la perfección de la donación, parece haber cierta contradicción entre los arts. 623 y 629 CC. El art. 623 CC establece: “*La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario*”.

Y el art. 629 CC establece: “*La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación*”.

Los autores que creen que la donación es un contrato, afirman que prevalece el art. 623 CC, que concuerda con la regla general del art. 1262 CC.

Los que creen que la donación es un acto traslativo dan preferencia al art. 629 CC.

Hoy la mayoría de la doctrina cree que ambos art. son normas especiales y conciliables.

La postura de la STS, de 17 de abril de 1988³³¹², y de la RDGRN, de 1 de julio de 2003³³¹³, como indica Franch Quirarte³³¹⁴, “es la de entender que basta la aceptación por

³³¹² TOL 169.804. “El recurrente [...] justificó la demanda en que la [...] donataria [...] no comunicó a sus progenitores la aceptación de la donación efectuada [...] con lo que no se cumplió la exigencia del art. 623 CC para que la donación pueda tenerse por perfeccionada.

El referido art. se presenta aparentemente contradictorio con el 629, como ha destacado y estudiado exhaustivamente la doctrina científica a fin de interpretar y centrar el choque de normas y su posible compatibilidad. La jurisprudencia de esta Sala no ha abordado la cuestión directamente [...] y no ha decidido definitivamente la problemática jurídica de la prevalencia y aplicación del artículo 623, que acentúa la perfección de la donación, en cuanto exige que el donante conozca o llegue a saber la aceptación del beneficiario de la liberalidad, respecto al 629, que atiende a su obligación y eficacia, que se produce desde el momento de la aceptación por el donatario. Así sucede con las sentencias que cita el recurrente de 16-4-1910, 8-4-1926, 22-1-1930, 1-12-1948, 1-12-1964 y la de 6 de abril de 1.979 [...]. Ha de tenerse en cuenta [...] que la donación surge a la vida jurídica por consecuencia de un acto de liberalidad unilateral de quien la otorga (art. 618), aunque en su dinámica se someta a la normativa que disciplina las relaciones contractuales (art. 621 CC).

[...] Se desestima el recurso [...] por las siguientes razones:

Los antecedentes históricos así lo ponen de manifiesto, ya que el Anteproyecto del CC y Proyecto de 1851, como la primera edición (art. 623), refieren que la donación resultaba irrevocable desde que se producía la aceptación del donatario y se participaba al donante. Fue en la segunda edición del Código cuando se produjo la mutación de la redacción del referido precepto, al sustituir al adjetivo irrevocable por el verbo transitivo perfecciona, con lo cual la doctrina científica mayoritaria alcanza la conclusión de que el artículo 623 ha de entenderse en el sentido de que desde el momento en que el donante conoce la aceptación de la donación, la misma se hace irrevocable, ya que la donación existe y tiene consistencia jurídica eficaz, encontrando la revocabilidad justificación al tratarse de un acto de generosidad estrictamente gratuito, dimanante de la voluntad del oferente que puede deshacer y dejar sin efecto, y al que se pone fin cuando el donatario expresa y transmite suficientemente su voluntad de aceptar lo que se le donó. Dicha posibilidad de revocación subsiste durante la vida de los donantes, pero acaba con su fallecimiento.[...]

el donatario para la perfección de la donación, pues la primera edición del CC refería que la donación resultaba irrevocable desde que se producía la aceptación del donatario y se participaba de esta al donante, mientras que en la segunda edición se cambió el adjetivo irrevocable por el verbo “perfecciona”, luego se perfecciona por la aceptación pero es revocable hasta que el donante tenga noticia de esta”.

Los dos preceptos se fijan en las consecuencias de la aceptación. Destaca Albiez Dorhmann³³¹⁵, que “según el art. 629 CC, la donación produce efecto desde la aceptación”. Antes, “ni siquiera obliga al donante”. “Pero es con el conocimiento de la aceptación cuando, según el art. 623 CC, se perfecciona”.

La donación, como cualquier negocio jurídico, requiere “la concurrencia de dos voluntades: la del donante y la del donatario”. Pero la donación tiene características singulares que impiden aplicarle el esquema de la perfección del contrato”. Hay que determinar en qué momento se perfecciona, porque será cuando despliegue sus efectos jurídicos. En el derecho contractual, el art. 1262 CC es el que rige la perfección del contrato: *“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.*

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.”.

Su base es el principio del consensualismo, que impregna toda la teoría general de la perfección del contrato. Sin embargo, en la donación la perfección viene determinada

A su vez la interpretación de las normas, ajustada a una lógica razonable y al criterio finalista contenido en el art. 3-1 CC, favorece al donatario y hace respetar la voluntad de los padres de los que litigan, ya que su animus donandi de igualdad entre los hijos persistió durante toda su vida [...].

A efectos del art. 633 CC, tanto la donación como la aceptación cumplieron el requisito formal de constar en escritura pública, si bien no rigió unidad de acto, al haber efectuado la aceptación en documento posterior, pero lo que es importante es que tuvo lugar en vida de los donantes como impone el precepto. En cuanto a la exigencia de que se notifique en forma autentica la aceptación al donante, realizada mediante escritura separada, ha de estarse [...] a la armonía de los arts. 623 y 629, con relación a la anotación en las escrituras de la donación y aceptación, de condición formal, que no la priva de validez y no hace ineficaz la donación llevada a cabo”.

La jurisprudencia no es especialmente significativa, prácticamente en todos los supuestos, lo que hace el TS es limitarse a transcribir, bien el art. 623 CC o bien el art. 632 o el 633 CC). Lo que suele ser objeto de discusión es la forma de la aceptación (STS, de 18 de marzo de 2010 - TOL 1.818.501).

³³¹³ BOE-A-2003-16331

³³¹⁴ FRANCH QUIRALTE, E., “La donación: concepto y naturaleza...”, cit.

³³¹⁵ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 623 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4777.

por lo que quiere el donante en realidad, que es transmitir gratuitamente la propiedad a otro, si bien para ello es necesario que el donatario acepte.

La perfección de la donación no se produce por la concurrencia de dos voluntades, como en los contratos en general, sino por la transmisión de la propiedad del bien donado. Esta perfección se logra con la aceptación del donatario. En este sentido, resulta errónea la frase del art. 629 CC, según la cual “*la donación no obliga al donante.*”. En el momento de la donación, el donante no se obliga a nada³³¹⁶, sino que con su liberalidad transmite la propiedad al donatario. Este efecto se produce definitivamente, como se deduce del art. 629 CC “*desde la aceptación*”.

La primacía del art. 629 CC ha tenido pocos seguidores. El principal ha sido el notario Calvo Soriano.

La primacía del art. 623 CC ha sido defendida, entre otros, por Castán, Puig Peña, Ossorio Morales o Espín Canovas³³¹⁷ y las SSTs, de 1 de diciembre de 1948³³¹⁸, 1 de diciembre de 1964³³¹⁹, 14 de mayo de 1966³³²⁰, 24 de junio de 1988³³²¹, 13 de noviembre de 1999³³²² y 31 de marzo de 2001³³²³. Hoy esta tesis está desacreditada, especialmente a partir del estudio de Lalaguna Domínguez.

Lalaguna Domínguez³³²⁴ defiende la compatibilidad de los arts. 623 y 629 CC, afirma que “operan en la línea de la eficacia del contrato”. “En esta línea, el art. 629 CC marca el punto de partida de los efectos”; y “el 623 CC pone un límite a su eficacia definitiva”. “El art. 629 CC no define la perfección del contrato”, pero la identifica de modo poco riguroso con la aceptación, en el art. 630 CC establece: “*El donatario debe, [...] aceptar la donación [...]*”. “Tal es el momento en que el contrato deviene perfecto y si válido, también eficaz (art. 629 CC)”. Pero la eficacia no es completa mientras exista la facultad de revocar. “Y esto precisamente: que la donación no es perfecta, que

³³¹⁶ DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al artículo 623”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 111 y 122. Hay autores, que coherente con su tesis de considerar la donación como un contrato, defienden que con el conocimiento de la aceptación nace la obligación del donante de entregar la cosa donada y la consiguiente acción personal de cumplimiento de que dispone este frente al primero. Por esta razón, hasta que no se dé la aceptación, el donante no solo puede revocar la donación, sino que también puede disponer del bien.

³³¹⁷ RUBIO TORRANO, E., “Los artículos 623 y 629 del Código Civil. Apuntes para otra explicación”, cit., p. 334.

³³¹⁸ TOL 4.457.307

³³¹⁹ RJ 1964, 5572

³³²⁰ RJ 1966, 2425

³³²¹ TOL 1.734.863

³³²² TOL 169.328

³³²³ TOL 131.059

³³²⁴ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “Los artículos 623 y 629 del Código Civil...”, cit., p. 281.

es revocable en tanto el donante no tenga noticia de que fue aceptada; es lo que quiere decir el art. 623 CC”.

Hoy, la tesis dominante es la de compaginar los arts. 623 y 629 CC, incluso Albaladejo García, que defendía la naturaleza contractual de la donación, rectificó su opinión³³²⁵.

6.- Causa

En cualquier donación el donante se empobrece (sale de su patrimonio), con los límites de los arts. 634-636 CC, y el donatario se enriquece (entra en su patrimonio). Este empobrecimiento de uno y enriquecimiento del otro tiene un significado causal. Para De los Mozos y de los Mozos³³²⁶ “es el aspecto objetivo del *animus donandi*. Es la causa objetiva de la donación y explica su estructura gratuita de acuerdo con lo dispuesto en art. 1274 CC”. “Es un elemento característico que sirve para delimitar la donación de otros negocios o contratos gratuitos. “En la donación siempre tiene que haber un empobrecimiento y un enriquecimiento. En otros contratos gratuitos (p.ej., el depósito o el mandato) no es tan evidente que esto se produzca, máxime cuando no hay un desplazamiento patrimonial³³²⁷”.

Este empobrecimiento y enriquecimiento no impiden “que el donante se pueda reservar el usufructo o el derecho de disponer (art. 639 CC) o introduzca una cláusula de reversión (art. 641 CC)³³²⁸”.

Afirma Díez-Picazo³³²⁹ que “la idea del *animus donandi* procede de Castán Tobeñas, que eleva a elemento esencial de la donación la intención de hacer una liberalidad”.

El art. 618 CC establece que “*La donación es un acto de liberalidad*”, pero no dice qué es la liberalidad. Según la RAE³³³⁰ es una “*Disposición de bienes a favor de*

³³²⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., pp. 87 y ss.

³³²⁶ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, cit., p. 140.

³³²⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *et al*, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, cit., p. 89.

³³²⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 618 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4721.

³³²⁹ DÍEZ-PICAZO L., “El *animus donandi*”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 35, 1996, p. 313.

³³³⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., 2014. Consultado en <<http://www.rae.es/rae.html>>

alguien sin ninguna prestación suya”. Según López Jacoiste³³³¹, “la liberalidad supone una atribución patrimonial lucrativa, es decir, un enriquecimiento graciosamente otorgado a favor del beneficiario”.

En el art. 1274 CC³³³² también aparece el término liberalidad como causa de los contratos de pura beneficencia.

Para Albiez Dohrmann³³³³, “el *animus donandi* adquiere un valor causal y se convierte en elemento esencial de la donación³³³⁴. Así, Tamayo Carmona³³³⁵, para quien el *animus donandi* “es un elemento caracterizador” que diferencia “la donación de otro tipo de contratos gratuitos” y desenmascara negocios que se disfrazan como donación sin serlo.

“El significado causal del *animus donandi* consiste en la intención de querer dar un bien sin ninguna contraprestación a cambio. Esta intención puede ser pura y simple (produciendo una donación pura y simple) o puede haber un motivo más concreto por la que se hace una donación” (por méritos, por una remuneración o por un carga), lo normal es que haya motivos concretos pero que no trascienden a la donación.

Concluye Albiez Dohrmann³³³⁶ que “el *animus donandi* debe expresarse verbalmente o por escrito, normalmente mediante el verbo donar”. “Las palabras son fundamentales para conocer la voluntad de quien atribuye algo a otro sin ninguna contraprestación o si la hay, sin que sea determinante para la donación”.

7.- Efectos

7.1.- Transmisión

La transmisión de la cosa donada es el principal efecto de la donación. El efecto es automático si entendemos que es un acto traditorio o tras tradición si consideramos que es obligacional.

³³³¹ LÓPEZ JACOISTE, J. J., “Voz: Liberalidad”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XV, ed. F. Seix, Barcelona, 1974, p. 276.

³³³² Art. 1274 CC: “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.”.

³³³³ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 618 CC”, cit., pp. 4719-4720.

³³³⁴ Sin ella no hay donación, LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *et al*, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, cit., p. 89.

³³³⁵ TAMAYO CARMONA, J. A., “Liberalidad, intención liberal y *animus donandi*: algunas reflexiones sobre la gratuidad del contrato”, en F. Blasco Gascó (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, 2011, p. 2550.

³³³⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 618 CC”, cit., pp. 4719-4720.

Esto se deduce del art 609 párr. 2º CC, que establece: “*La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.*”.

Luego la entrega del bien donado no cumple ninguna función traditoria³³³⁷. Afirmar Albiez Dohrmann³³³⁸ que “la donación es un negocio dispositivo con una eficacia traditoria inmediata”.

Se discute el momento del efecto traslativo, “si tiene lugar en el momento en que el donante hace la donación” o es el de la aceptación.

Para la doctrina mayoritaria, entre otros, Marín Castán³³³⁹, la aceptación más que “un consentimiento negocial es el requisito imprescindible para la efectividad de la transmisión del dominio (STS, de 22 de diciembre de 1986³³⁴⁰)”.

“La donación es título de propiedad a todos los efectos” si cumple con los requisitos formales, p. ej., sirve de título de una tercería de dominio (STS, de 27 de julio de 1989³³⁴¹) o de una usucapión ordinaria. Lo que ocurre es que “la adquisición de la propiedad no es definitiva”, ya que el donante “puede revocar la donación por las causas previstas en los arts. 644 y ss. CC”, puede contener una cláusula de disposición a favor del donante o puede que tenga una cláusula de reversión, incluso puede que la donación sea inoficiosa.

7.2.- Evicción

Art. 638 CC: “*El donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante. Éste, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen.*”.

El precepto solo menciona el saneamiento por evicción, que se identifica con los vicios jurídicos. La doctrina está de acuerdo en que incluye el saneamiento por vicios

³³³⁷ MARÍN CASTÁN, F., “Art. 618”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. IV, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 70.

³³³⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 618 CC”, cit., p. 4722.

³³³⁹ MARÍN CASTÁN, F., “Art. 618”, cit., p. 70.

³³⁴⁰ TOL 1.733.864

³³⁴¹ RJ 1989, 5781

ocultos³³⁴². La duda es si también comprende otros vicios que no sean ocultos. Lo importante para sanear una cosa por defecto es que no satisfaga al adquirente conforme a lo acordado, sean los vicios ocultos o no, comprendiendo los vicios materiales. Como no dice nada sobre el saneamiento por vicios jurídicos o materiales, considera la doctrina que se debe recurrir al régimen de saneamiento previsto para la compraventa³³⁴³ (arts. 1474 y ss. CC).

Indica Albiez Dohrmann³³⁴⁴ que el art. no habla de la responsabilidad si “ha actuado dolosamente o con negligencia grave. Tampoco distingue sobre la responsabilidad del donante antes y después de la entrega del bien donado”.

La exención de responsabilidad no alcanza a las donaciones onerosas ni a las remuneratorias. La doctrina no es unánime sobre lo que se entiende por donaciones onerosas, aunque en términos generales y con matizaciones, las donaciones onerosas son las donaciones modales (art. 619 CC), si bien se pueden hacer algunas matizaciones. Afirma Anderson³³⁴⁵ que no procederá el saneamiento en todas las donaciones modales, sino solo en los casos en que el modo tenga contenido patrimonial y no se haya establecido exclusivamente en beneficio del donatario. En tal caso, el donante responderá siempre cuando haya actuado con dolo o con negligencia grave y también cuando haya establecido una condición que suponga un sacrificio patrimonial para el donatario, lo que supondrá una disminución efectiva del enriquecimiento producido por la donación³³⁴⁶.

Según Albaladejo García³³⁴⁷, la ley persigue que el donante responda al donatario hasta que cubra con el valor recibido y con lo que le sanee el donante, lo que le cuesta la carga.

7.3.- Deber de gratitud

³³⁴² ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., p. 339; DE CASTRO GARCÍA, J., “Comentario del art. 638”, en J. L. Albácar López (dir.), *Código Civil Doctrina civil y Jurisprudencia*, t. III, 4ª ed., ed. Trivium, 1995, p. 121.

³³⁴³ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., p. 353; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, cit., p. 272.

³³⁴⁴ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 638 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4860-4862.

³³⁴⁵ ANDERSON, M., “Comentario al artículo 638”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 156.

³³⁴⁶ MARÍN CASTÁN, F., “Art. 638”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. IV, ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 162-163.

³³⁴⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., p. 349.

El donatario le debe gratitud al donante, ya que la ingratitud posibilita revocar la donación. Art. 648 CC: *“También podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes:*

1.º Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante.

2.º Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad.

3.º Si le niega indebidamente los alimentos.”.

La obligación alimenticia requiere: una donación preexistente irrevocable, necesidad por parte del donante, inexistencia de causa legítima de denegación y posibilidad económica por parte del donatario.

Respecto a la acción del donante, el art. 652 CC: *“La acción concedida al donante por causa de ingratitud no podrá renunciarse anticipadamente. Esta acción prescribe en el término de un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción.”*; y el art. 653 CC: *“No se transmitirá esta acción a los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado.*

Tampoco se podrá ejercitar contra el heredero del donatario, a no ser que, a la muerte de éste, se hallase interpuesta la demanda.”.

7.4.- Derecho de acrecer

Art. 637 CC: *“Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa.*

Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a ambos cónyuges, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.”.

Establece como regla interpretativa³³⁴⁸ que la donación conjunta se entenderá por partes iguales, es una presunción *iuris tantum*³³⁴⁹.

³³⁴⁸ MARÍN CASTÁN, F., “Art. 637”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. IV, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 158.

Las donaciones conjuntas se caracterizan, según Marín Castán³³⁵⁰, por un acto unitario de disposición, por la pluralidad de donatarios y por la falta de atribución en concreto (o distribución) entre los donatarios de alguno de los bienes donados. No hay derecho de acrecer salvo que el donante lo disponga, si ha establecido unas cuotas desiguales deberá fijar el modo en que se acrezca.

El efecto del derecho de acrecer en la donación “no es que una cuota que quede vacante acrezca la parte de los demás donatarios”, como ocurre en la sucesión testamentaria, sino que la donación despliegue todos sus efectos “aunque un donatario no la acepte o no la pueda aceptar”. Una donación conjunta a dos o más donatarios, sin designación de cuotas, “requiere la aceptación de todos los donatarios”. Si no, no se perfecciona (art. 618 CC). Esto se evita con la cláusula de acrecimiento, de forma que la donación valdrá si al menos un donatario la acepta, se pretende que la donación sea efectiva, que surta efectos y se transmita el bien³³⁵¹.

“Los supuestos de acrecer son, principalmente, tres: la premoriencia del donatario, la incapacidad para aceptar la donación y la no aceptación de la donación”.

“El efecto del acrecimiento es automático³³⁵²”. No hace falta una segunda aceptación³³⁵³, solo es necesario por lógica, “que la aceptación sea sucesiva y no simultánea”. “Basta que acepte uno de los donatarios para que la donación surta ya todos los efectos, sin que el donante pueda revocarla a partir de ese momento³³⁵⁴. Los sucesivos donatarios que aceptan la donación se benefician de la parte del que no ha aceptado”, “debiendo repartirse proporcionalmente entre ellos la parte no aceptada. Se trata de un efecto expansivo”.

8.- Donación por méritos, remuneratorias y modales

Art. 619 CC: “*Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.*”.

³³⁴⁹ La presunción de igualdad de cuotas rige en las donaciones conjuntas *propter nuptias* (art. 1339 CC) y en las donaciones conjuntas a favor de los cónyuges en régimen de sociedad de gananciales (art. 1353 CC).

³³⁵⁰ MARÍN CASTÁN, F., “Art. 637”, cit., p. 158.

³³⁵¹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 637 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4854-4856.

³³⁵² GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., “La donación”, cit., p. 769.

³³⁵³ DE CASTRO GARCÍA, J., “Comentario del art. 638”, cit., p. 119.

³³⁵⁴ MANRESA Y NAVARRO, J. M^a., “Comentario al art. 637”, en *Comentarios al Código Civil español*, t. V, 5ª ed., ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1932, p. 136.

En la donación que se hace por méritos del donatario o en las remuneratorias no hay contraprestación económica, porque si hubiera contraprestación, no sería una donación, sino un pago por la prestación realizada. En las donaciones modales u onerosas, el beneficio que uno recibe a cambio de una prestación ha de ser por un valor superior a lo que se debe dar.

8.1.- Negocios gratuitos, onerosos y mixtos

Según De Castro y Bravo³³⁵⁵, el negocio gratuito supone un puro beneficio para una parte y una disminución patrimonial sin compensación económica para la otra.

La donación es el típico negocio gratuito. En la donación pura y simple (art. 618 CC), la prestación que asume una de las partes no lleva aparejada ninguna contraprestación del otro lado. Pero también existen donaciones que no son puras y simples. Así, el art. 619 CC considera donación la que se hace por méritos, por los servicios prestados y las que imponen un gravamen. Una donación no deja de ser un negocio gratuito porque contenga una carga, un gravamen o un modo.

El gravamen que puede contener siempre tiene que ser inferior al valor de lo donado. Si no es así, estaremos ante un negocio oneroso, al que parece referirse el art. 622 CC que habla de “*donaciones con causa onerosa*”. De donde parte de la doctrina defiende la concurrencia en un mismo negocio de una parte onerosa y de otra gratuita, lo que sería un negocio mixto.

8.2.- Donaciones por méritos

Art. 619 CC: “*Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos [...]*”.

Su definición no es fácil ya que por mucha liberalidad que puede tener una persona al hacer una donación, siempre lo hará por algo y normalmente por algún mérito del donatario, como p.ej. el cariño que le tenga, que le ha cuidado, que es cercana, etc. Y en agradecimiento de estas acciones es por lo que le dará algún bien³³⁵⁶.

Las donaciones por méritos del art. 619 CC se caracterizan porque compensan al donatario por el mérito producido por unos hechos de relevancia. El mérito, según

³³⁵⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., p. 262.

³³⁵⁶ Para DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, t. II, vol. II, cit., p. 92; “la donación por méritos del donatario no es más que una donación simple y ordinaria, en la que el móvil que lleva al donante a tener *animus donandi* son los méritos del donatario”.

Albiez Dorhmann³³⁵⁷, es “la causa o el motivo causalizado de la donación³³⁵⁸”. El donante se siente agradecido con el donatario por algún comportamiento de este.

Para calificar la causa, “debe expresarse en el acto de atribución cuál es el mérito por el que se hace la donación³³⁵⁹”.

Para un sector de la doctrina, estas donaciones son donaciones remuneratorias, lo que supone importantes consecuencias jurídicas en la forma de la donación, la colación, la revocación o la evicción. Dependerá del criterio que se siga respecto a lo que se entiende por servicios prestados, si es amplio se equiparan las donaciones por méritos con las remuneratorias; si es estricto, se distingue entre ambas modalidades. Pero los servicios prestados tienen una valoración económica y la donación “ha de hacerse por unos créditos no exigibles”. Sin embargo, los méritos, aunque sean la causa de la donación, “no son valorables económicamente”.

La mayoría de los autores, consideran que el art 619 CC diferencia la donación por méritos, la donación remuneratoria³³⁶⁰, y la donación en la que se impone una carga, un modo o un gravamen al donatario.

8.3.- Donaciones remuneratorias

Art. 619 CC: “*Es también donación la que se hace a una persona [...] por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles [...]*”.

En la donación remuneratoria los servicios prestados son la causa de la donación. Si falta la causa de la donación es pura y simple.

En la donación el nombre que le da el donante es fundamental, la voluntad de hacer la donación, el *animus donandi*, no se presume. Y para que la donación sea remuneratoria, es necesario que en ella se exprese que se hace por unos servicios prestados, que se manifiesten explícitamente o que se puedan deducir de otros elementos.

³³⁵⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 619 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4728.

³³⁵⁸ AMORÓS GONZÁLBEZ, M., “La donación remuneratoria y la con carga en nuestro Derecho”, cit., pp. 206- 207.

³³⁵⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La donación por méritos”, *Revista de Derecho Privado*, año nº 88, mes 2, 2004, pp. 150 y ss.

³³⁶⁰ AMORÓS GONZÁLBEZ, M., “La donación remuneratoria y la con carga en nuestro Derecho”, *Curso de Conferencias 1945*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Imprenta Diana, 1946, pp. 206 y ss. También LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *et al*, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, cit., p. 104; ROCA SASTRE, R. M^a., “La donación remuneratoria”, *Estudios de derecho privado*, t. I, Madrid, 1948, p. 521; ALBALADEJO GARCÍA, M., “La donación por méritos”, cit., pp. 135 y ss.

Apunta Albiez Dohrmann³³⁶¹ que según la STS, de 28 de noviembre de 1997³³⁶², las donaciones del art 619 CC requieren “la concurrencia del *animus donandi* y si no se prueba la remuneración, deben reputarse donaciones puras y simples”.

En todo caso es una verdadera donación, por lo que se le aplican las normas generales.

El servicio que haya prestado el donatario ha de tener una valoración económica, porque si no serían actos de mera liberalidad pero no pueden ser deudas exigibles.

La jurisprudencia utiliza un concepto amplio de servicios prestados, ha considerado tales: las molestias y perjuicios sufridos por defender la verdad de un testamento ológrafo que instituya heredero al donante (STS, de 6 de abril de 1979³³⁶³), los años de trabajo para el donante (STS, de 23 de mayo de 1987³³⁶⁴) o los cuidados prestados al donante, cualquier servicio que sin constituir deuda exigible exceda de los servicios que habitualmente se prestarían por piedad (STS, de 12 de septiembre de 1995³³⁶⁵). Es una “donación motivada por la gratitud del donante (STS, de 9 de marzo de 1995³³⁶⁶), atendiendo no al valor real de los servicios prestados, sino a lo que estos significan para el donante (STS, de 9 de mayo de 1988³³⁶⁷)”.

Para que la donación sea remuneratoria los servicios no deben constituir deudas exigibles, por lo que según la mayoría de la doctrina “ha de tratarse de deudas pasadas y no futuras. En la donación remuneratoria el donante recompensa al donatario un servicio ya prestado. Si la remuneración es “por un servicio futuro, sería siempre una prestación onerosa” que podría “ser inferior o superior al valor de lo donado”, aplicándole el art. 622 CC³³⁶⁸. Puede hacerse una “donación por los servicios prestados y por los que se puedan realizar (SSTS, de 23 de junio de 1953³³⁶⁹, 9 de marzo de 1995³³⁷⁰, 2 de abril de 1990³³⁷¹)”, son donaciones remuneratorias, “si bien los servicios que se tengan que prestar en el futuro pueden articularse en una donación condicional” (STS, de 18 de diciembre de 1965³³⁷²).

³³⁶¹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 619 CC”, cit., pp. 4730-4734.

³³⁶² RJ 1997, 8277

³³⁶³ RJ 1979, 1273

³³⁶⁴ RJ 1987, 3557

³³⁶⁵ RJ 1995, 6636

³³⁶⁶ RJ 1995, 2779

³³⁶⁷ RJ 1988, 4048

³³⁶⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., pp. 268-269.

³³⁶⁹ RJ 1953, 1992

³³⁷⁰ RJ 1995, 2779

³³⁷¹ RJ 1990, 2689

³³⁷² RJ 1965, 5893

La admisión la donación remuneratoria como negocio gratuito, exige que los servicios prestados queden acreditados (STS, de 27 de junio de 2005³³⁷³). Según Albiez Dohrmann³³⁷⁴, “para un importante sector de la doctrina la donación remuneratoria es una donación con causa gratuita”, pero “matizada por la existencia de una común intención de remunerar y recibir en remuneración³³⁷⁵. Separar la gratuidad y la onerosidad dentro de la donación remuneratoria”, como hace el art. 622 CC, supone “ver la donación remuneratoria como un negocio mixto”, donde coexiste la “pura gratuidad y la gratuidad interesada”.

Sobre la forma de la donación remuneratoria hay divergencias en la doctrina y en la jurisprudencia, “en concreto si ha de cumplir con los requisitos que establecen los arts. 632 y 633 CC”. La STS, de 26 de febrero de 2007³³⁷⁶, “declara la nulidad de la donación disimulada por falta de forma, incluso cuando la donación es remuneratoria”. Otra discusión es “la colación de las donaciones remuneratorias”. Ante el silencio del art. 1035 CC, la doctrina mayoritariamente cree que en la colación “se debe contar solo el exceso del valor de lo donado sobre el del servicio remunerado³³⁷⁷ (STS, de 15 de junio de 2007³³⁷⁸)”.

8.4.- Donaciones modales u onerosas

8.4.1.- Concepto

La interpretación y alcance de estas figuras jurídicas genera muchas dudas en la doctrina y la jurisprudencia. En principio podemos afirmar:

- La donación modal es una simple donación a la que se le añade un modo que debe cumplir el donatario.
- El *negotium mixtum cum donatione* supone un contrato oneroso y con prestaciones recíprocas de las partes pero a través del cual se desea el beneficio de una de ellas (p. ej. compraventa con precio amistoso).
- Donación onerosa, sería la del art. 619 CC, que dice: “*Es también donación [...] aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado*”.

³³⁷³ TOL 674.276

³³⁷⁴ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 619 CC”, cit., pp. 4733-4734.

³³⁷⁵ ANDERSON, M., *Las donaciones onerosas*, cit., p. 209.

³³⁷⁶ RJ 2007, 1769

³³⁷⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La donación remuneratoria y los preceptos de la donación ordinaria que le son o no aplicables”, *Revista de Derecho Privado*, año nº 86, mes 1, 2002, pp. 36-37.

³³⁷⁸ RJ 2007, 5122

Por su parte, el art. 622 CC establece: “*Las donaciones con causa onerosa se registrarán por las reglas de los contratos y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto.*”.

Para unos, la donación con causa onerosa del art. 622 CC es la misma que la del art. 619 CC, es el *negotium mixtum cum donatione*; otros creen que el art. 619 CC alude a la donación modal donde la causa siempre es la liberalidad aunque haya prestaciones recíprocas, porque se desea el beneficio de una de ellas; y el art. 622 CC a la donación en la que el cumplimiento de la prestación es la causa del acto para el donante.

Destaca Albiez Dohrmann³³⁷⁹ que el término modo no aparece en la regulación de las donaciones en ningún momento. Además, el CC es confuso. El art. 619 CC se refiere a las donaciones modales llamadas también onerosas, que son una verdadera donación. El art. 622 CC “distingue entre donaciones con causa onerosa (surgiendo la duda de si se refiere a las donaciones modales) y donaciones remuneratorias”. El art. 626 CC establece: “*Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes.*”, distingue entre donaciones condicionales y onerosas. Y el art. 647 párr. 1º CC “*La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso.*”.

Estos arts. hablan de donaciones condicionales. Pero no usan el término condición “en un sentido técnico jurídico (condición suspensiva o resolutoria), sino en un sentido genérico”, como modo, carga o gravamen. Si la donación tiene “una condición suspensiva o resolutoria, entonces estamos ante una verdadera donación condicional³³⁸⁰”. Y las diferencias son importantes, ya que mientras el cumplimiento o incumplimiento de la condición tiene efecto automático, el incumplimiento del modo puede dar lugar a la revocación de la donación a petición del donante.

La RDGRN, de 3 de abril de 2019³³⁸¹, dice que: “*en las donaciones son frecuentes los llamados modos impuestos por el donante, sean cargas, gravámenes, obligaciones o servicios futuros a cargo del donatario, y a los que el art. 647 CC se refiere con el término "condiciones" al regular la facultad de revocación por el donante en caso de incumplimiento. [...] en la utilización de esta terminología no es ajena la idea de que el modo impuesto por el donante es por éste considerado como*

³³⁷⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 619 CC”, cit., pp. 4736-4738.

³³⁸⁰ ANDERSON, M., *Las donaciones onerosas*, cit., pp. 256 y ss.

³³⁸¹ BOE-A-2019-6057

condicionante de la eficacia de la donación, pues no sólo obliga sino que su incumplimiento puede dar lugar a la ineficacia del negocio por voluntad del donante mediante el ejercicio de la facultad revocatoria.

La línea diferenciadora entre el modo y la condición resolutoria en la donación se encuentra en sus respectivos efectos (Resoluciones de 29 de abril y 16 de octubre de 1991³³⁸²). Así, la resolución opera de forma automática en caso de producirse el evento resolutorio, de suerte que ya no cabe una prórroga del plazo para su cumplimiento, en tanto que el incumplimiento del modo atribuye una facultad al donante, la de revocar la donación conforme al citado art. 647, que en tanto no se ejerza mantiene la subsistencia de aquella y que, de la misma manera [que] es facultativo su ejercicio, [es] voluntaria [...] la renuncia a la misma o la concesión de un nuevo plazo o modalidad para su cumplimiento”.

El modo es la causa de la donación. Es un elemento accesorio de la donación que no altera su naturaleza, que sigue siendo un negocio gratuito en su integridad³³⁸³. El carácter accesorio del modo supone que “cualquier vicisitud del mismo (ilicitud, imposibilidad o indeterminación) no afectará a la donación³³⁸⁴”. Sin embargo, “la ineficacia o la nulidad de la donación” anula el modo.

La imposición del art. 619 CC de que sea el “*gravamen inferior al valor de lo donado*” obliga a que el modo sea valorable económicamente. Lo que no significa que necesariamente deba tener valor patrimonial³³⁸⁵. Para Anderson³³⁸⁶ este precepto fija dentro de qué límites un negocio jurídico es donación, conforme al art. 618 CC.

La STS, de 6 de abril de 1999³³⁸⁷, contiene una definición: “*la verdadera y propia donación modal es aquella [...] en la que se impone al beneficiario el cumplimiento de una obligación, como determinación accesorio de la voluntad del donante. Aunque esta obligación no muta la naturaleza del contrato de donación de bienes [...] puesto que el gravamen tiene que ser inferior al valor de lo donado*”.

Leña Fernández³³⁸⁸ señala que “este tipo de donación puede ser empleado por los padres tratando de beneficiar indirectamente a su hijo disminuido que no sería aquí el donatario. El donatario sería otra persona, por ejemplo, un hermano del disminuido o

³³⁸² LA LEY 9341/1991

³³⁸³ ANDERSON, M., *Las donaciones onerosas*, cit., pp. 235-236.

³³⁸⁴ A no ser que constituyere la causa de la donación o la prestación recíproca.

³³⁸⁵ TORRALBA SORIANO, O. V., *El modo en el Derecho civil*, cit., pp.108 y ss.

³³⁸⁶ ANDERSON, M., *Las donaciones onerosas*, cit., p. 435.

³³⁸⁷ RJ 1999, 2656

³³⁸⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, cit., pp. 78-79.

una determinada entidad, y se le impondría a éste el modo o carga de cuidar y asistir al disminuido en la medida y con el alcance que en la donación se determinase”. Puede ser desde ya, y si se incumple los padres la revocarán; o desde que mueran los padres, en cuyo caso el control corresponderá a los herederos o al albacea.

8.4.2.- Régimen jurídico

La doctrina considera desafortunada la redacción del art. 622 CC, pues en las donaciones remuneratorias no se impone ningún gravamen; y las donaciones onerosas no pueden regirse solo por las reglas de los contratos, cuando el art. 619 CC ha dicho que son también donaciones.

En general, en la donación onerosa hay una naturaleza bifronte. Es donación en lo que el valor de lo donado excede del valor del gravamen impuesto. Hasta la coincidencia, se aplican las reglas de los contratos.

Podemos afirmar, como señala Albiez Dohrmann³³⁸⁹, que las donaciones modales y onerosas han de cumplir los requisitos legales de capacidad y forma de cualquier donación.

El art. 626 CC no permite a las personas que no pueden contratar aceptar estas donaciones, sin la intervención de sus legítimos representantes.

El art. 638 CC *in fine* acoge la evicción, aplicable a la parte en que concurre el valor del gravamen con el valor de lo donado.

El incumplimiento de la prestación está sancionado con la posibilidad de revocación de la donación. El cumplimiento de la prestación puede ser pedido no solo por los terceros beneficiarios de su realización, sino también por el propio donante, pues este tiene interés en su realización.

Como cualquier donación, pueden ser inoficiosas, “pero la reducción no debe alcanzar a aquella parte que, efectivamente, resulte absorbida por la onerosidad³³⁹⁰”.

Albiez Dohrmann³³⁹¹ señala que la claridad del art. 619 CC “contrasta con la oscuridad del art. 622 CC”. Si las donaciones “con causa onerosa no son donaciones, siendo su régimen jurídico el de los contratos onerosos, el art. 622 CC solo introduce perplejidad”. Y si las donaciones remuneratorias del art. 622 CC “son las que se hacen

³³⁸⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 619 CC”, cit., pp. 4738-4739.

³³⁹⁰ ANDERSON, M., *Las donaciones onerosas*, cit., p. 435.

³³⁹¹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 622 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4769-4770.

por un servicio prestado, si bien por unas deudas que no son exigibles, su inclusión en el art. 622 CC resulta igual de extraña”.

Hay múltiples interpretaciones del art. 622 CC. La más extrema es negar cualquier significado propio, creen que solo aporta confusión, sin ninguna consecuencia práctica, seguida, entre otros, por Amorós Gozábez³³⁹².

Una explicación intermedia, seguida por Albaladejo García³³⁹³, es que el art. 622 CC determina el régimen jurídico de las atribuciones patrimoniales en las que concurren a la vez elementos propios de un negocio gratuito y de uno oneroso, “de modo que se podrían aplicar los regímenes de uno y otro negocio a la respectiva parte gratuita y onerosa de la atribución patrimonial hecha por uno a favor de otro”. “Cuando la onerosidad es superior a la gratuidad, puede tratarse de un *negotium mixtum cum donatione*, según Torralba Soriano³³⁹⁴”.

“Una tercera interpretación es el reconocimiento explícito de donaciones con causa onerosa y donaciones remuneratorias según el art. 622 CC”. Para Llácer Matacás³³⁹⁵, la función del art. 622 CC consiste en prever y distribuir “el régimen de las donaciones que no son puras, otorgando relevancia a la existencia de un gravamen o un servicio remunerado”. Se produce la sujeción parcial a las normas causales gratuitas en la cuantía que excede del gravamen y supone enriquecimiento, y la correlativa aplicación de normas onerosas en la medida que coincide con el valor del servicio prestado o del gravamen impuesto.

Las SSTs, de 12 de julio de 1984 y 27 de julio de 1994³³⁹⁶, señalan que “*el confusionismo que parece crear el artículo 622 CC, ha sido superado jurisprudencialmente, al relacionarse dicho precepto con el 619*”.

8.4.3.- Clases

8.4.3.1.- *Negotium mixtum cum donatione*

³³⁹² AMORÓS GOZÁLBEZ, M., “La donación remuneratoria y la con carga en nuestro Derecho”, cit., pp. 194 y ss.

³³⁹³ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., pp. 468-470.

³³⁹⁴ TORRALBA SORIANO, O. V., *El modo en el Derecho civil*, cit., pp. 265 y ss.

³³⁹⁵ LLÁCER MATACÁS, R. M^a., “En torno al artículo 622 del Código Civil”, en J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Universidad de Murcia, 2004, p. 2765.

³³⁹⁶ RJ 1994, 6929

Con el negocio mixto, según Albiez Dohrmann³³⁹⁷, “la doctrina intenta explicar figuras negociales que participan de la naturaleza de varios negocios distintos³³⁹⁸. La mayoría de las veces son negocios atípicos o innominados, cuyo fundamento principal es la autonomía privada”. Las donaciones del art. 619 CC son donaciones que se caracterizan por el *animus donandi*, aun cuando contienen algunas particularidades.

La doctrina admite estas donaciones. Torralba Soriano³³⁹⁹ la define “como el negocio oneroso en que las partes establecen conscientemente un desequilibrio entre las prestaciones mutuas guidas por el deseo de que uno de los contratantes resulte enriquecido, realizándose de esta manera el efecto de la donación”. Para que sea un negocio mixto debe existir causa mixta o compleja que justifique la utilidad del contrato.

“Para algunos autores, el *negotium mixtum cum donatione* es una donación indirecta³⁴⁰⁰”. Cualquier contrato oneroso, según Ortega Pardo³⁴⁰¹, puede originarla si voluntaria y conscientemente los contratantes establecen con ánimo de liberalidad que la prestación de una parte sea desproporcionada frente a la otra (STS, de 4 de diciembre de 1989³⁴⁰², con un alquiler a precio muy inferior al de mercado).

La calificación de estos negocios no es fácil, “debiéndose estar al tipo de prestaciones que asume el beneficiario de una atribución que le puede enriquecer” (STS, de 15 de junio de 2007³⁴⁰³).

8.4.3.2.- Donaciones con causa onerosa

Art. 622 CC: “*Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos [...]*”.

Marín Castán³⁴⁰⁴ defiende esta categoría, aun cuando no son realmente donaciones. Para Albiez Dohrmann³⁴⁰⁵, son negocios onerosos al menos en parte, en los

³³⁹⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 622 CC”, cit., pp. 4770-4772.

³³⁹⁸ ORTEGA PARDO, G. J., “Donaciones indirectas”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 2, nº 3, 1949, pp. 955 y ss.

³³⁹⁹ TORRALBA SORIANO, O. V., *El modo en el Derecho civil*, cit., pp. 265-267.

³⁴⁰⁰ PARRA LUCÁN, M^a A., “La donación”, cit., p. 579 y OSSORIO SERRANO, J. M., “El contrato de donación”, cit., p. 278.

³⁴⁰¹ ORTEGA PARDO, G. J., “Donaciones indirectas”, cit., pp. 967-968.

³⁴⁰² TOL 1.730.747

³⁴⁰³ TOL 1.123.884

³⁴⁰⁴ MARÍN CASTÁN, F., “Art. 619”, cit., p. 95.

³⁴⁰⁵ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 622 CC”, cit., pp. 4770-4772.

que rige el art 1274 CC³⁴⁰⁶; “en casos concretos, pueden entrar en la categoría del *negotium mixtum cum donatione* cuando concurren en el negocio en cuestión la causa gratuita y la causa onerosa³⁴⁰⁷”.

Hay que examinar cada caso concreto y los elementos del negocio, lo que nos permitirá calificar el tipo de donación.

8.4.3.3.- Donaciones remuneratorias del art. 622 CC

Art. 622 CC: “*Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto.*”.

La SAP de Oviedo, de 17 de noviembre de 2017³⁴⁰⁸, indica que: “*La regulación del CC sobre las donaciones remuneratorias es confusa porque el art. 622 propugna un régimen dual aplicando a la parte remuneratoria las reglas de las obligaciones y contratos y las de la donación a la parte puramente liberal, pero esa distinción obvia que el art. 619 define como remuneratoria la donación que se hace a una persona por sus méritos o servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deuda exigible*”.

Sostiene que “*la contradicción que implica aplicar las reglas de las obligaciones y contratos a una recompensa que por definición es inexigible y por tanto hecha por pura liberalidad ha sido enjuiciada en la sentencia del Pleno del TS de 16 de enero de 2013³⁴⁰⁹ en la que reitera la doctrina impartida en la de 11 de enero de 2007³⁴¹⁰ concluyendo que “la donación remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el animus donandi del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico, de modo que “en el terreno de la aplicación del derecho, no es posible la conjugación de los arts. 619 y 622, en otras palabras, no cabe confundir una donación remuneratoria con una donación modal. Es en ésta en la que efectivamente puede imponerse un gravamen al donatario, pero no en la remuneratoria.”*”.

³⁴⁰⁶ Art. 1274 CC: “*En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.*”.

³⁴⁰⁷ ANDERSON, M., *Las donaciones onerosas*, cit., pp. 273 y ss.

³⁴⁰⁸ Id Cendoj: 33044370062017100360

³⁴⁰⁹ Id Cendoj: 28079119912013100005

³⁴¹⁰ Id Cendoj: 28079110012007100179

Albiez Dohrmann³⁴¹¹ precisa que “un sector cualificado en la doctrina considera que las donaciones remuneratorias” del art. 622 CC “no son las que aparecen en el art. 619 CC. Mientras este precepto admite las donaciones por prestaciones pasadas”, “el otro contempla las donaciones por servicios o beneficios futuros”³⁴¹². El art. 622 CC considera donación “[...] la parte que excedan del valor del gravamen impuesto.” “(servicios o beneficios futuros que se imponen al beneficiado por ese enriquecimiento). La justificación de estas donaciones puede estar” en el art. 1274 CC cuando considera causa del contrato “*de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.*”, “lo que concuerda con lo dispuesto en el art. 622 CC³⁴¹³”. “Algunos ven en estas donaciones un negocio o acto mixto, por tanto, en parte oneroso y en parte gratuito, cuya causa sería intermedia entre la liberalidad y la onerosidad³⁴¹⁴” y en los que las reglas singulares de la donación solo pueden incidir en la parte gratuita. “Finalmente, hay autores que consideran que el art 622 CC es un precepto inaplicable para la donación remuneratoria³⁴¹⁵”.

Al ser donaciones, en principio deben “cumplir con la forma que requieren los arts. 623 y 633 CC”, como dice la STS, de 23 de octubre de 1995³⁴¹⁶. Sin embargo, otras niegan su aplicación, como la STS, de 14 de marzo de 1985³⁴¹⁷.

8.4.4.- Revocación

“La revocación conforme a los arts. 644 y ss. CC solo es posible en la parte que excede del valor de la carga o del servicio remunerado. La consecuencia sería la revocación parcial de la donación con causa onerosa o de la donación remuneratoria en aquella parte que es gratuita”, lo que es compatible con el cumplimiento de las obligaciones respecto a la parte onerosa (STS, de 6 de abril de 1999³⁴¹⁸).

³⁴¹¹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 622 CC”, cit., pp. 4773-4774.

³⁴¹² ROCA I TRÍAS, E., “Contrato traslativo del dominio a título gratuito”, en AA.VV, *Derecho civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 424; las llama donaciones con carga, es decir, aquellas que se realizan para recibir unas prestaciones.

³⁴¹³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., p. 270.

³⁴¹⁴ ANDERSON, M., *Las donaciones onerosas*, cit., pp. 203 y ss.

³⁴¹⁵ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, t. II, vol. II, cit., p. 92.

³⁴¹⁶ TOL 1.668.271

³⁴¹⁷ TOL 1.736.796

³⁴¹⁸ TOL 1.466

Es admisible una cláusula de resolución de la donación por el incumplimiento de la carga impuesta al donatario, según las SSTs, de 25 de junio de 1990³⁴¹⁹ y 22 de marzo de 1993³⁴²⁰.

Art. 647 CC: *“La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso.*

En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria.”.

Leña Fernández³⁴²¹ precisa que el art. “al emplear la palabra condiciones, no la emplea en un sentido técnico-jurídico”, “sino en el corriente de obligaciones o cargas que pueden imponerse al donatario por el donante”; según la STS, 25 de junio de 1990³⁴²². Destaca “que la revocación ha de estar basada en un verdadero y culpable incumplimiento y no habrá tal en los casos en que sea posible un cumplimiento analógico, siempre que el previsto no pueda darse por una circunstancia no imputable al donatario. Se aplica en este supuesto, por analogía, lo previsto para el modo testamentario” en el art. 798 párr. 1º CC. No basta un mero retraso, sino que conforme a la STS, de 11 de febrero de 1995³⁴²³, el incumplimiento ha de ser definitivo. “La revocación no se produce *ipso iure*, sino que requiere ser ejercitada judicialmente” (STS, de 31 de enero 1995³⁴²⁴). El donante puede renunciar anticipadamente a la revocación. “La revocación se extiende a los mismos bienes donados y a los frutos que de los mismos hubiere percibido el donatario, después de dejar de cumplir la obligación”.

9.- Donación con cláusula de reversión

9.1.- Concepto

La reversión significa la vuelta de los bienes al patrimonio de su donante o al de un tercero.

Art. 641 CC: *“Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino*

³⁴¹⁹ TOL 1.730.346

³⁴²⁰ TOL 1.664.651

³⁴²¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, cit., pp. 83-84.

³⁴²² Id Cendoj: 28079110011990100883

³⁴²³ Id Cendoj: 28079110011995102661

³⁴²⁴ Id Cendoj: 28079110011995104243

en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias.

La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior es nula; pero no producirá la nulidad de la donación.”.

Las limitaciones vienen en el art. 781 CC: *“Las sustituciones fideicomisarias [...] serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.”.*

El art. 641 CC permite, en base a la autonomía de la voluntad, que el donante ponga una cláusula de reversión en una donación, para que el bien donado revierta a su patrimonio, *“para cualquier caso y circunstancias”*³⁴²⁵, al de sus herederos o al de terceras personas con las limitaciones de las sustituciones testamentarias. Además, señala Albiez Dohrmann³⁴²⁶ que “el donante puede reservarse la nuda propiedad o el usufructo del bien donado, reservarse el poder de disposición o establecer condiciones y cláusulas de revocación”.

La reversión a favor del donante o vuelta del bien donado a su patrimonio, se produce de forma automática al producirse el hecho reversional. En la reversión a favor de terceros, según la mayoría doctrina, “se produce una sustitución previa aceptación de la atribución por el tercero designado como reversionario”. El efecto de la reversión es más drástico que otras cláusulas como la resolución o la revocación.

9.2.- Diferencias con otras cláusulas

9.2.1.- Condición resolutoria

Según Albiez Dohrmann³⁴²⁷, la cláusula de reversión se diferencia de la condición resolutoria en que esta “resuelve la donación” y en la “reversión prima la vuelta del bien donado al donante” o la transferencia a terceros. Sin embargo, la jurisprudencia “tiende a identificar la cláusula de reversión con la condición resolutoria”. La STS, de 11 de marzo de 1988³⁴²⁸, sostiene que *“Las donaciones con cláusula de reversión necesariamente hay que incluirlas en la modalidad de donaciones condicionales, en su*

³⁴²⁵ El donante podrá fijar los plazos, condiciones y obligaciones que estime pertinentes.

³⁴²⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 641 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4881-4882.

³⁴²⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 641 CC”, cit., pp. 4882-4883.

³⁴²⁸ TOL 1.732.872

verdadera acepción técnica”. En la misma línea, las SSTs, de 11 de diciembre de 1987³⁴²⁹ y 13 de julio de 1989³⁴³⁰.

9.2.2.- Donación modal

También hay que diferenciar la donación con cláusula de reversión de la donación modal aunque en la práctica no será fácil. Según Albiez Dohrmann³⁴³¹, “cumplido el hecho reversional, el bien revierte de forma automática al donante o al tercero designado, siendo esta la finalidad principal del art. 641 CC. Si se incumple una carga, el donante puede revocar la donación en virtud del art. 647 CC, cuyo régimen jurídico difiere” de la reversión de la donación. Habrá que atender a las palabras que contenga la cláusula insertada para saber “si estamos ante una donación con cláusula de reversión o ante una donación modal”. Así, la STS, de 27 de enero de 2001³⁴³², considera reversional *“La cesión o donación del solar [que] se hace a dicha entidad [...] para la construcción [...] de un [...] colegio de huérfanos [...] y con la condición de que las obras [...] han de comenzarse [...], dentro de un año [...] desde la fecha de [la] escritura y de que, si pasado ese tiempo, no llegase a construirse [...], revertirán nuevamente al donante, quedando nula y sin ningún efecto la cesión de dichos terrenos”*; y la STS, de 31 de enero de 1955³⁴³³, que considera cláusula de reversión una donación por las atenciones del donatario al donante, con posibilidad de reversión a favor de éste si por las circunstancias especiales así lo estimare oportuno.

9.3.- Forma

La cláusula de reversión se puede formular en la misma donación, siendo de aplicación los arts. 632 y 633 CC. Si se formula en un momento posterior, también está sujeta a los requisitos de forma de la donación. La STS, de 14 de mayo de 1987³⁴³⁴, sostiene que no *“son admisibles en el ámbito de la donación de bienes inmuebles los pactos de reversión verbales o en documento privado previos o simultáneos a la donación, ni [...] los posteriores [...] convenidos en [...] forma privada”*. (En el mismo

³⁴²⁹ RJ 1987, 9422

³⁴³⁰ RJ 1989, 5607

³⁴³¹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 641 CC”, cit., pp. 4883-4884.

³⁴³² TOL 2.036.124

³⁴³³ RJ 1955, 128

³⁴³⁴ RJ 1987, 3442

sentido, la STS, de 31 de enero de 1955³⁴³⁵). Afirma Albiez Dohrmann³⁴³⁶ que si se trata de bienes muebles, podría hacerse verbalmente la donación y la cláusula de reversión por escrito, y viceversa.

Aunque no es lógico que se otorgue primero una donación simple y ordinaria, y luego se añada una cláusula de reversión. Debería formar parte de la donación originaria. Albaladejo García³⁴³⁷ “afirma que la cláusula de reversión ha de ser simultánea a la donación, ya que si es posterior, no es que modifique la donación anterior, sino que nacería una nueva”.

Según parte de la doctrina³⁴³⁸, el incumplimiento de la forma no ha de afectar a la donación en su totalidad. Habrá que considerar la voluntad de donar, y en qué medida está vinculada a la cláusula de reversión para considerar nula la donación³⁴³⁹. El TS tiene sentencias antagónicas, niega la validez de la donación en la STS, de 31 de enero de 1955³⁴⁴⁰; y admite la validez parcial en la STS, de 14 de mayo de 1987³⁴⁴¹.

La reversión tiene trascendencia real y puede ser objeto de inscripción en el RP, conforme al art. 9.2 LH y el art. 51-6 RH (RDGRN, de 16 de octubre de 1991³⁴⁴²).

9.4.- Reversión a favor del donante

9.4.1.- Posibilidades

La cláusula de reversión en favor del donante se fundamenta en hacer coincidir la liberalidad del donante con la finalidad buscada en la donación. Por ello, el CC le da amplias facultades al donante para poner estas cláusulas “*para cualquier caso o circunstancia*”.

La reversión puede producirse en vida del donante o después de su muerte. Si el hecho reversional se produce en vida del donante, actuará, según Lacruz Berdejo³⁴⁴³, como un término resolutorio que atribuirá los bienes a dicho donante, sin necesidad de aceptación.

³⁴³⁵ RJ 1955, 128

³⁴³⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 641 CC”, cit., pp. 4885-4886.

³⁴³⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., pp. 522-523.

³⁴³⁸ DURÁN RIVACOBIA, R., *La donación de inmuebles*, cit., pp. 78y ss.

³⁴³⁹ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., “La donación”, cit., p. 718.

³⁴⁴⁰ RJ 1955, 128

³⁴⁴¹ RJ 1987, 3442

³⁴⁴² RJ 1991, 7500

³⁴⁴³ LACRUZ BERDEJO, J.L. “Donaciones con cláusula de reversión”, *Estudios de Derecho Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1958, pp. 242-243.

Si la reversión es para después de la muerte del donante, según Albiez Dohrmann³⁴⁴⁴, el bien donado entra en la masa patrimonial de la herencia del donante, y sus herederos serán los beneficiarios de la reversión, salvo que el donante diga otra cosa; significa que la recuperación para la herencia de los bienes donados dependerá de la voluntad expresada en la donación.

El donante puede establecer la reversión solo a su favor (art. 641 CC). Si no lo especifica, cuando fallece el donante algún autor considera que la reversión es un derecho personalísimo y no transmisible *mortis causa*³⁴⁴⁵. Pero la mayoría de la doctrina considera que la reversión debe favorecer también a los herederos del donante³⁴⁴⁶, salvo que se haga expresa y únicamente a favor del donante o sea condicional³⁴⁴⁷. Habrá que examinar la voluntad reversional expresada en la donación por el causante.

Otra cosa es que el donante determine “que los bienes reviertan a favor de sus herederos”, lo que sería “una reversión a favor de terceros”.

9.4.2.- La posición del donante reversionario

La asimilación de las donaciones reversionales a las condicionales es útil para identificar sus efectos resolutorios. La cláusula de reversión opera como una condición o plazo de la donación en el sentido de que el cumplimiento del evento o término final es lo determinante para que los bienes donados pasen al donante.

Pero ello no supone que se identifiquen. Algunos consideran que el derecho del donante reversionario es de carácter personalísimo (a diferencia de la condición o plazo resolutorios) y por ello solo él puede exigir la reversión y solo a él revertirán los bienes donados, por lo que si el donante reversionario muere antes de que se cumpla el evento condicional, el derecho del donante no se transmite a sus herederos, perfeccionándose de este modo la titularidad del donatario. Esta opinión se fundamenta en la aplicación analógica del régimen de las sustituciones fideicomisarias.

³⁴⁴⁴ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 641 CC”, cit., pp. 4885-4886.

³⁴⁴⁵ PONS PÉREZ, A., “La reversión de donaciones en el Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, diciembre 1957, p. 1183.

³⁴⁴⁶ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, cit., p. 304.

³⁴⁴⁷ SIRVENT GARCIA, J., *La donación con cláusula de reversión*, ed. Tirant lo Blanch, 2000, pp. 94 y ss.

Pero la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia admite (STS, de 11 de marzo de 1988³⁴⁴⁸) la posibilidad de exigir el derecho de reversión por los herederos del donante si este falleció antes del cumplimiento de la condición.

Sobre la posible revocación del donante, dependerá de que el donatario haya aceptado o no. Si lo ha hecho, la donación se habrá perfeccionado y los bienes donados solo volverán al donante en el caso de cumplirse la condición o plazo de reversión.

9.4.3.- La posición del donatario reversionista

En la reversión del art. 641 CC el donante busca evitar que se produzca el evento que contiene la cláusula o, en caso de no poder evitarlo, hacer que lo donado vuelva a su titularidad.

Discute la doctrina la posibilidad del donatario reversionista para disponer, enajenar o gravar lo donado ante la limitación que supone la cláusula de reversión. Pons Pérez³⁴⁴⁹ rechaza tal posibilidad fundándose en las sustituciones testamentarias. Sobre esta cuestión no se pronuncia el CC pero parece posible la enajenación una vez aceptada la donación, pero, obviamente limitada por la reversión, la cual podría plantear, en su caso, una eventual devolución al donante. La jurisprudencia del TS admite la posibilidad de enajenar salvo que en la cláusula se establezca lo contrario.

9.5.- Reversión a favor de un tercero

9.5.1.- Concepto y naturaleza jurídica

Define Soto Bisquert³⁴⁵⁰ la donación con cláusula de reversión a favor de terceros (reversión impropia) como aquella en la que se sustituye el donatario por otra u otras personas para que lo donado pase a ellas al cumplirse un determinado evento.

La cláusula de reversión en favor de terceros permite las donaciones a los concebidos y no nacidos (*nasciturus*) y a personas futuras no concebidas (*concepturus*).

La permite el art. 641 párr. 1º CC: *“Podrá establecerse válidamente la reversión [...] en favor de otras personas [...] en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias.”*

³⁴⁴⁸ TOL 1.732.872

³⁴⁴⁹ PONS PÉREZ, A., “La reversión de donaciones en el Código Civil”, cit., pp. 1181 y ss.

³⁴⁵⁰ SOTO BISQUERT, A., “La donación con cláusula de reversión en el CC”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 459, marzo-abril 1967, pp. 359 y ss.

Es una figura compleja dado que el bien donado va al patrimonio de un tercero, con lo que hay dos atribuciones, una al donatario y otra posterior a los reversionarios.

La doctrina ha discutido la naturaleza jurídica de esta donación, entendiendo Lacruz Berdejo³⁴⁵¹ que las principales posiciones son:

a) Considerarla un contrato a favor de tercero, entre donante y donatario, que se regiría por el art. 1257 párr. 2º CC³⁴⁵².

b) Si la reversión ha de tener lugar “al fallecimiento del donatario, puede construirse como un contrato de legado o de institución de heredero”.

c) “Como una donación doble, a término final a favor del primer donatario, y bajo término suspensivo a favor del reversionario”.

d) Como una donación corriente, con un llamamiento posterior.

e) Como una donación bajo sustitución fideicomisaria.

La donación con cláusula de reversión a favor de terceros suele estar vinculada a la muerte del donatario, que es lo más común; o del donante, y también puede estar vinculada a otros hechos. Mientras no se produzca el evento reversional, el donatario originario es verdadero propietario. Una vez producido, se produce una segunda atribución, que es consecuencia de la primera. Se puede discutir si hay una donación o dos, la segunda requerirá para su perfección la aceptación del reversionario³⁴⁵³. Albiez Dohrmann³⁴⁵⁴ considera que por la cláusula de reversión se produce una atribución automática, por voluntad del donante y, por tanto, no derivativa.

Si se vincula a la muerte del donatario o del donante, plantea más dificultades en cuanto a su naturaleza jurídica. Sostiene Albiez Dohrmann que “en virtud de esta reversión se produce una atribución *post mortem* o *mortis causa* singular. Combinando el art. 641 CC con el art. 781 CC” cabe “la reversión a favor de otras personas, siempre que los llamamientos sucesivos “*no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.*”³⁴⁵⁵”. Traspasado el

³⁴⁵¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Derecho de Sucesiones: Tomo I. Parte General: Sucesión voluntaria*, cit., p. 319.

³⁴⁵² Art. 1257 párr. 2º CC: “Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.”

³⁴⁵³ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, t. II, vol. II, cit., p. 94.

³⁴⁵⁴ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 641 CC”, cit., pp. 4889-4890.

³⁴⁵⁵ OSSORIO SERRANO, J. M., “El contrato de donación”, cit., p. 272. Con este límite se pretende evitar que por vía de donación puedan quedar indefinidamente vinculados unos bienes.

segundo grado, “procede la nulidad (absoluta) de la cláusula de reversión”, pero no la nulidad de la donación.

“La donación reversional a favor de terceros no necesariamente tiene que revestir la forma de la sustitución fideicomisaria. Puede adoptar también la forma de cualquier otra sustitución: vulgar, pupilar o ejemplar³⁴⁵⁶”.

9.5.2.- Posición del donatario

Hasta el momento de la reversión propiamente dicha al tercero el donatario presenta la misma posición que el heredero fiduciario en las sustituciones fideicomisarias.

El donatario debe, ante todo, conservar los bienes donados, a fin de transmitirlos igual que el donatario en la reversión en favor del donante.

El donatario tiene derecho a los frutos o productos de los bienes y al reembolso de los gastos de mejoras útiles y de los pagos legítimamente realizados.

9.5.3.- Aceptación del tercero

La donación a favor de tercero del art. 641 párr. 2º CC crea en favor de los llamados, un derecho a aceptar o repudiar tal donación, y así ocurre en el negocio donacional en general: el donatario tiene derecho para aceptar, no aceptar o repudiar lo donado, que determinará en último extremo la perfección o no de la verdadera donación.

El problema se plantea con la necesidad o no de aceptación de los donatarios sucesivos para que la donación con cláusula de reversión se perfeccione: es decir, si estamos ante una donación en la que solo hay un donatario y el resto son meros beneficiarios sucesivos de una misma y única donación, o por el contrario, se trata de donaciones diferentes con sus respectivas aceptaciones de los diversos donatarios.

Sobre la necesidad de la aceptación del tercero reversionario, algunos autores exigen que acepte la atribución³⁴⁵⁷, lo que es requisito previo para la efectividad de la

³⁴⁵⁶ SIRVENT GARCIA, J., *La donación con cláusula de reversión*, cit., p. 66.

³⁴⁵⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., pp. 533 y ss.

donación reversional³⁴⁵⁸. Otros consideran que la adquisición es automática, aunque el tercero reversionario pueda rechazar la atribución³⁴⁵⁹.

Soto Bisquert³⁴⁶⁰ defiende la perfección de la donación con la mera aceptación del primer donatario, la aceptación de los ulteriores donatarios solo será necesaria para que los bienes donados sean adquiridos.

La STS, de 23 de marzo de 1948³⁴⁶¹, señala que la aceptación del donatario aprovecha a los reversionarios. “En cualquier caso, la aceptación del donatario está sujeta a las reglas de la donación entre vivos”. La STS, de 15 de julio de 2009³⁴⁶² dice con claridad: *“Si se acepta la tesis predominante en la doctrina, deberá concluirse que el beneficiario adquirirá automáticamente el objeto, aunque siempre le queda la posibilidad de rechazarlo. Nos hallamos en una situación semejante a la prevista en el art. 881 del CC, que establece que «el legatario adquiere derecho a los legados, puros y simples desde la muerte del testador», sin perjuicio [...] de su derecho a renunciarlos, [...] el fundamento de la norma es el mismo, porque en definitiva, tanto en la sustitución fideicomisaria como en la donación con cláusula reversional, el tercero beneficiado adquiere del donante y no del donatario y no va a saber cuándo va a adquirir sino hasta que se cumpla el evento previsto, por lo que no es necesario que participe en la donación originaria, en la que se había incluido el pacto reversional”*³⁴⁶³. Sin embargo, la STS, de 14 de mayo de 1987³⁴⁶⁴ exige aceptación del reversionario.

La RDGRN, de 25 de febrero de 1992³⁴⁶⁵, “admite la inscripción en el Registro de la Propiedad de una donación con cláusula de reversión a favor de tercero constando la aceptación del donatario, sin necesidad de que se haya verificado también la aceptación del reversionario”.

³⁴⁵⁸ Se duda sobre la forma que requiere la aceptación. SIRVENT GARCIA, J., *La donación con cláusula de reversión*, cit., pp. 48 y ss.

³⁴⁵⁹ DÍEZ PASTOR, J. L., “La donación al no concebido”, *Anuario de la Academia Matritense del Notariado*, t. VI, 1952, p. 153; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre donaciones*, cit., pp. 411 y ss.

³⁴⁶⁰ SOTO BISQUERT, A., “La donación con cláusula de reversión en el CC”, cit., pp. 359 y ss.

³⁴⁶¹ RJ 1948, 303

³⁴⁶² TOL 1.577.949

³⁴⁶³ BARRAL I VIÑALS, I., “Comentario a la STS 15.07.2009”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 82, 2010, p. 575; comparte el criterio de la STS, señalando que la aceptación de los donatarios sucesivos no produce la eficacia de la transmisión del derecho. Indica que el donatario sucesivo puede rechazar la donación, o aceptarla.

³⁴⁶⁴ RJ 1987, 3442

³⁴⁶⁵ RJ 1992/2879. Señala: “En la donación con cargas o reversiones debe ser posible la inscripción del bien donado desde que consta la aceptación del donatario, sin necesidad de esperar a la aceptación de las personas favorecidas con las cargas, o reversiones. La aceptación del tercero favorecido quizá tardará en darse y, muchas veces, será incluso de momento imposible (cargas y reversiones en favor de personas nacederas).”.

9.5.4.- Revocación

Se discute si el donante puede con posterioridad revocar la reversión al tercero.

Un sector doctrinal estima que la donación reversional es un solo negocio jurídico de modo que una vez aceptada por el primer donatario deviene perfecta, y ya no puede modificarse, no cabe la revocación.

Otro sector doctrinal, por el contrario, entiende que hay tantos negocios como beneficiados; y que hasta que estos donatarios reversionarios acepten su donación, el donante puede revocar estos segundos o ulteriores negocios.

En contra de la revocación de la donación reversional a favor de terceros se pronuncia Díez Pastor³⁴⁶⁶ que considera la donación irrevocable. Sin embargo, Vallet de Goytisoló³⁴⁶⁷, basándose en argumentos históricos, defiende la revocación durante la pendencia de la donación reversional, ya que el donante no se obliga a mantener la donación, ni prometió realizarla a favor del tercero.

La STS, de 15 de julio de 2009³⁴⁶⁸, rechaza “la revocación de la donación con cláusula de reversión a favor de terceros una vez que ha sido aceptada la donación por el donatario (o al menos desde que el donante conoce la aceptación³⁴⁶⁹)”. En la STS, de 27 de diciembre de 1945³⁴⁷⁰, admite la revocación de la donación con cláusula de reversión.

La RDGRN, de 13 de diciembre de 1963³⁴⁷¹, “defiende la revocación de la donación con cláusula de reversión a favor de terceros”, pero en base en el art. 1257 CC.

9.6.- Efectos de la reversión

9.6.1.- Durante la fase de pendencia

Apunta Albiez Dohrmann³⁴⁷² que mientras no se produce el hecho reversional, “el donatario es pleno titular del bien³⁴⁷³”, pero su titularidad, como sostiene Nieto Alonso,

³⁴⁶⁶ DÍEZ PASTOR, J. L., “La donación al no concebido”, cit., pp. 155 y ss.

³⁴⁶⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre donaciones*, cit., pp. 418 y ss.

³⁴⁶⁸ TOL 1.577.949

³⁴⁶⁹ NIETO ALONSO, A., “Comentario al artículo 641”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 175-176.

³⁴⁷⁰ RJ 1945, 1308

³⁴⁷¹ RJ 1963, 4654

³⁴⁷² ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 641 CC”, cit., pp. 4892-4893.

³⁴⁷³ OSSORIO SERRANO, J. M., “El contrato de donación”, cit., p. 273.

es claudicante³⁴⁷⁴. “La plena titularidad que tiene el donatario le permite disponer libremente del bien donado” en función al título que tiene, “salvo que hubiera alguna clausula que limitara esa libre disponibilidad como una prohibición de disponer”.

El donatario debe ser “diligente en el uso y disfrute de la cosa (arts. 1122 y 1123 CC)”. Si su actuación es culposa o dolosa se le podrá exigir responsabilidad.

“Por ser titular del bien donado, los frutos, los gastos y las mejoras son del donatario hasta que se cumpla el hecho reversional” y salvo que la reversión adopte la forma de una sustitución fideicomisaria. Si el donatario es fiduciario se está a lo que dispone el art. 783 párr. 2º CC.

9.6.2.- Cumplido el hecho reversional

Producido este hecho, el principal efecto, sostiene Albiez Dohrmann³⁴⁷⁵, “es el retorno automático del bien donado al donante o su atribución automática al tercero reversionario³⁴⁷⁶”.

“Cualquier acto de administración, gestión o disposición se extingue”, “a no ser que los terceros sean de buena fe³⁴⁷⁷” o haya derechos especialmente protegidos (art. 480 *in fine*, LAU, LAR).

“La reversión sujeta a un hecho resolutorio se rige en cuanto a si el bien donado no existe, está deteriorado o se ha perdido, según la doctrina, por las reglas contenidas en los arts. 1122 y 1123 CC³⁴⁷⁸”. El donatario o sus herederos responderán en caso de pérdida o deterioro, conforme a estas reglas. Igual que si la reversión está sujeta a plazo.

³⁴⁷⁴ NIETO ALONSO, A., “Comentario al artículo 641”, cit., p. 172.

³⁴⁷⁵ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 641 CC”, cit., pp. 4894-4895.

³⁴⁷⁶ DÍEZ PASTOR, J. L., “La donación al no concebido”, cit., pp. 158-159.

³⁴⁷⁷ La cláusula de reversión puede constar en el Registro de la Propiedad en virtud del art. 51-6º RH.

³⁴⁷⁸ Art. 1122 CC: “*Cuando las condiciones fueren puestas con el intento de suspender la eficacia de la obligación de dar, se observarán las reglas siguientes, en el caso de que la cosa mejore o se pierda o deteriore pendiente la condición:*

1.ª *Si la cosa se perdió sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación.*

2.ª *Si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia, o no se puede recobrar.*

3.ª *Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor.*

4.ª *Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación y su cumplimiento, con la indemnización de perjuicios en ambos casos.*

5.ª *Si la cosa se mejora por su naturaleza, o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor.*

6.ª *Si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario.”*

Art. 1123 CC: “*Cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse lo que hubiesen percibido.*

En el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente.

La reversión tiene una eficacia retroactiva, pero no absoluta. Hasta el mismo momento de cumplimiento del hecho reversional, el donatario es titular de los frutos; “puede reclamar los gastos realizados para la obtención de frutos posteriores a la reversión; tiene derecho a retirar las mejoras que se puedan separar”. “En la donación reversional en forma de sustitución fideicomisaria, se debe estar al art. 783 párr. 2º CC y demás normas concordantes (en particular, los arts. 471 y ss. CC)”. Estos efectos puede limitarlos el donante en la donación mediante las cláusulas oportunas.

Sin embargo, la STS, de 18 de junio de 1990³⁴⁷⁹, “niega indemnización alguna a favor de quien ha recibido los bienes sujetos a reversión por cesión gratuita en caso de incumplimiento de determinadas obligaciones³⁴⁸⁰”.

En el mismo sentido, la STS, de 27 de marzo de 1993³⁴⁸¹ y la de 27 de enero de 2001³⁴⁸², que dice que el “*donatario a quien se le aplica la reversión, debe devolver lo donado, sin derecho a exigir una liquidación posesoria ni, mucho menos, la aplicación del art. 361 CC*”.

Si la cláusula de reversión consta en el RP, los reversionarios deben “acreditar el hecho reversional para que se produzca el cambio de titularidad registral”, debiéndose estar al art. 23 LH.

9.7.- Hijo con discapacidad

Esta donación puede ser útil y ofrece varias posibilidades a los padres de hijos con discapacidad, para beneficiarles.

Leña Fernández³⁴⁸³ señala que se puede hacer una donación a favor del hijo disminuido y que, “si este fallece sin descendientes antes que el donante o donantes, reviertan a estos los bienes donados”.

Lo más práctico es hacer una “reversión de la totalidad de los bienes donados a favor de ambos cónyuges donantes o del último que sobreviva”.

También pueden “los padres donantes añadir al pacto de reversión a su favor, una sustitución vulgar a favor de sus herederos, de alguno de ellos o de la persona que determinen”, para el caso de que los donantes falleciesen antes que el donatario. Y

En cuanto a las obligaciones de hacer y no hacer, se observará, respecto a los efectos de la resolución, lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.120.”

³⁴⁷⁹ RJ 1990, 4766

³⁴⁸⁰ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 641 CC”, cit., p. 4894.

³⁴⁸¹ RJ 1993, 1303

³⁴⁸² TOL 2.036.124

³⁴⁸³ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, cit., pp. 93-95.

pueden “condicionar la sustitución vulgar al evento que tengan por conveniente, p. ej., si el designado sustituto hubiera cuidado y atendido al disminuido”.

Los padres pueden optar por una reversión directa a favor de tercero, ya lo sea pura o condicionadamente, p. ej. si el hijo disminuido necesita cuidados especiales en una institución adecuada. Los padres pueden donar “a favor de su hijo disminuido disponiendo que, al fallecimiento de éste, reviertan los bienes donados a esa institución, bajo la condición de que por la misma se le hayan prestado durante su vida la asistencia y cuidados necesarios”.

Y pueden donar a otro hijo o a otra persona o institución, bajo la condición resolutoria o con la carga de cuidar y atender a su hijo disminuido con el pacto de reversión, de que si el donatario no cumpliese la condición, reviertan los bienes a los padres donantes o al último que sobreviva y, si ambos hubieren fallecido, a favor del propio hijo disminuido.

10.- Donación con reserva de la facultad de disponer por el donante

Art. 639 CC: “*Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos; pero, si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado*”.

Leña Fernández³⁴⁸⁴ indica que “el establecimiento de la reserva solo puede serlo a favor del donante, tiene carácter personalísimo³⁴⁸⁵ e intransmisible³⁴⁸⁶” y, por tanto, se extingue al fallecimiento del donante.

Cualquier pacto contrario iría en contra del precepto³⁴⁸⁷. No parece existir inconveniente en sustituir el término incierto de la muerte del donante por otro cualquiera³⁴⁸⁸.

Según Leña Fernández, “la facultad de disposición que el donante se reserva, puede comprender cualquier acto de disposición (oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis*

³⁴⁸⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, cit., p. 68.

³⁴⁸⁵ RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “Donación con reserva de facultad de disponer”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 16, 1968, p. 475.

³⁴⁸⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., p. 557.

³⁴⁸⁷ IRURZÚN GOICOA, D., “La donación con reserva de la facultad de disponer (Algunos problemas que plantea el art. 639 del Código Civil)”, Conferencia en el Colegio Notarial de Valencia el 25 de mayo de 1963, 1967, p. 40; RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “Donación con reserva de facultad de disponer”, cit., p. 454.

³⁴⁸⁸ El art. 639 CC establece esta reserva exclusivamente en favor del donante, pero podría hacerse en favor de otra persona, ya que sería una reversión a favor de tercero, válida, según el art. 641 CC.

causa) y puede serlo para cualquier caso o circunstancia”, al libre albedrío del donante, o para algún supuesto concreto (p. ej. para caso de necesidad).

La reserva de disposición a favor del donante no impide la voluntad de donar ni el desprendimiento de su patrimonio del bien donado, ya que estos requisitos tienen que darse en toda donación (STS, de 28 de abril de 1975³⁴⁸⁹).

La facultad de disposición reservada responderá a alguna causa, aunque no lo exija el art. 639 CC ni haga falta alegar ningún motivo³⁴⁹⁰. Suele condicionarse el ejercicio de la facultad de disponer a la necesidad del donante, sin que sea necesario, señala Albiez Dohrmann³⁴⁹¹, probar la situación real de necesidad, así la STS, de 22 de marzo de 1993³⁴⁹².

El donante, que “tiene un amplio poder para configurar la reserva de disposición³⁴⁹³, como afirma González-Meneses³⁴⁹⁴”, puede reservarse la disposición del bien donado en cualquier momento antes de su muerte; o establecer un plazo para el ejercicio de esta facultad. La disposición puede recaer sobre cualquier bien (indiviso, ganancial, etc.³⁴⁹⁵)”.

Leña Fernández³⁴⁹⁶ señala que el donatario podrá disponer de los bienes adquiridos por donación, pero sus actos de enajenación o gravamen quedarán afectados de resolución si el donante ejercita “la facultad de disponer reservada, facultad que, si se trata de bienes inmuebles, se habrá hecho constar en el Registro de la Propiedad, al inscribirse la donación de los mismos como una limitación del dominio adquirido por el donatario”.

10.1.- Bienes

³⁴⁸⁹ RJ 1975, 1891

³⁴⁹⁰ MARÍN CASTÁN, F., “Art. 639”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. IV, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 165.

³⁴⁹¹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 639 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4869-4870.

³⁴⁹² TOL 1.664.651

³⁴⁹³ BARRAL I VIÑALS, I., *La reserva de la facultad de disponer en la donación (Análisis del art. 639 CC)*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 260 y ss.

³⁴⁹⁴ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., “La donación”, cit., p. 781.

³⁴⁹⁵ FRANCH QUIRALTE, E., “La donación: concepto y naturaleza...”, cit. Dice que “en la donación de bienes gananciales, cuando ambos cónyuges donan conjuntamente y la reserva se establece en favor de ambos con carácter conjunto. En vida de ambos parece que la disposición estará sometida al 1377 CC. Si uno de ellos muere, hay varias soluciones posibles:

- 1.- Que el cónyuge sobreviviente ejercite por sí solo la facultad en su totalidad”.
- 2.- Ejercicio conjuntamente con herederos del premuerto.
- 3.- Que pueda ejercitarla sólo en cuanto a la mitad.
- 4.- Que se declare extinguida la facultad reservada.”.

³⁴⁹⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, cit., p. 69.

El precepto limita el campo de acción de esta reserva a “*algunos de los bienes donados o de alguna cantidad con cargo a ellos*”.

La doctrina se plantea si la reserva tiene que ser de algunos de los bienes donados o puede extenderse a todos, o al único bien donado.

10.1.1.- Algunos bienes

La postura tradicional es entender que la reserva debe ser de “parte” de los bienes, pero no de todos. Si se trata de un sólo bien puede reservarse la facultad de disponer de una cuota indivisa.

El donante no puede disponer de todos los bienes ni de todo el dinero porque si lo hiciera alteraría lo que es la donación: un negocio dispositivo de transmisión patrimonial.

Ataz López³⁴⁹⁷ afirma que “el TS se inclina por entender que el art. 639 CC no autoriza una reserva que recaiga sobre el total de los bienes donados, aunque no llega a declararlo tajantemente”. La limitación es defendida por la STS, de 7 de julio de 1978³⁴⁹⁸; y por las RRDGRN, de 28 de julio de 1998³⁴⁹⁹ y 27 de marzo de 2019³⁵⁰⁰.

Habría que analizar la cláusula de reserva concreta. Si el donante se reserva todas las facultades de disposición, incluso la administración (STS, de 27 de febrero de 2001³⁵⁰¹); habría que ver si realmente se está ante una donación o es una simulación.

10.1.2.- Todos los bienes

Parte de la doctrina defiende que se pueden reservar todos los bienes donados.

El art. 639 CC de modo literal solo se refiere a la reserva parcial, pero no es descabellado que pueda también comprender la reserva total, bastaría acudir al art. 641 CC y establecer la reversión para el caso en que el donante quiera disponer de ella. Si puede hacerse esta reserva indirectamente, parece lógico que también directamente. Otros autores que están en contra de la reserva total creen que acudir al art. 641 CC sería un fraude de ley.

³⁴⁹⁷ ATAZ LÓPEZ, J., “Comentario del art. 639”, en M. Pasquau Liaño (dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, t. II, 2ª ed., ed. Comares, Granada, 2009, pp. 1266-1267.

³⁴⁹⁸ TOL 2.190.320

³⁴⁹⁹ RJ 1998, 5985

³⁵⁰⁰ BOE-A-2019-5783

³⁵⁰¹ TOL 131.034

Franch Quiralte³⁵⁰² dice que también se argumentan “razones de interpretación, de irreflexiva traducción del Code o incluso en que al no haber límite cuantitativo el resto puede ser simplemente simbólico”. Y que el art. 639 CC está pensado para cuando se dona más de un bien y lo usual es que se done un bien concreto a un donatario donde no operaría esta limitación legal.

Albaladejo García³⁵⁰³ alega que el art. 639 CC no es una norma imperativa y se debe respetar la voluntad soberana del donante; si cabe imponer un derecho real que afecta a todo el bien donado, se puede establecer una reserva total; y que “no existe propiamente un tope para disponer de los bienes o del dinero³⁵⁰⁴”.

Según Barral i Viñals³⁵⁰⁵, la utilización de los adjetivos “*algunos*” y “*alguna*” indican la necesidad de determinación de los bienes a los que se sujeta la reserva, “siendo imprescindible la individualización de los bienes concretos”, pero no impide que alcance a todos los bienes donados o a una cantidad equivalente al valor de lo donado, por lo que según esta autora se admite la reserva total, pero no la genérica³⁵⁰⁶.

10.1.3.- *Alguna cantidad*

Es dudosa la expresión “*de alguna cantidad con cargo a ellos*”. Como señala Franch Quiralte³⁵⁰⁷, algunos creen que significa pretender del donatario el pago de una suma de dinero; y otros que como el art. habla de cantidad con cargo a los bienes, se refiere a la posibilidad de imponer una carga o un modo a la donación, o incluso constituir una hipoteca sobre lo donado.

10.2.- *Actos mortis causa*

La doctrina mayoritaria incluye los actos *inter vivos* y también los *mortis causa*, otros la limitan a disposiciones *inter vivos*.

Señala Albiez Dohrmann³⁵⁰⁸ que “el art. 620 CC³⁵⁰⁹ excluye en nuestro ordenamiento jurídico las donaciones *mortis causa*. La doctrina, casi unánime, ve en el

³⁵⁰² FRANCH QUIRALTE, E., “La donación: concepto y naturaleza...”, cit.

³⁵⁰³ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 639 CC”, cit, pp. 4871-4872.

³⁵⁰⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., pp. 549-550; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, t. II, vol. II, cit., p. 93.

³⁵⁰⁵ BARRAL I VIÑALS, I., *La reserva de la facultad de disponer en la donación...*, cit., p. 188.

³⁵⁰⁶ La cantidad o cosa de que se puede disponer, ha de estar totalmente determinada, tanto por exigencias de este precepto, como del art. 633 párr. 1º CC, que establece: “*Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.*”.

³⁵⁰⁷ FRANCH QUIRALTE, E., “La donación: concepto y naturaleza...”, cit.

³⁵⁰⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 639 CC”, cit, pp. 4871-4872.

art. 639 CC una excepción al art. 620 CC, al no distinguir entre actos de disposición *inter vivos* y *mortis causa*, lo que permite que el donante pueda disponer en virtud de la reserva de los bienes para después de la muerte, pudiendo instituir legados o la herencia en cosa cierta”. Para ellos, la facultad de disponer reservada “contiene implícitamente la posibilidad de disponer del bien o del dinero donado para después de la muerte³⁵¹⁰”, ya que el art. 639 CC no hace ninguna distinción, pero el tema no está claro porque el CC excluye las donaciones *mortis causa* y no hay en el art. reconocimiento explícito de la posibilidad de disponer para después de la muerte a favor de otra persona. La disposición *mortis causa* mediante la reserva a favor del donante introduce inseguridad jurídica³⁵¹¹. El cauce formal para disponer es “el testamento, pero el fundamento de este acto de disposición está en la reserva de disposición contenida en la donación. La donación *mortis causa*, entendida en su verdadero sentido, no produce en vida del donante un desplazamiento patrimonial³⁵¹², y, según el art. 620 CC, requiere, en cualquier caso, la formalidad testamentaria para que sea eficaz”.

10.3.- Adquisición del dominio por el donatario

Como apunta Franch Quiralte³⁵¹³, la mayoría de los autores “creen que en el momento de la donación se transmite el dominio al donatario (RDGRN, de 23 de octubre de 1980³⁵¹⁴); y califican jurídicamente el supuesto como donación sujeta a condición resolutoria, que es la disposición por el donante”.

Rodríguez Adrados³⁵¹⁵ dice que el dominio del donatario está sujeto no a una condición sino a una causa de revocación, la realización del acto dispositivo por el donante. Sostiene que “la facultad de disposición reservada por el donante no es el *ius disponendi* propio del dominio sino un derecho innominado. Este derecho sería personalísimo, de naturaleza real e inscribible en el registro.

³⁵⁰⁹ Art. 620 CC: “Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria.”.

³⁵¹⁰ RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “Donación con reserva de facultad de disponer”, cit., pp. 448-449; ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., pp. 553-555.

³⁵¹¹ NIETO ALONSO, A., “Comentario al artículo 639”, cit., pp. 162-163.

³⁵¹² MARÍN CASTÁN, F., “Arts. 644, 645 y 646”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. IV, ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 166-167.

³⁵¹³ FRANCH QUIRALTE, E., “La donación: concepto y naturaleza...”, cit.

³⁵¹⁴ BOE-A-1980-24564

³⁵¹⁵ RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “Donación con reserva de facultad de disponer”, cit., p. 471.

Otros autores sostienen que el donatario no adquiere el dominio hasta la muerte del donante, y califican jurídicamente el supuesto como donación sujeta a condición suspensiva e incluso algunos como caso de donación *mortis causa*”.

Irurzún Goicoa³⁵¹⁶ critica la calificación de condición y sostiene que no puede adquirir el donatario el dominio si no tiene el *ius disponendi*. Cree que el dominio se adquiere al fallecer el donante y antes existe, si se han entregado los bienes un goce y disfrute precarios, que no conceden al donatario derecho alguno de naturaleza real. Se trata de una donación de residuo o de eo *quod supererit*”.

Destaca Albiez Dohrmann³⁵¹⁷ que es una situación jurídica “parecida a la que tiene el donatario en una donación sujeta a una reversión convencional (art. 641 CC). También existen semejanzas con la revocación de las donaciones por causas legales (arts. 644 y ss. CC)”. El donatario es pleno titular del bien donado y puede administrarlo y disponer de él. Aunque si el donante ejerce su derecho, se produce la resolución de la donación, pero respetando los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

El donatario, como propietario, “tiene derecho a los frutos hasta el mismo momento en que el donante haga uso de la disposición. A partir de entonces, el donatario será un precarista, debiéndose proceder a la liquidación del estado posesorio (arts. 451 y ss. CC)”.

11.- Pago de deudas

Art. 642 CC: “*Si la donación se hubiere hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, como la cláusula no contenga otra declaración, sólo se entenderá aquél obligado a pagar las que apareciesen contraídas antes.*”.

Es la asunción de las deudas del donante por el donatario.

El donatario no responde por las deudas del donante a no ser que asuma la carga de su pago o la donación se haya hecho en fraude de acreedores, supuesto al que se refiere el art. 643 CC.

La deuda que acepta pagar el donatario puede ser inferior, igual o superior al valor del bien donado. Solo cuando la deuda sea inferior estaremos ante una donación. Según

³⁵¹⁶ IRURZÚN GOICOA, D., “La donación con reserva de la facultad de disponer...”, cit.

³⁵¹⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 639 CC”, cit., p. 4875.

Manresa y Navarro³⁵¹⁸, en los demás casos no es una verdadera donación, sino un contrato distinto. En cada caso habrá que examinar la voluntad de los contratantes. Los arts. 619 y 622 CC admiten la donación onerosa, donde predomina el *animus donandi*, aunque es contradictorio que se reciba un bien a título gratuito a cambio de una obligación de pago igual o superior al valor del bien donado. De Castro García³⁵¹⁹ considera que el donatario no debería pagar más de lo que vale el bien donado.

Si el donatario acepta el pago de deudas del donante es propiamente uno de los supuestos de donación modal.

Para Albiez Dohrmann³⁵²⁰, este pago de las deudas del donante puede establecerse “como carga o como condición”, dependiendo de cómo esté redactada la cláusula de pago. Si se configura como carga, “el incumplimiento del pago sería una causa de revocación de la donación”, del art. 647 CC. Si como condición, se produciría la resolución de la donación fundada en el art. 1124 CC.

El pago del donatario de la obligación del donante, aceptado por el acreedor, libera al donante de la deuda.

“La forma de pago depende del tipo de deuda (dineraria, en especie o, incluso, puede consistir una obligación de hacer a favor de una tercera persona). La deuda dineraria debe estar previamente determinada³⁵²¹” y ser líquida, vencida y exigible. Manresa y Navarro³⁵²² considera “que las deudas aceptadas por el donatario deben constar de manera fehaciente”, aunque nada dice el art. 642 CC. “No hay que descartar que la obligación pueda ser de futuro, siempre y cuando se pueda determinar. El momento y el lugar del pago deben estar concretados y la obligación impuesta al donatario debe coincidir con la obligación existente entre el donante y el acreedor”. Si se modifica la obligación debería tener el consentimiento del acreedor.

No es admisible el pacto de que “el donatario acepte el pago de todas las deudas del donante, asumiendo una responsabilidad universal”, porque la donación universal “es contraria a nuestro derecho”, “además de desnaturalizar por completo la donación”.

³⁵¹⁸ MANRESA Y NAVARRO, J, M^a., “Comentario al art. 642”, en *Comentarios al Código Civil español*, t. V, 5^a ed., ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1932, p. 147.

³⁵¹⁹ DE CASTRO GARCÍA, J., “Comentario del art. 643”, en J. L. Albácar López (dir.), *Código Civil Doctrina civil y Jurisprudencia*, t. III, 4^a ed., ed. Trivium, 1995, p. 136.

³⁵²⁰ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 643 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4897-4900.

³⁵²¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, cit., pp. 504-511.

³⁵²² MANRESA Y NAVARRO, J, M^a., “Comentario al art. 643”, cit., p. 147.

12.- Fraude de acreedores

Art. 643 CC: *“No mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de los acreedores.*

Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella.”.

Otros arts. del CC están relacionados con este, se refieren a la acción rescisoria por fraude de acreedores, llamada también acción pauliana.

El art. 1111 CC, que establece: *“Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho.”.*

El art. 1291.3º CC, que establece que son rescindibles los contratos: *“3.º Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.”.*

Y el art. 1297 párr. 1º CC, que establece: *“Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.”.*

Albiez Dohrmann³⁵²³ señala que “los acreedores pueden pedir la rescisión de la donación por fraude, teniendo a su favor dos presunciones, una genérica, se presume fraudulenta toda enajenación gratuita; y otra específica, se presume fraudulenta toda donación en la que el donante no se haya reservado bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella”.

La jurisprudencia del TS considera que son normas complementarias. La STS, de 30 de enero de 2004³⁵²⁴, dice: *“a) Consta la existencia de un crédito a favor de la entidad actora contra los demandados [...] b) Hay una efectiva transmisión de bienes por los deudores a terceros con posterioridad a la generación de la deuda (SS. 7 abril 2000; 29 marzo 2001³⁵²⁵), [...] c) Existe perjuicio del acreedor —«eventus damni»— por la falta de solvencia de los deudores y carencia de otro recurso legal para hacer*

³⁵²³ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 643 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4902.

³⁵²⁴ TOL 348.803

³⁵²⁵ Id Cendoj: 28079110012001101600

efectivo el crédito —imposibilidad de cobrar—; y, d) Finalmente, concurre el carácter fraudulento de la enajenación por cuanto se trata de una donación, la cual se presume fraudulenta de conformidad con lo establecido en los arts. 643, párr. 2º [...] y 1.297, párr. 1º [...] del CC, sin que obste [...] si la presunción es «iuris tantum» (SS. 7 marzo³⁵²⁶, 11 abril³⁵²⁷ y 11 octubre 2001³⁵²⁸), o «iuris et de iure» (SS. 18 enero 1991³⁵²⁹, 16 febrero 1993³⁵³⁰, 19 septiembre 2001 y 22 abril 2003³⁵³¹), porque no hay prueba alguna en contrario de tal apreciación; y, por otra parte, en el caso de la donación no es necesario demostrar ningún concierto del donatario con los donantes (S. 11 abril 2001³⁵³²)”. La STS, de 30 de mayo de 2008³⁵³³, se pronuncia en términos idénticos.

La STS, de 17 de julio del 2000³⁵³⁴, afirma que “el art. 643 no concede al acreedor defraudado por la donación, además de la acción rescisoria (art. 1.291.3 y 1.297 en relación con el art. 1.111, todos del CC) otra contra el donatario, sino que recoge lo que es esencia de la rescisión: cobrarse con los bienes donados a través de la rescisión de la donación. La presunción de fraude en la donación se obtiene directamente del art. 1.297, pero ello no legitima para ejercitar la acción rescisoria, sino que ha de concurrir el requisito de la subsidiaridad, que los acreedores defraudados no puedan cobrar de otro modo lo que se les debe (arts. 1.291 y 1.294 del CC), y en el art. 643 se expresa lo mismo con la exigencia de que el donante no se reserve bienes bastantes para el pago de las deudas.”.

13.- Donaciones *mortis causa*

Indica Albiez Dohrmann³⁵³⁵ que el negocio jurídico *mortis causa* “es aquel en que una persona dispone sobre su patrimonio, para después de su muerte³⁵³⁶”. En España, los tipos negociales *mortis causa* son escasos, prácticamente se reduce al testamento

³⁵²⁶ Id Cendoj: 28079110012001101531

³⁵²⁷ Id Cendoj: 28079110012001101963

³⁵²⁸ Id Cendoj: 28079110012001102299

³⁵²⁹ Id Cendoj: 28079110011991101539

³⁵³⁰ Id Cendoj: 28079110011993103779

³⁵³¹ Id Cendoj: 28079110012003101790

³⁵³² Id Cendoj: 28079110012001101963

³⁵³³ TOL 1.331.051

³⁵³⁴ TOL 7.298

³⁵³⁵ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 620-621 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4741-4745.

³⁵³⁶ FLUME, W., *El negocio jurídico*, J. Mª. Miquel González/E. Gómez Calle (trads.), ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 186.

unipersonal, en el que además, la autonomía de la voluntad del testador está bastante limitada por las legítimas. Podría incluirse también la donación *mortis causa*³⁵³⁷, pero el art. 620 CC dice: “*Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria.*”³⁵³⁸, con lo que la excluye.

Si bien existen dos excepciones:

a) La reversión de los bienes donados *inter vivos*, en favor de un tercero, a la muerte del donatario, según el art. 641 CC.

b) Las donaciones *propter nuptias* conforme al art. 1341 párr. 2º CC³⁵³⁹.

“Los negocios jurídicos *inter vivos* despliegan su eficacia” entre vivos, pero algunos pueden producir “efectos después de la muerte de una de las partes”, a favor de la otra o de un tercero³⁵⁴⁰. “En estos, la muerte no es la causa del negocio”³⁵⁴¹, sino solo su efecto desencadenante”.

No hay ningún impedimento en hacer una donación *inter vivos* que se condicione a la muerte.

La RDGRN de 27 de marzo de 2019³⁵⁴², sobre el otorgamiento de “*una donación [...] en que los donantes se reservan el usufructo vitalicio de una finca, y [...] se establece una prohibición de disponer por actos inter vivos mientras vivan los donantes, y un derecho de reversión a favor de los donantes a su libre voluntad*”; el Registrador indica que “*no puede considerarse que estemos ante una verdadera donación inter vivos y como tal inscribible, porque no existe desplazamiento patrimonial alguno actual a favor del donatario. Es decir, todo lo que se pacta es legal, individualmente considerado, pero su combinación impide que se pueda calificar el negocio de donación inter vivos ya que el donatario no adquiere derecho alguno hasta el fallecimiento de ambos donantes*”. Resuelve la DRGN que para el derecho común,

³⁵³⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., p. 274; indica que no puede hablarse con exactitud de un tipo negocial de negocio *mortis causa*, dada la variedad de figuras que comprendería.

³⁵³⁸ SSTs, de 9 de abril de 1942 (RJ 1942, 460), 8 de julio de 1943 (RJ 943, 855), 19 de junio de 1956 (RJ 1956, 2712), 27 de marzo de 1957 (RJ 1957, 1573), 7 de junio de 1960 (RJ 1960, 2082), 23 de febrero de 1963 (RJ 1963, 1181), 28 de octubre de 1965 (RJ 1965, 4747), 7 de enero de 1975 (RJ 1975, 12) y 13 de junio de 1994 (TOL 1.665.043).

³⁵³⁹ Art. 1341 párr. 2º CC: “*Igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada.*”.

³⁵⁴⁰ FLUME, W., *El negocio jurídico*, cit., p. 189.

³⁵⁴¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., pp. 195 y ss. La muerte como causa es una característica esencial de los negocios jurídicos *mortis causa*.

³⁵⁴² BOE-A-2019-5783

“las donaciones «*mortis causa*» en sentido estricto (no las donaciones «*inter vivos*» con eficacia «*post mortem*») se rigen en todo por las reglas de los legados y han de otorgarse en forma testamentaria —no de donación—, siendo esencialmente revocables”.

El art. 620 CC no ha alterado el concepto clásico de donación *mortis causa*, es decir aquella hecha en consideración a la muerte del donante.

En ella, “no hay ningún desprendimiento patrimonial en vida del donante” (SSTS, de 7 de noviembre de 1979³⁵⁴³, 24 de febrero de 1986³⁵⁴⁴ y 9 de junio de 1995³⁵⁴⁵). Lo esencial de esta donación es que el donante no abdica de la titularidad de la cosa donada, sino que conserva su dominio.

La doctrina se divide al hablar de su autonomía y posible régimen jurídico.

Vallet de Goytisolo³⁵⁴⁶ afirma que las donaciones *mortis causa* conservan sus caracteres peculiares dentro de nuestro CC, que participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, pero no se identifiquen con ellas.

Pero la mayoría de la doctrina, y toda la jurisprudencia, estiman que las donaciones *mortis causa* y su concepto jurídico han desaparecido como categoría jurídica específica de nuestro derecho común, asimilándose a los legados, incluso formalmente (Roca-Sastre³⁵⁴⁷, Castán Tobeñas³⁵⁴⁸, Parra-Jiménez³⁵⁴⁹, etc.).

En consecuencia, tales donaciones deben cumplir los requisitos formales de los actos de última voluntad; y serán revocables, independientemente de que el donante transmita la posesión de la cosa donada al donatario; y por su esencia, exigen que el donatario sobreviva al donante.

En nuestro derecho, las atribuciones patrimoniales a causa de muerte son diferentes a la clásica donación *mortis causa*.

Habrà que examinar el caso concreto para determinar el tipo de donación. Si el disponente no se manifiesta con claridad, lo más importante es si en vida del donante ya se ha producido un desprendimiento patrimonial³⁵⁵⁰. Y esto no siempre está claro. De la concepción de lo que significa el desprendimiento patrimonial en la donación, depende que sean admitidos, en mayor o menor grado, negocios jurídicos gratuitos entre vivos de

³⁵⁴³ RJ 1979, 3644

³⁵⁴⁴ RJ 1986, 935

³⁵⁴⁵ TOL 1.657.925

³⁵⁴⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre donaciones*, cit., p. 404.

³⁵⁴⁷ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, t. I, cit., p. 31.

³⁵⁴⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV, cit., p. 228.

³⁵⁴⁹ PARRA JIMÉNEZ, J., “De nuevo sobre la donación *mortis causa* y el Código civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T. XXV, nº 286, 1952, pp. 185-203.

³⁵⁵⁰ El pago de las primas del seguro a causa de muerte.

naturaleza atributiva, cuya eficacia definitiva queda aplazada hasta el fallecimiento del disponente.

14.- Otras cláusulas

14.1.- Donación con prohibición de disponer

Se basa en el art. 26 tercera LH³⁵⁵¹. Dicha prohibición se puede concretar como se estime conveniente.

Para Albiez Dohrmann³⁵⁵², “la prohibición absoluta de disponer del bien donado sería una cláusula nula (STS, de 3 de marzo de 1995³⁵⁵³). Es frecuente que se limite la posibilidad de disponer el bien donado hasta cierta edad (STS, de 25 de enero de 2008³⁵⁵⁴)”.

La prohibición de disposición debe ser tratada como una obligación de no disponer, sin perjuicio de que pueda tener trascendencia jurídico-real cuando se inscriba”.

14.2.- Donación con reserva de usufructo

Es una donación que divide la propiedad en usufructo y nudapropiedad.

La donación con reserva de usufructo puede establecerse con un límite de tiempo concreto o hasta la muerte del donatario.

Se basan en los arts. 469, 521 y 640 CC, que establecen:

Art. 469 CC: “*Podrá constituirse el usufructo en todo o en parte de los frutos de la cosa, a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente, y en todo caso desde o hasta cierto día, puramente o bajo condición. También puede constituirse sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo o intransmisible.*”

Art. 521 CC: “*El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere.*”

³⁵⁵¹ Art. 26 LH: “Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas:

Tercera. Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez.”

³⁵⁵² ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 639 CC”, cit., p. 4876.

³⁵⁵³ RJ 1995, 1776

³⁵⁵⁴ RJ 2008, 225

Art. 640 CC: “También se podrá donar la propiedad a una persona y el usufructo a otra u otras, con la limitación establecida en el artículo 781 de este Código.”.

Puede reservarse el usufructo para una persona o varias, caso común de los padres que se reservan el usufructo vitalicio conjunto o sucesivo.

Leña Fernández³⁵⁵⁵ indica que “los padres podrán donar a su hijo disminuido determinados bienes gananciales reservándose, mientras vivan, el usufructo de los mismos, con lo que el donatario tendrá sólo, mientras vivan los donantes o uno de ellos (art. 521 CC), la nuda propiedad de los bienes donados. También podrá uno de los padres donar a su hijo disminuido la nuda propiedad de un bien privativo reservándose a su favor y, sucesivamente, a favor de su cónyuge el usufructo del mismo”.

Las donaciones con reserva de usufructo conjunto o sucesivo son estipulaciones entre vivos, señala Albiez Dohrmann³⁵⁵⁶ “que no estamos ante una donación *mortis causa* o un pacto sucesorio. Al morir uno de los usufructuarios no nace un nuevo derecho a favor de los usufructuarios supervivientes, lo que hay es “un acrecimiento impropio, que no es de naturaleza sucesoria”.

14.3.- Donación con reserva de usufructo y facultad de disponer

Puede resultar útil disponer de un bien a favor de la persona que pretendes que te cuide si lo necesitas. Pero el donante se reserva la facultad de usarlo, con lo que nunca se verá privado del disfrute del mismo, y en su caso, disponer de él sin necesidad de justificación. Si no está satisfecho con el comportamiento de la persona en cuestión y conserva capacidad suficiente podrá venderlo y obtener recursos para satisfacer sus necesidades³⁵⁵⁷.

Pero para que exista donación es imprescindible que exista *animus donandi*.

14.4.- Donación con aplazamiento de entrega

De modo que el donante retiene el bien en su poder hasta que determine: puede ser hasta su muerte o puede fijar un plazo concreto de entrega.

La donación se perfecciona en vida del donante a favor del donatario, lo que se aplaza es la entrega de la posesión del bien donado. Puede ser por cualquier motivo que

³⁵⁵⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, cit., p. 74.

³⁵⁵⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 620-621 CC”, cit., p. 4759.

³⁵⁵⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 620-621 CC”, cit., pp. 4759-4761.

no es necesario justificar, pero si se explicita en la donación será más práctico para evitar problemas y poder cumplir la voluntad del donante, p. ej.: donación de un vehículo que se entregará al donatario cuando tenga el carnet de conducir, de disfrutar el donante de lo donado hasta su fallecimiento: cuadros, libros, etc., o cualquier otro.

14.5.- Seguro de vida a favor de tercero *post mortem*

Aclara Albiez Dohrmann³⁵⁵⁸ que “los contratos de seguro de vida a causa de muerte o de vida de naturaleza mixta” operan “fuera del derecho sucesorio”. Así, el art. 88 párr. 1º LCS, según el cual “*La prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos [...]*”. El art. 84 párr. 3º LCS establece que “*Si en el momento del fallecimiento del asegurado no hubiere beneficiario concretamente designado, ni reglas para su determinación, el capital formará parte del patrimonio del tomador.*”.

Este seguro se caracteriza por una atribución directa a favor de una persona (beneficiaria) extraña a la relación de seguro que existe entre el tomador y la entidad aseguradora.

El beneficiario tiene un derecho propio a la suma asegurada, por lo que no hay que confundir la posición jurídica del beneficiario con la de los herederos del asegurado, ni siquiera cuando coincida en una misma persona ambas posiciones. Indica la STS, de 1 de diciembre de 1987³⁵⁵⁹, que “*se trata de un derecho que surge, directamente y al margen de la sucesión mortis causa, de la condición de beneficiario de la póliza de seguro*”. “En la misma línea se mueve la STS, de 22 de diciembre de 1944³⁵⁶⁰”. Vallet de Goytisolo³⁵⁶¹ ve “en este tipo de seguros una donación indirecta” y otros “un contrato que participa a su vez de la naturaleza de las atribuciones *mortis causa* (Sánchez Arísti³⁵⁶², Cantero Núñez³⁵⁶³ y Pardo García³⁵⁶⁴)”.

³⁵⁵⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 620-621 CC”, cit., pp. 4765-4766.

³⁵⁵⁹ RJ 1987, 8804

³⁵⁶⁰ RJ 1944, 1392

³⁵⁶¹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre donaciones*, cit., pp. 247 y ss.

³⁵⁶² SÁNCHEZ ARISTI, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, cit., p. 204; defiende una aproximación del contrato de seguro de vida por causa de muerte al testamento, pero no el asimilarlo a los pactos sucesorios.

³⁵⁶³ CANTERO NÚÑEZ, F. J., “El patrimonio y el beneficiario del seguro de vida para caso de muerte”, en M. Garrido Melero/J. M. Fugardo Estivill (coord.), *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, t. I, ed. Bosch, Barcelona, 2010, pp. 119 y ss.

³⁵⁶⁴ CANTERO NÚÑEZ, F. J. y PARDO GARCÍA, H. R., “Acerca de la designación de beneficiario de un seguro de vida desde la óptica del Derecho de sucesiones”, *Revista de Derecho Privado*, nº 80, octubre, 1996, p. 707.

Normalmente el beneficiario vendrá designado en la póliza, pero el testamento puede ser la vía para designar al beneficiario; pero ello no significa “que tenga la consideración de heredero o de legatario”. “No es una declaración propiamente sucesoria” sino atípica.

Tirado Suárez³⁵⁶⁵ “afirma que el derecho que adquiere el beneficiario es una adquisición originaria y no derivativa”, por lo que “la posición jurídica del beneficiario es autónoma e independiente respecto a la del tomador”. Pérez Conesa³⁵⁶⁶ la considera “incardinable en la estipulación a favor de tercero, con la particularidad de que es *post mortem*”.

14.6.- Planes de pensiones y mutualidades de previsión social

Ambos instrumentos son muy útiles, indica Albiez Dohrmann³⁵⁶⁷, “para atribuir un capital a terceras personas después de la muerte del titular o mutualista”.

Al igual que en el caso “de un seguro de vida por causa de muerte o mixto”, “la designación de terceras personas para después de la muerte del titular o mutualista tiene como efecto principal, en caso de la supervivencia de aquéllas, una adquisición que es originaria y no derivativa³⁵⁶⁸”.

También es absolutamente independiente de la condición de heredero y corresponderá a quien se haya designado como beneficiario.

15.- Utilidades

La donación puede ser útil para conseguir diversas finalidades, de modo especial la donación entre padres e hijos puede ser muy práctica, en las CCAA que tengan bonificaciones fiscales. Con estas donaciones se resuelven con anticipación los problemas que pueda plantear la sucesión.

Tiene más interés aun en el caso de que exista algún hijo incapaz, ya que a través de esta figura se pueden realizar múltiples medidas para asegurar su bienestar. Entre otras:

³⁵⁶⁵ TIRADO SUÁREZ, F. J., en M. Motos/M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial, Ley de Contrato de Seguro*, t. XXIV, vol. 3º, ed. Edersa, Madrid, 1989, p. 214.

³⁵⁶⁶ PÉREZ CONESA, C., *El contrato a favor de tercero*, ed. Comares, Granada, 1990, pp. 297 y ss.

³⁵⁶⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Arts. 620-621 CC”, cit., p. 4766.

³⁵⁶⁸ TIRADO SUÁREZ, F. J., “Posición jurídica de los promotores, partícipes y beneficiarios”, en AA.VV., *Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones*, ed. Española de Seguros, Madrid, 1989, p. 109.

1.- Donar al hijo capaz a través de una donación modal. Imponiendo la obligación de atender económica y personalmente al hermano con discapacidad.

2.- Donar al hijo con discapacidad con cláusula de reversión a favor del hijo capaz, sujetando la reversión a la condición suspensiva de que el segundo atienda al primero.

3.- Donar el usufructo incluso con facultad de disposición a favor de una persona y la nuda propiedad a favor del discapacitado. Imponiendo un modo o carga al donatario que aseguraría que el rendimiento económico del bien o de su disposición, repercutan en el nudo propietario.

4.- Donar el usufructo al discapacitado para que se beneficie directamente de los frutos del bien y la nuda propiedad al capaz asegurando la transmisión de los bienes.

5.- En general, realizar cualquier donación a cualquier persona sujeta a la condición u obligación, según se desee de que cuide al discapacitado.

VI.- PATRIMONIO PROTEGIDO

1.- Concepto

En desarrollo del art. 49 CE: *“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*; y en cumplimiento de una obligación constitucional del Estado, para regular los aspectos patrimoniales de la protección de los discapacitados se elaboró la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC, de la LEC y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Posteriormente se ha promulgado la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la CDPD y el RD Leg. 1/2013, de 29 de septiembre, por el que se aprueba el TRLGDPD.

La LPPD es la que introduce en nuestro derecho la figura del patrimonio protegido. Dicha Ley consta de tres capítulos:

El primero, *“Patrimonio protegido de las personas con discapacidad”* (arts. 1 a 8), regula los aspectos civiles del patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

El segundo, “*Modificaciones del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, (arts. 9 a 14), modifica el CC y la LEC en cuestiones relacionadas con la discapacidad: autotutela, régimen sucesorio, mandato, contrato de alimentos, procesos sobre capacidad de las personas.

El tercero, “*Modificación de la normativa tributaria*”, (arts. 15 a 17), modifica la normativa tributaria y contiene la regulación fiscal del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Es la parte más extensa y compleja de la Ley, la técnica utilizada es la de modificar las leyes fiscales afectadas (LIRPF, LIS, LTPyAJD y la LIP en Disp. ad. 2ª).

La Exposición de motivos de la Ley es muy clarificadora, según ella “*tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de la personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial.*”

De esta forma, el objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma.

Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico.

Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.”

Art. 1 LPPD: Objeto y régimen jurídico. “*1. El objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.*

Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad.

2. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil.”

García Medina³⁵⁶⁹ lo define como un conjunto de bienes y de derechos, así como sus frutos, productos y rendimientos; que, consecuencia de un acto voluntario y formal, quedan afectos a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad.

Supone la posibilidad de formar un patrimonio, agrupando un conjunto de bienes, dinero y derechos del que solo puede beneficiarse su titular que debe ser una persona con discapacidad.

2.- Caracteres

Del art. 1 y de la Exposición de motivos de la LPPD inferimos los siguientes caracteres de este patrimonio:

- Es especial, aislado del resto del patrimonio del interesado, los bienes y derechos que lo componen se someten a un régimen específico de supervisión, administración, disposición y extinción.

- Es de destino, de modo que los elementos que lo integran se vinculan a la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado.

- No tiene personalidad jurídica propia.

- No es irresponsable ya que los bienes que lo integran responden como el resto de sus bienes de las deudas del incapaz.

- Es limitado. La normativa no protege todo el patrimonio de las personas con discapacidad, solo el patrimonio formado por los bienes que se integran en ese régimen especial³⁵⁷⁰, el que se ha constituido de forma expresa cumpliendo las solemnidades que dicta la Ley. Por lo que no se extiende al resto del patrimonio de las personas con discapacidad.

3.- Ventajas

Este patrimonio protegido presenta numerosas ventajas:

- No hace falta una incapacitación judicial para poder constituirlo, por lo que no es necesario un proceso de modificación del estado civil de la persona favorecida. Se

³⁵⁶⁹ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., p. 5.

³⁵⁷⁰ Bien en su creación o bien por aportación posterior o en sustitución de otros aportados, por subrogación real.

puede aplicar desde el momento en que se posee el certificado administrativo acreditativo del grado de minusvalía.

- Quien constituya el patrimonio puede configurar libremente el régimen de administración. Pueden adecuarlo a la capacidad concreta del beneficiario y a la evolución del mismo y fijar los controles que tenga por conveniente.

- Se agiliza la continuidad en el cargo evitando vacíos, si los administradores no pueden ejercer el cargo, por fallecimiento o incapacidad o cualquier otra causa, entran automáticamente en el cargo previa aceptación los sucesores que estuvieran previstos. No hay que cumplir más trámites judiciales o hereditarios.

- Es una solución para muchas contingencias: una partición de herencia que no ampare las necesidades del hijo con discapacidad, si los padres presumen actos dispositivos poco acertados de los hijos con discapacidad, en casos de padres divorciados o separados que desconfían mutuamente de la administración de los bienes o de la liquidación de gananciales.

- Tiene algunas ventajas fiscales, aunque quizás no todas las que debiera, como que el aportante a efectos del IRPF reduzca su renta hasta los topes anuales establecidos.

Rueda Díaz de Rábago³⁵⁷¹ destaca “la importancia de la figura del patrimonio protegido como instrumento que permite la autonomía y desarrollo de las personas con discapacidad, si bien, para una mayor eficacia, se hace imprescindible”: el incremento de los beneficios fiscales y mayor información y difusión de su contenido y eficacia a los colectivos implicados.

4.- Diferencias con figuras similares

En los estudios previos a la Ley, se analizaron una serie de figuras que se caracterizan por ser un patrimonio separado.

4.1.- Las fundaciones

Las fundaciones se diferencian del patrimonio protegido porque tienen personalidad jurídica propia, o sea, pueden ser titulares de derechos y obligaciones como cualquier otra persona jurídica.

³⁵⁷¹ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., p. 296. Recoge una conclusión de Bilbao-II 2006.

En los patrimonios protegidos el único titular es la persona con discapacidad beneficiaria de la misma, que es la que tiene personalidad jurídica, si bien tales bienes y derechos tienen un régimen de administración y disposición, diferente del resto de sus bienes.

Pero en nuestro derecho están prohibidas las fundaciones de interés particular. Así resulta del art. 3.3 de la Ley de Fundaciones 50/2002, que establece: “3. *En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.*”.

Según Leña Fernández³⁵⁷² buena parte de los problemas se solucionarían si se permitiese constituir fundaciones de interés particular bajo el presupuesto de la discapacidad del beneficiario, al cabo, la atención de la discapacidad es también interés general.

4.2.- El trust

4.2.1.- Concepto

Esta figura, que abunda en los países anglosajones, permite que bienes y derechos se destinen a fines concretos, en este aspecto es lo mismo que sucede en el patrimonio protegido.

Pero en el *trust* la titularidad está dividida. Hay un *legal owner* que es el *trustee* que es dueño en ciertos aspectos y que tiene el control del *trust*. Y el *beneficial owner* o beneficiario que es el titular como destinatario de los rendimientos.

Señala Morales Ferrer³⁵⁷³ que se aplica esta figura “en el ámbito internacional para la protección de las personas con discapacidad con el nombre *trusts for disabled*³⁵⁷⁴”. Esta figura jurídica favorece la limitación de responsabilidades entre

³⁵⁷² LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1997.

³⁵⁷³ MORALES FERRER, S., *El concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, cit., pp. 153-170.

³⁵⁷⁴ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El Instituto del Trust en los Sistemas Legales Continentales y su compatibilidad con Los Principios del Civil Law*, ed. Aranzadi, Navarra, 2005, p. 49, que indica que “la clasificación tradicional que se suele hacer a los *trusts*- además de la referencia de los fines perseguidos: *trusts mortis causa*, *trust for sale*, *trusts for disabled*, *charitable trusts*, *pension trusts*, *security trusts*, entre otros”.

ambos patrimonios, el patrimonio principal y el protegido de la persona con discapacidad, por ello muchos juristas están a favor del mismo.

Virgós Soriano³⁵⁷⁵ apunta que el *trust* “consiste en la transferencia de la propiedad de un bien de una persona (el fundador, constituyente o *settlor*) a otra (el *trustee*), mediante un acto jurídico por efecto del cual el *trustee* adquiere la propiedad de ese bien sujeto a la obligación legal de administrarla y disponer de ella en interés de otra persona (el beneficiario) o de un objetivo determinado”. Gortázar Lorente³⁵⁷⁶ indica que el *trust* actúa “refiriéndose a las relaciones creadas por una persona cuando en virtud de un acto inter vivos o mortis causa coloca bienes bajo control de otra persona en interés de un beneficiario o con un fin determinado”.

El Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985, sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento³⁵⁷⁷, establece los *Principles of European Trust Law*, publicado en 1999, ofrece reglas para su desarrollo en los países europeos que deseen implantar la figura jurídica del *trust*, pues surgen problemas en la adaptación del *trust* anglosajón en los sistemas del *Civil Law*”.

Gortázar Lorente³⁵⁷⁸ destaca el éxito de la institución del *trust* por:

- La separación de patrimonios.
- La flexibilidad, hay tres partes (fundador o constituyente, *trustee* o gestor fiduciario y beneficiario), que pueden ser ocupadas por personas distintas, físicas o jurídicas; pero una misma persona pueda estar en más de una de estas posiciones.
- La versatilidad. Un fin público como la caridad o beneficencia; o un interés particular o privado, como la planificación de la sucesión o la protección de una persona con discapacidad.
- La neutralidad fiscal. El *trust* está unido a “la existencia de un panorama tributario que contribuya a su implantación y desarrollo, mediante la adopción de políticas fiscales favorables con un efecto neutral en su constitución, y, es beneficioso en el tratamiento de los rendimientos y ganancias que se integran en el patrimonio fiduciario gestionado por el *trustee*”.

4.2.2.- Diferencias con el patrimonio protegido

³⁵⁷⁵ VIRGÓS SORIANO, M., *El trust y el Derecho español*, ed. Aranzadi, Navarra, 2006, p. 22.

³⁵⁷⁶ GORTÁZAR LORENTE, C., “Trust y empresa familiar”, en E. Arroyo i Amayelas (dir.), *El Trust en el Derecho Civil*, ed. Bosch, Barcelona, p. 520.

³⁵⁷⁷ Consultado en: <<https://assets.hcch.net/docs/07ea0975-a3d8-43a6-be2f-4b55f8c3a996.pdf>>

³⁵⁷⁸ GORTÁZAR LORENTE, C., “Trust y empresa familiar”, cit., pp. 518-519.

Morales Ferrer³⁵⁷⁹ destaca que las dos figuras jurídicas “tienen como finalidad la constitución de una masa patrimonial”, “cuyo destino es la satisfacción de las necesidades de las personas discapacitadas”.

La administración de ambos suele corresponder a una persona distinta del beneficiario, que es la persona discapacitada; y se reconoce a quienes realizan aportaciones la posibilidad de establecer el destino ulterior de los bienes o derechos aportados.

Martín Santiesteban³⁵⁸⁰ señala que la Ley 41/2003 exige que la constitución se realice en documento público o mediante resolución judicial, frente al *trust*, que no se sujeta a ningún formalismo. Por ello el primero tiene más seguridad jurídica y el segundo más agilidad. Morales Ferrer³⁵⁸¹ destaca que “en la constitución del Trust sólo actúa una persona”, mientras que en el patrimonio protegido “son varias las personas que pueden actuar en su constitución”. El destinatario también es diferente en ambas instituciones jurídicas: el *trust* puede tener como beneficiario una persona no incapacitada; pero la LPPD solo afecta a personas con discapacidad.

Otra diferencia es que en el *trust* el patrimonio separado o segregado bajo la titularidad del *trustee* es “un patrimonio autónomo, diferente del suyo, vinculado a la satisfacción de las necesidades de la persona discapacitada”. No es ejecutable “por los acreedores de quien dispuso su constitución, ni tampoco por los acreedores particulares del *trustee*, ni de sus causahabientes”. Por lo que el *trust* está destinado exclusivamente al beneficiario”.

En la administración del patrimonio protegido, se necesita contar con intervención judicial. El *trustee* dispone de amplios poderes en la administración.

4.2.3.- Dificultades de su aplicación

Constata Morales Ferrer³⁵⁸² que existen dificultades en la aplicación del *trust* en España”, aunque algunos autores están a favor.

Destaca los elementos que impiden su aplicación: “el sistema de la propiedad y la responsabilidad patrimonial³⁵⁸³; con la existencia de otras formas de difícil encuadre

³⁵⁷⁹ MORALES FERRER, S., *El concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, cit., pp. 159-160.

³⁵⁸⁰ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El Instituto del Trust...*, cit., p. 141.

³⁵⁸¹ MORALES FERRER, S., *El concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, cit., p. 160.

³⁵⁸² MORALES FERRER, S., *El concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, cit., pp. 159-160.

como: la incoherencia de un patrimonio fiduciario frente al concepto de propiedad única; los derechos reales son *numerus clausus*, la *par conditio creditorum* y la noción de la causa. Por otra parte, el elemento primordial que nos separa es el concepto de propiedad como señala el art. 348 CC³⁵⁸⁴”. Señala Martín Santisteban³⁵⁸⁵ que en el trust la titularidad y la gestión van por una parte; y el disfrute del beneficio obtenido, por otra, no coinciden en la misma persona.

Según Morales Ferrer³⁵⁸⁶, la responsabilidad patrimonial universal es otro obstáculo para aplicarlo a nuestro ordenamiento jurídico. El *trust* es una masa patrimonial segregada de un patrimonio personal, no responde de sus deudas.

Por otra parte, la duración del *trust* “suele coincidir con la vida del discapacitado, elemento parecido al patrimonio protegido”, como señala el art. 6.1 LPPD: “*El patrimonio protegido se extingue por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario*”.

5.- Finalidad

La finalidad genérica se refleja en el art. 1.1 LPPD *in fine*, que dice: “*la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a*

³⁵⁸³ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El Instituto del Trust...cit.*, pp. 104-113, señala que “de todos los obstáculos invocados por quien sostiene la incompatibilidad del *trust* con los principios de *civil law*, el que probablemente mayor polémica ha suscitado es la existencia de un patrimonio separado o segregado, inmune a las obligaciones personales contraídas por su titular y sustraído a las reglas en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial. La constitución de patrimonios separados al amparo del principio de la autonomía de la voluntad y fuera de los casos previstos *ex lege*, es considerada en la mayoría de los países de *civil law* contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal y a las reglas de la *par conditio creditorum*, por otra parte la autora añade, la admisibilidad *ex lege* de la existencia de patrimonios separados(o segregados) ha desplazado el centro de la polémica en algunos de estos países hacia la posibilidad de constituir, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad y fuera de los casos previstos *ex lege*, patrimonios separados a un fin específico y cuya titularidad no recaiga necesariamente en personas jurídicas sujetas a rígidos controles administrativos. Esta hipótesis negada por la doctrina española mayoritaria, se ha considerado tradicionalmente contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 CC ya que permitiría sustraer determinados bienes al poder de agresión de los acreedores personales del constituyente y pondría en entredicho, en caso de insolvencia del deudor, la regla de la *par conditio creditorum* al sujetar dichos bienes exclusivamente a la satisfacción de determinados acreedores”.

³⁵⁸⁴ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El Instituto del Trust...cit.*, pp. 95-96, apunta que “el principal escollo a la importación del trust no se considera de carácter procesal sino sustantivo. Aún admitiendo que solamente el *trustee* es titular de un derecho real, y dando por lo tanto por superado el obstáculo de la propiedad desdoblada, la admisibilidad de una propiedad carente de valor económico, donde la titularidad de los bienes no permite su goce ni un enriquecimiento patrimonial, es inconciliable con la noción de propiedad heredada del código civil francés y con las reglas del *numerus clausus* en la creación de derechos reales”.

³⁵⁸⁵ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El Instituto del Trust...*, cit., p. 3.

³⁵⁸⁶ MORALES FERRER, S., *El concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, cit., pp. 168-170.

la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.”. Además, pueden establecerse otras más concretas que tengan interés o se adecúen mejor a las necesidades del beneficiario. Pueden establecer finalidades diferentes el constituyente o el aportante como: la adquisición de un vehículo o para poder crear una sociedad o un negocio.

Si nada dice al respecto, el acto constitutivo se entenderá que tiene la finalidad genérica de la Ley.

La finalidad vincula al órgano de administración del patrimonio protegido y sirve de referencia para los órganos de supervisión y para la autoridad judicial cuando deba intervenir.

6.- Constitución

6.1.- Elementos personales

6.1.1.- Beneficiario

Es la persona con discapacidad destinataria del patrimonio y de la atención que se pretende con el mismo.

Beneficiarios de este patrimonio solo pueden ser las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que tengan o no las causas de incapacitación judicial del art. 200 CC y de que hayan sido o no judicialmente incapacitadas.

Destaca Rueda Díaz de Rábago³⁵⁸⁷ “el importante paso que da nuestro derecho privado al introducir el concepto de discapacitado, o persona con discapacidad, como posible sujeto de sus normas, superando el poco efectivo concepto de incapaz. No sólo se introduce, sino que se define”.

Art. 2 LPPD. Beneficiarios: *“1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular.*

2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.

³⁵⁸⁷ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., p. 300.

b) *Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.*

3. *El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.”.*

En principio, el notario está obligado a respetar la presunción de capacidad de toda persona que no haya sido judicialmente incapacitada. Pero es evidente que el notario tendrá que atenerse al certificado que contenga la calificación administrativa que declare la discapacidad o minusvalía, emitida por especialistas tras exámenes y pruebas especializadas y objetivas que no puede realizar el notario.

El certificado lo emite la autoridad competente de la Comunidad Autónoma de residencia habitual del beneficiario. El notario que formalice la constitución incorporará a la escritura el certificado.

Señala García Medina³⁵⁸⁸ que “dos puntos de discapacidad física o sensorial equivalen a uno de psíquica, según consulta formulada a la Dirección General de Tributos (pero no está del todo claro). Así, una persona con un 25% de discapacidad intelectual y 20% de discapacidad física, podría ser beneficiaria de este patrimonio”.

Afirma Rueda Díaz de Rábago³⁵⁸⁹ que el beneficiario (persona con discapacidad) puede crearlo, no cuando no haya sido incapacitado, sino cuando tenga capacidad de obrar suficiente. Suficiente y referida al acto concreto, según el art. 3.1. “*Podrán constituir un patrimonio protegido:*

a) *La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente”.* Se fija en la capacidad natural, no en la ausencia de incapacitación.

En las aportaciones posteriores a la constitución, han de ser consentidas por el beneficiario que tenga tal capacidad (art. 44), sin posibilidad de recurso judicial.

Y para la enajenación de bienes del patrimonio, hace falta en principio autorización judicial, pero “[...] *la autorización no es necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente.*” (art. 5.2)

En todo caso, en la constitución y aportación, el notario hará un juicio de capacidad respecto del acto concreto de que se trate.

³⁵⁸⁸ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., p. 7.

³⁵⁸⁹ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., pp. 300-301.

6.1.2.- Constituyente

Art. 3 LPPD. Constitución: “1. Podrán constituir un patrimonio protegido:

a) *La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente.*

b) *Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente*³⁵⁹⁰.

c) *El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil.*

2. *Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin.*

En caso de negativa injustificada de los padres o tutores, el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta ley. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido. [...]”.

En uno de los Proyectos de esta Ley se incluía la posibilidad de que pudiera haber más de un beneficiario si se trata de hermanos, lo que parece conveniente, pero que al final no se aprobó.

Art. 4.2 LPPD. Aportaciones al patrimonio protegido: “2. *Cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no podrán someterse a término.*

En caso de que los padres, tutores o curadores negasen injustificadamente su consentimiento, la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al fiscal,

³⁵⁹⁰ Aquí creemos que sería conveniente incluir a sus abuelos y a sus hijos y nietos, lo que sería beneficioso para la persona con discapacidad.

quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad.”.

En todo caso, el notario autorizante de la constitución (o de las posteriores aportaciones) deberá apreciar en este momento si el beneficiario tiene o no capacidad suficiente (art. 167 RN). Para ello puede pedir la opinión de peritos y debe tener en cuenta la calificación administrativa de discapacidad, que es gradual.

La constitución requiere de una aportación originaria de bienes y derechos, pero una vez constituido el patrimonio cualquier persona con interés legítimo puede realizar aportaciones a título gratuito a dicho patrimonio, incluso en contra de la opinión de los padres, tutores o curadores, cuando el juez lo estime beneficioso.

Si la persona con discapacidad tiene capacidad de obrar suficiente no se podrá constituir un patrimonio protegido o hacer aportaciones al mismo en contra de su voluntad.

Rueda Díaz de Rábago³⁵⁹¹ señala que se produce una cierta confusión entre dos posiciones que no acaban de coincidir: el constituyente y el aportante. “Aportante será el que transmita bienes para integrar el patrimonio. Constituyente será el que lo cree. Normalmente coincidirán, pero puede que no ocurra así”.

6.2.- Elementos formales

6.2.1.- Escritura

Art. 3.3 LPPD. Constitución: “3. *El patrimonio protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial en el supuesto contemplado en el apartado anterior.*

Dicho documento público o resolución judicial tendrá, como mínimo, el siguiente contenido:

a) El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido.

b) La determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización. Dicha determinación se realizará conforme a lo establecido en el artículo 5 de esta ley.

³⁵⁹¹ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., p. 298.

c) Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución.

El fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente para su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado, de acuerdo con su Estatuto Orgánico.”.

Art. 4.1 LPPD. Aportaciones al patrimonio protegido: “1. Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior para su constitución.”.

O sea que normalmente se constituye por documento público (escritura pública) ante notario, salvo que exista un procedimiento judicial cuyo único objeto haya sido la creación de este patrimonio protegido, lo que sucedería previa negativa de los representantes legales del beneficiario, lo que es excepcional.

La escritura constitutiva contendrá los elementos fundamentales del patrimonio protegido y las nuevas aportaciones se harán constar también en documento público.

6.2.2.- Publicidad

Una vez constituido el patrimonio protegido, el notario hará una serie de comunicaciones:

- A la administración tributaria (no se ha regulado un procedimiento especial para ello, pese a que la LPPD lo prevé, así que se incluye en el índice informatizado que mensualmente envían los notarios).

- Al MF, por medio de firma electrónica, art. 3.3, párr. 3º LPPD.

- Al RC, donde se anota en la Sección Cuarta (donde figuran las representaciones legales). Esta comunicación se realiza según el art. 8.1 LPPD.

– Al Registro o entidad depositaria o administradora del bien o valor de que se trate. P. ej. al RP (notificación telemática), si es un inmueble; al administrador de la sociedad, si son participaciones de una sociedad; sociedad gestora, si es un fondo³⁵⁹².

Dice el art. 8 LPPD. Constancia registral: “1. *La representación legal a la que se refiere el artículo 5.7 de esta Ley se hará constar en el Registro Civil, en la forma determinada por su Ley reguladora.*

2. Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente, conforme a lo previsto en la legislación hipotecaria. Si el bien o derecho ya figurase inscrito con anterioridad a favor de la persona con discapacidad se hará constar su adscripción o incorporación al patrimonio protegido por medio de nota marginal.

La misma constancia registral se practicará en los respectivos Registros respecto de los restantes bienes que tengan el carácter de registrables. Si se trata de participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles que se integren en un patrimonio protegido, se notificará por el notario autorizante o por el juez, a la gestora de los mismos o a la sociedad, su nueva cualidad.

3. Cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido se podrá exigir por quien resulte ser su titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones o notas marginales a que se refiere el apartado anterior.

4. La publicidad registral de los asientos a que se refiere este precepto se deberá realizar, en los términos que reglamentariamente se determinen, con pleno respeto a los derechos de la intimidad personal y familiar y a la normativa sobre protección de datos de carácter personal.”.

Por otro lado, el beneficiario, por si o por medio de su representante debe realizar una declaración ante la Administración Tributaria. Viene regulada en el art. 104.5 LIRPF: “*Los contribuyentes de este impuesto que sean titulares del patrimonio protegido regulado en 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, deberán*

³⁵⁹² GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., pp. 8-9.

presentar una declaración en la que se indique la composición del patrimonio, las aportaciones recibidas, las disposiciones del patrimonio protegido realizadas durante el periodo impositivo, incluido el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, en los términos que reglamentariamente se establezcan.”.

Destaca Rueda Díaz de Rábago³⁵⁹³ que “es fundamental revisar el sistema de comunicaciones de la constitución de PPD. El sistema actual genera una gran cantidad de problemas y dudas no resueltas. Entre las posibles actuaciones dirigidas a corregir esta situación, resulta indispensable la creación de un Registro Nacional de personas con discapacidad o incluirlo dentro de un nuevo libro del Registro Civil Central”. Además, señala que las comunicaciones que se deben realizar al RC, deberían poderse hacer a través de un archivo específico para las personas con discapacidad. Este archivo permitiría un conocimiento directo, lo que daría “seguridad a la gestión del patrimonio de las personas con discapacidad”.

6.3.- Elementos reales

6.3.1.- Composición

El art. 1 LPPD determina su composición, los bienes y derechos aportados y su rendimiento.

Cualquier cosa o derecho que tenga valor patrimonial puede aportarse a un patrimonio protegido.

Si se aporta dinero, debe acreditarse la aportación (p. ej. con la justificación de transferencia bancaria o del ingreso) y así lo exigirá el notario con arreglo a la normativa de blanqueo de capitales.

Si se aporta un bien inmobiliario, se identificará con arreglo a la normativa inmobiliaria en el documento de constitución.

Si es un objeto mueble, p. ej. una silla de ruedas o un vehículo a motor, basta con la identificación que se tenga del objeto, p. ej., descripción y número de bastidor, si lo hay.

³⁵⁹³ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., pp. 309-310. Recoge las conclusiones de Madrid-VI 2005, Foro Justicia y Discapacidad; y Tenerife-VI 2005.

A veces se aportará una parte o proporción de algo valioso, como una vivienda, con el objetivo de que el valor de lo aportado no supere el límite legal establecido para los beneficios fiscales (10.000 euros por aportante anuales)³⁵⁹⁴.

6.3.2.- Tipos

Se identifican dos sistemas que pueden darse por separado o conjuntamente.

6.3.2.1.- Patrimonio de gasto

Si se quiere que el discapacitado tenga un flujo de rentas disponibles para gastos que cubran sus necesidades cotidianas garantizándole un determinado nivel y modo de vida. Lo más conveniente son bienes con liquidez, aportaciones dinerarias, derechos de arrendamiento, títulos valores o usos de bienes muebles e inmuebles.

Destaca Rueda Díaz de Rábago³⁵⁹⁵ que “es un conjunto de bienes que se irán aportando sucesivamente, para que con ellos se mantenga la persona con discapacidad, lo que conllevará su consumo”. Aportaciones periódicas y de poco importe que cubren los gastos ordinarios de una persona. Es útil en los supuestos de discapacidades intelectuales leves y moderadas y aumenta la autoestima del hijo. Es el más común.

6.3.2.2.- Patrimonio de ahorro

Si se pretende que el discapacitado tenga un patrimonio importante y perdurable, que le proporcione independencia económica. En este caso lo mejor es la propiedad y los derechos de goce sobre bienes inmuebles o muebles y dinero en cantidades que permitan a la persona discapacitada generar ahorro, y en su caso hacer inversiones.

Rueda Díaz de Rábago³⁵⁹⁶ indica que “es el compuesto por un conjunto de bienes de suficiente valor para producir rendimientos que permitan satisfacer las necesidades de los titulares”.

Se compone de bienes, derechos y obligaciones; pero las obligaciones generan responsabilidad. El beneficiario podrá tener sus propios bienes y deudas particulares. Y tiene un patrimonio protegido administrado por otros, que generará sus propias

³⁵⁹⁴ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., pp. 7-8.

³⁵⁹⁵ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., pp. 305-306.

³⁵⁹⁶ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., pp. 297, 305. Recoge una conclusión de Valladolid, X-2003.

obligaciones. Puede “que la administración de su patrimonio ordinario genere deudas que los acreedores quieran cobrar realizando bienes del protegido (que de esta forma se destinan a fines distintos de aquellos para los que se constituyó)”. Por ello debería regularse la responsabilidad patrimonial del patrimonio protegido que, por su naturaleza, debería ser especial y subsidiaria respecto del patrimonio general de la persona con discapacidad.

7.- Administración y supervisión

7.1.- Administración

El término administración se emplea aquí en el sentido más amplio, comprensivo también de los actos de disposición.

Art. 5 LPPD. Administración: *“1. Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución.*

2. En los demás casos, las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de Derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior la autorización no es necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente.

En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido.

En todo caso, y en consonancia con la finalidad propia de los patrimonios protegidos de satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares, con los mismos bienes y derechos en él integrados, así como con sus frutos, productos y rendimientos, no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los constituyentes o el administrador, podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la

composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

4. Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido.

5. En ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

6. Cuando no se pudiera designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, el juez competente proveerá lo que corresponda, a solicitud del Ministerio Fiscal.

7. El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia.”.

La regla general es que todos los bienes y derechos se sujetan al régimen de administración establecido por el constituyente del patrimonio, si es el beneficiario del mismo y tiene capacidad de obrar suficiente. Puede establecer el régimen de supervisión que estime conveniente y nombrar o sustituir al administrador.

La persona que constituye el patrimonio podrá administrarlo personalmente o designar un administrador y fijar las reglas de administración con las limitaciones legales. La remisión a la tutela de los arts. 271 y 272 CC se critica por la doctrina por restrictiva, sería mejor que los constituyentes pudieran liberar este requisito, y si son los padres los administradores, debería aplicarse el art. 166 CC.

Permitir al constituyente establecer el régimen de administración que desee ayuda a solucionar diferentes casos que podrían resultar conflictivos y se facilitaría que la administración pueda corresponder a entidades sin ánimo de lucro especializadas en el cuidado de personas con discapacidad.

7.2.- Supervisión

La supervisión y fiscalización de la administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad se efectuará según las reglas que el constituyente haya establecido. Con independencia de estas, la Ley encomienda la supervisión institucional al MF.

Art. 7 LPPD. Supervisión: *“1. La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza.*

El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido.

2. Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio o sus padres, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente.

El Ministerio Fiscal podrá requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes.

3. Como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones previstas en este artículo, se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, y en la que participarán, en todo caso, el Ministerio Fiscal y representantes de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad.

La composición, funcionamiento y funciones de esta Comisión se determinarán reglamentariamente.”.

La supervisión es de dos tipos:

1.- Supervisión permanente y general, ya que el administrador, si no es el beneficiario o sus progenitores, tiene la obligación de presentar anualmente el inventario de bienes y derechos del patrimonio protegido y una relación de su gestión.

2.- Supervisión esporádica y concreta, si concurren circunstancias que lo precisen, pudiendo instar al Juez la adopción de las medidas pertinentes en beneficio de la persona con discapacidad.

Sostiene Rueda Díaz de Rábago³⁵⁹⁷ que “en la supervisión del patrimonio protegido, deben estar representados los distintos profesionales y funcionarios que intervienen en relación con esta figura, tales como trabajadores sociales, notarios, asesores fiscales, secretarios de juzgado, médicos forenses, etc.”.

8.- Extinción

Art. 6. LPPD. Extinción: “1. *El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 2.2 de esta ley.*

2. Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia.

Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por dejar su beneficiario de cumplir las condiciones establecidas en el artículo 2.2 de esta ley éste seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetándose a las normas generales del Código Civil o de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

3. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la finalidad que, en su caso, debiera de darse a determinados bienes y derechos, conforme a lo establecido en el artículo 4.3 de esta ley.

En el caso de que no pudiera darse a tales bienes y derechos la finalidad prevista por sus aportantes, se les dará otra, lo más análoga y conforme a la prevista por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones.”

Art. 4. LPPD. Aportaciones al patrimonio protegido: “*Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al artículo 6, siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.”*

El patrimonio protegido se extinguirá:

³⁵⁹⁷ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., p. 315. Recoge una conclusión de Tenerife, VI-2005.

- Por la muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario.
- Cuando el beneficiario deje de tener una discapacidad en los grados establecidos por la Ley.
- Por decisión judicial cuando así convenga al interés de la persona con discapacidad.
- Por la desaparición de los bienes que lo integran por su consumo en la finalidad prevista.

9.- Regulación fiscal

Destaca Rueda Díaz de Rábago³⁵⁹⁸ que “es necesario un adecuado sistema fiscal que promueva la constitución de Patrimonios Protegidos y la aportación de bienes que lo integran, para que esta figura cumpla su finalidad real.

Tal atribución no es graciosa, ni es una cuestión de beneficencia. Es una forma de cumplir con un mandato constitucional, y, de entre las varias formas posibles para el Estado (asumir la función él mismo o fomentar que la asuman y regulen las personas más cercanas al discapaz), la más eficaz.”.

“La regulación fiscal del patrimonio protegido es demasiado compleja y, en algunos puntos, desafortunada. Sería conveniente una adecuación de la normativa fiscal a los supuestos contemplados por la legislación civil”.

La LPPD se fraguó con la intención de que ningún impuesto se devengara en la constitución ni en la aportación de bienes al patrimonio protegido. Lo cierto es que la parte más compleja de la Ley es precisamente este aspecto³⁵⁹⁹.

La LPPD modifica determinadas normas fiscales para establecer una serie de medidas que favorezcan las aportaciones a los patrimonios protegidos a título gratuito. En concreto, se reforma la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del IRPF, la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del IS y el R.D. Leg. 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el TRLITPyAJD, y da a las Comunidades Autónomas la posibilidad de declarar la exención en el IP de los bienes y derechos referidos a la LPPD.

Repasaremos el régimen fiscal, de modo sucinto:

³⁵⁹⁸ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., pp. 317, 324. Recoge conclusiones de Valladolid, X-2003 y Tenerife, VI-2005.

³⁵⁹⁹ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., pp. 11-12.

– IRPF. El acto de aportación implica un incremento o pérdida patrimonial. Las aportaciones realizadas, que pueden ser dinerarias o no dinerarias, dan derecho a reducir la base imponible hasta un límite máximo de 10.000 euros por aportante al año. Hay un límite conjunto de 24.250 euros, si excede se reducen de modo proporcional. Esta reducción se puede aplicar hasta en 4 años sucesivos. Se limita al cónyuge del discapacitado o a las personas que tengan una relación de parentesco en línea directa o colateral, hasta el tercer grado inclusive con él, y también a aquellos que los tengan a su cargo en régimen de tutela o acogimiento.

– ISD: Están exentas del ISD hasta el mismo límite.

– IRPF: En la renta del aportante no se produce ninguna plusvalía.

– IRPF: El donatario recibe los bienes con el valor y fecha de adquisición que tenía su aportante. Por lo que cuando el beneficiario disponga del bien, se producirá una ganancia de patrimonio (renta del ahorro) cuyo valor de adquisición es el del aportante que quedará más gravado por ese hecho.

– IRPF: En el beneficiario hay una posible tributación en el IRPF como rendimiento del trabajo, que queda a su vez exenta hasta 3 veces el IPREM (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples).

– Plusvalía Municipal: Si es un inmueble de naturaleza urbana, se devengará el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Bienes de Naturaleza Urbana, el obligado al pago es el beneficiario.

– IVA: Si el bien está afecto a actividades empresariales o profesionales, se devengará el IVA y no habrá beneficio fiscal en el aportante³⁶⁰⁰.

No se puede disponer de los bienes por un plazo de 4 años, bajo sanción de perder los beneficios fiscales. Sin embargo, la Ley 1/2009 modificó el art. 5 con el siguiente tenor: *“En todo caso, y en consonancia con la finalidad propia de los patrimonios protegidos de satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares, con los mismos bienes y derechos en él integrados, así como con sus frutos, productos y rendimientos, no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria”*.

La Disp. fin. 2.^a de la Ley 1/2009 prevé una mejora de este régimen que ha sido incumplida por el Gobierno:

³⁶⁰⁰ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., p. 11.

“Disposición final Segunda.” Mejora del régimen fiscal de los patrimonios protegidos.

1. Con el fin de favorecer la constitución y el mantenimiento de patrimonios protegidos en favor de personas con discapacidad, el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de mejora del tratamiento fiscal de estas instituciones patrimoniales.

2. En la elaboración de dicho Proyecto de Ley, el Gobierno recabará con carácter previo el parecer y las propuestas de la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y del Consejo Nacional de la Discapacidad”.

10.- Sujeción a condición suspensiva

Se trata de una constitución de patrimonio protegido sujeta a la condición suspensiva de que se produzca la discapacidad.

Según Lora-Tamayo Rodríguez³⁶⁰¹, “es claro que el beneficiario del mismo puede constituir un patrimonio protegido a su favor, pero no es tan claro que pueda constituirlo sin tener la discapacidad prevista”, porque la Ley habla literalmente de la constitución por la propia persona con discapacidad. Marín Calero³⁶⁰² admite la constitución sujeta a la condición suspensiva de producirse una futura discapacidad. Tal constitución puede entenderse incluíble en la referencia a cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, de las previstas en la autotutela del art. 223 CC. Así, Lora-Tamayo Rodríguez³⁶⁰³ señala que “conforme a ello, el patrimonio protegido no nacería al otorgarse la escritura de constitución, sino cuando surgiera la discapacidad a la que se condicionó su nacimiento”.

Esta constitución sujeta a condición es práctica porque es el propio otorgante el que designa los bienes o derechos que lo integran y las reglas de administración del patrimonio.

Creado este patrimonio protegido sujeto a la condición suspensiva de la discapacidad, se plantea si el constituyente puede disponer de los bienes antes de dicha

³⁶⁰¹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., p. 99.

³⁶⁰² MARÍN CALERO, C., *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 7.

³⁶⁰³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, cit., pp. 99-100.

discapacidad. A favor se pronuncia Lucas Durán y Martín Degano³⁶⁰⁴, pero al producirse la discapacidad deberán volver al patrimonio protegido estos bienes o los que le sustituyan. Otros defienden que mientras el constituyente “conserva su capacidad podrá disponer libremente de los bienes integrantes del patrimonio, sin que ni los dispuestos, ni los subrogados tengan que volver al mismo, a menos que su titular dispusiere otra cosa”. Es libre para constituirlo y para extinguirlo, mientras la condición no se cumpla.

11.- Conveniencia

Marín Calero³⁶⁰⁵ destaca que “la consulta más común que el notario recibe sobre los patrimonios protegidos, de parte de los familiares de personas con discapacidad, es la relativa a la conveniencia de constituirlo”. Y la respuesta a esta pregunta “depende en realidad del escenario de vida que esos familiares prevean, busquen, y quieran promover para el futuro beneficiario”.

Si quieren un patrimonio de ahorro, buscan dotar a la persona con discapacidad de una masa de bienes que les permita satisfacer sus mayores gastos previsibles, que surgirá cuando los familiares, generalmente los padres, ya no vivan y no puedan atenderlos ellos mismos. Se trata de que la persona con discapacidad sea titular de un patrimonio propio, que le permita dejar a su muerte una herencia atractiva que motive a sus familiares a prestarles, en vida, la atención y los cuidados que necesiten.

Si lo que quieren es un patrimonio de gasto, querrán fomentar la autonomía de la persona con discapacidad a través de la generación a su favor de un flujo de dinero o de rentas, que les permita complementar sus ingresos.

Para la promoción de la autonomía personal (que según la LAAD, “debería ser siempre el primer y principal objetivo para con las personas con discapacidad”), son preferibles “aportaciones periódicas, monetarias y, eventualmente, complementarias de otros ingresos; máxime si se tiene en cuenta que la reforma de la Ley 41/2003 que, en el año 2009”, por la que “*no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria*”.

³⁶⁰⁴ LUCAS DURÁN, M., y MARTÍN DÉGANO, I., *Los patrimonios protegidos de personas con discapacidad: régimen civil y tributario*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014, p. 25.

³⁶⁰⁵ MARÍN CALERO, C., “Actuaciones notariales en materia de protección de la discapacidad”, en U. Nieto Carol (dir.), *GPS Notarial, Guía Profesional*, ed. Tirant lo Blanch, Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 2019, pp. 1839-1840.

Pero estos fines también se pueden lograr por otras vías como por donación o herencia, planes de pensiones, seguros de vida y de enfermedad y otros. Muchas de estas figuras tienen beneficios fiscales si el destinatario es una persona con discapacidad, siendo que los incentivos fiscales de los patrimonios protegidos son el principal motor de su existencia, por lo que habrá que comparar los que sean aplicables, en cada caso.

12.- Desarrollo normativo

Rueda Díaz de Rábago³⁶⁰⁶ indica que “la Ley 41/2003, como suele ser habitual, prevé su desarrollo reglamentario³⁶⁰⁷. Y, como también suele ser habitual, los plazos han sido superados con holgura”.

Se ha solicitado el cumplimiento de esta necesidad. Es deseable un desarrollo rápido y completo de un Reglamento del Patrimonio Protegido de la Persona con Discapacidad, y de los instrumentos necesarios para alcanzar la aplicación práctica de los fines previstos incidiendo en el tema fiscal, que es el principal.

VII.- EL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN

1.- CC

1.1.- Consideraciones generales

El CC regula el derecho de uso y de habitación en los arts. 523 al 529 CC.

Los derechos de uso y habitación, destaca Clemente Meoro³⁶⁰⁸, tienen una larga tradición histórica en España. Parecen contemplarse “como una especie de usufructos limitados en cuanto al goce, en función de las necesidades de usuario y habitacionista (art. 524 CC)”.

Su regulación es escasa, fragmentaria y anacrónica. La STS, de 26 de julio de 2001³⁶⁰⁹, lo define como “esporádico y asistemático”, pues está pensada para un sistema social y económico muy distintos del actual. Por lo que tienen escasa relevancia práctica y han sido sustituidos “por otros derechos reales, usufructos de alcance limitado,

³⁶⁰⁶ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., pp. 316-317. Recoge conclusiones de Valladolid, X-2003 y Las Palmas, IV-2005.

³⁶⁰⁷ Disp. Fin.. 2ª LPPD: “El Gobierno aprobará las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo de esta ley en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor”.

³⁶⁰⁸ CLEMENTE MEORO, M. E., “Art. 523”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4153.

³⁶⁰⁹ RJ 2001, 8427

servidumbres personales; y otros derechos personales, como el arrendamiento y la aparcería³⁶¹⁰”.

1.2.- Régimen jurídico

Art. 523 CC: *“Las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene derecho de habitación se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes.”*

En este tema se da mucha relevancia a la autonomía de la voluntad, por lo que el título constitutivo prima sobre las disposiciones del CC que tienen carácter dispositivo, lo que ratifica la jurisprudencia (SSTS, de 4 de febrero de 1983³⁶¹¹ y 26 de julio de 2001³⁶¹²). Teniendo en cuenta, precisa Clemente Meoro³⁶¹³, que no hay que olvidar que aquí también son aplicables “los límites de la autonomía privada del art. 1255 CC (ley, moral y orden publico)”, y que no se pueden “distorsionar las notas esenciales de los derechos de uso y habitación, cuya calificación como tales no es disponible³⁶¹⁴”.

El régimen jurídico se completa con el art. 528 CC que establece: *“Las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo.”*

1.3.- Modos de constitución

Clemente Meoro³⁶¹⁵ destaca que el CC “no establece los modos de constitución de los derechos de uso y habitación”. En base a la referencia “del art. 523 CC al título constitutivo y la remisión del art. 528 CC” al usufructo, permiten afirmar que son aplicables el art. 468 CC, que establece: *“El usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad, y por prescripción.”*; y el art. 469 CC: *“Podrá constituirse el usufructo en todo o en parte de los frutos de la cosa, a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente,*

³⁶¹⁰ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Artículos 523 a 529 CC”, en J. Rams Albasa/R. M^a. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. III, ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 870-871.

³⁶¹¹ RJ 1983, 803

³⁶¹² RJ 2001, 8427

³⁶¹³ CLEMENTE MEORO, M. E., “Art. 523”, cit., 2013, p. 4154.

³⁶¹⁴ DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., “Comentario al art. 523”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VII, vol. 1º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, p. 473.

³⁶¹⁵ CLEMENTE MEORO, M. E., “Art. 523”, cit., 2013, pp. 4154-4156.

y en todo caso desde o hasta cierto día, puramente o bajo condición. También puede constituirse sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo o intransmisible.”.

Un ejemplo de constitución *ex lege* del derecho de uso y habitación es el art. 822 párr. 2º CC.

Al igual que el usufructo, los derechos de uso y habitación pueden constituirse *inter vivos*, tanto a título gratuito como oneroso; y por vía de *traslatio* o enajenación, “el constituyente atribuye el derecho de uso o el de habitación y conserva la propiedad, o por vía de *deductio* o retención, el constituyente se reserva el derecho de uso o el de habitación y transmite la propiedad³⁶¹⁶”.

Conforme al art. 469 CC, “los derechos de uso y habitación pueden constituirse puramente o bajo condición (suspensiva o resolutoria) o a término (inicial o final); a lo que cabe añadir, aunque nada diga el CC, la sujeción de tales derechos a una carga o gravamen modal cuando se constituyan a título gratuito (por donación o en testamento)”.

Lo más frecuente es que se constituyan “por acto *mortis causa*, como legado que grava alguno de los bienes que recibe un heredero”; y “también cabe que el testador constituya, como carga, un derecho de uso o habitación sobre un bien propio del heredero”.

1.4.- Contenido

Art. 524: “*El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente.*

La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia”.

Señala Clemente Meoro³⁶¹⁷ que “los derechos de uso y de habitación son derechos reales sobre cosa ajena”. El usuario y el habitacionista tienen un poder directo e inmediato sobre la cosa, “ejercitando sus facultades sin necesidad de la intervención de nadie más, y pueden hacer valer su derecho frente a cualquiera”, porque tiene eficacia *erga omnes*.

³⁶¹⁶ VERDERA SERVER, R., “Causas, móviles y resolución del contrato. Comentario a la STS 1 abril 1998 (RJ 1998, 1912)”, *Revista de Derecho Privado*, nº 1, 1998, pp. 325 y ss.

³⁶¹⁷ CLEMENTE MEORO, M. E., “Art. 524”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4162-4163.

Como derechos reales en cosa ajena, son inscribibles en el RP (art. 2.2 LH). Son gravámenes, no se presumen y se interpretan restrictivamente. Son derechos de goce. “Y como el disfrute se mide en cada momento por la amplitud de la familia, son derechos variables³⁶¹⁸”.

Los derechos de uso y habitación son patrimoniales porque se concretan en atribuciones económicamente valorables; y personales porque “su extensión se mide respecto de personas concretas, usuario o habitacionistas y sus familias; y no son transmisibles”, así el art. 525 CC: “*Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título.*” Al ser intransmisibles no son embargables. En el mismo sentido, el art. 108.3º LH que dispone “*No se podrán hipotecar: Tercero. El uso y la habitación.*”.

1.5.- Extinción

Los derechos de uso y habitación tienen duración limitada, son, como apunta Clemente Meoro³⁶¹⁹, “esencialmente temporales y normalmente vitalicios (STS, de 4 de febrero de 1983³⁶²⁰)”, aunque no siempre.

Se extinguen según el art. 529 CC: “*Los derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo y además por abuso grave de la cosa y de la habitación*”; y el art. 513 CC establece: “*El usufructo se extingue:*

1.º *Por muerte del usufructuario.*

2.º *Por expirar el plazo por el que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo.*

3.º *Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona.*

4.º *Por la renuncia del usufructuario.*

5.º *Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo.*

6.º *Por la resolución del derecho del constituyente.*

7.º *Por prescripción.*”.

La extinción por abuso grave no sucede con el usufructo conforme al art. 520 CC³⁶²¹.

³⁶¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *et al*, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, cit., p. 62.

³⁶¹⁹ CLEMENTE MEORO, M. E., “Art. 529”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4180-4186.

³⁶²⁰ RJ 1983, 803

El modelo legal parte de que el uso o la habitación son gratuitos, “de modo que el abuso grave es merecedor de una sanción rigurosa como la extinción³⁶²²”. El usuario y el habitacionista deben “cuidar de la cosa gravada con la diligencia de un buen padre de familia (art. 497 CC, por remisión del 528 CC)”, si no lo hacen y abusan, se extinguen sus derechos. Esta sanción debe interpretarse en sentido restrictivo y no son abusos los hechos que no sean actos sino omisiones, como deterioros o faltas de reparaciones.

La extinción por abuso grave es de carácter dispositivo (art. 523 CC) y el constituyente puede excluirla, ampliarla o limitarla, no opera automáticamente sino a instancia del propietario, “que puede usar otros remedios, como exigir la reparación de los daños y perjuicios”.

Conforme al art. 523 CC, “el título constitutivo puede modalizar las causas de extinción con el límite de su propia naturaleza de derechos temporales y de las normas imperativas sobre su duración”.

Clemente Meoro³⁶²³ añade otras causas “de extinción de los derechos reales que, consecuentemente, también afectan a los derechos de uso y habitación:

- La ineficacia sobrevenida del título constitutivo como consecuencia de su resolución por incumplimiento (art. 1124 CC), rescisión (arts. 1291 y ss. CC) y revocación (arts. 644 y ss. CC),

- La adquisición del bien gravado como libre por tercero de buena fe que resulta protegido (cfr. arts. 34 LH, 464 CC y 85 CCom).

- La ejecución de la finca hipotecada sobre la que posteriormente se constituyó un derecho de uso o de habitación (cfr. art. 134 LH).

- La usucapión liberatoria como consecuencia de la posesión en concepto de libre de la cosa gravada con inacción del usuario o del habitacionista (cfr. art. 36.4 LH).

- El acuerdo entre el propietario y el usuario o habitacionista”.

- Un supuesto especial es el art. 793 párr. 2º CC, que establece: *“Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo.”*.

³⁶²¹ Art. 520 CC: *“El usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; pero si el abuso infiriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asignare por su administración.”*.

³⁶²² FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Artículos 523 a 529 CC”, cit., pp. 895-896.

³⁶²³ CLEMENTE MEORO, M. E., “Art. 529”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4180-4186.

– Si la habitación es por motivos de discapacidad, hay que considerar que la discapacidad es revisable, la persona puede perder la discapacidad. En este sentido, la STS, 14 de mayo de 2008³⁶²⁴, dice que *“toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de invalidez permanente, en cualquiera de sus grados, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante”*.

Así, entiende Morales Ferrer³⁶²⁵ que si la persona discapacitada pierde su condición de discapacidad, no tendrá efecto la aplicación del art. 822 CC.

2.- LPPD

2.1.- Reforma

La LPPD reformó el art. 822 del CC, que establece: *“La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.*

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación.”

Ese efecto de no computar a efectos de legítima está relacionado con el regulado en el art. 1041 párr. 2º CC que establece: *“Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad”*.

El otorgamiento del derecho de habitación al legitimario con discapacidad no computa en la legítima y se establece como legado legal a su favor si lo necesita y

³⁶²⁴ LA LEY 86590/2008

³⁶²⁵ MORALES FERRER, S., *El concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, cit., p. 413.

convive con el testador fallecido. Con ello se trata de garantizar el derecho a la vivienda de una persona con discapacidad.

El art. 822 CC, según Ragel Sánchez³⁶²⁶, significa que el derecho de habitación constituido por donación o legado no se traerá a colación, o sea, no se sumará a la reunión ficticia de los bienes relictos y los bienes donados³⁶²⁷.

Es un derecho legitimario adicional.

La LPPD no dispone un plazo mínimo de duración de la convivencia en la vivienda habitual.

Al tener su base en una previa convivencia entre el causante y legitimario discapacitado, el derecho de habitación seguirá la suerte del derecho que el causante transmita *mortis causa* sobre la vivienda habitual. Compatible con la propiedad, con el usufructo e incluso con otro derecho de habitación

Mientras que en el art. 822 párr. 1º CC “el disponente tiene amplia libertad para constituir el derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado” lo necesite o no, el párr. 2º parte del supuesto contrario, en que el causante no ha constituido voluntariamente ese derecho, ni tampoco lo ha excluido. Por ello, “el derecho de habitación conferido *ex lege* no le da un derecho exclusivo a residir en la vivienda”; y en su caso, tendrá que compartir su uso (art. 822 párr. 2º CC).

El testador puede excluir expresamente el derecho de habitación sin necesidad de justificar la privación de este derecho, a diferencia de lo que ocurre con la desheredación.

Morales Ferrer³⁶²⁸, señala que “sobre la vivienda el derecho del habitacionista puede recaer sobre todo el bien, o, sobre parte de la vivienda”. La SAP de Alicante, de 15 de junio de 2005³⁶²⁹, que dice que el “*art. 524 del mismo texto legal se contiene la advertencia del derecho de habitación, a pesar de su indudable carácter de derecho personalísimo, concede a su titular el derecho de ocupar, es claro que de forma exclusiva y excluyente, cual es propio de todo derecho real, el uso de las "piezas necesarias" no solo para si mismo sino también para familiares allegados.*”. Por lo que “la persona con discapacidad puede disfrutar tanto de la vivienda, como parte de ella,

³⁶²⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “Art. 822”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6101-6102, 6106.

³⁶²⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Derecho de Sucesiones: Tomo I. Parte General: Sucesión voluntaria*, cit., p. 510.

³⁶²⁸ MORALES FERRER, S., *El concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, cit., pp. 390-391.

³⁶²⁹ LA LEY 135401/2005

incluyendo a sus familiares, y las personas que convivan con el habitacionista discapacitado, aunque no sean legitimarios del derecho de uso y habitación”.

2.2.- Formas de aplicación

2.2.1.- *Inter vivos*

Destaca Morales Ferrer³⁶³⁰ que “una vía de aplicación del derecho de uso y habitación, sería de forma voluntaria por medio del negocio jurídico *inter vivos*”, en una donación (STS, de 26 de julio de 2001³⁶³¹).

Así, Serrano García³⁶³² indica que “la donación *inter vivos* del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviven donante y donatario es un negocio posible” y además tiene su protección en el futuro la persona con discapacidad.

2.2.2.- *Mortis causa*

La otra forma de aplicación, sostiene Morales Ferrer³⁶³³, “sería mediante el negocio jurídico “mortis causa” por vía testamentaria, como se pronuncia la jurisprudencia”. Así, la SAP de Murcia, de 9 de octubre de 2007³⁶³⁴, dice: “*Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley [...] Se trata, por tanto, de un derecho real de habitación que, por disposición legal, se otorga al disminuido psíquico, salvo expreso desconocimiento del testador, que tiene su origen "mortis causa", esto en que nace con el fallecimiento del causante, como señala el CC*”; Fuenteseca³⁶³⁵ añade que salvo que el testador se oponga a ello, o sea, si guarda silencio, se atribuye el derecho de habitación por ministerio de la ley. Se podría establecer en testamento a semejanza de la legítima, o, como sucesión intestada.

³⁶³⁰ MORALES FERRER, S., *El concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, cit., pp. 380-381.

³⁶³¹ LA LEY 6952/2001

³⁶³² SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento Sistemático de la ley 41/2003*, ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 501.

³⁶³³ MORALES FERRER, S., *El concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, cit., pp. 381-382.

³⁶³⁴ Id Cendoj: 30030370042007100420

³⁶³⁵ FUENTESECA, C., “Aspectos sucesorios de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del código civil, y de la ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”, en J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coord.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, ed. Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 1757.

2.3.- Beneficiario

La ley, como precisa Ragel Sánchez³⁶³⁶, “no distingue sobre el tipo de parentesco que ha de tener el discapacitado beneficiario del derecho de habitación con el causante, por lo que el habitacionista beneficiario puede ser cualquier persona que sea legitimario y discapacitado, pudiendo ser descendiente, ascendiente o el cónyuge viudo.

Si el causante tiene descendientes, el ascendiente discapacitado no sería legitimario y no tendría derecho de habitación. Con ello se incumple una de las finalidades pretendidas por la LPPD, que es proteger a personas de cierta edad, según su Preámbulo cuando se refiere a las “*nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidente de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras*”.

Sin embargo, si no hay “descendientes del fallecido, el ascendiente discapacitado será legitimario” y gozará “del derecho de habitación sobre la vivienda”.

Galván Gallegos³⁶³⁷ sostiene que “la discapacidad ha de concurrir en el momento de la apertura de la sucesión”.

Puede producirse tanto en los legados, como en las donaciones. Serrano García³⁶³⁸ sostiene “que se puede plantear un legado de derecho de habitación a favor simultáneamente de dos legitimarios con discapacidad con acrecimiento por parte del sobreviviente”. Díaz Alabart³⁶³⁹ destaca “que sería factible que entre los legitimarios pueda haber más de uno con discapacidad. En tal caso, el disponente podría decidir qué derecho de habitación es para uno solo de ellos, o bien designar como cotitulares de derecho a varios”, y, en el primer caso “aunque ello no significa que los otros legitimarios hayan de abandonar la vivienda”; y puede constituirlo a favor de varias personas simultánea o sucesivamente.

2.4.- Intransmisibilidad

³⁶³⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “Art. 822”, cit., pp. 6095-6096.

³⁶³⁷ GALVÁN GALLEGOS, A., “Las donaciones colacionables en el Código Civil”, en J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coord.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, ed. Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 1818.

³⁶³⁸ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad...*, cit., p. 501.

³⁶³⁹ DÍAZ ALABART, S., “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”, en J. Pérez de Vargas Muñoz (coord.), *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, ed. La Ley, Madrid, 2006, p. 95.

En la Exposición de motivos de la LPPD se indica: “*el derecho de habitación legado o donado será intransmisible*”; también la doctrina y los tribunales³⁶⁴⁰. Lo afirma Leña Fernández³⁶⁴¹, “un derecho de habitación, cuyo contenido viene regulado en los arts. 523 a 529 C.c., porque, al ser un derecho personalísimo e intransferible, tiene la seguridad de que, en ningún caso va a perderlo (art. 525 C.c.), con lo que queda garantizada, para el discapacitado, la disponibilidad, mientras viva”.

Díaz Alabart³⁶⁴² sostiene que el art. 822 CC deja bien claro que el derecho “será intransmisible, lo que encaja perfectamente en su régimen excepcional, justificado únicamente por la discapacidad, del habitacionista, que solamente a éste intenta beneficiar”.

Por otro lado, entiende Morales Ferrer³⁶⁴³, “que es un elemento protector de la persona con discapacidad, el derecho de uso y habitación por ser de carácter vitalicio”, lo que afirma la STS, de 26 de julio de 2001³⁶⁴⁴, que dice: “*el derecho de uso es un derecho subjetivado o personalísimo, o sea, con titularidad adscrita y vinculada a una persona determinada.*”.

2.5.- Compatibilidad con los arts. 1406 y 1407 CC

El art. 822 párr. 4º CC establece: “*Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los arts. 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación*”.

Art. 1406 CC: “*Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:*

- 1.º Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346.*
- 2.º La explotación económica que gestione efectivamente.*
- 3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.*
- 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.*”.

³⁶⁴⁰ SAP de Burgos, de 11 de marzo de 2005 (Id Cendoj: 09059370032005100076)

³⁶⁴¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”, en F. Santos Urbaneja, *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 206.

³⁶⁴² DÍAZ ALABART, S., “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima...”, cit., p. 91.

³⁶⁴³ MORALES FERRER, S., *El concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, cit., pp. 401-402.

³⁶⁴⁴ Id Cendoj: 28079110012001102254

Art. 1407 CC: *“En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero.”*

El art. 822 párr. 4º, como indica Ragel Sánchez³⁶⁴⁵, establece la “compatibilidad entre el derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado y el cónyuge viudo” pero habrá que distinguir “entre los distintos supuestos que se pueden plantear”.

Si el derecho de habitación fue constituido a través de una donación, no hay problema. Al haberse consumado la donación, al derecho de habitación adquirido por el discapacitado no le afecta la adquisición de la vivienda “por el cónyuge viudo que ejercita su derecho de adquisición preferente” del art. 1406.4º CC, esa propiedad seguirá gravada por aquel derecho real.

Si la constitución tiene que ser *mortis causa* y la vivienda era ganancial y la residencia habitual del cónyuge viudo, “al ejercitar su derecho de adquisición preferente” sobre aquélla del art. 1406 CC, “estará excluyendo de la herencia del fallecido esa vivienda” y, por lo tanto eliminará “el derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado”, que debe referirse a los bienes privativos del causante, o a bienes gananciales adjudicados a su herencia. Se aplicará el art. 1380 CC: *“La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testado: En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento”*. Con lo que “el legitimario discapacitado solo tendrá derecho a un legado del valor que tuviera ese derecho al tiempo del fallecimiento del testador”.

“Cuando la vivienda se adjudica en plena propiedad a la herencia del testador, se constituirá el derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado en virtud del legado, y entonces no se habrá producido la adjudicación a favor del cónyuge viudo”, por lo que no habrá que compatibilizar los derechos entre discapacitado y viudo, sino entre el primero y los adjudicatarios de la vivienda”.

Si el cónyuge viudo usa el art. 1407 CC para constituir un derecho de uso o habitación sobre la vivienda, habría dos derechos reales que gravan el mismo inmueble

³⁶⁴⁵ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “Art. 822”, cit., pp. 6096-6097.

(viudo y legitimario discapacitado) y tendrán que coexistir por imperativo del art. 822 párr. 4º CC.

VIII.- LA RENTA VITALICIA

1.- Concepto

El CC regula la renta vitalicia dentro de los contratos aleatorios, en los arts. 1802 a 1808 CC:

Art. 1802 CC: *“El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión”*. Esta es la renta vitalicia típica (STS, de 5 de abril de 1974³⁶⁴⁶).

Este art. es una concreción para el caso de renta vitalicia del contrato a favor de terceros que regula el art. 1257 CC.

Rodríguez Morata³⁶⁴⁷ define la renta vitalicia como “una relación obligatoria de carácter aleatorio y duradero por medio de la cual una persona (deudor) se obliga a pagar a otra (rentista o acreedor) una prestación periódica, consistente en dinero o en especie, durante el tiempo de duración de la denominada vida contemplada que actúa como módulo objetivo de la relación (*dies certus an, incertus quando*)”.

En la renta vitalicia es “incierto el tiempo durante el cual habrá de pagarse la renta, lo que explica el carácter aleatorio, periódico y duradero de la prestación, que, junto a la utilización forzosa de la vida contemplada³⁶⁴⁸ como módulo para fijar el término de la relación, son las notas definitorias de la renta vitalicia”.

La renta vitalicia, conforme al art. 336 CC³⁶⁴⁹ se considera un bien mueble, salvo que las partes graven con carga real una cosa inmueble, entonces se incluye en el art. 334.10º CC³⁶⁵⁰, siendo un derecho real.

³⁶⁴⁶ RJA 1954, 342

³⁶⁴⁷ RODRÍGUEZ MORATA. E, “Art. 1802”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IX, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 12357.

³⁶⁴⁸ SSTS, de 18 de junio de 2010 (TOL 1.888.171), 14 de mayo de 2008 (TOL 1.331.063) y 7 de junio de 2007 (TOL 1.106.759).

³⁶⁴⁹ Art. 336 CC: *“Tienen también la consideración de cosas muebles las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios.”*

³⁶⁵⁰ Art. 334 CC: *“Son bienes inmuebles:*

10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.”

La renta tiene como finalidad económica proporcionar al perceptor un ingreso fijo y periódico como base de su subsistencia, calculándose el coste de su constitución sobre las posibilidades estadísticas de supervivencia de la vida contemplada en el momento inicial.

Leña Fernández³⁶⁵¹ respecto a las personas con discapacidad, indica que con este contrato los padres del disminuido pueden transferir a alguien, (un extraño, otro de sus hijos o una entidad) “el dominio de bienes muebles o inmuebles o un capital en metálico a cambio de que el adquirente se obligue a pagar una renta o pensión anual” a su hijo disminuido, mientras viva. “Esta es la modalidad de contrato de renta vitalicia que aquí interesa, dejando aparte el supuesto normal en el que no existe tercero beneficiario, sino que la renta la percibe el mismo cedente.

Así pactado, el contrato tendrá carácter oneroso para las dos partes contratantes, la que entrega el capital y la que se obliga a cambio a pagar la renta, mientras que para el tercero beneficiario (en nuestro caso el disminuido) tendrá el carácter de una donación indirecta”.

La renta vitalicia cuenta con ventajas fiscales y con todas las garantías legales. Las operaciones se formalizan ante notario y quedan inscritas en el RP³⁶⁵².

2.-Origen

La renta vitalicia, como apunta Rodríguez Morata³⁶⁵³, puede ser según su origen:

1.- Voluntaria. Se origina por la voluntad de los particulares. Puede constituirse:

– Por actos a título oneroso (p. ej. contrato oneroso, arts. 1802 y ss. CC; seguro de renta, como modalidad del de vida, etc.), en este caso el capital es la “contraprestación de la obligación de pagar la pensión.

– Por actos a título gratuito, que pueden venir de negocios *inter vivos* (p. ej. donación, contrato a favor de tercero, etc.) o de disposiciones *mortis causa* (p. ej. legado de renta vitalicia).

2.- Legal. La establece la ley (p. ej. la conmutación en renta vitalicia del pago del derecho de usufructo del cónyuge viudo, art. 839 CC).

3.- Judicial. La imponen los tribunales de justicia como resultado de una condena civil o penal.

³⁶⁵¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, cit., pp. 114-115.

³⁶⁵² “Soluciones “financieras” para mayores”, *Revista Escritura Pública*, cit., p. 57.

³⁶⁵³ RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1802”, cit., p. 12358.

3.- Naturaleza jurídica

La renta vitalicia siempre tiene la misma naturaleza jurídica, tanto en su lado activo, de derecho personal o de crédito, como en su lado pasivo, de obligación de ejecución duradera con prestaciones periódicas.

La doctrina mayoritaria³⁶⁵⁴ y la jurisprudencia consideran que la obligación principal es personal³⁶⁵⁵.

Así, las RRDGRN, de 21 de diciembre de 1943³⁶⁵⁶ y 31 de mayo de 1951³⁶⁵⁷, subrayan el carácter obligacional de la renta vitalicia. El TS al principio sostuvo el carácter real de la renta vitalicia, así la STS, de 11 de junio de 1934³⁶⁵⁸; pero luego se inclinó por la naturaleza obligacional de la renta vitalicia, así las SSTs, de 11 de julio de 1997³⁶⁵⁹, 11 de junio de 2003³⁶⁶⁰, 15 de septiembre de 2006³⁶⁶¹, 7 de junio de 2007³⁶⁶², 14 de mayo de 2008³⁶⁶³, y 16 de diciembre de 2010³⁶⁶⁴, entre otras.

Indica Rodríguez Morata³⁶⁶⁵ “la conveniencia de constituir la renta vitalicia junto a un negocio de garantía (hipoteca, prenda) o aseguramiento (seguro) de las rentas futuras (*cfr.*, art. 1805, *in fine*, CC)”, lo que “evidencia el carácter personal de la renta vitalicia, ya que todo ello no tendría sentido si fuera real”.

El obligado al pago de una renta vitalicia lo está con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC), con independencia de que se le trasmita o no el “*capital en bienes muebles o inmuebles*” que sirve como contraprestación al abono de aquélla. Si se le transmite, únicamente quedará afecto “el bien enajenado al pago de la renta vitalicia si fue gravado con una carga real en garantía del cumplimiento de la obligación, y ello con independencia de la obligación personal del obligado al abono de las rentas. Para que el deudor se libere de la renta vitalicia es necesario que concurra el consentimiento del acreedor³⁶⁶⁶ (SSTs, de 10 de febrero de 1950³⁶⁶⁷ y 8 de octubre de 1984³⁶⁶⁸)”.

³⁶⁵⁴ BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La renta vitalicia*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1963, pp. 76 y ss.; GUILARTE ZAPATERO, V., “Comentario al art. 1802”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXII, vol. 1º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pp. 403 y ss.

³⁶⁵⁵ Como se deduce del art. 1805 CC, en relación con los arts. 1857.1º y 1876 CC.

³⁶⁵⁶ RJA 1943, 1448

³⁶⁵⁷ RJA 1951, 2035

³⁶⁵⁸ RJA 1934, 1632

³⁶⁵⁹ RJA 1997, 6152

³⁶⁶⁰ TOL 276.114

³⁶⁶¹ TOL 995.530

³⁶⁶² TOL 1.106.759

³⁶⁶³ TOL 1.331.063

³⁶⁶⁴ TOL 2.013.711

³⁶⁶⁵ RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1802”, cit., pp. 12358-12359.

³⁶⁶⁶ RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1802”, cit., p. 12360.

4.- Caracteres

4.1.- Aleatorio

Este carácter es el único de la renta vitalicia expresamente mencionado por el legislador que la incluye en el Título XII del Libro IV CC que tiene como rúbrica la “*De los contratos aleatorios o de suerte*”, y en el mismo art. 1802 CC habla de “*El contrato aleatorio de renta vitalicia [...]*”. Es aleatorio por la incertidumbre en la duración de la obligación de pagar la renta que depende de algo incierto, basado en la suerte o el azar, como es el tiempo exacto que durará la vida contemplada (*dies certus an, incertus quando*)³⁶⁶⁹.

Leña Fernández³⁶⁷⁰ indica que tiene el contrato un carácter aleatorio, “puesto que, al momento de celebrarse el contrato, no se sabe cuál será, al final, el importe de la contraprestación (la suma de todas las pensiones que se paguen)” ya que dependerá “de la mayor o menor duración de la vida del beneficiario”.

4.2.- Consensual

La renta vitalicia es un contrato consensual, en él la entrega del capital o del bien no supone la perfección del contrato, solo es un requisito necesario para su eficacia.

Algunos autores³⁶⁷¹ creen en base al art. 1802 CC que es un contrato real y unilateral, cuyos efectos nacen con la entrega del capital. Así, las SSTs, de 18 de enero de 1996³⁶⁷² y 14 de mayo de 2008³⁶⁷³.

La doctrina mayoritaria española y la jurisprudencia³⁶⁷⁴ afirman que la renta vitalicia es un contrato consensual y bilateral, pues se perfecciona por el mero consentimiento de las partes (art. 1258 CC).

Según Leña Fernández³⁶⁷⁵, aunque se “discute el carácter real u obligacional de la renta o pensión, habida cuenta la expresión final del art. 1802 CC: «[...] cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión»”. Pero la STS, de 8 de mayo de

³⁶⁶⁷ RJ 1950, 194

³⁶⁶⁸ RJ 1984, 4765

³⁶⁶⁹ RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1802”, cit., p. 12361.

³⁶⁷⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, cit., p. 115.

³⁶⁷¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *et al*, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, cit., p. 327.

³⁶⁷² TOL 216.893

³⁶⁷³ TOL 1.331.063

³⁶⁷⁴ Como hemos visto en su naturaleza jurídica.

³⁶⁷⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, cit., p. 117.

1992³⁶⁷⁶, aclara que: “*Aun tratándose de renta vitalicia propiamente dicha, el derecho a la renta no tiene carácter real, sino que sólo produce efectos obligatorios personales, que es la obligación de los deudores de realizar prestaciones periódicas duraderas*”.

4.3.- Bilateral

Como hemos dicho, la doctrina y la jurisprudencia lo consideran un contrato bilateral, con prestaciones periódicas y contrapuestas para cada una de las partes contratantes³⁶⁷⁷. La prestación del constituyente consiste en la obligación de entregar el capital de la renta, bien sean bienes muebles o inmuebles. La del deudor de la renta, por su parte, consiste en el pago de los réditos o pensiones estipulados, en la forma y plazos convenidos (SSTS, de 22 de septiembre de 1988³⁶⁷⁸ y 11 de junio de 2003³⁶⁷⁹).

La causa de la prestación para cada uno de los contratantes es la contraprestación del otro contratante (art. 1274 CC).

4.4.- Oneroso y gratuito

La renta vitalicia es un contrato oneroso, ya que como dice Rodríguez Morata³⁶⁸⁰ y hemos visto, “una de las partes se obliga frente a la otra a pagar una pensión periódica como contraprestación del capital recibido, que, a su vez, se entrega para recibir la renta convenida”. Cada prestación se realiza por la que la otra ha de cumplir.

Sin embargo, el mismo CC admite que la renta vitalicia pueda originarse por un negocio a título gratuito conforme al 1807 CC, que establece: “*El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista.*”. En estos casos, la renta se sujeta al régimen que corresponde al acto de liberalidad: si es una renta vitalicia generada por donación *inter vivos* (art. 618 CC) o *mortis causa* (art. 620 CC), al régimen de éstos; o al de los legados cuando tenga su fuente en uno de ellos.

4.5.- Garantías

³⁶⁷⁶ LA LEY 14790-R/1992

³⁶⁷⁷ BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La renta vitalicia*, cit., p. 84.

³⁶⁷⁸ TOL 1.733.951

³⁶⁷⁹ TOL 276.114

³⁶⁸⁰ RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1802”, cit., pp. 12363-12364.

Leña Fernández³⁶⁸¹ indica que dado el carácter obligacional del pago de la renta y el art. 1805 CC, que dice: *“La falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras.”*; el padre que opte por este tipo de contrato querrá asegurar el cobro de las rentas o pensiones por su hijo disminuido. Lo puede conseguir pactando una garantía real que puede ser una condición resolutoria o una hipoteca.

4.5.1.- Condición resolutoria

Se puede garantizar la renta vitalicia con una condición resolutoria, como aclara la RDGRN, de 26 de abril de 1991³⁶⁸², que dice: *“El que el contrato no sea puramente oneroso sino aleatorio y el que las obligaciones no sean de tracto único sino de tracto sucesivo y que en parte pueden estar cumplidas cuando, habiendo corrido una etapa del tiempo en que juega el alea casual, se produzca el incumplimiento, no constituyen características incompatibles con el efecto resolutorio, en particular cuando, al amparo del principio de libertad de contratación (cfr. arts. 1.255 y 1.152 y ss. CC), las partes, al constituir la pensión, precisan el alcance de las devoluciones en la hipótesis de resolución, sin perjuicio, en su caso, de las facultades moderadoras del Juez si el adquirente se opone a la efectividad de la resolución en los términos convenidos. Rechazar la posibilidad de pactar la resolución sólo beneficiaría a una de las partes, justamente a la que infringe, en todo o en parte, sus compromisos, a pesar de que las prestaciones debidas son vitales para la otra parte contratante.”*

Según Leña Fernández³⁶⁸³, hemos de plantearnos quién ejercerá la facultad de resolución pactada. Lo normal en el contrato de renta vitalicia es que el propio cedente sea el beneficiario y se pacte sobre su propia vida. En este caso “será el cedente quien tenga la facultad de resolver, quién recobre mediante la resolución el bien o el capital que fue cedido y quién tenga que devolver las rentas o pensiones en la medida pactada o, en la que el juez determine”. Pero si la persona del beneficiario es distinta de la del cedente, en base a la libertad de pacto que rige en el contrato, cedente y cesionario podrán pactar lo que estimen conveniente.

³⁶⁸¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, cit., p. 117.

³⁶⁸² BOE-A-1991-14179

³⁶⁸³ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, cit., pp. 117-118.

Si nada se pactó, el ejercicio de la condición resolutoria corresponde al beneficiario, que es quien ha recibido las pensiones que se hubieren satisfecho y a quien, por tanto, corresponde devolverlas en la medida pertinente; que es también a quien el 1.257-2.º CC faculta para exigir el cumplimiento de la estipulación pactada a su favor y, en consecuencia, el único legitimado para resolverla y que es “*el perceptor*” a quien el art. 1805 CC, *a sensu contrario*, permite cuando se hubiere pactado la condición resolutoria ejercitarla.

4.5.2.- Hipoteca

La hipoteca sobre la finca cedida es la garantía real más adecuada para asegurar el pago de las pensiones. Sería una hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas prevista en los arts. 157 LH y 248 RH, que dicen:

Art. 157 LH: “*Podrá constituirse hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas.*

En la inscripción se hará constar el acto o contrato por el cual se hubieran constituido las rentas o prestaciones y el plazo, modo y forma con que deban ser satisfechas.

El acreedor de dichas rentas o prestaciones periódicas podrá ejecutar estas hipotecas utilizando el procedimiento sumario establecido en los artículos ciento veintinueve y siguientes de esta Ley. El que remate los bienes gravados con tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento. Iguales efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero; pero respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas, no perjudicarán a éste sino en los términos señalados en los artículos ciento catorce y párrafo primero y segundo del ciento quince de esta Ley.

Salvo pacto en contrario, transcurridos seis meses desde la fecha en que, a tenor de lo consignado en el Registro, debiera haberse satisfecho la última pensión o prestación, el titular del inmueble podrá solicitar la cancelación de la hipoteca, siempre que no conste asiento alguno que indique haberse modificado el contrato o formulado reclamación contra el deudor sobre pago de dichas pensiones o prestaciones.”.

Art. 248 RH: “*Las hipotecas en garantía de rentas o prestaciones periódicas, a que se refiere el artículo 157 de la Ley, podrán constituirse por acto unilateral del*

dueño de la finca hipotecada, en cuyo caso la aceptación de la persona a cuyo favor se constituya la hipoteca se regulará por lo dispuesto en el artículo 141 de dicha Ley.

Cuando estas hipotecas se constituyeren en actos de última voluntad, será título suficiente para inscribirlas el testamento, acompañado de los certificados de defunción del testador y del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, y la aceptación del pensionista o beneficiario de la prestación podrá otorgarse en la escritura particional de la herencia o en otra escritura.

En la inscripción se hará constar necesariamente la fecha en que deba satisfacerse la última pensión o prestación, o, en otro caso, el evento o condición que determine su extinción.

El pacto en contrario que autoriza el último párrafo del artículo 157 de la Ley no podrá excederse, en ningún caso, de cinco años.”.

5.- Elementos personales

Los sujetos de la relación de renta pueden ser:

- 1.- El deudor obligado a pagar la pensión (prestante).
- 2.- El acreedor, beneficiario o rentista que recibe la pensión.
- 3.- El cedente que da el capital (estipulante).
- 4.- El titular de la vida contemplada (módulo objetivo).

5.1.- Deudor

El deudor u obligado a la prestación periódica en la forma convenida o determinada en el título constitutivo es el obligado a pagar la pensión o rédito anual y el que recibe un capital en bienes muebles e inmuebles.

Tanto el deudor como el acreedor pueden ser personas físicas que actúan individualmente o conjuntamente (una o varias), ya sea en forma mancomunada o solidaria. A juicio de Rodríguez Morata³⁶⁸⁴, “nada impide también que se trate de personas jurídicas” (instituciones públicas o privadas).

“El deudor de la renta debe cumplir su obligación en la forma y términos convenidos”.

³⁶⁸⁴ RODRÍGUEZ MORATA. E, “Art. 1802”, cit., p. 12365.

Es posible la sustitución de deudor, pero para ello hace falta el consentimiento del acreedor.

5.2.- Acreedor

El acreedor o rentista, perceptor de la renta, es el beneficiario de la misma y, por tanto, el titular del correlativo derecho a su pretensión y exigencia.

El art. 1803 párr. 2º CC establece: “*También puede constituirse a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vida se otorga, o a favor de otra u otras personas distintas.*”.

Se puede cambiar la persona del acreedor de la renta a través de una cesión de créditos. Rodríguez Morata³⁶⁸⁵ indica que “es posible que el acreedor de la renta transmita voluntariamente su derecho a la renta, que esta sea objeto de una enajenación forzosa, o que se produzca la sucesión en el derecho cuando el acreedor muera antes que finalice la vida contemplada”.

Si pluralidad de acreedores de la renta todos ellos son beneficiarios de aquélla, en principio habrá tantas rentas como acreedores. Esa concurrencia de acreedores puede ser simultánea o sucesiva y su disfrute solidario o mancomunado, y en este caso se distribuirá en partes iguales; si alguno de ellos muere antes de la finalización de la renta, su parte acrecerá al resto de acreedores, si hay atribución cuantitativa a personas determinadas, la renta correspondiente al acreedor premuerto habrá de ser atribuida a sus herederos.

La pluralidad de acreedores y el acrecimiento es usual en rentas vitalicias constituidas a favor de los cónyuges conjuntamente.

En aplicación del art. 1257 CC, la reclamación de la renta vitalicia prometida queda sujeta a la aceptación del tercero acreedor, emitida antes de la revocación por parte del estipulante³⁶⁸⁶. Se admite la aceptación tácita del tercero, p. ej. si ya ha cobrado algunas pensiones.

La renuncia del acreedor a la renta vitalicia previamente aceptada³⁶⁸⁷ no tiene efectos retroactivos. Con ella cesará la obligación de pago de las rentas por el

³⁶⁸⁵ RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1803”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IX, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 12379-12380.

³⁶⁸⁶ TORAL LARA, E., *El contrato de renta vitalicia*, ed. La Ley, Madrid, 2010, p. 314.

³⁶⁸⁷ “La renuncia a la renta vitalicia constituida a favor de tercero, sin haber mediado previa aceptación por este, no afecta a la validez del contrato”, solo producirá “la ineficacia de la obligación del pago de

promitente a favor del tercero, sin que afecte a la consolidación de la transmisión del capital en bienes muebles o inmuebles efectuada previamente por el estipulante a favor del promitente, salvo expresa disposición en contrario.

5.3.- Cedente

Es la persona que constituye la renta, que entrega el capital a cambio del cual nace la obligación de pagar la pensión. Normalmente coincide con el acreedor, pero puede constituirse a favor de persona distinta.

El cedente de la renta se obliga a entregar el bien pactado como contraprestación de la renta. La entrega del capital tiene finalidad traslativa o transmisiva de la propiedad a favor de aquél que queda obligado como deudor de la renta o pensión. La entrega debe llevar aparejada la transmisión del dominio y el constituyente de la renta queda obligado además de a la entrega, al saneamiento de las cosas entregadas.

En el contrato de renta vitalicia a favor del tercero, la relación entre cedente y promitente tiene carácter oneroso, por lo que el promitente podrá oponer al beneficiario las excepciones que deriven del mismo.

Por el contrario, en la relación entre cedente y beneficiario, la relación puede tener carácter gratuito y sería una donación indirecta.

El estipulante o cedente puede revocar la renta vitalicia antes de su aceptación por el tercero.

5.4.- Vida contemplada

5.4.1.- Módulo objetivo

También denominada módulo objetivo de la relación, el titular de la vida contemplada es aquel en consideración a cuya vida se constituye la renta vitalicia, se pagan las pensiones o réditos periódicos y se extingue la relación.

Puede ser la duración de la vida de una persona o de varias personas. Normalmente será la vida del propio acreedor o rentista, pero puede determinarse sobre la vida de cualquier otra persona, incluso el mismo deudor de renta, el constituyente o un tercero ajeno a la renta. En todo caso, se requiere que la persona en cuestión esté determinada en el momento de la constitución, sino la renta vitalicia sería nula. Pero no

renta a cargo del promitente, y de la obligación de entrega del capital en bienes muebles o inmuebles a cargo del estipulante, por causa de la frustración de la finalidad del contrato”.

se puede constituir una renta vitalicia en consideración al plazo de vida de una persona jurídica, ni sobre la vida de una persona ya fallecida o gravemente enferma (art. 1804 CC).

Al respecto, el art. 1803 párr. 1º CC establece: “*Puede constituirse la renta sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas.*”; y ello le da el carácter de vitalicia.

En la renta vitalicia, el alea se concreta en la incertidumbre “sobre la duración del contrato, que, conforme al art. 1803 CC, está referida a la duración de la vida contemplada de una o varias personas”, en cuyo caso la muerte del último extingue la renta salvo que expresamente se indique lo contrario. También se puede designar a varias personas que representen distintos grados o generaciones, respetando los límites del art. 781 CC. Es un elemento esencial del contrato. La muerte de la vida contemplada es el elemento incierto que determina el alea y extingue el contrato de renta vitalicia.

El fallecimiento del acreedor de la renta, si no es el módulo de duración del contrato, no extingue la relación de renta, salvo que expresamente se disponga así en el contrato, a pesar de que el art. 1806 CC pudiera hacer pensar lo contrario, lo cierto es que la renta vitalicia no es personalísima.

Si la vida contemplada es la de un tercero ajeno a la relación de renta, éste no es parte del contrato, su voluntad o su capacidad son irrelevantes, y no se requiere su aceptación, ni siquiera su conocimiento. Carece de toda clase de derechos, obligaciones, facultades o deberes, derivados del contrato de renta vitalicia.

La vida contemplada debe estar determinada o ser susceptible de determinación sin necesidad de un nuevo convenio, lo que no puede dejarse al arbitrio de una de las partes. Si no está determinado, el contrato es nulo de pleno derecho por falta de uno de sus elementos esenciales, la aleatoriedad.

Es posible la constitución de la renta sobre un *nasciturus*. Una persona no nacida en el momento de la constitución de la relación de renta, siempre que sea determinable³⁶⁸⁸, la renta vitalicia estará sujeta al nacimiento, por tanto a condición

³⁶⁸⁸ TORAL LARA, E., *El contrato de renta vitalicia*, cit., p. 372.

suspensiva³⁶⁸⁹. Cumplida la condición, o sea, el nacimiento de la «vida contemplada», desplegará el contrato sus efectos³⁶⁹⁰.

5.4.2.- Persona muerta

Art. 1804 CC: *“Es nula la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento, o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha”*.

El art. tiene carácter imperativo, es una prohibición legal que no admite pacto en contrario.

Rodríguez Morata³⁶⁹¹ sostiene que “la muerte de la vida contemplada debe ser consecuencia de la enfermedad padecida”, no vale si la muerte, aun existiendo la enfermedad, se produce por un accidente extraño a la misma. Debe ser una enfermedad mortal, por lo que no lo será el parto seguido de muerte, ni el accidente, ni el suicidio, ni por supuesto la vejez.

El plazo de veinte días es un plazo civil (art. 5.1 CC)³⁶⁹².

5.4.3.- Existencia

Art. 1808 CC: *“No puede reclamarse la renta sin justificar la existencia de la persona sobre cuya vida esté constituida”*.

La vida contemplada de la relación es el término esencial³⁶⁹³ de la renta vitalicia. La muerte de la vida contemplada extingue el contrato de renta vitalicia.

El art. 1808 CC, indica Rodríguez Morata³⁶⁹⁴, es “una excepción a las reglas sobre adquisición y exigibilidad de las rentas periódicas, ya que faculta al deudor a no pagar mientras el acreedor no acredite que vive la persona sobre cuya vida está constituida la renta”.

³⁶⁸⁹ GUILARTE ZAPATERO, V., “Comentario al art. 1803”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXII, vol. 1º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 455.

³⁶⁹⁰ RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1803”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IX, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 12377-12378.

³⁶⁹¹ RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1804”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IX, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 12383-12384, 12388.

³⁶⁹² Por lo que no entra en el cómputo el día de la formalización del contrato, pero sí el último.

³⁶⁹³ TORAL LARA, E., *El contrato de renta vitalicia*, cit., p. 362.

³⁶⁹⁴ RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1808”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IX, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 12407-12409.

La forma de la justificación dependerá de la vida tomada en consideración. Si se trata de la propia vida del rentista beneficiario, “será suficiente con su presencia³⁶⁹⁵”. En otros casos, el acreedor podrá acreditar la existencia de la vida contemplada por cualquiera de los medios admitidos en derecho, como p. ej. fe de vida o acta notarial de existencia.

La declaración de fallecimiento de la vida contemplada extingue la renta. La declaración de ausencia supone que la obligación quedará en suspenso.

6.- Objeto

6.1- Capital

Aunque el art. 1802 CC presupone como contraprestación de la renta, “[...] *un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego* [...]”, las partes pueden convenir la constitución de la renta vitalicia con cualquier otra contraprestación, como es una entrega de dinero, la condonación de una deuda, el abono de un servicio, la cesión de un crédito, la atribución de un derecho real limitado sobre cosa ajena, etc., aunque en este caso, dado que el art. 1802 CC habla de transmisión del dominio, plantea dudas. Se admite con las limitaciones propias de su naturaleza³⁶⁹⁶.

Al ser consensual el contrato de renta vitalicia, la falta de entrega del capital por el rentista no determina la invalidez o ineficacia del contrato de renta, sino el incumplimiento de una obligación esencial del mismo, que podrá dar lugar a la resolución contractual con indemnización de los daños y perjuicios causados (arts. 1124 y 1101 CC). También se produce la responsabilidad por evicción (art. 1478 CC) y el saneamiento por vicios ocultos (arts. 1484 y ss. CC)³⁶⁹⁷.

6.2.- Renta o pensión

6.2.1.- Caracteres

La renta, pensión o rédito anual, precisa Rodríguez Morata³⁶⁹⁸, es un derecho sustantivo e independiente; y no una prestación accesorio (como podrían ser los

³⁶⁹⁵ En este caso el art. 1808 CC carece de virtualidad práctica.

³⁶⁹⁶ BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La renta vitalicia*, cit., p. 117 y GUILARTE ZAPATERO, V., “Comentario al art. 1802”, cit., pp. 418-419.

³⁶⁹⁷ RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1802”, cit., p. 12367.

³⁶⁹⁸ RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1802”, cit., p. 12369.

intereses de un capital³⁶⁹⁹). La pensión es la principal obligación del deudor de la renta vitalicia, y en esencia la causa misma de su título constitutivo.

La renta o pensión puede consistir en dinero (que es lo más normal), frutos o cualquier otra cosa fungible o valuable, o tener carácter mixto, parte en dinero y parte en cosas fungibles. El contrato fijará la calidad y extensión del rédito, que no dependerán de la situación del deudor ni de las necesidades del obligado, salvo pacto en contrario.

Leña Fernández³⁷⁰⁰ señala que esa renta pactada ha de consistir en una cantidad fija y determinada, y que se pueden usar cláusulas de estabilización, que no perjudican la aleatoriedad propia del contrato de renta vitalicia.

La expresión “*anual*” prevista en el art. 1802 CC no implica que la pensión forzosamente sea anual, sino que debe ser periódica, podría ser por días, semanas, meses, trimestres, etc. y son las partes las que en el título de constitución de la renta pueden fijar la periodicidad de su percepción por el rentista. Si no lo hacen, será anual por el art. 1802 CC.

En todo caso, el derecho del perceptor de la renta vitalicia es de carácter personal, patrimonial y transmisible, ya que su titular puede disponer de él³⁷⁰¹.

6.2.2.- Falta de pago

Art. 1805 CC: “*La falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras*”.

Según Rodríguez Morata³⁷⁰², “el contrato de renta vitalicia con entrega de capital es un contrato bilateral, que engendra obligaciones recíprocas para las partes, por lo que en principio la falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del mismo debería suponer la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento”,

³⁶⁹⁹ Señala GUILARTE ZAPATERO, V, “Comentario al art. 1802”, cit., p. 424; que en todo caso, las prestaciones periódicas constitutiva de la renta deberán tener carácter sustantivo e independiente en el sentido de no ser representativa del simple interés de un capital, sino originadas en un contrato de renta vitalicia con las características que le configuran.

³⁷⁰⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, cit., p. 116.

³⁷⁰¹ RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1802”, cit., p. 12369.

³⁷⁰² RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1805”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IX, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 12390-12393.

conforme al art. 1124 CC, por lo que su interpretación debe ser restrictiva (STS, de 14 de octubre de 1960³⁷⁰³).

Después de haber incumplido la obligación de pago de las rentas vencidas, el acreedor puede resolver el contrato, con indemnización de los daños y perjuicios³⁷⁰⁴. Aunque el art. 1805 CC no contempla de forma expresa esa posibilidad, tampoco la rechaza, y dado el carácter excepcional del precepto, se aplicará el art. 1124 CC.

La mayoría de la doctrina³⁷⁰⁵ y de la jurisprudencia considera que no hay ningún fundamento sólido que justifique la excepcionalidad del art. 1805 CC, ni la exclusión de la regla general de resolubilidad por incumplimiento del contrato de renta vitalicia. La resolución será excesiva si hay un incumplimiento puntual. Pero no si es un incumplimiento reiterado del deudor, que produce graves perjuicios y revela una voluntad obstativa del deudor. Admiten la resolución las SSTS, de 22 de septiembre de 1988³⁷⁰⁶, 19 de marzo de 1999³⁷⁰⁷ y 15 de septiembre de 2006³⁷⁰⁸.

El art. 1805 CC no se aplica a los contratos de renta vitalicia gratuitos, porque se está ante una donación, el rentista podrá exigir el pago de los plazos vencidos, pero no el aseguramiento de las rentas futuras.

Si se pide el aseguramiento de las pensiones futuras, puede hacerse con una condición resolutoria o con una hipoteca, una prenda, una anticresis o una fianza. La mayoría de la doctrina cree que la garantía más idónea es la hipoteca en garantías de prestaciones periódicas del art. 157 LH, que puede gravar el bien cedido por el constituyente de la renta vitalicia y también a cualquier otro bien del deudor.

En cuanto a la posibilidad de un pacto contrario a lo dispuesto en el art. 1805 CC, se admite por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia españolas, SSTS, de 16 de diciembre de 2010³⁷⁰⁹, 19 de marzo de 1999³⁷¹⁰, 23 de abril de 1998³⁷¹¹ y 22 de

³⁷⁰³ RJ 1960, 3086

³⁷⁰⁴ BADENAS CARPIO, *La renta vitalicia onerosa*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 265 y 266 y GUILARTE ZAPATERO, V., “Comentario al art. 1805”, cit., pp. 507-508.

³⁷⁰⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Resolubilidad del contrato de renta vitalicia si el obligado al pago de la pensión ni siquiera comienza a abonarla”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, ed. Edersa, Madrid, 1981, pp. 9-10; GUILARTE ZAPATERO, V., “Comentario al art. 1805”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXII, vol. 1º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pp. 495-501.

³⁷⁰⁶ TOL 1.733.951

³⁷⁰⁷ TOL 1.435

³⁷⁰⁸ TOL 995.530

³⁷⁰⁹ TOL 2.013.711

³⁷¹⁰ TOL 1.435

³⁷¹¹ TOL 170.487

septiembre de 1998³⁷¹², fundada en el carácter dispositivo del precepto y en el principio de la autonomía de la voluntad del art. 1255 CC³⁷¹³.

Para que la cláusula resolutoria expresa del contrato de renta vitalicia sea oponible frente a terceros (p. ej. terceros adquirentes de los bienes cedidos al deudor de renta) deberá constar inscrita en el RP.

6.2.3.- Año de la muerte

Art. 1806 CC: *“La renta correspondiente al año en que muere el que la disfruta se pagará en proporción a los días que hubiese vivido; si debía satisfacerse por plazos anticipados, se pagará el importe total del plazo que durante su vida hubiese empezado a correr”*.

No es más que una concreción del régimen de percepción de frutos civiles de los arts. 451 párr. 3º y 474 CC.

El art. 1806 CC, incurre en el error de hablar del *“año en que muere la persona que disfruta la pensión”* sin tener en cuenta que la vida contemplada como módulo temporal de duración del contrato de renta vitalicia puede no ser la del deudor, sino la de otro.

La renta vitalicia, destaca Rodríguez Morata³⁷¹⁴, *“se adquiere día por día, en atención a que las pensiones periódicas son frutos civiles (art. 474 CC³⁷¹⁵), pero se paga en los vencimientos periódicos fijados en el contrato”*.

Si el contrato establece el abono de las rentas por plazos anticipados, toda la renta se pagará al inicio de cada uno de los períodos estipulados, conforme al art. 1806 CC y quiebra el principio de adquisición de los frutos o rentas día a día, así como el principio de proporcionalidad de la misma.

El art. 1806 CC se refiere a las rentas vitalicias constituidas a título oneroso. Si son gratuitas, como las adquiridas mediante un legado de rentas periódicas, la adquisición y el pago de la misma se regirá por el art. 880 CC, que establece: *“Legada una pensión periódica o cierta cantidad anual, mensual o semanal, el legatario podrá*

³⁷¹² TOL 1.733.951

³⁷¹³ GUILARTE ZAPATERO, V., “Comentario al art. 1805”, cit., pp. 510 y ss. y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, “Constitución del contrato de renta vitalicia con carácter resoluble (notas sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1960)”, *Revista de Derecho judicial*, enero-marzo, 1962, p. 251.

³⁷¹⁴ RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1806”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IX, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 12399.

³⁷¹⁵ Art. 474 CC: *“Los frutos civiles se entienden percibidos día por día, y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo.”*.

exigir la del primer período, así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar a la devolución aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado.”.

6.2.4.- Inembargabilidad

Art. 1807 CC: *“El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista”.*

La finalidad del precepto, según Rodríguez Morata³⁷¹⁶, es “blindar o proteger frente al embargo la renta vitalicia constituida a título gratuito, para salvar un recurso económico que permita al pensionista satisfacer sus necesidades vitales básicas”.

La inembargabilidad exige que la constitución de la renta vitalicia sea sin contraprestación alguna³⁷¹⁷, o sea, que debe ser gratuita.

Es una excepción al principio de responsabilidad universal del deudor del art. 1911 CC por lo que debe interpretarse de modo restrictivo ciñéndose a una finalidad alimentista del pensionista.

La doctrina considera que el fundamento del precepto es que la renta constituida a título gratuito, supone un incremento del patrimonio de su titular sin contraprestación alguna, con lo que no perjudica a los acreedores del rentista³⁷¹⁸.

El art. 605.4º LEC habla de los bienes inembargables entre los que incluye *“los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal”*. En esta previsión se incluye el art. 1807 CC.

7.- Seguro de renta vitalicia

Indica Nogales Montenegro³⁷¹⁹ que es “en realidad un seguro de vida que en caso de fallecimiento y/o supervivencia permite al asegurado obtener una renta con la periodicidad y retribución establecidas en el contrato”.

Se establece como un complemento a la pensión de jubilación.

³⁷¹⁶ RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1807”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IX, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 12399.

³⁷¹⁷ Excluye, por tanto, la donación modal, los contratos mixtos con donación, etc.

³⁷¹⁸ GUILARTE ZAPATERO, V., “Comentario al art. 1806”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXII, vol. 1º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 535.

³⁷¹⁹ NOGALES MONTENEGRO, R., “Rentas vitalicias y consumidores: ¿riesgo u oportunidad?”, *Escritura pública*, septiembre-octubre 2019, p. 58.

Nieto Carol³⁷²⁰ señala que “a cambio del pago de un capital inicial (prima única), queda asegurada una renta determinada desde el momento de su contratación (que puede ser inmediata o diferida en el tiempo). Es un contrato de carácter aleatorio dado el carácter vitalicio de la renta ya que el fallecimiento del beneficiario, aunque sea un hecho cierto (*certus an*), es indeterminado en el tiempo (*incertus quando*)”.

“Tienen el carácter de rentas de jubilación “para toda la vida”, son sostenibles debido a la técnica actuarial en la que se basan y están garantizadas por una empresa aseguradora”.

“Tienen ventajas fiscales. Si se invierte en una renta vitalicia el fruto de la venta de un inmueble o de otro tipo de activo después de los 65 años (máximo 240.000 €), está exenta hasta el 100 % de la ganancia patrimonial obtenida por la venta. Además, los rendimientos derivados de las rentas vitalicias se integran en la base imponible del ahorro en el IRPF con una tarifa progresiva con tipos desde el 19 hasta el 23 % (que puede ser mejor que la tarifa aplicable a la base imponible general). Además, solamente por un porcentaje de la renta anual percibida”.

Pero solo es realmente ventajosa su tributación a partir de los 70 años, en que se tributa el 8% de las rentas percibidas.

8.- Fiscalidad³⁷²¹

Como quiera que la renta vitalicia se ha utilizado a veces con una finalidad de elusión fiscal o especulativa del dinero, la legislación tributaria (IRPF, ITP, IS e IP) ha reaccionado de modo muy gravoso, lo que no ha colaborado con el uso de esta figura.

Si el rentista no supera los 70 años los porcentajes de rendimientos en IRPF oscilan entre el 20 al 40 por ciento del total de las rentas anuales percibidas (art. 25.3.2º LIRPF³⁷²²). Se prohíbe que estas rentas periódicas puedan ser tratadas fiscalmente como

³⁷²⁰ NIETO CAROL, U., “Las rentas vitalicias”, *Escritura pública*, septiembre-octubre 2019, p. 59.

³⁷²¹ Vid. GONZÁLEZ-PÁRAMO MARTÍNEZ-MURILLO, J.L., y BADENES PLA, E., *Los impuestos y las decisiones de ahorro e inversión de las familias*, Fundación de las Cajas de Ahorros para la Investigación Económica y Social, Madrid, 2000.

³⁷²² Art. 25.3.2º LIRPF: “2.º) En el caso de rentas vitalicias inmediatas, que no hayan sido adquiridas por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, se considerará rendimiento de capital mobiliario el resultado de aplicar a cada anualidad los porcentajes siguientes:

40 por ciento, cuando el perceptor tenga menos de 40 años.

35 por ciento, cuando el perceptor tenga entre 40 y 49 años.

28 por ciento, cuando el perceptor tenga entre 50 y 59 años.

24 por ciento, cuando el perceptor tenga entre 60 y 65 años.

20 por ciento, cuando el perceptor tenga entre 66 y 69 años.

8 por ciento, cuando el perceptor tenga más de 70 años.

operaciones a plazo o con precio aplazado (art. 14.2.d LIRPF³⁷²³). Si el deudor de la renta vitalicia es un empresario o profesional, se le obliga a practicar una retención del 18 por ciento sobre la parte de la renta que se considere rendimiento del capital (arts. 74.1 y 88.1 RIRPF).

Conforme al derecho civil, indica Rodríguez Morata³⁷²⁴, “el negocio de constitución de la renta vitalicia da lugar a una sola y única relación obligatoria que, a lo largo del tiempo, se proyecta en un número indeterminado de prestaciones a cumplir por el obligado, dada la incertidumbre del término final”. Sin embargo, “en el derecho tributario, desde la perspectiva del rentista o pensionista, la renta vitalicia se descompone en tantas relaciones cuantas resulten las prestaciones a percibir anualmente a efectos del IRPF, mientras que para el deudor de la renta la vida contemplada aparece más que como término final, como condición suspensiva de la relación obligatoria, pues únicamente una vez extinguida la relación de la renta vitalicia, el obligado a la misma deberá declarar la ganancia o pérdida patrimonial generada por la misma” (art. 37.1.i LIRPF³⁷²⁵).

IX.- CONTRATO DE ALIMENTOS O VITALICIO

1.- Introducción

El contrato de alimentos existe en nuestro derecho desde tiempo inmemorial unido a la libertad de pacto del art. 1255 CC.

Rueda Díaz de Rábago³⁷²⁶ señala que el CC habla de contratos que denomina aleatorios, que generan prestaciones de varias personas, una de las cuales (de las

Estos porcentajes serán los correspondientes a la edad del rentista en el momento de la constitución de la renta y permanecerán constantes durante toda su vigencia.”.

³⁷²³ Art. 14.2.d LIRPF: “d) En el caso de operaciones a plazos o con precio aplazado, el contribuyente podrá optar por imputar proporcionalmente las rentas obtenidas en tales operaciones, a medida que se hagan exigibles los cobros correspondientes. Se considerarán operaciones a plazos o con precio aplazado aquellas cuyo precio se perciba, total o parcialmente, mediante pagos sucesivos, siempre que el período transcurrido entre la entrega o la puesta a disposición y el vencimiento del último plazo sea superior al año.

[...]

En ningún caso tendrán este tratamiento, para el transmitente, las operaciones derivadas de contratos de rentas vitalicias o temporales. Cuando se transmitan bienes y derechos a cambio de una renta vitalicia o temporal, la ganancia o pérdida patrimonial para el rentista se imputará al período impositivo en que se constituya la renta.”.

³⁷²⁴ RODRÍGUEZ MORATA, F., “Art. 1802”, cit., pp. 12371-12372.

³⁷²⁵ Art. 37.1.i) LIRPF: “i) De la extinción de rentas vitalicias o temporales, la ganancia o pérdida patrimonial se computará, para el obligado al pago de aquéllas, por diferencia entre el valor de adquisición del capital recibido y la suma de las rentas efectivamente satisfechas.”.

³⁷²⁶ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., pp. 289-290.

prestaciones) está indeterminada. Es decir, uno de los obligados no sabe en qué medida o por cuánto tiempo ha de cumplir su prestación.

Dentro de estos contratos, regula la renta vitalicia, “la práctica genera otro contrato, que no estaba regulado en el CC, pero que responde a la necesidad real: el deudor (que aquí llamaremos alimentante) sigue recibiendo un capital, pero lo que tiene que entregar al acreedor (en adelante el alimentista) son cuidados” o, “alimentos”, que “tendrán la extensión que se pacte, no necesariamente la que, a otros efectos, regula el Código. Este contrato sí que se ajusta bien a lo que necesita la persona dependiente, y como tal se practicaba”. “Ahora bien, la ausencia de una regulación concreta puede generar problemas en su ejecución, y así se produce una abundante jurisprudencia, tanto del TS³⁷²⁷ como de la DGRN, que lo consideran como un contrato autónomo.”.

La LPPD incorpora una regulación expresa a nuestro derecho, modificando el CC en este tema. Según su Exposición de motivos: *“Se introduce dentro del título XII del libro IV del Código Civil, dedicado a los contratos aleatorios, una regulación sucinta pero suficiente de los alimentos convencionales, es decir, de la obligación alimenticia surgida del pacto y no de la ley, a diferencia de los alimentos entre parientes regulados por los arts. 142 y siguientes de dicho cuerpo legal.*

La regulación de este contrato, frecuentemente celebrado en la práctica y examinado en ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista.

Su utilidad resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes

³⁷²⁷ Destaca la STS, de 30 de noviembre de 1987 (Id Cendoj: 28079110011987100711), que dice: “una figura negocial que si bien caracterizada por la parquedad con que la doctrina civilista la trata, no es desconocida por la jurisprudencia de esta Sala, que ya ha tenido ocasión de admitirla, argumentalmente en sentencias de 14 de noviembre de 1908 y 16 de diciembre de 1930, y de modo directo en las de 28 de mayo de 1965 y 6 de mayo de 1980 (LA LEY 1857/1980); se trata del llamado «contrato vitalicio», o de «pensión alimenticia» o, también, de «alimentos vitalicios», negocio independiente del de «renta vitalicia» y caracterizado, como muy bien indica la citada sentencia de 28 de mayo de 1965, por ser un «contrato autónomo, innominado y atípico susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo en cuanto no sean contrarias a las leyes, a la moralidad o al orden público»”.

muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del art. 1257 CC.”

Se regula con los contratos aleatorios, el “alea” es esencial al contratante; el alimentante u obligado a alimentar tiene una obligación indefinida material y temporalmente por lo que su valor patrimonial dependerá de la vida del alimentista que tiene derecho a recibirlos.

Se recoge en los arts. 1791 a 1797 CC.

La contratación privada puede ser muy útil para garantizar un nivel de vida adecuado a una persona con discapacidad, con el contrato de alimentos, “doy para que hagas”, en el que hacer es atender a una persona, o abonarle una renta, o proporcionarle una vivienda, alimentos y asistencia sanitaria³⁷²⁸.

2.- Concepto

El art. 1791 CC dice: *“Por el contrato de alimentos, también llamado contrato de vitalicio, una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia médica a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos”*.

A diferencia de la obligación legal de alimentos entre cónyuges, ascendientes y descendientes regulado en los arts. 142 a 153 CC, el contrato de alimentos es oneroso y recíproco, y obliga al alimentante a atender las necesidades del alimentista, e incluso se puede pactar la obligación de convivir con él y no es necesario que exista un estado de necesidad en el alimentista como en la obligación legal.

La RDGRN, de 26 de abril de 1991³⁷²⁹ (basada en muchas SSTs, como son las SSTs, de 6 de mayo de 1980³⁷³⁰, 1 de julio de 1982³⁷³¹, 18 de abril de 1984³⁷³², 13 de julio de 1985³⁷³³, 30 de noviembre de 1987³⁷³⁴ y 3 de noviembre de 1988³⁷³⁵), lo define como *“el contrato por el que las partes al amparo del principio de libertad de estipulación pactan que una de ellas se obligue respecto de la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan mediante la*

³⁷²⁸ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., pp. 12-13.

³⁷²⁹ BOE-A-1991-14179

³⁷³⁰ LA LEY 1857/1980

³⁷³¹ LA LEY 13787-JF/0000

³⁷³² Id Cendoj: 28079110011984100091

³⁷³³ Id Cendoj: 28079110011985100043

³⁷³⁴ Id Cendoj: 28079110011987100711

³⁷³⁵ Id Cendoj: 28079110011988101660

contraprestación que fijen, no es una modalidad de la renta vitalicia sino un contrato autónomo innominado y atípico, con sus variedades propias según los fines perseguidos, y regido por los pactos, cláusulas y condiciones que se incorporen al mismo dentro de los límites fijados por el artículo 1.255, y subsidiariamente, por las normas generales de las obligaciones”.

Señala Leña Fernández³⁷³⁶ que aunque esta definición contempla un contrato celebrado entre dos partes, cedente y alimentista de un lado, y cesionario y alimentante de otro; la doctrina, unánimemente admite que el contrato vitalicio pueda celebrarse en beneficio de una tercera persona de modo que el alimentista sea persona distinta del cedente. El contrato se pactaría entre cedente y cesionario, obligando a este último a prestar alimentos, “en la extensión y con las particularidades convenidas, en favor de esa tercera persona. Este es el supuesto que puede interesar a los padres de un disminuido psíquico”. Normalmente el cesionario será en este caso, bien un hermano del disminuido, o un extraño, “siendo cada vez más frecuente que el contrato se pacte con un establecimiento especializado (una Fundación Tutelar, por ejemplo) que pueda prestar adecuada asistencia y acogimiento al disminuido”.

La Fundación Aequitas³⁷³⁷, en cuanto al contrato de alimentos, resalta su utilidad “en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad”. Si el alimentante muere, “la prestación de alimentos podrá continuar mediante una pensión, bien previamente convenida en el contrato, bien fijada por un juez”.

Su finalidad es asegurar las necesidades vitales (residencia, manutención y asistencia del beneficiario hasta su fallecimiento).

Normalmente se celebra entre personas que ya no están en condiciones de cuidarse, en la mayoría de los casos por su edad, para conseguir ese cuidado de terceros de confianza, les transmiten la propiedad de sus bienes o derechos a cambio de una pensión de alimentos. Esta prestación de alimentos tendrá el contenido que convengan y puede ser amplia, desde el cuidado, compañía y convivencia, entrega de cantidades de dinero, hasta la prestación de determinados servicios (como ayudar en la higiene personal, cocinar, lavar, planchar, etc.

³⁷³⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, cit., pp. 123-124.

³⁷³⁷ FUNDACIÓN AEQUITAS, “Documentos en previsión de la propia discapacidad o dependencia. Cuaderno práctico n.º 2”, *Derechos de las personas mayores. Cuadernos prácticos*, ed. Fundación Aequitas, Ministerio de Educación política social y deporte, IMSERSO, 2010, p. 13.

Puede cederse el capital a una persona o a varias personas, ya sean físicas o jurídicas y en este caso, a entidades o instituciones públicas o privadas.

Si lo que hay que abonar es una renta (fija o actualizable), no es un contrato de alimentos, sino un contrato de renta vitalicia, sujeta a su propia regulación.

“El denominado contrato de alimentos es una solución cómoda para muchas familias en España. En realidad no es más que un contrato, autorizado y firmado ante notario (tras su asesoría imparcial), que recoge la cesión de unos bienes a los herederos o a otras personas antes de fallecer, al tiempo que estos se comprometen a garantizar el bienestar del propietario de los mismos. Es decir: a garantizar su alimentación, techo y cuidados necesarios, incluidos los emocionales. El inconveniente del contrato de alimentos es que puede llegar a ser tratado fiscalmente como una donación y esta estaría sujeta a una imposición más elevada que otros productos para mayores, aunque la fiscalidad depende de las diferentes comunidades autónomas”³⁷³⁸.

3.- Extensión de los alimentos

Art. 1793 CC: “*La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe.*”.

Indica García Medina³⁷³⁹ que en “el contrato hay un cierto calor humano consistente en, una posible obligación de convivencia, como elemento normal del contrato. No es lo mismo la compañía de un hijo que de un asistente personal, y eso puede ser esencial al contrato”. Puede delimitarse un estándar o nivel de vida del alimentista. Cabe regular una renta mínima, pero también cualquier otro elemento cuyo contenido afecte la calidad de vida. El nivel de vida del alimentista, el que tiene y el que espera tener debe delimitarse con claridad, porque es esencial en el contrato.

El referente genérico de este nivel de vida viene definido en los arts. del CC que regulan la obligación de alimentos que se deben los parientes (arts. 142 y ss.). Así establece el art. 142 CC: “*Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*”

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por

³⁷³⁸ “Soluciones “financieras” para mayores”, *Revista Escritura Pública*, cit., p. 57.

³⁷³⁹ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., p. 13.

causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

Nos indica cual es el mínimo en una prestación de alimentos pero en el contrato puede hacerse una regulación mucho más amplia y completa.

4.- Extinción

Art. 1794 CC: *“La obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152, salvo la prevista en su apartado primero.”.*

O sea que el contrato solo se extingue por la muerte del alimentista beneficiario.

Art. 1792 CC: *“De producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente.”*

En todo caso hay que tener en cuenta que si fallece el obligado su obligación pasa a sus herederos.

5.- Incumplimiento

El CC prevé el posible incumplimiento con los siguientes arts.:

Art. 1795 CC: *“El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas.*

En caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respeto de lo que dispone el artículo siguiente, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen.”.

Art. 1796 CC: *“De las consecuencias de la resolución del contrato, habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida.”.*

Art. 1797 CC: *“Cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria.”.*

Precisa García Medina³⁷⁴⁰ que “se remiten al régimen general de incumplimiento de los contratos, dan cierta libertad al arbitrio judicial y reconocen la libertad de pactos a la hora de garantizar las obligaciones”.

Es conveniente asegurar las obligaciones incluso con garantía real.

6.- Escritura pública

Este contrato se formaliza mediante escritura pública ante notario, con las formalidades y garantías que esto supone.

El notario juzgará la capacidad de los otorgantes y los orientará sobre las particularidades del contrato, en particular: la conveniencia de ceder todo o parte del capital, reservarse el derecho de usar y disfrutar de lo cedido, la posibilidad de poder disponer de esos bienes, los sistemas más idóneos para garantizar las obligaciones del que ha de proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo y los criterios de actualización de la pensión.

7.- Diferencia con la renta vitalicia

El contrato de alimentos es una variedad de la renta vitalicia. Podemos señalar algunas diferencias, como que la renta vitalicia dura toda la vida de la persona mientras que los alimentos pueden ser temporales y establecerles un plazo; y que en la renta se paga una pensión o rédito periódico (fijo o actualizable) ,y en los alimentos quien recibe el bien tiene una obligación más amplia que incluye proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo. Debe darle alimentos, asistencia médica y farmacéutica y todo aquello que cubra sus necesidades vitales básicas.

³⁷⁴⁰ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., p. 14.

La STS, de 14 de marzo de 2019³⁷⁴¹, recoge las diferencias entre ambas figuras: *“Bajo esta rúbrica del contrato de alimentos se viene a regular lo que la doctrina denominaba "el contrato de vitalicio", "contrato de pensión alimenticia" o "contrato de alimentos vitalicios". Se trata de un contrato autónomo que se diferencia claramente del contrato de renta vitalicia ya que en el contrato de alimentos la prestación alimenticia es indeterminada en su cuantía, puesto que está en función de las necesidades del alimentista, mientras que en la renta vitalicia la pensión o renta consiste en una cantidad fija y determinada en dinero o en especie; y, además de otras diferencias, el contrato de alimentos tiene por objeto tanto prestaciones de dar como de hacer, mientras el objeto de la renta vitalicia es una prestación de dar (sentencia de esta sala n.º 646/2003, de 1 de julio). Se trata de un contrato aleatorio porque existe riesgo o causa de la indeterminación del momento en que ha de extinguirse el contrato y de la cuantía de los alimentos. El objeto del contrato es proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, pero las partes pueden pactar las prestaciones que tengan por conveniente, aunque debe tener un contenido mínimo, al menos el del artículo 142 CC que establece que "se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica".”*.

8.- Fiscalidad

Rueda Díaz de Rábago³⁷⁴² indica que “el contrato de alimentos necesita un nuevo tratamiento fiscal, pues el actual impide, en la mayoría de los casos, su utilización”.

En ITP tributa dos veces. En la compraventa, el precio, que puede pagarse de forma inmediata o aplazada, no obstante se paga el impuesto por el importe del bien transmitido una sola vez. En la renta vitalicia y en los alimentos se tributa dos veces, una por la transmisión del bien y otra por la renta.

Para la atención de personas con discapacidad, el contrato de alimentos resulta muy adecuado ya que cubre las necesidades del preceptor, el tratamiento fiscal habría de ser más favorecedor.

³⁷⁴¹ Id Cendoj: 28079110012019100152

³⁷⁴² RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., pp. 292-293. Recoge las conclusiones de Madrid-VI 2005.

X.- LA HIPOTECA INVERSA

1.- Concepto

La Fundación Aequitas³⁷⁴³ destaca que “las características del mercado español inmobiliario, no tienen nada que ver con las de otros países. En España, la mayor parte de la población mayor de 65 años tiene un inmueble en propiedad (87,2% fuente IMSERSO) y además libre de cargas (sólo un 5,4% tiene cargas). Esto hace que tengamos un punto de partida muy peculiar para dar cabida a nuevos productos financieros”, que permiten convertir en líquido ese patrimonio, para poder disponer de recursos económicos líquidos en el día a día.

Es una figura reciente en nuestro derecho, al menos en cuanto a su denominación. También se le llama pensión hipotecaria.

Tiene utilidad para las personas mayores de 65 años que necesitan liquidez para hacer frente a sus necesidades y que son propietarias del inmueble en el que viven. Sin embargo, es la verdad que no ha tenido la expansión que era previsible.

Una entidad de crédito o aseguradora hipoteca la vivienda del deudor, al que suministra los recursos económicos necesarios, normalmente periódicos, permitiendo a la persona o personas mayores continuar residiendo en su vivienda hasta que fallezcan o lo haga el último de los beneficiarios.

Los herederos, fallecido el deudor hipotecario y beneficiario, podrán cancelar la hipoteca abonando el capital y los intereses, o no pagarlo, en este caso el banco acreedor recobrará su capital a través de la venta del inmueble, entregando el sobrante, si lo hay, a los herederos.

Hay que reseñar que la persona que constituya una hipoteca inversa sigue siendo dueño de la vivienda y puede seguir disponiendo de ella con normalidad con lo que podrá seguir viviendo en ella o incluso arrendarla³⁷⁴⁴.

“La hipoteca inversa es un producto financiero, dirigido a personas de más de 65 años, que permite rentabilizar el patrimonio inmobiliario en vida. Su principal ventaja es que posibilita disponer de un dinero extra para ir afrontando los gastos ocasionados por la edad. Además, el hipotecado puede seguir utilizando su vivienda y las rentas obtenidas tienen un tratamiento fiscal ventajoso”. Pero “al tratarse de un crédito, el

³⁷⁴³ FUNDACIÓN AEQUITAS, “Documentos en previsión de la propia discapacidad o dependencia. Cuaderno práctico n.º 13”, *Derechos de las personas mayores. Cuadernos prácticos*, ed. Fundación Aequitas, Ministerio de Educación política social y deporte, IMSERSO, 2010, p. 47.

³⁷⁴⁴ FUNDACIÓN ARANZADI LEX NOVA y FUNDACIÓN AEQUITAS, “Guía informativa para las personas mayores. Nuestros Derechos”, Thomson Reuters, 2013, pp. 7-9.

valor de la deuda aumenta con los años y los herederos pueden recibir una deuda astronómica o una vivienda con un valor inferior a la deuda contraída si los titulares viven muchos años. Al fallecer el prestatario, los herederos deben hacer frente a la deuda pues de otro modo la hipoteca que la garantiza será ejecutada por el banco”³⁷⁴⁵.

Montero Carretero³⁷⁴⁶ destaca que “este producto está dirigido a personas mayores de 65 años que tengan una vivienda en propiedad valorada a partir de 150.000 euros y que vivan en poblaciones de más de 45.000 habitantes. El cliente recibe un porcentaje del valor de la casa, en torno al 30%, de una sola vez o en forma de mensualidades vitalicias manteniendo la propiedad y el uso de la vivienda.

La obligación de devolver el préstamo (capital más intereses) no puede exigirse por Ley al titular, solo a sus herederos, a los que se suele dar un año para que decidan cómo hacerlo. Pueden liquidar la deuda con su propio dinero y quedarse con la vivienda, suscribir una nueva hipoteca para ir pagando la deuda o vender la vivienda, devolver lo prestado y quedarse con la diferencia”.

2.- Normativa

Se introduce esta nueva figura jurídica en la Disp. adic. primera de la Ley 41/2007, de Modificación del Mercado Hipotecario y de la Ley Hipotecaria que dice: *“1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos:*

a) que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia o personas a las que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

b) que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas,

c) que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios,

³⁷⁴⁵ “Soluciones “financieras” para mayores”, *Revista Escritura Pública*, cit., p. 57.

³⁷⁴⁶ MONTERO CARRETERO, L., “Las hipotecas inversas no despegan pese a las recomendaciones del Banco de España”, *Periódico ABC*, 31 de enero de 2020.

d) que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

2. Las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito, los establecimientos financieros de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que a las entidades aseguradoras imponga su normativa sectorial.

3. El régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será el establecido por el Ministro de Economía y Hacienda.

4. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento.

5. Al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación.

En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente.

6. Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

7. *Estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación.*

8. *Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios.*

9. *Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, «Inscripciones», del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento.*

10. *Podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición.*

11. *En lo no previsto en esta disposición y su normativa de desarrollo, la hipoteca inversa se regirá por lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable.”.*

3.- Crítica

Estas hipotecas son de origen anglosajón, como dijimos se regula en España en 2007, pero no ha tenido apenas implantación.

A ello contribuía que antes del 2013 los bancos que la comercializaban obligaban a suscribir un seguro de rentas vitalicias diferidas³⁷⁴⁷, que resultaba muy caro; y que la regulación legal no está del todo clara.

La realidad es que los hijos y herederos suelen tener una postura negativa en cuanto a su contratación, puesto que disminuyen los bienes que reciben.

³⁷⁴⁷ Por el que el asegurado percibe una renta desde la finalización del plazo fijado hasta su fallecimiento.

Sostiene Álvarez Bacaioca³⁷⁴⁸ que “estos productos financieros tienen un riesgo para el consumidor. A menudo, las personas mayores son víctimas de engaños y abusos”.

Son productos con una cierta complejidad financiera. Es necesario que los bancos proporcionen una información transparente explicando “los matices y los riesgos derivados de la suscripción de esos productos, para que no se encuentren en una situación más vulnerable de cara a su futuro”.

XI.- SEGURO DE DEPENDENCIA

1.- Concepto y regulación

Rueda Díaz de Rábago³⁷⁴⁹ destaca que en el seguro de dependencia “el riesgo asegurado es la situación de dependencia; se paga la prima mientras se pueden generar ingresos, para financiar los pagos” cuando las circunstancias ya no lo permitan.

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre³⁷⁵⁰, lo regula en su disp. adic. 2ª, que dice:

“Regulación relativa al seguro de dependencia.

1. La cobertura de la dependencia podrá instrumentarse bien a través de un contrato de seguro suscrito con entidades aseguradoras, incluidas las mutualidades de previsión social, o bien a través de un plan de pensiones.

2. La cobertura de la dependencia realizada a través de un contrato de seguro obliga al asegurador, para el caso de que se produzca la situación de dependencia, conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora de la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y dentro de los términos establecidos en la ley y en el contrato, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación.

El contrato de seguro de dependencia podrá articularse tanto a través de pólizas individuales como colectivas.

³⁷⁴⁸ ÁLVAREZ BACAICOA, S., “¿Cómo planificar el futuro después de la jubilación?”, *Revista Escritura Pública*, n.º 108, noviembre-diciembre 2017, p. 58. Consultado en: http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-282427.pdf

³⁷⁴⁹ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., p. 278.

³⁷⁵⁰ La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE-A-2007-21086)

En defecto de norma expresa que se refiera al seguro de dependencia, resultará de aplicación al mismo la normativa reguladora del contrato de seguro y la de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Conforme a lo establecido en el artículo 6 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, las entidades aseguradoras deberán contar con la preceptiva autorización administrativa y demás requisitos necesarios para el desarrollo de la actividad aseguradora en España en los ramos de vida o enfermedad.

Para la cobertura de la contingencia de la dependencia por las mutualidades de previsión social resultará de aplicación lo dispuesto por los artículos 64, 65 y 66 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, y su normativa reglamentaria de desarrollo.

3. Los planes de pensiones que prevean la cobertura de la contingencia de dependencia deberán recogerlo de manera expresa en sus especificaciones. En todo aquello no expresamente previsto resultará de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, y su normativa de desarrollo.”.

Así, apunta Rueda Díaz de Rábago³⁷⁵¹ que se permite “establecerlo a las compañías de seguros y mutualidades de previsión social, o a través de planes de pensiones. En este seguro procede la prestación para atender a la situación de dependencia una vez que ésta tiene lugar”, para lo que se remite la disp. adic. 2ª en su apartado 2 a la LAAD, que la regula: “para el caso de que se produzca la situación de dependencia, conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora de la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”.

En la LCS, el seguro de dependencia es introducido por la disp. fin, 1.4 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras³⁷⁵²; en los arts. 106 ter y quater LSC³⁷⁵³, que lo regulan.

³⁷⁵¹ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., p. 278.

³⁷⁵² BOE-A-2015-7897

³⁷⁵³ Art. 106 ter LCS: “1. Por el seguro de dependencia el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en este título y en el contrato, para el caso de que se produzca la situación de dependencia, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación. 2. A los efectos de este artículo, se entiende por situación de dependencia la prevista en la normativa reguladora de la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

2.- Fiscalidad

En cuanto a la fiscalidad de los seguros de dependencia, el art. 51.5 LIRPF establece: *“Podrán reducirse en la base imponible general las siguientes aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social:*

5. Las primas satisfechas a los seguros privados que cubran exclusivamente el riesgo de dependencia severa o de gran dependencia conforme a lo dispuesto en la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Igualmente, las personas que tengan con el contribuyente una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, o por su cónyuge, o por aquellas personas que tuviesen al contribuyente a su cargo en régimen de tutela o acogimiento, podrán reducir en su base imponible las primas satisfechas a estos seguros privados, teniendo en cuenta el límite de reducción previsto en el artículo 52 de esta Ley.

El conjunto de las reducciones practicadas por todas las personas que satisfagan primas a favor de un mismo contribuyente, incluidas las del propio contribuyente, no podrán exceder de 8.000 euros anuales.

Estas primas no estarán sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

El contrato de seguro deberá cumplir en todo caso lo dispuesto en las letras a) y c) del apartado 3 anterior.

En los aspectos no específicamente regulados en los párrafos anteriores y sus normas de desarrollo, resultará de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del apartado 3 anterior.

Tratándose de seguros colectivos de dependencia efectuados de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto

3. La prestación de asegurador podrá consistir en:

a) Abonar al asegurado el capital o la renta convenida.

b) Reembolsar al asegurado los gastos derivados de la asistencia.

c) Garantizar al asegurado la prestación de los servicios de asistencia, debiendo el asegurador poner a disposición del asegurado dichos servicios y asumir directamente su coste.

4. La oposición a la prórroga del contrato sólo podrá ser ejercida por el tomador.”.

Art. 106 quater párr. 1º LCS: “En los seguros de asistencia sanitaria, dependencia y de decesos, las entidades aseguradoras garantizarán a los asegurados la libertad de elección del prestador del servicio, dentro de los límites y condiciones establecidos en el contrato. En estos casos la entidad aseguradora deberá poner a disposición del asegurado, de forma fácilmente accesible, una relación de prestadores de servicios que garantice una efectiva libertad de elección, salvo en aquellos contratos en los que expresamente se prevea un único prestador.”.

Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, como tomador del seguro figurará exclusivamente la empresa y la condición de asegurado y beneficiario corresponderá al trabajador. Las primas satisfechas por la empresa en virtud de estos contratos de seguro e imputadas al trabajador tendrán un límite de reducción propio e independiente de 5.000 euros anuales.

Reglamentariamente se desarrollará lo previsto en este apartado.”.

TEMA XII.- ACTOS NOTARIALES DE PROTECCIÓN DEL INCAPAZ II: PROTECCIÓN POR ACTOS *MORTIS CAUSA*

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS

1.- Introducción

Rueda Díaz de Rábago³⁷⁵⁴ indica que “en el Derecho de Sucesiones se relacionan un conjunto de instituciones para regular la transmisión del patrimonio y derechos de una persona a otras. Es importante en materia de discapacidad porque el patrimonio del discapacitado, que normalmente no puede generarlo con su trabajo, se adquiere principalmente por herencia. Y a través de esta institución pueden los padres (cuyo esfuerzo y bienes están empleando, de presente, en atender a las necesidades de aquellos) intentar que su patrimonio siga destinado en el futuro a estos fines.”.

La Fundación Aequitas³⁷⁵⁵ señala que la LPPD “incorpora importantes novedades en materia de sucesiones respecto a las personas que tienen la capacidad limitada”:

1.- “La inclusión de una nueva causa de indignidad o de inhabilitación para suceder. Así aquellos que no hubiesen prestado a una persona con discapacidad³⁷⁵⁶ las atenciones debidas”, no podrán ser herederos de la persona desatendida³⁷⁵⁷.

2.- “La posibilidad de gravar la legítima estricta, a favor de un hijo o descendiente, cuando haya sido judicialmente incapacitado, permite un margen importante de maniobra para los padres que quieren asegurar” la vida digna del incapacitado. “Se utiliza para ello la figura de la sustitución, permitiendo que reciba más de lo que por legítima le corresponde, y quedando para los demás descendientes la posibilidad de heredar al fallecimiento de la persona con discapacidad los bienes que subsistan³⁷⁵⁸”.

3.- “Se establece la posibilidad de constituir un derecho de habitación a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y que convivan con el donante o

³⁷⁵⁴ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad. Seis años de Jornadas AEquitas*, Colección La Llave, n.º 6, A. Castro-Girona Martínez (dir.), ed. Fundación AEquitas, Madrid, noviembre 2009, p. 329.

³⁷⁵⁵ FUNDACIÓN AEQUITAS, “Novedades sucesorias en beneficio de las personas con discapacidad. Cuaderno práctico n.º 3”, *Derechos de las personas mayores. Cuadernos prácticos*, ed. Fundación AEquitas, Ministerio de Educación política social y deporte, IMSERSO, 2010, pp. 18-20.

³⁷⁵⁶ “Evidentemente esto afecta también a las personas mayores con discapacidad (enfermedad de Alzheimer, demencias, grave deterioro físico, etc.)”.

³⁷⁵⁷ Se modifica el art. 756 CC, añadiendo un nuevo párr. 7º.

³⁷⁵⁸ “Sería una sustitución fideicomisaria, en la que la persona judicialmente discapacitada tendría la condición de fiduciario. Los descendientes del testador tendrían la condición de fideicomisario, recibiendo los bienes después del fiduciario. Se modifica para ello los artículos 782, 808, 813 CC”.

testador, en la vivienda habitual, así como se introduce un legado legal del derecho de habitación, sobre la vivienda habitual en la que el discapacitado, conviviera con el causante³⁷⁵⁹”.

4.- Se exime de colacionar “aquellos gastos realizados por los padres y ascendientes, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad³⁷⁶⁰”.

5.- Se regula la facultad de “los testadores de poder conceder a sus cónyuges la posibilidad de mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, posponiendo la partición de la herencia hasta el momento que el viudo o viuda considere más oportuno a la vista de las necesidades de su hijo con discapacidad. Así, el nuevo art. 831 potencia las facultades familiares del cónyuge viudo cuando expresamente se le hubiere autorizado en testamento, en beneficio del interés más necesitado de protección”.

6.- “También establece la regulación de nuevas soluciones como la autotutela y poderes en previsión de nuestra propia discapacidad, y la normativa referente a la regulación del contrato de alimentos, que procuran una eficaz protección a la persona discapacitada, y producen unos efectos indirectos sobre el derecho de sucesión de las personas implicadas³⁷⁶¹”.

Las novedades que se incluyen en la Ley son un paso adelante, aunque falta mucho para conseguir la integración en nuestra sociedad de las personas con necesidades especiales.

2.- Revisión derecho de sucesiones

2.1.- General

Rueda Díaz de Rábago³⁷⁶² indica que “la atención debida a las personas con discapacidad y dependientes hace imprescindible una revisión del derecho de sucesiones”, que dé nuevas posibilidades a las familias con personas dependientes y se adecúe a las nuevas necesidades sociales, en especial en lo que afecta a las personas con discapacidad.

³⁷⁵⁹ Se modifica el art. 822 CC.

³⁷⁶⁰ Nuevo párr. en el art. 1.041 CC.

³⁷⁶¹ Nuevo párr. en el art. 1.041 CC.

³⁷⁶² RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., pp. 329-334. Recoge las conclusiones de Granada X-2003, Cádiz X-2005, Bilbao II-2006, Madrid II-2006, Valladolid X-2006 y Albacete V-2007.

Se sugieren las siguientes reformas:

- a) El fideicomisario legítimo, creado por la Ley 41/2003, debe extenderse su contenido material.
- b) Debe reformarse el art. 776 CC “para dejar claro que la esencia de la sustitución ejemplar es la de ser una previsión testamentaria de los padres”, abarcando todo el patrimonio de la persona con discapacidad.
- c) Deben suprimirse las legítimas o dar mayor libertad de testar.
- d) Debe realizarse una reforma con mayores beneficios fiscales del art. 831, del derecho de habitación del art. 822 y el vitalicio.
- e) La sucesión contractual, hoy prácticamente en desuso, “tiene que desvincularse del concepto clásico de familia de manera que pueda permitirse entre extraños”.
- f) El protocolo familiar no debe ser una mera declaración de intenciones, sino que debe recoger deberes y derechos efectivos.
- g) Hay que incorporar los patrimonios fiduciarios y la fundación familiar en los casos de personas con discapacidad.
- h) Utilizar “formas testamentarias hoy admitidas en los derechos civiles autonómicos, como el testamento mancomunado, el testamento de hermandad, el heredero de confianza...”.
- i) “Son imprescindibles mayores beneficios fiscales para las transmisiones “inter vivos” o “mortis causa” que benefician a una persona con discapacidad”.

2.2.- Instituciones concretas

2.2.1.- Testamento mancomunado

Se entiende por testamento mancomunado, según Rueda Díaz de Rábago³⁷⁶³, aquel “que hacen dos personas, normalmente los dos cónyuges, en los que se dispone sobre los bienes comunes y los privativos de cada uno. Donde este tipo de testamento no es admitido (la mayor parte del territorio nacional), la costumbre es que ambos padres otorguen dos testamentos iguales”. “Pero son dos documentos separados, y revocables. Es decir, uno de los progenitores puede cambiar el suyo cuando quiera”, sin comunicarlo al otro. De modo que no hay ninguna seguridad jurídica de que lo convenido por los dos llegue a aplicarse.

³⁷⁶³ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., p. 331.

El testamento mancomunado también se puede revocar por cualquiera de los dos. Pero las regulaciones que lo tratan detallan qué pasa cuando uno de los otorgantes lo revoca: si se debe notificar al otro; qué tipo de disposiciones del que no revoca, quedan anuladas. El carácter bilateral queda asegurado. Y hay limitaciones para cambiar las disposiciones testamentarias por el cónyuge sobreviviente.

Leña Fernández³⁷⁶⁴ sostiene que su regulación es una necesidad. En derecho común, el art. 669 CC dice: “*No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.*”; con lo que hoy está prohibido.

2.2.2.- Sucesión contractual

Según Rueda Díaz de Rábago³⁷⁶⁵ la sucesión contractual es “regular la transmisión del patrimonio por contrato. Aquí interviene un tercero, que será el destinatario principal de los bienes, y que consiente las condiciones o contraprestación que se le impone; la atribución de bienes se convierte en irrevocable, a diferencia de la que se produce en testamento, que es revocable”.

En derecho común está prohibida, pero las legislaciones forales la admiten.

Es útil para mantener agrupado el patrimonio familiar. Se puede asegurar el futuro del discapaz si alguien se compromete a atenderle y regular las ventajas o contraprestación que a cambio va a recibir.

Mientras que las mejoras hechas en testamento se pueden revocar en cualquier momento, los contratos sucesorios son irrevocables, se tiene seguridad jurídica de que la contraprestación se cumplirá, si no, las normas de los contratos facilitan su anulación.

2.2.3.- Legítimas

El art. 806 CC indica que la legítima “*es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos*”.

Se critica el sistema de legítimas del CC porque es muy rígido y encorsetado. Creemos que debería modificarse hacia una mayor libertad e incluso suprimirse, puesto

³⁷⁶⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, pp. 51-52.

³⁷⁶⁵ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., p. 332.

que los motivos históricos y sociales que las justifican ya no existen. Las legítimas forales tienen su propia y diferente regulación.

Algunas permiten sustituirlas por un valor, otras son legítimas formales, los legitimarios han de ser tenerse en cuenta o ser nombrados o apartados en la sucesión, pero no tienen ningún derecho material, pueden ser excluidos de la herencia, siempre que se dejen los bienes a algún descendiente; en otros casos, sin esta necesidad.

En el mundo de la discapacidad, respecto al derecho de sucesiones, se defiende la supresión de la legítima si hay un familiar discapacitado.

La ley 41/2003 modificó el sistema de legítimas en relación a la disposición *mortis causa* de la vivienda familiar, con figuras como la regulación de la sustitución fideicomisaria, el derecho de habitación y la delegación de la facultad de mejorar.

II.- TESTAMENTO

1.- Definición

El testamento es un acto o negocio *mortis causa*, ya que la muerte del titular es causa del mismo. Al respecto, la STS, de 24 de noviembre de 1958³⁷⁶⁶, indica que “*el negocio mortis causa es el otorgado por persona capaz con la intención seriamente declarada de producir, para después de la muerte de su autor, consecuencias eficaces en derecho, con mandatos inequívocos para regular la sucesión ante posibles divergencias de los interesados*”.

Establece el art. 667 CC: “*El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento*”.

La doctrina ha criticado esta definición porque es equívoca y no expone bien el posible contenido del testamento³⁷⁶⁷. Sánchez Román³⁷⁶⁸ considera que esta definición no es útil ni completa, al faltar sus caracteres, ni exacta, pues cabe testamento sin disposición de bienes.

Es un concepto incompleto porque:

³⁷⁶⁶ Nueva redacción de los arts. 223 y 234 CC y del art. 1732 CC.

³⁷⁶⁷ RUBIO GARRIDO, T., “Art. 667”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5145, dice que “al promulgarse el CC, la mayoría de la doctrina consideró mucho mejor la definición que había dado el Proyecto de 1851, en su art. 555: “*El testamento es el acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todo o parte de sus bienes para después de su muerte, a favor de una o más personas*””.

³⁷⁶⁸ SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil, VI, Derecho de Sucesiones*, t. VI, vol. I, 2ª ed., ed. Imp. de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pp. 202-203.

a) Puede contener múltiples disposiciones no patrimoniales, incluso puede que un testamento no contenga disposición alguna de bienes, algo no habitual pero posible. P. ej., un testamento que sea puramente revocatorio o que solo tenga un reconocimiento de hijo (art. 120.2º CC³⁷⁶⁹) como admitió la STS, de 22 de diciembre de 1964³⁷⁷⁰.

b) Porque no todas las disposiciones de bienes para después de la muerte son testamento. P. ej., una donación por causa de muerte.

Lacruz Berdejo³⁷⁷¹ considera la STS, de 8 julio de 1940³⁷⁷², doctrina general del testamento, dice *“que tanto de la declaración general contenida en el art. 658 del CC, al decir que la sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento, como de la definición consignada en el 667 del propio cuerpo legal, indicando que el testamento es un acto, se desprende inequívocamente que se trata de un acto o negocio jurídico, que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad, sujeta a todas las reglas convenientes a las manifestaciones de voluntad con efectos jurídicos y que, ante todo, exige y presupone una voluntad expresa en forma suficientemente inteligible”*. Y *“que igualmente nos enseña el indicado art. 667, en relación con el 668 del Código sustantivo, que el testamento es un acto por el cual se dispone, total o parcialmente, de los bienes para después de la muerte”*, así, en cuanto a la voluntad del causante manifestada en aquél, llega el TS a las siguientes conclusiones: *“1ª Que al ser esencialmente el testamento un acto de disposición de bienes o derechos, no es verdadero testamento el acto que, aun presentando la forma externa de tal, puede dudarse si constituye un simple esbozo y no un acto definitivo, o en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar con respecto al destino de su patrimonio, sin que esto quiera decir que el carácter imperativo de las disposiciones haya de colegirse únicamente de la literalidad de las expresiones que se empleen; 2ª que siendo el testamento acto por el que alguno dispone para después de su muerte, no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es, de disponer para después de la muerte del declarante; 3ª Que si bien, en síntesis, es indiferente el modo y términos con que el testador se exprese, siempre es necesaria la esencia de la disposición mortis causa en sus palabras.”*

³⁷⁶⁹ Art. 120.2º CC: *“La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:*

2.º Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.”

³⁷⁷⁰ TOL 4.324.224

³⁷⁷¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil*, t. V: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 207.

³⁷⁷² RJ 1940, 689

Entre las definiciones doctrinales, Roca-Sastre³⁷⁷³ señala que “el testamento es un negocio jurídico, unilateral, individual y personalísimo, solemne, no recepticio y esencialmente revocable, por el cual una persona dicta y ordena las normas de su sucesión para después de su muerte”³⁷⁷⁴.

Podemos definir el testamento como el acto formal, personalísimo, no receptivo, unilateral y esencialmente revocable por medio del cual una persona dispone de todos o parte de sus bienes para después de su muerte o realiza otras disposiciones por razón de esta.

2.- Caracteres

2.1.- Formal y solemne

Lo es porque obligatoriamente tiene que hacerse mediante alguna de las formas expresamente reguladas por la Ley, que a su vez determinan las distintas clases de testamentos.

Art. 687 CC: *“Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.”*

Art. 676 CC: *“El testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado.”*

Art. 677 CC: *“Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.”*

Art. 678 CC: *“Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688.”*

Art. 679 CC: *“Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.”*

Art. 680 CC: *“El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto.”*

³⁷⁷³ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, t. I, ed. Bosch, Barcelona, 1989, p. 81.

³⁷⁷⁴ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil V-2º*, t. V, vol. 2, ed. 2ª, ed. Bosch, Barcelona, 1977, p. 5; dice que “el testamento supone la posibilidad de que la voluntad del sujeto de derecho determine el destino de sus bienes, derechos y obligaciones para después de su fallecimiento. Es un acto por el cual una persona puede determinar, dentro de los límites y en la forma que prescribe la ley, el destino de su patrimonio después de su muerte”.

Ha de ser formal porque siendo un negocio individual que regula la situación jurídica que se produce cuando el testador ya no vive, hay que garantizar la capacidad del otorgante (salvo el ológrafo) y la autenticidad de su declaración y evitar suplantaciones, fraudes, simulaciones, y la impremeditación (SSTS, de 25 de junio de 1990³⁷⁷⁵ y 4 de noviembre de 2009³⁷⁷⁶).

Y esta forma es esencial, *ad solemnitatem* o *ad substantiam*. Si no se respeta se produce una nulidad radical. Así, las SSTS, de 28 de octubre de 1965³⁷⁷⁷, 27 de septiembre de 1968³⁷⁷⁸ y 8 de marzo de 1975³⁷⁷⁹, declaran que “*el cumplimiento de los requisitos de forma es ineludible, sin que quepa la convalidación posterior*”. Y la STS, de 21 de junio de 1986³⁷⁸⁰, considera causa de nulidad radical de un testamento el que no se hubiera consignado en el instrumento público la hora del otorgamiento (arts. 695, 687 y 6.3 CC).

No obstante, hay casos en que la jurisprudencia atenúa este rigor, así no puede invocar la nulidad el que presta su conformidad a la disposición o la ejecuta, y permite pequeños defectos formales que no sería justo que acarrearán la nulidad del testamento³⁷⁸¹.

2.2.- Personalísimo

2.2.1.- Art. 670 párr. 1º CC

Característica explícitamente indicada en el art. 670 párr. 1º CC: “*El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.*”.

Luego en nuestro ordenamiento el testamento tiene carácter personalísimo y en principio nadie puede hacer testamento por otro.

³⁷⁷⁵ TOL 1.729.866

³⁷⁷⁶ TOL 1.748.420

³⁷⁷⁷ RJ 1965, 4747

³⁷⁷⁸ RJ 1968, 5163

³⁷⁷⁹ RJ 1975, 986

³⁷⁸⁰ TOL 1.733.411

³⁷⁸¹ RUBIO GARRIDO, T., “Art. 667”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5148-5149, pone de ejemplo que los testigos no consignan “expresamente su juicio favorable de capacidad del testador, cuando era necesario (STS, de 21 de junio de 1986 TOL 1.733.411)” o que el juez y el secretario judicial no rubricaron todas las hojas del testamento ológrafo que se protocolizó, conforme al art. 691 CC (STS, de 26 de noviembre de 1968 RJ 1968, 5542) “o que no se hizo constar por el notario la conformidad de la testadora con el contenido, una vez leído en voz alta (STS, de 21 de marzo de 2006 TOL 866.948)”.

En la misma línea, el art. 830 CC *“La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro.”*³⁷⁸².

Tampoco se puede instituir heredero al que resulte serlo en el testamento de otro, porque infringe el art. 670 CC.

Sostiene Rubio Garrido³⁷⁸³ que “en principio, cualquier contravención a los mandatos de este precepto nos llevaría a la nulidad radical del testamento otorgado con dicha infracción”. Ahora bien, pudiera ser que hubiera solo nulidad parcial de las cláusulas en las que se infrinja el mandato de este precepto. Así lo pronunció la STS, de 10 de octubre de 1977³⁷⁸⁴.

Sin embargo esta regla general tiene algunas excepciones.

2.2.2.- Excepciones

2.2.2.1.- Art. 831 CC

Lo veremos en profundidad con posterioridad.

En base al mismo, el cónyuge o el otro progenitor pueden distribuir bienes entre los hijos o descendientes comunes si así lo establece el testamento del causante³⁷⁸⁵.

2.2.2.2.- Art. 671 CC

Art. 671 CC: *“Podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse.”*

2.2.2.3.- Art. 875 CC

³⁷⁸² STS, de 18 de mayo de 1983 (TOL 1.738.480).

³⁷⁸³ RUBIO GARRIDO, T., “Art. 670”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5178-5179.

³⁷⁸⁴ RJ 1977, 3895.

³⁷⁸⁵ Según RUBIO GARRIDO, T., “Art. 670”, cit., pp. 5176-5177, “en el CC originario solo era la facultad de mejorar la que podía delegarse a favor del cónyuge según el art. 831 CC y se permitía también su concesión en capitulaciones matrimoniales. Si ya desde la redacción originaria del CC era un precepto mal insertado en el conjunto del sistema y que suscitaba numerosísimos problemas de interpretación y aplicación, hoy, leído a la letra, en la redacción que se le ha dado, puede llegar a convertirse en un agujero negro por donde desagüe todo el sistema codificado del CC”. Sospecha que “se ha tratado de una reforma, sin apoyo real en lo vivido en la práctica, no pedida por exigencias de la vida real, ni enderezada a arreglar o solventar ningún problema verdadero plantearlo en la aplicación cotidiana del derecho.”.

Art. 875 CC: *“El legado de cosa mueble genérica será válido aunque no haya cosas de su género en la herencia.*

El legado de cosa inmueble no determinada sólo será válido si la hubiere de su género en la herencia.

La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior.”.

Art. 876 CC: *“Siempre que el testador deje expresamente la elección al heredero o al legatario, el primero podrá dar, o el segundo elegir, lo que mejor les pareciere.”.*

Rubio Garrido³⁷⁸⁶ opina que estos arts. “también revisten algún aspecto (muy limitado) de integración de la voluntad testamentaria por persona distinta del causante. P. ej., la elección en un legado alternativo podría atribuirle el testador a un tercero, sin que ello suponga infracción a los principios enunciados por el art 670 CC, pues nada ni en la formación de testamento ni en la subsistencia del nombramiento de los sucesores (que es lo que el art. lo prohíbe) se deja al arbitrio de ese tercero”³⁷⁸⁷.

2.2.2.4.- Art. 1057 CC. Contador partidor

Art. 1057 CC: *“El testador podrá encomendar por acto «inter vivos» o «mortis causa» para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.*

No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.”.

³⁷⁸⁶ RUBIO GARRIDO, T., “Art. 670”, cit., pp. 5177-5178.

³⁷⁸⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil V. Derecho de sucesiones*, vol. 1º, ed. Bosch, Barcelona, 1979, p. 339.

La figura del contador partidor, que se usa mucho en la práctica y supone que en fase de cumplimiento de la voluntad testamentaria intervenga un tercero. La STS, de 22 de mayo de 2000³⁷⁸⁸, afirma que nombrar un contador partidor no infringe el 670 CC.

Leña Fernández³⁷⁸⁹ indica que tiene como misión “contar y partir, es decir, realizar el inventario y valoración de los bienes dejados por el testador y proceder a la distribución de los mismos entre los herederos, en las proporciones que el propio testador les hubiese asignado. Esta misión, a veces tan delicada, puede tener una especial trascendencia en caso de existencia de varios herederos, ante el temor de los padres” de que “puedan existir disensiones a la hora de valorar los bienes y distribuir la herencia, con los inconvenientes que la paralización de tal distribución podría conllevar para las atenciones y cuidados del disminuido”. Para evitar estos problemas es aconsejable el nombramiento de contador-partidor con la posibilidad del art. 841 CC, que dice: “*“El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.*

También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador partidor dativo a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil.”.

La partición practicada por contador-partidor es inscribible sin necesidad de que conste la aceptación de los herederos.

El contador-partidor resulta muy útil si hay personas sujetas a tutela. En este caso el art. 272 CC exige la posterior aprobación judicial. Lo que se puede evitar por los padres nombrando en su testamento un contador-partidor, que hará la partición refiriéndose a lo dispuesto en el párr. tercero del art. 1057 CC.

2.2.2.5.- Art. 892 CC. Albacea

El albacea está regulado en los arts. 892 a 911 CC³⁷⁹⁰.

Art. 892 CC: “*El testador podrá nombrar uno o más albaceas.*”.

³⁷⁸⁸ RJ 2000, 3038

³⁷⁸⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, pp. 217-218.

³⁷⁹⁰ Y debe tenerse en cuenta que mantener el albaceazgo fue, sin duda, una decisión plenamente consciente del legislador, en una época en la que el debate barrió del CC a comisarios, mandatarios y otras figuras como la herencia de confianza y las instrucciones reservadas.

El art. 901 CC dice: “*Los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador y no sean contrarias a las leyes.*”.

Señala Leña Fernández³⁷⁹¹ que “el albacea es la persona designada por el testador y encargada de ejecutar todo cuanto éste le haya encomendado”. Es por tanto un cargo de confianza.

“El albacea nombrado puede serlo con el carácter de singular (para una misión concreta), o con el carácter de universal (para ejecutar todo el contenido del testamento y ejercer cuantas facultades sean necesarias para cumplir la voluntad del testador, incluidas, por supuesto, las legales y hasta la de contar y partir”. Por ello, será aconsejable designarlo como albacea contador-partidor, ya que el testador puede nombrar contador-partidor a la misma persona que nombre albacea.

Puntualiza la STS, de 8 de febrero de 1980³⁷⁹²: “*la amplitud de facultades concedidas por la testadora a los albaceas para que procedan como les parezca respecto de los bienes relictos no tiene más límite que evitar que quede el testamento al arbitrio de los albaceas desvirtuando la voluntad de la testadora*”. Lo que prohíbe el art. 670 CC. Si el testador establece previamente las pautas objetivas por las que debe discurrir su intervención, no habrá vulneración del art. 670 CC; el albacea se limitará a desarrollar la voluntad testamentaria”³⁷⁹³ (SSTS, de 24 de junio de 1940³⁷⁹⁴ y STS, de 22 de abril de 1973³⁷⁹⁵).

Se puede nombrar uno o varios albaceas y en este caso, que ejerciten su cargo de modo simultáneo o sucesivo, solidario o mancomunado. También se puede nombrar albacea a una persona jurídica como p. ej. una fundación. Incluso puede serlo cualquiera de los herederos o legatarios nombrados o el notario autorizante del testamento.

Si uno de los hijos es discapacitado, lo normal, dice Leña Fernández³⁷⁹⁶, será “que los padres se nombren mutuamente albaceas en primer lugar, y que, para el caso de premoriencia o incapacidad del nombrado, designen a otra u otras personas, sean o no herederos”. Además, en este caso es muy útil el nombramiento de albacea ya que el afectado no puede realizar por sí una serie de actos como la administración de los bienes hereditarios y tampoco puede realizarlos otro por él hasta que se nombre a su tutor.

³⁷⁹¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 205-208.

³⁷⁹² TOL 1.740.569

³⁷⁹³ DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 322.

³⁷⁹⁴ RJ 1940, 533

³⁷⁹⁵ RJ 1973, 2284

³⁷⁹⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 205-208.

En la práctica se suele nombrar albacea en los testamentos abiertos y de modo especial en los testamentos de padres de discapacitados.

El albacea, persona de confianza del testador, puede ser nombrado por el tiempo que haga falta, que puede ser toda la vida del incapacitado. Hay que considerar lo dispuesto en el art. 907 párr. 2º CC, que permite nombrar al albacea no para entregar bienes a herederos concretos, *“sino para darles la inversión o distribución que el testador hubiese dispuesto”*. *“Podrán por tanto los padres testadores encomendar al albacea la satisfacción de las necesidades económicas de su hijo discapacitado mediante la administración y disposición de la parte de herencia que señalen, estableciendo la entrega de las cantidades necesarias para ello al establecimiento donde estuviere internado el hijo o al tutor de éste que, en este caso, no administrará esa parte de la herencia destinada a subvenir a las necesidades del discapacitado”*.

Termina el albaceazgo conforme al art. 910 CC: *“por la muerte, imposibilidad, renuncia o remoción del albacea, y por el lapso del término señalado por el testador, por la ley y, en su caso, por los interesados. La remoción deberá ser apreciada por el Juez.”*; indica Leña Fernández³⁷⁹⁷, que también termina cuando el albacea designado termine de cumplir su encargo, por el transcurso de los plazos establecidos, por el otorgamiento de la escritura particional y la entrega de la posesión de los bienes a los herederos y legatarios, siempre que no exista un encargo que perdure después de la partición, como si el albacea esté encargado de vigilar el cumplimiento de una condición resolutoria puesta al heredero, como sería prestar asistencia y cuidados al disminuido, y si no cumple rescatar los bienes de ese heredero y entregarlos a un segundo nombrado como sustituto.

2.2.2.6.- Art. 775 y 776 CC

Estos son los supuestos de excepción más claros al art. 670 párr. 1º CC. Ambos tienen la finalidad de evitar la sucesión intestada.

El art. 775 CC recoge la sustitución pupilar y el art. 776 CC la sustitución ejemplar, las veremos posteriormente.

2.2.2.7.- Administrador

³⁷⁹⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 215-216.

Leña Fernández³⁷⁹⁸ señala que podrá “el padre o la madre, al otorgar testamento y respecto a los bienes que deje a su hijo discapacitado, ordenar esta administración”, designar a la persona o personas que hayan de desempeñarla y las cautelas que estime convenientes conforme al art. 164 párr. 2º, 1 CC: “[...] *Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste [el disponente] sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.*”; y el art. 227 CC, que concede al disponente la facultad de “[...] *establecer las reglas de administración de los mismos [...]*”.

Es muy utilizado en caso de padres separados o divorciados, donde uno de ellos nombra un administrador o varios, para que administre los bienes que aquellos le dejen, excluyendo al cónyuge superviviente. Las facultades del administrador serán las que el disponente le haya otorgado.

La STS, de 11 de noviembre de 1995³⁷⁹⁹, admitió “el nombramiento testamentario de un administrador con amplísimas facultades enumeradas en el testamento” hasta la mayoría de edad de los herederos; y la RDGRN, de 1 de abril de 1993³⁸⁰⁰, “en un caso de administrador de bienes dejados a menores y nombrado testamentariamente con facultades de disposición, declaró que esas facultades” no podían tener un alcance superior a las que, por ley, corresponden a los padres.

2.3.- No recepticio

Destaca Puig Brutau³⁸⁰¹ que “es una declaración de voluntad no recepticia”. Es un acto unilateral que contiene “una declaración de voluntad que no ha de ser enlazada con otra ni ser captada o recibida por otra parte para la perfección del otorgamiento”.

Su eficacia no está vinculada al conocimiento de nadie (STS, de 26 de noviembre de 1968³⁸⁰²)³⁸⁰³, ni es necesaria aceptación para su otorgamiento.

2.4.- Unilateral y unipersonal

Establece el art. 669 CC “*No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.*” Concretando el art. 733 CC que “*No será válido en*

³⁷⁹⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 198-199.

³⁷⁹⁹ LA LEY 350/1996

³⁸⁰⁰ LA LEY 1587/1993

³⁸⁰¹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil V-2º*, cit., p. 8.

³⁸⁰² RJ 1968, 5542

³⁸⁰³ RUBIO GARRIDO, T., “Art. 667”, cit., p. 5148.

España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado.”.

2.5.- Esencialmente revocable

Establece el art. 737 CC *“Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas.*

Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales.”

La STS, de 1 de junio de 1962³⁸⁰⁴ establece como principio de orden público la revocabilidad del testamento, *“dado que el testador no puede declarar que testa de una manera definitiva o para siempre, sino la última vez que ejercita la facultad de testar”*, y la STS, de 23 de mayo de 1970³⁸⁰⁵ marca la diferencia del testamento respecto de los actos *inter vivos* y, en concreto, de los contratos.

Rubio Garrido³⁸⁰⁶, en base a la STS, de 28 de julio de 2009³⁸⁰⁷, señala que “se ha ido admitiendo progresivamente el hecho de que no todo testamento de fecha posterior revoque íntegramente al anterior, pudiendo coexistir dos o más testamentos”.

3.- Ley aplicable

Es posible que el testamento se haya otorgado en el extranjero o en alguna Comunidad Autónoma con normas especiales. Para la validez del testamento no es necesario que se haya realizado conforme a la ley sucesoria del difunto. P. ej., un español puede fallecer con testamento otorgado en Francia y será válido, pero la ley sucesoria (la que decide cómo se practica la herencia, quiénes son los legitimarios, etc.) será la ley española.

El Convenio sobre los conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 y firmado por

³⁸⁰⁴ RJ 1962, 2619

³⁸⁰⁵ RJ 1970, 3756

³⁸⁰⁶ RUBIO GARRIDO, T., “Art. 667”, cit., p. 5151.

³⁸⁰⁷ TOL 1.723.144

España³⁸⁰⁸, reconoce la validez de las que se hubieren hecho con arreglo a la ley del lugar en que se hizo la disposición o de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual del disponente, ya al tiempo de la disposición, ya al tiempo de la muerte, o, respecto a inmuebles, la ley del lugar en que éstos radiquen. La forma en que se haya celebrado el testamento es reconocida en España si era válida en el país del que procede.

El Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo³⁸⁰⁹; se aplica a las sucesiones de las personas que fallezcan desde el día 17 de agosto de 2015 que tengan carácter internacional, a los nacionales de cualquier Estado miembro o no, siempre que se produzcan dentro del territorio de la UE y si no es contrario a un tratado internacional vigente entre los Estados afectados. Precisa Lleó Fernández³⁸¹⁰ que “el Reglamento no es de aplicación en Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, aunque sí afecta a nacionales de estos Estados que residan de forma habitual en otros Estados miembros de la UE”. Si un nacional de estos países fallece siendo residente habitual en España, la ley y los tribunales competentes serán españoles.

Como regla general, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión, es decir, a todos los bienes con independencia del lugar donde se encuentren, será la del Estado en que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, lo que supone, un cambio radical con la actual legislación española que establece en el art. 9.8 CC³⁸¹¹ como ley aplicable la de la nacionalidad del causante. Y esta ley aplicable de la residencia habitual lo será “aun cuando no sea la de un Estado miembro”. P. ej., si un español fallece con residencia habitual en Argentina, la ley aplicable a la sucesión será la Argentina.

³⁸⁰⁸ Firmado por España el 21 de octubre de 1976 y publicado su Instrumento de ratificación en el BOE n.º 197, de 17 de agosto de 1988 (BOE-A-1988-20377).

³⁸⁰⁹ DOUE-L-2012-81342

³⁸¹⁰ LLEÓ FERNÁNDEZ, S., “El Reglamento europeo 650/2012 de sucesiones y de creación del certificado sucesorio europeo”. Consultado en: <<http://www.all-law.es/2014/04/01/el-reglamento-europeo-6502012-de-sucesiones-y-de-creacion-del-certificado-sucesorio-europeo/>>

³⁸¹¹ Art. 9.8 CC: “La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.”.

Sin embargo, el Reglamento permite que cualquier persona pueda determinar que la ley aplicable a su sucesión sea la de su nacionalidad, en el momento de la elección o en el momento del fallecimiento en lugar de la de su residencia habitual. Esta designación la deberá hacer de forma expresa al otorgar su testamento.

El Reglamento crea el Certificado sucesorio europeo que se expedirá por la autoridad competente de un Estado miembro y surtirá efecto de modo automático en cualquier otro Estado miembro. Sirve para certificar la cualidad y los derechos de los herederos y legatarios, la adjudicación de bienes de la herencia y las facultades de los ejecutores, albaceas y administradores de la herencia, y surte efecto inmediato en todos los Estados miembros de la UE.

4.- Protección a los discapacitados

Es conveniente que los padres que tienen hijos con discapacidad hagan testamento para regular lo que deseen que suceda tras su fallecimiento. Pueden incluirse en el testamento multitud de disposiciones de protección del descendiente incapaz y tanto en el aspecto personal como en el patrimonial. Los progenitores pueden:

a) En el aspecto personal:

- Establecer disposiciones respecto a la forma de vida y cuidados de su hijo, su salud, educación, formación, residencia o cualquier otra (arts. 68, 162 y 1319 CC).
- Designar tutor de su hijo, que puede ser una persona física o a una institución.
- Excluir del cargo de tutor a persona o personas determinadas y establecer órganos de fiscalización de la tutela (arts. 223 y 245 CC)³⁸¹².

b) En el aspecto patrimonial, y en función de lo que se desea conseguir para la persona con discapacidad, puede:

- Si quiere dotarla de una masa patrimonial que cubra y garantice sus necesidades (art. 808 CC), el testador puede dejarle la mejora sucesoria en sentido amplio, o sea, disponiendo a su favor también del tercio de libre disposición, y puede utilizar las normas sobre sustitución, imputación y colación.
- Puede establecer una sustitución fideicomisaria que grave la legítima estricta, en beneficio del hijo judicialmente incapacitado (arts. 782 y 808 CC).

³⁸¹² “La herencia cuando hay un hijo discapacitado”. Consultado en:
<<https://www.arriagaasociados.com/2015/11/la-herencia-cuando-hay-un-hijo-con-discapacidad/>>

– Puede donar o legar a la persona con discapacidad un derecho de habitación sobre la vivienda habitual del progenitor, que no se computará para el cálculo de las legítimas, cuando el discapacitado convivía con el testador (art. 822 CC).

– Establecer una sustitución pupilar o ejemplar. En este supuesto se dispone a favor del incapaz en todo o parte de los bienes, y además se indican las personas que heredarán su patrimonio cuando fallezca. (arts. 775 y 776 CC).

– Si lo que desea es generar a su favor un flujo constante de rentas, pero liberando los negocios familiares e incluso los bienes inmuebles, porque prefiera dejarlos en manos de los hijos sin discapacidad, sin trabas judiciales perturbadoras; puede pagar en metálico la legítima del hijo con discapacidad o atribuir el usufructo sobre la vivienda habitual de ese hijo o legar al discapacitado el usufructo vitalicio de determinados bienes, dejando la nuda propiedad para los hermanos, satisfacer su legítima con un contrato de alimentos, etc.

– Además puede dispensar de colación lo donado a los hijos con discapacidad.

– Deberían nombrar albacea y contador-partidor que resulta muy útil en la participación de la herencia.

– Y podría determinar la forma en que se han de administrar los bienes, normas, condiciones o recomendaciones para la persona que se haga cargo de la tutela (arts. 270, 271, 272, 279 CC) o para el resto de herederos.

– Ordenar al albacea que constituya un patrimonio protegido o un contrato de alimentos a favor de la persona con discapacidad.

– Establecer una fiducia sucesoria, delegando la facultad de mejorar del art. 831 CC³⁸¹³.

5.- La mejora

Art. 808 CC: *“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.*

Sin embargo podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio

³⁸¹³ MARÍN CALERO, C., “Actuaciones notariales en materia de protección de la discapacidad”, en U. Nieto Carol (dir.), *GPS Notarial, Guía Profesional*, ed. Tirant lo Blanch, Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 2019, p. 1836.

de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

La tercera parte restante será de libre disposición.”.

Art. 823 CC: *“El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima.”.*

Indica Leña Fernández³⁸¹⁴ que los padres pueden distribuir con libertad un tercio de sus bienes (el de mejora) entre hijos y descendientes, pudiendo atribuirlo a uno solo de ellos en su integridad. También pueden hacerlo los abuelos (los ascendientes en general) respecto a un nieto, aunque vivan los hijos.

Con esta institución pueden los padres de un hijo disminuido dejar a éste una mayor parte en la herencia que la que dejen al resto de sus hijos. Podrían atribuirle dos tercios de la herencia, el de libre disposición y el de mejora propiamente dicha, además de la parte que le corresponda “en el tercio de legítima estricta y que resulta de dividir este tercio por el número de legitimarios directos”.

Otra utilidad de la mejora para beneficiar indirectamente a su hijo disminuido es mejorar “a un hermano del disminuido bajo la condición o con el modo o carga de atender y cuidar a este último”.

La mejor forma de mejorar a un hijo con discapacidad es el legado, porque su adquisición opera automáticamente en el momento del fallecimiento del causante (adquisición *ipso iure*), sin necesidad de aceptación y porque se evita que el disminuido tenga que responder del pago de posibles deudas del causante.

6.- Pago de la legítima en metálico

Art. 841 CC: *“El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.*

También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador partidor dativo a que se refiero el artículo 1.057 del Código Civil.”.

³⁸¹⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 290-294.

Se puede hacer a favor de cualquier hijo o descendiente, y por supuesto a favor de un hijo con discapacidad.

Se introdujo en el CC por la Ley de 13 de mayo de 1981 y rompe el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, ya que los hermanos del hijo favorecido con la atribución testamentaria, y no pueden reclamar su legítima en bienes de la herencia y sólo pueden exigir que se les pague su valor en metálico.

III.- LEGADOS

1.- Con eficacia real

Los legados con eficacia real son los de bienes comprendidos en la herencia por estar integrados en el patrimonio del causante, y pueden ser bienes concretos, un derecho real sobre ellos o una cuota de la herencia. En este caso, el art. 882 CC dice: *“Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.*

La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora.”; y lo mismo ocurre en el legado de parte alícuota, según la RDGRN, de 8 de marzo de 1965³⁸¹⁵.

1.1.- De usufructo

Suelen usarlo los padres de hijos con discapacidad porque resulta útil para asegurarle recursos. El legado de usufructo permite que, con los frutos y rentas de los bienes usufructuados, pueda subvenirse a las necesidades del disminuido y que el testador disponga de la nuda propiedad en favor de otro u otros hijos, bien puramente o bien bajo la condición o con la carga de atender y cuidar al usufructuario disminuido mientras éste viva.

Este usufructo será normalmente sucesivo respecto al usufructo universal legado al cónyuge. Puede ser concreto, p. ej. un piso, o genérico sobre una parte de la herencia (puede alcanzar el tercio de libre disposición, el de mejora y la parte correspondiente al de legítima estricta) o incluso sobre la totalidad de la misma, garantizando el testador,

³⁸¹⁵ LA LEY 3/1965

en este último supuesto, el respeto a tal disposición por el resto de los legitimarios, si los hubiere, mediante la cautela socini correspondiente³⁸¹⁶.

1.2.- De habitación

Se puede dejar al hijo con discapacidad un derecho de habitación en vez de un usufructo. Al ser aquel derecho personalísimo e inalienable, no se puede arrendar ni traspasar a otro por ningún título (art. 525 CC). En principio ese derecho de habitación solo dará derecho al disminuido para ocupar en la vivienda las piezas que necesite (art. 524 CC). Pero los padres testadores pueden configurar el derecho de habitación en el título constitutivo (testamento) con la extensión que crean conveniente. Pueden extender el derecho de habitación a toda la vivienda. También pueden dejar la vivienda a un hermano del discapacitado bajo la condición o con la carga de cuidar de éste y tenerlo en su compañía, y un legado de habitación en favor del discapacitado.

2.- Con eficacia obligacional

Los legados con eficacia obligacional son aquellos que no comprenden bienes de la herencia ni derechos reales sobre ellos. En estos legados se impone al gravado (un heredero u otro legatario) la obligación de realizar la prestación objeto del legado en beneficio del favorecido. Al fallecimiento del testador, el legatario beneficiario con este tipo de legado sólo adquiere un derecho de crédito para exigir del heredero o legatario gravado que realice la prestación legada.

Por tanto, el gravado vendrá obligado a realizar una actividad o a asumir su posición de deudor en una relación jurídica obligatoria, frente al favorecido, actividad cuyo contenido puede ser muy variado.

Acorde con su carácter obligacional, se le aplican las normas del derecho de obligaciones sobre las consecuencias del incumplimiento, según sea doloso o culposo, en cumplimiento o su imposibilidad, retraso o mora del deudor y sobre la responsabilidad del cumplimiento, dependerá de si el gravado es heredero o legatario. El heredero responderá del cumplimiento de la obligación con todos sus bienes si aceptó la herencia pura y simplemente, o solo con los bienes de la herencia si la aceptó a

³⁸¹⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 344-345.

beneficio de inventario. El legatario solo responderá hasta donde alcancen los bienes legados.

Son legados obligacionales el de la pensión periódica, el de educación y el de alimentos.

En estos legados existe una obligación de pago, por el gravado al beneficiario, de una pensión. Una pensión prefijada en su cuantía pero indeterminada en su finalidad en el legado de pensión periódica, y una pensión no prefijada en su cuantía, pero sí determinada en su finalidad en los legados de alimentos y de educación³⁸¹⁷.

El testador no puede pagar la legítima al legatario por medio de alguno de estos tres legados. Así, la STS, de 3 de noviembre de 1995, afirma que *“el legado que tiene por objeto unas prestaciones periódicas, como [...] lo es el legado de alimentos o de mantenimiento, no es apto para cumplir con los deberes legitimarios que impone la ley y, desde esta perspectiva, un legado de esta naturaleza no es imputable a la legítima”*.

2.1.- De pensión periódica

Art. 880 CC: *“Legada una pensión periódica o cierta cantidad anual, mensual o semanal, el legatario podrá exigir la del primer período, así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar a la devolución aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado.”*.

Según Leña Fernández³⁸¹⁸, lo define como “la obligación, impuesta por el testador a todos o algunos de los herederos, de abonar al beneficiario una pensión semanal, mensual o con la periodicidad que establezca y de una cuantía prefijada por el propio testador, quien señalará también el plazo durante el cual habrá de pagarse, sin perjuicio de que, si no dispone nada al respecto, se entenderá que se establece con carácter vitalicio. Esta pensión admite el añadido, por parte del testador, de cláusulas de estabilización que eviten el deterioro del poder adquisitivo de la misma por efecto de la inflación”.

La doctrina incluye en este tipo de legados el de renta vitalicia, en el que “el testador dispone de bienes muebles o inmuebles concretos en favor del heredero o legatario gravado, a cambio de que éste pague al legatario beneficiario, durante toda su

³⁸¹⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 325-339.

³⁸¹⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 325-339.

vida, la pensión estipulada por el testador”. En este caso, son aplicables los arts. 880 y 1802 a 1808³⁸¹⁹ CC. El heredero o legatario recibirá los bienes gravado “*con la carga de la pensión*”, lo que puede asegurarse con una condición resolutoria y designando a quien haya de recibir los bienes gravados con la carga de la pensión en caso de impago.

2.2.- De alimentos

Art. 879 párr. 2º, 3º y 4º CC: “*El legado de [...]*

alimentos dura mientras viva el legatario, si el testador no dispone otra cosa.

Si el testador no hubiere señalado cantidad para estos legados, se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia.

Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.”.

El legado de alimentos supone la obligación de pagar con la periodicidad que establezca lo dispuesto en el art. 142 CC. Teniendo en cuenta que el testador puede disminuir, modalizar y especificar lo dispuesto en el Código, si lo hace expresamente conforme al art. 153 CC.

En principio el legado de alimentos dependerá en su cuantía y causa, a la necesidad real de alimentos que tenga el legatario que ha de recibirlos. Si este puede atender a su propio mantenimiento no se devengaría, pero el testador puede disponer otra cosa.

2.3.- De educación

Art. 879 párr. 1º CC: “*El legado de educación dura hasta que el legatario sea mayor de edad.”.*

Si se trata de un legatario con discapacidad, consistirá en la obligación de todos, parte o alguno de los herederos —según lo establecido por el testador—, de pagar la cantidad periódica necesaria para sufragar los gastos de educación del disminuido en un centro especial. Los padres deben establecer la duración de este legado que normalmente será la vida del discapacitado o hasta que llegue a una edad o un grado de

³⁸¹⁹ “*De la renta vitalicia*”

educación determinados, pues de lo contrario se extinguiría conforme al art. 879, al llegar el legatario a la mayoría de edad.

IV.- LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

1.- La sustitución en derecho de sucesiones

En derecho de sucesiones, la sustitución es una figura jurídica en virtud de la cual se llama a una herencia o conjunto de bienes a dos personas. Tiene dos variantes: en la primera se establece un orden excluyente, “instituyo heredero a mi hijo, y en su defecto a mis nietos”; sólo llega a heredar una de éstas personas, por el orden que ha fijado el testador. La segunda variante hace un llamamiento sucesivo, heredará el primer llamado, y después el segundo³⁸²⁰.

2.- Sustitución fideicomisaria

2.1.- Concepto

La sustitución fideicomisaria supone otorgar a alguien el derecho a ser heredero durante un tiempo o toda su vida, pero con la obligación de transmitir la herencia a otra persona con posterioridad.

Utilizando esta institución, señala Leña Fernández³⁸²¹, “los padres podrán dejar los bienes o la parte de herencia que estimen conveniente a su hijo disminuido, en concepto de heredero fiduciario, disponiendo que, al fallecimiento de éste, pasen estos bienes a otra persona designada como heredero fideicomisario, ya sea puramente, ya para el caso de que éste cumpla determinadas condiciones, como puede ser que, durante la vida del disminuido, lo haya cuidado y atendido convenientemente”.

La sustitución fideicomisaria condicional puede utilizarse con una doble variante, según sea condición “suspensiva genérica (nombramiento de heredero fideicomisario a favor de aquel o aquellos de sus hijos, personas o entidades que, al fallecimiento del fiduciario disminuido resulten ser los que lo hayan atendido”, “condición suspensiva específica (nombramiento de heredero o legatario fideicomisario recayente en un hijo, persona o entidad determinada, sujeto a la condición de que, durante la vida del fiduciario disminuido, lo haya cuidado y atendido convenientemente)”.

³⁸²⁰ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., p. 298.

³⁸²¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., p. 405.

La LPPD introduce los arts. 782 y 808 párr. 3º CC, ampliando la libertad *mortis causa* del testador, que podrá gravar con una sustitución fideicomisaria, como indica Ragel Sánchez³⁸²², la “legítima estricta instituyendo fiduciario al hijo o descendiente judicialmente incapacitado” (no basta la discapacidad de este) siendo sustitutos fideicomisarios los demás herederos forzosos. La finalidad es procurar una protección singular al descendiente incapacitado por sus especiales necesidades vitales.

Art. 782 CC: “*Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes.*”.

Art. 808 párr. 3º CC: “*Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.*”

Respecto de la legítima, el art. 806 CC establece: “*Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.*” El art. 813 CC establece: “*El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.*

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados.”.

Las legítimas obligan a adjudicar y repartir una parte de la herencia (2/3) entre los hijos y descendientes e impiden dejarla toda a uno solo de ellos o a extraños. Con los arts. anteriores se atenúa esta rigurosidad y los padres podrán dejar la legítima a favor del hijo incapacitado y que luego pase a los demás hijos.

2.2.- Problemática

³⁸²² RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Art. 808”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5859.

Según Galicia Aizpurua³⁸²³, “el laconismo de los arts. 782 y 808 párr. 3º CC” plantea numerosos interrogantes sobre el régimen legal de esta sustitución.

- No dice nada sobre si también debe dejar “el tercio libre y el de mejora al incapacitado”, o si puede disponer de ellos conforme a sus propias reglas.

- No se determina si existiendo varios legitimarios no incapacitados el fideicomiso debe gravar a todos o si el causante puede gravar solo a algunos.

- Para la aplicación del art. 808 párr. 3º CC será necesario que haya varios descendientes, porque si solo hay uno, destaca Ragel Sánchez³⁸²⁴, “le correspondería toda la legítima libre de gravámenes”; y que alguno o algunos de ellos estén judicialmente incapacitados, pero no todos, ya que en ese caso ya tendrán la plena propiedad de la legítima.

- Si hay varios descendientes incapacitados no aclara el CC si es posible designarlos fiduciarios sucesivamente o si deben ser instituidos a la vez.

- El fiduciario debe ser hijo o descendiente del testador, no legitimario, por lo que no incluye a los legitimarios ascendientes ni al cónyuge viudo.

- El fiduciario debe haber sido declarado incapacitado judicialmente, no es suficiente “con la mera declaración de discapacidad” (art. 10.3 LPPD). El descendiente debe estar incapacitado cuando fallezca el testador. Este requisito supone una exigencia superior a lo necesario para constituir un patrimonio protegido.

- Si el descendiente incapacitado ha sido designado “fiduciario por el testador sin más precisiones por parte de éste, lo sería sobre todo el tercio correspondiente a la misma”, pero podrá designar fiduciario solo respecto a una parte de la legítima estricta.

- Si el descendiente incapacitado fiduciario es también legitimario se plantea si la parte de legítima que le correspondería en plena propiedad también queda afectada por la sustitución fideicomisaria y debería someter su propia parte de legítima a las reglas del fideicomiso o esta parte estaría libre de gravámenes.

2.3.- Sustitución vulgar

Según Leña Fernández³⁸²⁵, “será también conveniente que el testador especifique en su testamento si, para el caso de que el fiduciario muera antes que él o no quiera o no

³⁸²³ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 782”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5727.

³⁸²⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Art. 808”, cit., pp. 5860-5863.

³⁸²⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 409-410.

pueda aceptar la herencia, el fideicomisario pasará a ser el heredero «definitivo», es decir, si el nombrado en el segundo llamamiento será sustituto vulgar (art. 774 CC) del primer llamado”. “Con ello se evitarán las discusiones doctrinales al respecto, aunque, ciertamente, la mayor parte de la doctrina y la RDGRN, de 27 de marzo de 1981³⁸²⁶, entienden que se da esta sustitución vulgar aunque el testador no la hubiera explicitado”. Esta resolución dice: *“la mayoría de la doctrina afirma que la sustitución fideicomisaria lleva en sí misma el llamamiento del fideicomisario como sustituto vulgar del fiduciario en base: a) a los antecedentes históricos favorables a través de nuestros clásicos a esta solución a medida que se iba perfilando y desarrollando la sustitución fideicomisaria; b) a los artículos 784 y 785-1.º del CC, que consideran al fideicomisario como un segundo heredero designado para después del primero, y que adquiere su derecho [...] al morir el testador, por lo que faltando el primero corresponde ahora al nombrado en segundo lugar; c) a que en los supuestos resueltos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo favorables a la tesis contraria, se refieren o a sustituciones fideicomisarias condicionales o a fideicomisos de residuos, en donde nuestra más alta Magistratura ve una institución condicional, por lo que no es aplicable esta doctrina a los supuestos de sustituciones fideicomisarias puras o aplazadas; d) a que el artículo 675 del CC destaca como esencial la voluntad del testador que puede aparecer manifestada claramente en este sentido; e) a que es la solución acogida por el Derecho comparado y por nuestras legislaciones forales; [...] f) y que en este sentido se han manifestado la Sentencia de 13 de noviembre de 1948³⁸²⁷ y la Resolución de 23 de Octubre de 1908”*.

2.4.- Extinción

Si el fiduciario deja de estar incapacitado judicialmente, el testador puede haber previsto la extinción del fideicomiso. Si no lo ha hecho, habría un fideicomiso sujeto a una resolución de origen legal, porque no tendría sentido mantener un fideicomiso cuya finalidad es proteger al descendiente incapacitado porque ya no lo está.

Pero la extinción del fideicomiso no afectaría a su parte en el tercio de legítima estricta.

³⁸²⁶ BOE-A-1981-10417

³⁸²⁷ RJ 1948/1270

Destaca Ragel Sánchez³⁸²⁸ que la condición resolutoria implícita se cumple al recuperar el descendiente “su capacidad en virtud de sentencia judicial³⁸²⁹”.

Además, la sustitución ejemplar queda sin efecto conforme al art. 776 párr. 2º CC: “[...] *por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón.*”, lo que también sería de aplicación a este caso, pues no tiene sentido conservar unas medidas que tienen por finalidad proteger a una persona incapacitada³⁸³⁰.

La sustitución prevista por el testador se producirá cuando muera el fiduciario o se cumpla el plazo. El testador podrá establecer un término cierto resolutorio “distinto al de la muerte del fiduciario” limitando temporalmente la duración del fideicomiso³⁸³¹. En este caso el término es cierto, mientras que la sustitución fideicomisaria ordinaria está sometida a término incierto dependiendo de la vida del fiduciario³⁸³².

El testador podrá ordenar que el fideicomiso cese al llegar el incapaz a cierta edad o a un determinado nivel de renta o patrimonio o a una mejora en su salud, aunque no comporte una propia revocación del estado de incapacitación³⁸³³.

3.- Sustitución fideicomisaria de residuo

Por esta institución, afirma Ragel Sánchez³⁸³⁴, “el testador autoriza al fiduciario para que disponga de los bienes sujetos al fideicomiso, por lo que la obligación de entregar la herencia al fideicomisario se reduce a los bienes que conserve en su poder en el momento de su fallecimiento”. Tiene “dos manifestaciones que recoge la jurisprudencia³⁸³⁵. Si algo quedase (*si aliquid supererit*) o de lo que debe quedar (*de eo quod surerit*)”.

³⁸²⁸ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Art. 808”, cit., p. 5867.

³⁸²⁹ DÍAZ ALABART, S., “La sustitución fideicomisaria...”, cit., p. 1049.

³⁸³⁰ PÉREZ DE CASTRO, N., en RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Art. 808”, cit., p. 5867; cree que “si en virtud de resolución judicial cesa la declaración de incapacidad del sustituido se entiende que carece de eficacia la sustitución aunque este no otorgue testamento ya que desaparece la causa que permite al ascendiente nombrar sustituto al descendiente”.

³⁸³¹ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 782”, cit., p. 5728.

³⁸³² OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, ed. Comares, Granada, 2001, p. 216.

³⁸³³ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Comentario al art. 808 CC”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 794.

³⁸³⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Art. 808”, cit., p. 5864.

³⁸³⁵ SSTs, de 7 de enero de 1959 (RJA 1959, 119), 25 de noviembre de 1960 (RJA 1960, 3980), 20 de octubre de 1962 (RJA 1962, 3980) y 22 de julio de 1994 (RJA 1994, 6578).

Leña Fernández³⁸³⁶ indica que el CC no se ocupa expresamente del fideicomiso de residuo. La doctrina discute si se trata de una modalidad de la sustitución fideicomisaria o de una figura distinta de esta. Algunas sentencias del TS expresan que «*el fideicomiso de residuo no se identifica totalmente con la genuina sustitución fideicomisaria*» (entre otras, la STS, de 13 de noviembre de 1948³⁸³⁷), pero la más moderna jurisprudencia lo considera como “una sustitución fideicomisaria condicional, consistiendo la condición en que queden en el patrimonio del fiduciario alguno de los bienes fideicomitidos” (SSTS, de 25 de abril de 1981³⁸³⁸ y 22 de julio de 1994³⁸³⁹). En el mismo sentido, destaca la RDGRN, de 16 de noviembre de 1944³⁸⁴⁰, siguiendo a la anterior de 26 de mayo de 1925, señaló que el fideicomiso de residuo es «*una figura de abolengo inmemorial en nuestras costumbres y que los juristas modernos tratan con las disposiciones modales o los legados a término y condicionales y cuya posibilidad, en nuestro derecho positivo, aparece afirmada por la Jurisprudencia dentro del contenido del artículo 783 del CC*».

La facultad de disposición del fiduciario se refiere a los actos *inter vivos*, para que comprenda también a los *mortis causa*, el TS entiende que el fiduciario debe haber sido expresamente autorizado para ello.

Debería operar el principio de subrogación real respecto de los bienes fideicomitidos, salvo que el testador diga lo contrario.

Art. 783 CC: “*Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos.*”

El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa.”, por lo que es conveniente fijar la extensión del fideicomiso³⁸⁴¹.

Se plantea si el art. 808 párr. 3º CC incluye esta sustitución.

³⁸³⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 420-423.

³⁸³⁷ RJ 1948/1270

³⁸³⁸ Id Cendoj: 28079110011981100330

³⁸³⁹ RJA 1994, 6578

³⁸⁴⁰ RJ 1944/1386

³⁸⁴¹ Señala DÍAZ ALABART, S., “La sustitución fideicomisaria...”, cit., pp. 1049-1050; que “la disponibilidad de los bienes fideicomitidos que en el fideicomiso de residuo el testador conceda al fiduciario puede ser muy variada. Tanto para poder únicamente consumirlos, o también enajenarlos, y esto sólo a título oneroso, si es que se necesita, o bien a la libre voluntad del fiduciario, y, en aquel caso, con o sin necesidad de justificación. También se le puede permitir que los enajene incluso a título gratuito o que disponga de ellos *mortis causa*”.

Algunos creen que sería posible, ya que es una autentica sustitución fideicomisaria, el art. 808 CC no distingue y la esencia del art. es beneficiar al incapacitado y se le beneficia si puede vender para afrontar algún gasto extraordinario.

La posición negativa se sustenta en que la naturaleza excepcional de los arts. 782 y 808 párr. 3º CC frente al principio general sentado por el art. 813 CC no permitiría al testador gravar con esta modalidad la legítima estricta, porque si el fiduciario dispone de los bienes fideicomitidos, los legitimarios no sufrirían, apunta Galicia Aizpurua³⁸⁴², “un mero retardo en el disfrute de su cuota legal”, sino una “pérdida de la misma” y podría producirse una desheredación fáctica sin los requisitos del CC.

En todo caso, solo se le podría privar de la legítima de los fideicomisarios si se constata la estricta necesidad del descendiente incapacitado. Fuera de este caso, afirma Ragel Sánchez³⁸⁴³, “que la sustitución fideicomisaria no debe llevar a la privación de la legítima estricta, aunque lo hubiera previsto el testador al establecer un fideicomiso de residuo³⁸⁴⁴”.

No se podría disponer, “a título gratuito de los bienes fideicomitidos”, si no hay necesidad por parte del fiduciario, que solo podría hacerlo (a través de su representante legal) “en casos de estricta necesidad y siempre que lo haya previsto expresamente el testador³⁸⁴⁵”.

V.- LA FIDUCIA SUCESORIA

1.- Introducción

El testamento más usual de los miembros de un matrimonio con hijos es el conocido de modo coloquial como “del uno para el otro” en el que un cónyuge deja al

³⁸⁴² GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 782”, cit., p. 5727; CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario al art. 782”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 726; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Comentario al art. 808 CC”, cit., pp. 793-794.

³⁸⁴³ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Art. 808”, cit., pp. 5864-5966.

³⁸⁴⁴ DÍAZ ALABART, S., “La sustitución fideicomisaria...”, cit., p. 1050; “considera excesivo que se introduzca un fideicomiso de residuo porque podría defraudar la legítima estricta de los legitimarios, por lo que propone una interpretación restringida de la figura; pero, por otra parte, tampoco se atreve a excluirla absolutamente”. PÉREZ HERESA, J., “Sucesión con discapacitados: una visión práctica”, en *Conferencias del curso académico 2010/11, Academia Sevillana del Notariado*, t. XXII, ed. Edersa, Sevilla, 2011, p. 60; rechaza “que se pueda establecer un fideicomiso de residuo sobre la legítima estricta”.

³⁸⁴⁵ RIVERA ÁLVAREZ, J. M^a, “La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes”, en J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Universidad de Murcia, 2004, p. 4204.

que sobrevive la opción de elegir entre el usufructo universal de sus bienes o el tercio de libre disposición y su cuota vidual usufructuaria y se designa herederos a los hijos que en el primer supuesto adquirirán la nuda propiedad de todos los bienes³⁸⁴⁶. Con ello se grava la legítima de los hijos con un usufructo, lo que en principio no es posible, conforme al art. 813 CC, que prohíbe los gravámenes sobre la legítima, por lo que tienen derecho a impugnar el testamento. Para evitarlo, se usa la cautela socini por la que el testador establece que si alguno de los hijos impugna el usufructo universal, recibirá solo lo que por legítima estricta le corresponda. Así, se consigue desincentivar a un posible heredero descontento que vería reducida su parte y que el cónyuge supérstite tenga el derecho a usar y disfrutar de todos los bienes de la herencia.

Como vimos, el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC); por lo que no se puede encargar a otro su realización ni tampoco concederle la facultad de mejorar. Así, el art. 830 CC establece “*La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro.*”.

Por tanto, la facultad de mejorar, indica Ragel Sánchez³⁸⁴⁷, es “personalísima del causante, que la ejercerá por sí mismo, por cualquiera de los medios” previstos en el ordenamiento jurídico y elegirá la cuota hereditaria o los bienes concretos con los que se haya de satisfacer esa mejora”. “Pero ese carácter personalísimo tiene excepciones, como “la delegación de la facultad de mejorar al otro progenitor de sus hijos” (art. 831 CC), o las que permiten al ascendiente testar por el descendiente y, en consecuencia, mejorar en la sustitución pupilar (art. 775 CC) y ejemplar (art. 776 CC)”.

Según Bolás Alfonso³⁸⁴⁸, es importante “destacar la postura del legislador a la hora de introducir modificaciones que alteran algunos principios del régimen sucesorio que hasta ahora eran indiscutidos”. Se refiere “al principio de intangibilidad de la legítima”. El legislador del siglo XXI hace prevalecer otras ideas en aras del cumplimiento de los objetivos prioritarios en la realidad social del momento en que se elabora la ley 41/2003.

Así, según “los arts. 782, 808. 3º y 813, la legítima estricta puede gravarse con una sustitución fideicomisaria en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado”.

³⁸⁴⁶ GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, cit., p. 16

³⁸⁴⁷ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Art. 830”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. V, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 6171.

³⁸⁴⁸ BOLÁS ALFONSO, J., “Protección patrimonial de personas con discapacidad. Malas noticias para las personas con discapacidad y sus familias y para la unidad del patrimonio familiar”, junio 2019. Consultado en: <<https://www.lacaciabogados.com/proteccion-patrimonial-personas-discapacidad/>>

Ello conlleva un aplazamiento de la entrega de la legítima estricta que puede durar muchos años, “pues los coherederos forzosos no entrarán en el goce y disposición de su legítima estricta hasta el fallecimiento del fiduciario”.

Leña Fernández³⁸⁴⁹ señala que todos los padres del mundo tienen el convencimiento de que nadie atenderá a su hijo disminuido como ellos. Los padres saben que, “mientras uno de ellos viva, la atención al disminuido no correrá peligro. La postura lógica ante esta convicción es procurar que ese padre o madre superviviente tenga los menores problemas económicos posibles y no pueda verse afectado por posibles reclamaciones hereditarias de los hermanos del disminuido respecto a la herencia del padre o madre fallecido”.

2.- Art. 831 CC

Art. 831 CC: “1. *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.*

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.

3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.

³⁸⁴⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 245-246.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.

4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge superviviente hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.

5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí”.

Es un precepto excepcional que puede ser de mucha utilidad interpretándolo flexiblemente³⁸⁵⁰.

3.- Análisis del art. 831 CC

3.1.- Testamento

Art. 831.1 párr. 1º CC: “[...] podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento [...]”.

³⁸⁵⁰ ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil”, Santiago de Compostela, 21 de mayo de 2016. Consultado en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/varios/reflexiones-practicas-sobre-el-articulo-831-del-codigo-civil/>

Luego hace falta un testamento no revocado conteniendo la delegación en el viudo de la facultad de mejorar, no admitiéndose ningún otro documento.

Parte de la doctrina excluye al viudo si ha sido justamente desheredado o declarado indigno³⁸⁵¹, en estos casos pierde sus derechos sucesorios incluyendo la legítima. Pero el viudo puede ser fiduciario y no legitimario o sucesor ya que lo primero no supone lo segundo.

Además, la desheredación solo puede hacerse en un testamento y el testador al otorgarlo expresará su voluntad de dejar o no la facultad del 831 CC.

Evidentemente, si al viudo fiduciario el testador le ha dejado parte de la herencia o un legado y es declarado indigno los perderá, pero ello no tiene por qué implicar además la extinción de la delegación de la facultad de mejorar puesto que el CC no establece tal efecto³⁸⁵².

3.2.- Descendencia común

Art. 831.1 párr. 1º CC: “[...] *podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras [...]*”.

Art. 831.6 CC: “*Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí.*”.

Hace falta descendencia común ya sea conyugal o no, por lo que no le afectan los casos de separación, nulidad o divorcio, casos en los que el testador vivo puede revocar las facultades si lo desea y en otro caso, subsistirían³⁸⁵³. No se exige, según Ragel Sánchez³⁸⁵⁴, que el causante y el fiduciario estuvieran conviviendo en el momento del fallecimiento, ni que hubieran convivido antes³⁸⁵⁵, solo que tengan descendencia común cuando fallezca el testador, lo que incluye hijos, nietos y descendientes de ulterior grado aunque vivan sus padres. Como la voluntad del causante es ley de la sucesión, el

³⁸⁵¹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “Com. art. 831”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 2056.

³⁸⁵² RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Art. 831”, cit., pp. 6177-6178.

³⁸⁵³ ZURILLA CARINANA, Mª. A., “Comentario al art. 831”, cit., pp. 1020-1021.

³⁸⁵⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Art. 831”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6177-6183.

³⁸⁵⁵ ROCA GUILLAMÓN, J., “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al artículo 831 del Código Civil-Ley 41/2003)”, en J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Universidad de Murcia, 2004, p. 4287; está en contra porque no ve coherente “admitir la posibilidad de esta facultad de distribuir y mejorar por delegación de una persona que se encuentra en trance de ruptura matrimonial”.

testador puede fijar las personas que pueden ser mejoradas por el viudo excluyendo a alguno de sus hijos o descendientes.

Si existen otros legitimarios descendientes no comunes, surge el problema de si el viudo puede partir todos los bienes o solo los bienes que han de adjudicarse los descendientes comunes, el art. 831.4 CC confiere poderes al viudo para *“actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones”* por lo que esos legitimarios descendientes no comunes actuarán por su propia cuenta en la partición y podrían exigir la partición parcial de la herencia y recibir los bienes que le correspondan.

Bolás Alfonso³⁸⁵⁶ indica que “en el caso de concurrir descendientes comunes con no comunes el fiduciario debe distinguir dos masas de bienes, la destinada a distribuirse entre los hijos comunes y la destinada a cubrir la legítima de los no comunes. La legítima de los no comunes, salvo que otra cosa haya dispuesto el testador, será la legítima estricta al igual que sucede en el caso de preterición”. Además, “el fiduciario queda investido de poderes *ex lege* para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de adjudicación relativos a tales legítimas”.

3.3.-Facultades

Art. 831.1 párr. 1º CC: *“[...] podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar”*.

El CC utiliza unos términos muy amplios que incluyen la facultad de disponer y distribuir bienes del difunto con prácticamente las mismas facultades que tenía este³⁸⁵⁷.

Leña Fernández³⁸⁵⁸, en cuanto a la facultad de distribuir de la que habla el CC, dice que “no es la simple de hacer la partición, propia del contador-partidor, ni tampoco la de mejorar *strictu sensu*, sino una facultad mucho más amplia por pasar a ocupar el cónyuge viudo la misma posición del causante, como una auténtica fiducia sucesoria”. El cónyuge sobreviviente podía hacer con los bienes del fallecido, “lo mismo que puede

³⁸⁵⁶ BOLÁS ALFONSO, J., “Protección patrimonial de personas con discapacidad...”, cit.

³⁸⁵⁷ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Art. 831”, cit., p. 6179.

³⁸⁵⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., p. 255.

hacer con los suyos; estamos, como dice la doctrina, en presencia de un verdadero poder testatorio, por lo que el sobreviviente tendrá las mismas facultades que el premuerto sin más límites que el respeto a las legítimas estrictas y a la voluntad que éste hubiera expresado en su testamento”.

El legislador, dice Bolás Alfonso³⁸⁵⁹, “señala la amplitud de facultades que pueden conferirse al viudo. En rigor no se trata de una excepción al art. 830 circunscrito a la facultad de mejorar, pues las facultades del viudo se extienden a la distribución de toda la herencia, incluido el tercio libre”.

El testador puede delegar las facultades que quiera y descartar las que no, p. ej. puede delegar la facultad de partir pero no la de mejorar, y a viceversa. Para administrar debe tener alguna de las facultades del art. 831.1 CC.

La posibilidad del art. 808 párr. 3º CC de establecer a favor del descendiente incapacitado una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta también puede ser usada por el cónyuge supérstite del art. 831 CC. Lo que lleva a Garrido de Palma³⁸⁶⁰ a afirmar que “permite al fiduciario llegar a atribuir todos los bienes a su hijo discapacitado o al que vaya a hacerse cargo de él, ordenando que se satisfaga su legítima estricta a los demás hijos en metálico, en base al art. 841 CC³⁸⁶¹”.

Sin embargo, Ragel Sánchez³⁸⁶² no cree que “el art. 831 CC dé para tanto, pues su ámbito de actuación está restringido objetivamente a los tercios de mejora y de libre disposición y, como mucho, a la legítima estricta en el caso del art. 808 párr. 3º CC y si bien, el fiduciario podría usar las mismas facultades particionales que tiene el causante, la posibilidad del art. 841 CC tiene un ámbito diferente, afectando a la legítima estricta, y no cree que el fiduciario del art. 831 CC pueda actuar como contador-partidor según el art. 1057 párr. 1º CC y la excepción que supone el art. 831 CC no puede ampliarse más allá de las fronteras en la que ha sido concebida.

Solo en el caso del art. 829 CC que establece: *“La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la*

³⁸⁵⁹ BOLÁS ALFONSO, J., “Protección patrimonial de personas con discapacidad...”, cit.

³⁸⁶⁰ GARRIDO DE PALMA, V. M., “Los nuevos artículos 831 y 1056.2º del Código Civil. Algunas aplicaciones”, en J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Universidad de Murcia, 2004, p. 2025.

³⁸⁶¹ Art. 841 CC: “El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios. También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador-partidor dativo a que se refirió el artículo 1.057 del Código Civil.”.

³⁸⁶² RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Art. 831”, cit., pp. 6181-6182.

parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.”, podría conferirse los bienes hereditarios a una sola persona debiendo satisfacer en dinero la legítima a los demás interesados.

Se discute por la doctrina si el cónyuge fiduciario está facultado para instituir heredero.

García Rubio³⁸⁶³, como Espiñeira Soto³⁸⁶⁴, “señala que en el caso de que la facultad se ejerza en el testamento, el comisionado, de no haberlo hecho el causante en su disposición *mortis causa*, podrá determinar el título de heredero o legatario de los descendientes favorecidos, que en todo caso serán sucesores del causante”.

Garrido de Palma³⁸⁶⁵ afirma que “el ordenante delega en su consorte para que disponga de su herencia con igual amplitud y efectos con los que él puede hacerlo”. Con lo que el viudo puede hacerlo *inter vivos* o a *mortis causa*, excepto en la parte en que ya lo haya efectuado el difunto, y sin perjuicio de las legítimas estrictas.

Espiñeira Soto³⁸⁶⁶ indica que “el viudo fiduciario, si el testador le faculta, puede en su testamento escoger entre los descendientes cuál o cuáles” merecen ser mejorados y “es difícil que el testador ordenante de la delegación pueda determinar de forma anticipada el título de heredero o legatario de todos los posibles descendientes que el cónyuge delegatario puede designar en un futuro”.

Señala Lacruz Berdejo³⁸⁶⁷ que “la distribución puede hacerse en instrumento *inter vivos*” pero no puede ser una “donación en sentido propio, puesto que se trata de bienes de un difunto, y se recibirán siempre, aunque la asignación tenga lugar en documento *inter vivos*, por título sucesorio”. También Vallet de Goytisoló³⁸⁶⁸ considera que “las mejoras realizadas por el cónyuge comisionado no son, ni pueden ser, donaciones, puesto que este actúa mejorando con bienes relictos del difunto, que integran la herencia de este”.

³⁸⁶³ GARCÍA RUBIO, M^a. P., “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXI, fasc. I, 2008, p. 92.

³⁸⁶⁴ ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil”, cit.

³⁸⁶⁵ GARRIDO DE PALMA, V. M., “Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”, *Revista jurídica del notariado*, n^o 55, julio-septiembre 2005, p. 127.

³⁸⁶⁶ ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil”, cit.

³⁸⁶⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil*, t. V: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 457.

³⁸⁶⁸ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “Comentario al art. 831”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XI, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 423.

Si se trata de bienes de la sociedad de gananciales disuelta o propios del cónyuge fiduciario tampoco son donación, ya que el fiduciario no realiza un acto de liberalidad sino una facultad encomendada y para tener plena eficacia necesitan la aceptación del favorecido (art. 831.1 párr. 3º³⁸⁶⁹) y en todo caso, su objeto es la herencia del cónyuge fallecido.

Al aplicar el art. 831 CC los bienes se adjudicarán a los hijos o descendientes como legatarios o herederos y corresponderán a los tercios de mejora y de libre disposición, por lo que si aceptan la herencia serán propietarios desde la muerte del causante (art. 989 CC) y sin necesidad de aceptación si es un legado de cosa específica y determinada (art. 882 CC). Se pueden recibir los bienes en nuda propiedad si el cónyuge viudo tiene el usufructo legal legítimo³⁸⁷⁰.

Leña Fernández³⁸⁷¹ estima que puede también el cónyuge viudo, en uso de las facultades del art. 831 CC, “atribuir todos los bienes a su hijo disminuido o al que vaya a hacerse cargo de él, ordenando se pague su legítima estricta al resto de los hijos en metálico, haciendo uso así de la facultad que el art. 841 CC confiere a los testadores”.

Plantea si “podrá el cónyuge viudo condicionar la atribución que efectúe a uno de los hijos o imponerle un modo o carga”, a lo que estima que sí. “Hay que convenir que si el cónyuge viudo puede lo más, que es realizar la mínima atribución posible en favor de un hijo (su legítima estricta), podrá hacer lo menos que es conferirle una atribución mayor pero condicionada o gravada con un modo”. Naturalmente ni la condición ni el modo podrán gravar la legítima estricta.

Entiende que “entra dentro de la facultad del cónyuge viudo regulada por el art. 831, la posibilidad de atribuir a un hijo los tercios de libre disposición y mejora, bajo la condición o con la carga de cuidar y tener en su compañía a su hermano disminuido, estableciendo que, por el incumplimiento de dicha condición o carga, pasarán los bienes atribuidos a otro hijo (con la misma condición o gravamen) o al propio hijo disminuido ya sin limitación ni gravamen alguno.

3.4.- Bienes del cónyuge fiduciario

³⁸⁶⁹ Art. 831.1 párr. 3º CC: “Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa”.

³⁸⁷⁰ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Art. 831”, cit., pp. 6180-6181.

³⁸⁷¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 257-258.

Art. 831.3 párr. 3º CC: “*Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.*”.

Recoge la posibilidad de que el viudo satisfaga con sus propios bienes las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas. Ello supone una excepción al art. 832 CC³⁸⁷², y en contrapartida al hacer la partición el viudo podría adjudicarse bienes hereditarios o beneficiar con ese valor a uno o varios de los descendientes comunes mejorados³⁸⁷³.

3.5.- Plazo

Art. 831.1 párr. 2º CC: “*Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.*”.

El fiduciario ha de atenerse al plazo que señale el testador, que puede fijarlo libremente y puede ser extenso, incluso vitalicio; o señalar que el cónyuge lo haga en su propio testamento y si no lo ha señalado, será el de dos años³⁸⁷⁴.

Leña Fernández³⁸⁷⁵ dice que “el mayor plazo posible para que ese cónyuge viudo sobreviviente pueda ejercitar su facultad”, será el de la vida del propio cónyuge viudo.

Señala Bolás Alfonso³⁸⁷⁶ que “como quiera que el cónyuge puede hacer adjudicaciones en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos, en la práctica cabe que el cónyuge decida hacer la partición a la apertura de la herencia o esperar para poder actuar con más criterio a la vista de la evolución de las circunstancias familiares y patrimoniales. Por ello habrá bienes ya adjudicados y otros pendientes de adjudicación”.

El art. 831 CC supone “la posibilidad de retrasar la distribución de la herencia” del testador *sine die*, “incluso en contra de la voluntad de los hijos comunes³⁸⁷⁷”. El

³⁸⁷² Art. 832 CC: “*Cuando la mejora no hubiere sido señalada en cosa determinada, será pagada con los mismos bienes hereditarios [...]*”.

³⁸⁷³ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Art. 831”, cit., pp. 6180-6181.

³⁸⁷⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Art. 831”, cit., pp. 6184-6186.

³⁸⁷⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., p. 260.

³⁸⁷⁶ BOLÁS ALFONSO, J., “Protección patrimonial de personas con discapacidad...”, cit.

³⁸⁷⁷ ZURILLA CARINANA, Mª. A., “Comentario al art. 831”, cit., p. 1022; señala que “si se le autorizó a hacer la mejora en su propio testamento no habrá plazo para hacerla”.

viudo otorgará su testamento cuando quiera y solo producirá efectos a su fallecimiento, con lo que la mejora y la distribución de bienes se harán en ese momento. Habrá que esperar al fallecimiento del fiduciario para conocer su último testamento válido y la mejora o distribución que haya efectuado en él.

Espiñeira Soto³⁸⁷⁸ afirma que “la dicción literal del art. 831.3 CC permite retardar el pago de las legítimas estrictas”: “*El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes [...]*”, o sea que “debe respetar el *quantum* de las legítimas cuando ejercite las facultades, no antes”. Y el art. 831.4 CC dispone que “*la concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas [...] cuando el favorecido [...] no sea descendiente común*”, por lo que, *a sensu contrario*, dicho régimen se puede alterar “en caso de legitimarios descendientes comunes”.

Bolás Alfonso³⁸⁷⁹ señala que “resulta inaplicable el art. 1051 CC pues la indivisión del patrimonio se mantendrá el tiempo que el fiduciario considere necesario para cumplir la voluntad del testador”. “El art. 831 CC implica la inaplicabilidad del art. 1052 CC respecto de la facultad de los herederos de pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia”.

3.6.- Formas de ejercicio

Indica Leña Fernández³⁸⁸⁰ que “el cónyuge viudo podrá hacer uso de la facultad conferida por actos inter vivos o mortis causa. Si ejercita la facultad por actos *inter vivos*”, deberá constar en escritura pública o en acta notarial de protocolización del cuaderno particional. La atribución así efectuada será irrevocable y podrá ser total o parcial.

Respecto al ejercicio de la facultad por actos *mortis causa*, es decir, por vía testamentaria, un sector minoritario de la doctrina pone en duda su posibilidad, pero incluso ese sector admite tal posibilidad si el testador lo ha autorizado expresamente.

Se podrá disponer de los bienes del premuerto en favor del hijo disminuido, bien por testamento (siempre modificable por otro posterior), bien por actos *inter vivos*, ya sea por un solo acto total de asignación o por sucesivos actos de asignación (no son donaciones) parcial no revocables.

³⁸⁷⁸ ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil”, cit.

³⁸⁷⁹ BOLÁS ALFONSO, J., “Protección patrimonial de personas con discapacidad...”, cit.

³⁸⁸⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 258-259.

Ningún hijo “podrá reclamar nada mientras el padre o madre sobreviviente no haya dispuesto de la totalidad de los bienes del premuerto, ya que, hasta ese momento, no se sabrá si la disposición realizada por el padre o madre supérstite”, ha perjudicado la legítima estricta de los demás hijos. El testador que atribuye la facultad del art. 831 a su cónyuge podrá reforzarla con otras disposiciones, p. ej.: el legado de usufructo universal y el nombramiento de albacea universal “a favor del mismo cónyuge supérstite, facultando incluso a dicho albacea para enajenar bienes en caso de necesidad, y estableciendo la prohibición (art. 1051 CC) de que, en vida del cónyuge viudo, se efectúe la partición de los bienes del premuerto³⁸⁸¹”.

3.7.- Administración

Art. 831.2 CC: *“Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.”*

La facultad de administrar depende de que sobre los bienes se haya delegado algunas o todas las facultades del art. 831.1 CC.

La opción del art. 831 CC, según Romero-Girón³⁸⁸², “conviene integrarla con el usufructo universal”, que será lo habitual y que ya supone el uso y administración de los bienes. También puede añadir el testador la libre disposición de bienes por el cónyuge, con cargo al tercio libre. “Con esta fórmula, aprovechando las ventajas del art. 831 CC, el cónyuge viudo disfruta simultáneamente del usufructo universal y del derecho de disposición sobre el tercio libre, sin necesidad de ejercitar la típica opción de los testamentos habituales”.

3.8.- Conflictos con la legítima

Art. 831.3 CC: *“El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.*

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el

³⁸⁸¹ Con lo cual se estará limitando el medio de efectuar la asignación de bienes concretos, por parte del viudo, a la vía testamentaria.

³⁸⁸² ROMERO-GIRÓN DELEITO, J., “El nuevo artículo 831 del Código Civil. La fiducia sucesoria. Una aplicación práctica”, *Revista Jurídica del Notariado*, n°. 57, enero-marzo 2006. Consultado en: <<https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/articulo831cc.doc>>

perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.”.

El cónyuge, como destaca Ragel Sánchez³⁸⁸³, al ejercitar las facultades del art. 831 CC tiene limitaciones, cuáles son, respetar la legítima estricta de los descendientes comunes y las disposiciones del causante a favor de estos (donaciones, legados, mejoras, atribución del tercio libre), que pueden satisfacerse con bienes del propio viudo fiduciario. Si no lo hace, el perjudicado puede reclamar lo que le falte y pedir la rescisión de los actos efectuados por el viudo.

Art. 831.4 CC: *“La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.*

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge superviviente hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.”.

Así que el cónyuge fiduciario también debe respetar la legítima y las demás disposiciones del causante en caso de que exista un descendiente no común y no puede pagarlos con sus propios bienes. Sostiene Espiñeira Soto³⁸⁸⁴ que para el pago de las mismas, tiene las mismas facultades que el causante, puede, desigualar, ordenar a cargo del heredero o herederos, legados, modos, términos o condiciones de los puede resultar el abono de las legítimas en metálico, “incluso extra hereditario, en los mismos términos que el testador puede hacerlo”. Puede “utilizar la forma de pago de las legítimas prevista en los arts. 841 y ss. CC, para adjudicar la empresa o establecimiento mercantil en los términos del art. 1056 párr. 2º CC. También puede mejorar a los descendientes directa o indirectamente mediante sustituciones fideicomisarias a su favor, pudiendo imponer la prevista en el art. 808 CC”.

³⁸⁸³ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Art. 831”, cit., p. 6181.

³⁸⁸⁴ ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil”, cit.

Es discutible si el art. 831 CC, como indica Romero-Girón³⁸⁸⁵, “es una nueva excepción al principio de intangibilidad de la legítima del art. 813 CC”, refiriéndose a la legítima estricta. Y si bien podría entenderse que los hijos puedan pedir la entrega inmediata de la legítima estricta, excluyéndola de la administración del cónyuge viudo. El citado autor cree que no pueden pedirla porque:

– Podría frustrar la finalidad del art. 831 CC, porque nada impide que el cónyuge fiduciario haga uso de esos bienes para establecer, en beneficio de un futuro discapaz, la sustitución fideicomisaria del art. 813 CC.

– El art. 831.3 CC establece que “el cónyuge, al ejercitar sus facultades, *“deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes”*”, con lo que da por “supuesto que estos no las han podido exigir hasta entonces”.

– El art. 831.4 CC refiriéndose al descendiente no común dice que *“la concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas”*. No se “habla de respeto a la cuantía de las legítimas sino de no alteración del régimen de las legítimas”. Al descendiente no común no se le altera el régimen por lo que al común sí se le puede alterar. Lo que es la excepción que el art. 831 CC impone al 813 CC.

Pero judicialmente podría triunfar la opción favorecedora del art. 813 CC. Para evitar conflictos lo idóneo sería establecer en el testamento que quien se oponga o impugne verá reducida su participación a la legítima estricta (cautela socini), además se puede pagar la legítima en “efectivo extrahereditario y a plazos”³⁸⁸⁶.

La posibilidad de gravar las legítimas es discutible para algún sector de la doctrina³⁸⁸⁷ salvo que el testador haya autorizado al fiduciario para ello. La cuestión está relacionada, precisa Espiñeira Soto³⁸⁸⁸, con la posición que sustente acerca de “si el cónyuge fiduciario puede hacer llamamientos” (instituir heredero y ordenar legados), o si solo puede mejorar y distribuir. Para Rueda Esteban³⁸⁸⁹ el cónyuge viudo no puede

³⁸⁸⁵ ROMERO-GIRÓN DELEITO, J., “El nuevo artículo 831 del Código Civil...”, cit. A juicio de Espiñeira Soto, “el art. 831 CC, más específico, es una excepción al art. 813 CC”.

³⁸⁸⁶ Como ya lo dispone otro art. reformado, el art. 1056 CC, “que atiende asimismo a un supuesto especial al que también podría atender el art. 831 CC, la conservación de la empresa”.

³⁸⁸⁷ ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil”, cit.; BOLÁS ALFONSO, J., “El artículo 831 del Código Civil: una norma del siglo XXI”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 86-87, abril-junio, julio-septiembre 2013, pp. 67 y ss.

³⁸⁸⁸ ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil”, cit.

³⁸⁸⁹ RUEDA ESTEBAN, L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, en M. Garrido Melero/J. M^a Fugardo Estivill (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Ordenamiento jurídico y empresa familiar*, vol. IV, ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 272.

designar heredero, López Beltrán de Heredia³⁸⁹⁰ cree que sí. Así, para Espiñeira Soto³⁸⁹¹, “si sostenemos que el establecimiento de la sustitución fideicomisaria es una forma específica de llamamiento y el cónyuge se limita a adjudicar o atribuir bienes, de acuerdo con el título previamente determinado por el testador”, solo cabe “admitir esta posibilidad si proviene expresamente de la voluntad del testador” o, si “media expresa autorización”. Pero “dado que el cónyuge fiduciario puede mejorar-desigualar con amplias facultades”, pagar las legítimas con bienes de la sociedad conyugal disuelta, así como con bienes propios, puede mejorar a cualesquiera de los descendientes “mediante sustituciones fideicomisarias a su favor (art. 782 CC), incluso usando la posibilidad del art. 808 CC que, al igual que el art. 831 CC, se presenta como excepción al art. 813 CC”.

El legislador, señala Bolás Alfonso³⁸⁹², “altera el régimen de las legítimas en cuanto que para su protección”, opta por introducir como novedad una acción de rescisión. El cónyuge puede ir haciendo adjudicaciones en favor de los hijos pero no en una cuantía que no deje bienes para el pago de las legítimas y si se excede, las adjudicaciones que haya hecho vulnerando las legítimas de los no adjudicatarios podrán ser rescindidas por estos. Pero la acción de rescisión no ha lugar si la legítima es pagada en todo o en parte con bienes privativos del viudo.

Por ello no tendría ningún sentido esta acción de rescisión si se interpreta el art. 831 CC en el sentido de que la legítima hay que pagarla a la apertura de la sucesión, porque si no se ha producido ninguna adjudicación por el viudo, nada se podrá rescindir. El orden es: apertura de la sucesión, adjudicaciones decididas por el viudo, y posible rescisión si dichas adjudicaciones impiden el pago de la legítima estricta, pues, como dice la norma, el viudo “[...] *al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas [...]*” (art. 831.3 CC).

Sin embargo, la STS, de 24 de mayo de 2019³⁸⁹³, “sanciona una doctrina que, de consolidarse, implicará un duro golpe a las expectativas generadas por el art. 831 CC,

³⁸⁹⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, nº 3, 2005, p 1127, “señala que el art. 831 CC dispone que el cónyuge delegado podrá ejercitar las facultades concedidas por cualquier título o concepto sucesorio o particiones. El título o concepto sucesorio debe referirse a los conceptos de heredero o legatario”. “Podrá el cónyuge facultado instituir herederos o legatarios, con respeto a los nombramientos efectuados por el causante. De ser así, el heredero podrá ser instituido por el cónyuge facultado como heredero puro y simple, bajo condición, término o modo, heredero fiduciario y heredero fideicomisario, de igual modo podrá proceder en el nombramiento de legatarios”.

³⁸⁹¹ ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil”, cit.

³⁸⁹² BOLÁS ALFONSO, J., “Protección patrimonial de personas con discapacidad...”, cit.

³⁸⁹³ Id Cendoj: 28079110012019100274

tras su reforma por la Ley 41/2003”, reconociendo al hijo legitimario su derecho a percibir su legítima estricta sin dilación “por cuanto en nuestro sistema sucesorio el derecho del legitimario no puede quedar sujeto a plazo salvo en los casos en los que lo disponga la propia normas, como en los supuestos del art. 1056 CC, o del art. 844 CC”; y por “la intangibilidad de la legítima (art. 813 CC) pues diferir el pago de la legítima implica la imposición de un gravamen contrario al art. 813, párr. 2º CC”. Los argumentos del TS no convencen a Bolás Alfonso³⁸⁹⁴, ya que “se argumenta una vez más en base al principio de intangibilidad de la legítima olvidando que la reforma lo que pretendió fue precisamente suavizarlo”. Además, “el contexto normativo modificado, así como las palabras de la exposición de motivos” avalan la solución contraria a la sentencia.

3.9.- Sociedad de gananciales

Respecto a la sociedad de gananciales, la cuestión debatida es si el cónyuge fiduciario puede liquidarla unilateralmente.

El art. 831.1 párr. 1º CC al enumerar las facultades que podrán conferirse al cónyuge viudo, menciona, entre otras: “*adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar*”.

De donde, sostiene Espiñeira Soto³⁸⁹⁵, “que puede liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales”.

El art. 831 CC, indica Romero-Girón³⁸⁹⁶, “permite que el cónyuge fiduciario pueda ejercitar sus facultades sobre bienes de la sociedad de gananciales disuelta y sin liquidar. Pero esta es una atribución muy peculiar, pues, ya implique una liquidación parcial de la sociedad de gananciales, ya una disposición de bienes concretos sin necesidad de previa liquidación o partición (RRDGRN, de 10 de diciembre 1998³⁸⁹⁷, 25 de febrero de 1999³⁸⁹⁸, 11 de diciembre de 1999³⁸⁹⁹, 11 de enero de 2001³⁹⁰⁰ y 31 de

³⁸⁹⁴ BOLÁS ALFONSO, J., “Protección patrimonial de personas con discapacidad...”, cit.

³⁸⁹⁵ ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil”, cit.

³⁸⁹⁶ ROMERO-GIRÓN DELEITO, J., “El nuevo artículo 831 del Código Civil...”, cit.

³⁸⁹⁷ TOL 132.840

³⁸⁹⁸ TOL 132.776

³⁸⁹⁹ TOL 133.113

³⁹⁰⁰ RJ 2002, 2128

enero de 2004³⁹⁰¹), lo cierto es que se efectúa solo por el cónyuge fiduciario, sin intervención de los herederos del premuerto.

Y si esto es así, podríamos llegar a la conclusión de que lo que puede hacerse por actos aislados puede hacerse en un solo acto, de modo que el cónyuge fiduciario podría practicar por sí solo la liquidación de los bienes gananciales”.

En contra, se argumenta que es una conclusión aventurada que el art. 831 CC no da por supuesta, que se pueden hacer adjudicaciones a un descendiente de bienes de la disuelta sociedad de gananciales pero esta adjudicación, según Espiñeira Soto³⁹⁰², es un “acto dispositivo que no precisa previa liquidación”. “La norma faculta al viudo para hacer atribuciones de bienes de la sociedad conyugal disuelta pero de ello no se deduce que pueda liquidar unilateralmente la sociedad conyugal”. Y si el cónyuge fiduciario lo hiciera se producirá una autocontratación prohibida, al existir un evidente conflicto de intereses. Por último, la liquidación de la sociedad de gananciales implica un conjunto de operaciones complejas cuya realización unilateral por el cónyuge supone una atribución de facultades exorbitantes.

La SAP de Madrid, de 30 de diciembre de 2015³⁹⁰³, resolvió, como destaca Espiñeira Soto³⁹⁰⁴, que “el cónyuge puede liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales”, se apoya en:

1º.- “La literalidad del art. 831.1 párr. 1º CC” del que “claramente se infiere la posibilidad de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por fallecimiento del causante”.

2º.- “Los contadores partidores de la herencia están facultados para liquidar la sociedad de gananciales disuelta por muerte del causante sin intervención de los herederos”.

3º.- “Las amplias facultades que otorga el art. 831 CC al cónyuge fiduciario constituyen una verdadera delegación que, de las suyas propias, realiza el causante, por lo que puede afirmarse que cuando en el ejercicio de esta delegación el fiduciario ejecuta sus disposiciones, ocupa el lugar que corresponde al testador, asumiendo plenamente sus competencias y facultades. Este último razonamiento lleva a la Audiencia a considerar que no estamos ante un supuesto de autocontratación, pues se trata de una facultad concedida al cónyuge por el propio art. 831 CC”.

³⁹⁰¹ TOL 376.651

³⁹⁰² ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil”, cit.

³⁹⁰³ Id Cendoj: 28079370122015100417

³⁹⁰⁴ ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil”, cit.

Romero-Girón³⁹⁰⁵ considera que lo procedente es que si el cónyuge fiduciario desea efectuar la liquidación, se tomen las medidas pertinentes para evitar el riesgo de impugnación por colisión de intereses, ya sea con la intervención de los herederos, ya sea designando contador-partidor *ad hoc* o exigiendo tasación pericial, salvo que la liquidación se efectúe adjudicando todos los bienes en proindivisión.

3.10.- Diferenciación con el contador partidor

El cónyuge fiduciario del art. 831 CC tiene unas facultades más extensas que las del contador partidor, que solo reparte siguiendo las directrices del testador³⁹⁰⁶.

Destaca Espiñeira Soto³⁹⁰⁷ las diferencias con un contador-partidor:

– “Puede hacer adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos, en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos, cuando lo estime oportuno en función del plazo que le haya fijado el testador” y no tiene obligación de hacer una partición total.

– “No está obligado a inventariar toda la herencia ni todo el patrimonio ganancial, en su caso, ni a valorarlo con carácter previo”.

– Además de partir puede desigualar, no estando sujeto a la igualdad que fija el art. 1061 CC.

– “Puede operar sobre bienes gananciales sin estar liquidada la sociedad”.

– “Puede abonar la legítima con cargo a sus propios bienes”.

– Exceptúa la regla del art. 1057 CC por la cual el cargo de contador partidor es incompatible con la cualidad de heredero.

Garrido de Palma³⁹⁰⁸ señala que “hay que partir del fundamento de la delegación fiduciaria” del art. 831 CC. El cónyuge fiduciario es un *alter ego* del testador, no lo hace como contador-partidor, ni en representación del difunto, sino en su propio nombre, por la autorización y delegación fiduciaria otorgada por su difunto consorte.

3.11.- Extinción de facultades

³⁹⁰⁵ ROMERO-GIRÓN DELEITO, J., “El nuevo artículo 831 del Código Civil...”, cit.

³⁹⁰⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “Com. art. 831”, cit., pp. 2054 y 2055; LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, t. V: Derecho de sucesiones*, cit., p. 484.

³⁹⁰⁷ ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil”, cit.

³⁹⁰⁸ GARRIDO DE PALMA, V. M., “Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 83, 2012, pp. 353 y ss.

Art. 831.5 CC: *“Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.”*

Indica Romero-Girón³⁹⁰⁹ que se prevén tres causas, que implican “la pérdida de la confianza que justifica la fiducia”, o la concurrencia de “nuevas circunstancias en la vida del cónyuge viudo que deben llevar consigo una ruptura con el pasado representado por el testador”.

Las causas son un nuevo matrimonio, una relación de hecho análoga o un hijo no común y siempre que el testador no disponga otra cosa. Ya que puede salvarlas o modalizarlas, en el sentido que estime oportuno.

Producida la extinción deberá entregarse inmediatamente el caudal existente “procedente del testador, previa liquidación, en su caso, de los bienes gananciales”, y aquí sí es necesaria la intervención de los herederos del premuerto.

Un supuesto problemático que puede causar la extinción, pero que no está previsto en el art., es la pérdida de capacidad del cónyuge fiduciario, y podría suceder que algún hijo captara la voluntad del fiduciario antes de la declaración judicial de incapacidad. En la práctica será una cuestión de apreciación de la capacidad. El notario que intervenga en la adjudicación es el que deberá juzgar la capacidad, y en todo caso existe posibilidad de impugnación (arts. 756.5º, 1301 y 1073 CC).

3.12.- Incidencia fiscal

Este es otro de los muchos aspectos del derecho en que unas normas fiscales agresivas inciden en el derecho civil.

Como señala Romero-Girón³⁹¹⁰, “el plazo de la fiducia sucesoria para ejecutar la partición puede ser muy amplio”, incluso de toda la vida del viudo, “pero el pago del impuesto de sucesiones sigue siendo el de seis meses desde el fallecimiento del causante”.

Lo suyo será que el cónyuge fiduciario pague el impuesto de sucesiones en principio, por cuotas iguales a costa del caudal hereditario. Pero luego si hace una partición desigual, habría que pagar los excesos de adjudicación³⁹¹¹. Y teniendo claro

³⁹⁰⁹ ROMERO-GIRÓN DELEITO, J., “El nuevo artículo 831 del Código Civil...”, cit.

³⁹¹⁰ ROMERO-GIRÓN DELEITO, J., “El nuevo artículo 831 del Código Civil...”, cit.

³⁹¹¹ Estimando que el hecho imponible surge el día de la adjudicación, porque la herencia puede estar prescrita.

que las adjudicaciones no son donaciones sino actos particionales de una herencia que ya devengó el impuesto en su día, por lo que cualquiera que sea el nombre que le demos a la escritura: cesión, adjudicación, transmisión o incluso donación, no se devengará impuesto alguno, como tampoco se producirá en la partición que se ordene en su caso en el testamento del cónyuge fiduciario, porque ya pagó el impuesto de sucesiones del ascendiente.

4.- Utilidades

La LPPD reforma el art. 831 CC introduciendo la fiducia sucesoria, que permite que el testador en su testamento confiera al otro progenitor de sus hijos facultades para administrar y mantener unido el patrimonio familiar y mejorar y distribuir la herencia del causante entre los hijos o descendientes comunes. Con ello se puede aplazar la partición y si hubiera algún discapacitado se le puede dar una consideración especial, sin más límite que el respeto a las legítimas estrictas. No establece ninguna regla que favorezca directamente al incapacitado pero amplía las posibilidades del supérstite en este sentido. Si hay una persona con estas circunstancias especiales y se necesita hacer un acto de disposición sobre bienes hereditarios habrá que acudir a una partición con defensor judicial y posible aprobación judicial o autorización judicial (arts. 163, 166, 271 y 272 CC) y quizás sea necesario o urgente para atender las necesidades de la familia o las de ese hijo. Con esta vía de la fiducia sucesoria, en uso del art. 831 CC, se pueden evitar estos problemas.

La Exposición de motivos de la LPPD que le dio nueva redacción, dispone: *“Se reforma el artículo 831 del código civil con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí”*.

Indica Bolás Alfonso³⁹¹² que “aunque en la redacción del art. 831 CC no se contempla expresamente en ningún punto la existencia de descendientes con discapacidad, se puede decir que es el auténtico origen de la norma tal como confirma la Exposición de Motivos de la Ley”.

“La finalidad del precepto es la de permitir que el reparto de la herencia no se vea obstaculizado por la exigencia del cobro de la legítima estricta cuyo pago queda o puede quedar aplazado, como en los casos vistos de los arts. 782, 808.3 y 813 CC, puesto que será el viudo el que deberá hacer dicho pago en el momento en que sea más conveniente atendiendo a las circunstancias”. Se protege al máximo al viudo y facilita la disponibilidad del patrimonio familiar, independientemente de que exista o no un hijo con discapacidad.

Las facultades concedidas al cónyuge son no sólo para mejorar, utilizando tanto el tercio de mejora como el tercio libre, sino para “*distribuir la herencia*”. Por lo que el viudo puede hacer la partición hereditaria sin estar obligado a fraccionar la herencia.

Espiñeita Soto³⁹¹³ considera que la LPPD está en línea con “la orientación seguida por las reformas de los derechos sucesorios de nuestro entorno en las cuales se aúna a una mayor libertad de testar, y el fortalecimiento de la posición del cónyuge sobreviviente que pasa a ser gestor del patrimonio familiar, cónyuge al que se atribuye en nuestro Estado, generalmente, el usufructo universal/gerencial”. Es útil, según Romero-Girón³⁹¹⁴, “en el supuesto ordinario en el que los cónyuges quieren dejarse recíprocamente el mayor poder posible sobre el patrimonio familiar, entendido como una unidad”, manteniéndolo cohesionado, sin injerencias de los hijos. “Esta finalidad se ha buscado hasta ahora, principalmente, mediante el usufructo universal combinado con la cautela socini, pero con el nuevo art. 831 CC se dispone ahora de un medio más eficaz, que no encuentra obstáculo ni en la incidencia de la legítima estricta”.

Estamos aquí, sostiene Leña Fernández³⁹¹⁵, “en presencia de una vía utilísima, y pese a ello muy poco utilizada, para lograr ese reforzamiento de la posición del cónyuge que sobreviva”. “Por este camino, los padres testadores ponen, uno en manos del otro, es decir, del que sobreviva, la concreción de las atribuciones testamentarias en favor de sus hijos, dilatando así en el tiempo el momento de esta concreción y permitiendo con

³⁹¹² BOLÁS ALFONSO, J., “Protección patrimonial de personas con discapacidad...”, cit.

³⁹¹³ ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil”, cit.

³⁹¹⁴ ROMERO-GIRÓN DELEITO, J., “El nuevo artículo 831 del Código Civil...”, cit.

³⁹¹⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 248-249.

ello que, para ese momento, se hayan despejado muchas situaciones familiares que sólo se aclaran con el transcurso del tiempo”.

VI.- LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

1.- Normativa

La sustitución ejemplar se regula en el art. 776 CC: *“El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.*

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón”. Lógicamente, además de la enajenación mental, vale para cualquiera de las causas del art. 200 CC.

La sustitución ejemplar, que es la que ahora nos interesa, suele ir de la mano de la sustitución pupilar.

La sustitución pupilar se recoge en el art. 775 CC: *“Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad.”.*

Solo pueden otorgar testamento en nombre del menor de catorce años o del incapacitado, los titulares de la patria potestad y el ascendiente que sea tutor. Los demás ascendientes pueden ser sustituyentes, siempre que exista disposición patrimonial a favor del incapaz sustituido.

Art. 777 CC: *“Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos.”*

No parece necesario que el sustituido padezca la deficiencia cuando se establezca testamentariamente la sustitución, pues, aun sin sufrirla actualmente, puede preverse razonablemente que la padecerá en un futuro cercano (art. 201 CC)³⁹¹⁶.

Señala Galicia Aizpurua³⁹¹⁷ que la jurisprudencia establece que *“la declaración de incapacidad del sustituto no constituye una solemnidad testamentaria”, “puede*

³⁹¹⁶ A favor de esta postura: CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario a los artículos 775 y 776”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 715. En contra, ALBALADEJO GARCÍA, M., “Com. arts. 775 y 776”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. II, 2ª ed., ed. Ministerio de Justicia-Centro de Publicaciones, 1993, p. 1914.

hacerse antes o después del testamento, siempre que preceda al momento de la efectividad de la sustitución (esto es, la muerte del sustituido), porque ninguna razón jurídica o de consecuencia social indica la procedencia y necesidad de privar a los ascendientes de la facultad de nombrar sustituto al descendiente enajenado mental, mientras no haya sido declarada judicialmente la incapacidad” (SSTS, de 10 de junio de 1941³⁹¹⁸, 12 de junio de 1956³⁹¹⁹ y 29 de marzo de 2001³⁹²⁰, que rompen el sesgo contrario marcado por las SSTS, de 21 de abril de 1928³⁹²¹, 10 de diciembre de 1929³⁹²² y 15 de febrero de 1932³⁹²³).

La sustitución ejemplar puede incentivar a las personas nombradas herederas a que cuiden al incapaz sometiendo su nombramiento a esta condición, se suele condicionar a que los herederos nombrados auxilien al hijo incapaz y le presten servicios asistenciales y alimentos durante toda su vida y si alguno no lo hace, su parte acrecerá a los demás.

Ambas sustituciones tienen como finalidad evitar la sucesión *ab intestato* del sustituido.

2.- Objeto

La normativa del CC no es muy explícita y la jurisprudencia es escasa y ambigua, lo que lleva a que la doctrina discuta sobre el objeto de esta sustitución, sobre si el llamamiento del sustituto comprende la porción en que el ascendiente instituye al descendiente, o sea, solo los bienes que le deja; o si se extiende a todo el caudal del último³⁹²⁴, es decir, a todos los bienes del menor o incapaz. Como indica Galicia Aizpurua³⁹²⁵, “si lo primero, el sustituyente estaría testando por él mismo y limitándose a indicar un destino ulterior a lo dejado al menor o incapacitado. Si lo segundo, el sustituyente estaría testando en lugar del sustituido” y señalando un destinatario de su entero patrimonio.

³⁹¹⁷ GALICIA AIZPURUA, G., “Arts. 775-776”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5700-5703.

³⁹¹⁸ RJ 1941, 745

³⁹¹⁹ RJ 1956, 2482

³⁹²⁰ TOL 71.710

³⁹²¹ JC 101, (1928), n° 63

³⁹²² JC 109, (1929), n° 139

³⁹²³ RJ 1932, 907

³⁹²⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil*, t. V: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 361.

³⁹²⁵ GALICIA AIZPURUA, G., “Arts. 775-776”, cit., pp. 5700-5701.

Hay numerosos argumentos en la doctrina³⁹²⁶ para defender una u otra postura, como vamos a ver.

2.1.- Tesis amplia

La tesis amplia o del testamento sustitutorio en la que el sustituto hereda todos los bienes del sustituido, es la mayoritaria.

Defiende que estamos ante un testamento del descendiente o incapacitado realizado por el ascendiente; que comprenderá todos los bienes de este y no solo los que recibió del ascendiente que le nombró sustituto. Es una excepción al art. 670 CC, que establece el carácter personalísimo del testamento. Siguiendo a Galicia Aizpurua³⁹²⁷, podemos señalar como argumentos:

- Los antecedentes, “tanto el derecho romano como las Partidas (Ley VII, Título V, Sexta Partida), facultaban al ascendiente para disponer de todos los bienes del sustituido”.

- Si así no fuera, ambas figuras serían inútiles, porque con la sustitución fideicomisaria el sustituyente ya puede dejar su herencia primero al sustituido y luego a un sustituto.

- Porque los arts. 775 y 776 CC no distinguen entre bienes que el sustituyente deja al menor o incapaz y los restantes bienes que estos tengan.

- Conforme al art. 777 CC, el sustituyente ha de respetar la legítima de los herederos forzosos del sustituido, lo que solo tiene sentido si “la sustitución versa sobre todos los bienes del menor o incapaz”.

- Además, Leña Fernández³⁹²⁸ señala que “si el ascendiente solo puede disponer en las sustituciones pupilar y ejemplar de los bienes que él deje al sustituido, se daría el contrasentido de que este último, en el supuesto previsto en el párr. segundo del art. 776 CC”, podría dejar sin efecto la disposición del sustituyente sobre sus propios bienes.

- El art. 613 CC prohíbe al testador imponer sobre la legítima, gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie, pero el Código no limita el alcance de estas

³⁹²⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 775 y 776”, cit., pp. 59 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, t. V: Derecho de sucesiones*, cit., p. 362; KARRERA EGIALDE, M. M., “Comentario a la STS de 7 de Noviembre 2008. Sustitución ejemplar. Su finalidad es evitar la sucesión intestada. El sustituyente testa por el incapaz. Los sustitutos heredan al sustituido”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 80, mayo-agosto, 2009, pp. 968 y ss.; ROMERO GARCÍA-MORA, G., “Funcionalidad de la sustitución ejemplar en el Derecho Sucesorio común. Propuestas de reforma”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, pp. 157 y ss.

³⁹²⁷ GALICIA AIZPURUA, G., “Arts. 775-776”, cit., pp. 5701-5702.

³⁹²⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 428-429.

sustituciones, luego no son disposiciones de la herencia del sustituyente, sino de la del sustituido.

Esta tesis amplia, señala Galicia Aizpurua, es la que sigue la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia más reciente, así, las SSTS, de 7 de noviembre de 2008³⁹²⁹ y 14 de abril de 2011³⁹³⁰, que “retoman la doctrina fijada en la antigua STS, de 6 de febrero de 1907³⁹³¹”. La STS, de 14 de abril de 2011³⁹³² dice que “*los herederos sustitutos heredan todos los bienes del causante incapacitado porque son sus herederos, no son herederos del ascendiente que testó*”; hay “*otras muchas que, obiter dicta, acogen igualmente dicha tesis*”: SSTS, de 10 de diciembre de 1929³⁹³³, 10 de junio de 1941³⁹³⁴, 20 de mayo de 1972³⁹³⁵ y 26 de mayo de 1997³⁹³⁶.

Rueda Díaz de Rábago³⁹³⁷ defiende la tesis amplia señalando que es “acorde con la regulación de la materia que surge de la Ley 41/2003 y las actuales tendencias en este derecho. La normativa más reciente potencia la autonomía de la voluntad, en primer lugar del discapacitado, en segundo de sus padres, a la hora de regular su futuro, su asistencia y su patrimonio. No se puede defender la misma interpretación en 1967 que en 2005”.

Sería conveniente una reforma del art. para aclarar la cuestión definitivamente.

2.2.- Tesis estricta

Según esta tesis, el sustituto solo hereda los bienes del sustituyente. Sostiene que nos hallamos ante una sustitución similar a la fideicomisaria que solo comprende los bienes que dejó al menor o incapacitado el ascendiente que le nombró sustituto.

Siguiendo asimismo a Galicia Aizpurua³⁹³⁸, se base en los siguientes argumentos:

– Con la tesis amplia se pueden producir disfunciones, como que el ascendiente se nombre a sí mismo como sustituto o que el incapacitado recupere su capacidad y desconozca que otro testó por él, cuando incluso podría ser su voluntad morir intestado.

³⁹²⁹ TOL 1.401.733

³⁹³⁰ TOL 2.093.607

³⁹³¹ JC 24, n.º 45

³⁹³² LA LEY 14446/2011

³⁹³³ JC 109, (1929), n.º 139

³⁹³⁴ RJ 1941, 745

³⁹³⁵ RJ 1972, 2559

³⁹³⁶ TOL 215.374

³⁹³⁷ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., pp. 344-345. Recoge las conclusiones de Huelva III-2005 y Madrid II-2006.

³⁹³⁸ GALICIA AIZPURUA, G., “Arts. 775-776”, cit., pp. 5701-5702.

– El art. 670, que considera el testamento un acto personalísimo con condición, que se infringe con la tesis amplia.

– La sustitución fideicomisaria sujeta los bienes fideicomitidos a restitución como una masa autónoma en el patrimonio del fiduciario con prohibición de enajenarlos. Mientras que las sustituciones pupilar y ejemplar no impiden que los bienes que la componen se incorporen al de la masa patrimonial del sustituido, sin ninguna vinculación.

– Del art. 777 CC se desprende un significado diferente al que le atribuye la tesis amplia. “Al referirse a los derechos de los herederos forzosos del sustituido” y no decir nada de los del sustituyente, supone que los bienes asignados por este último al primero han de contarse como parte integrante del caudal relicto del sustituido”.

– Las consecuencias absurdas que puede producir la tesis amplia ya que al poder establecerse por padres y ascendientes puede darse el caso de que concurren varias designaciones contradictorias entre sí.

– Además, indica Leña Fernández³⁹³⁹ que “por tratarse de una institución de excepción, debe interpretarse en sentido restrictivo”.

Es la tesis minoritaria en la doctrina, se recoge en la STS, de 20 de marzo de 1967³⁹⁴⁰, que limita el objeto de la sustitución a los bienes que el ascendiente pudiera dejar al menor o incapaz; y de la RDGRN, de 6 de febrero de 2003³⁹⁴¹, esta resolución, como sostiene Rueda Díaz de Rábago³⁹⁴², defendió la tesis restrictiva conforme a la STS. Pero ha sido muy criticado por la jurisprudencia más reciente y mayoritaria.

2.3.- Conclusión

Leña Fernández³⁹⁴³ cree que “cada vez resulta más indiscutido que estas disposiciones testamentarias, efectuadas en el testamento de los padres o de los abuelos, hacen las veces de un testamento del hijo o nieto menor de catorce años” o del incapacitado y que se extienden no solo a los bienes que aquellos hubiesen podido dejar a estos, testamentariamente, sino también a los demás que existieren en el patrimonio de los últimos a su fallecimiento, sea cual fuere el título por el que los hubieren adquirido”.

³⁹³⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., p. 431.

³⁹⁴⁰ RJ 1967, 1665

³⁹⁴¹ TOL 268.219

³⁹⁴² RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., *El nuevo Derecho de la Discapacidad...*, cit., p. 344.

³⁹⁴³ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., p. 432.

La normativa fiscal así lo establece, el art. 26 f) Ley ISD: *“Serán de aplicación las normas contenidas en los apartados siguientes a la tributación del derecho de usufructo, tanto a la constitución como a la extinción, de las sustituciones, reservas, fideicomisos e instituciones sucesorias forales:*

f) En la sustitución vulgar se entenderá que el sustituto hereda al causante y en las sustituciones pupilar y ejemplar que hereda al sustituido”. El art. 53.2 del Reglamento ISD: *“En las sustituciones pupilar y ejemplar se entenderá que el sustituto hereda al sustituido y se le girará el Impuesto, cuando se realice aquélla, atendiendo al grado de parentesco con el descendiente sustituido y sin perjuicio de lo satisfecho por éste al fallecimiento del testador.”.*

3.- Elementos personales

3.1.- Sustituyente

Puede serlo cualquier ascendiente y no solo los titulares de la patria potestad.

Si se parte de la tesis restrictiva no plantea problema.

Pero si se sigue la amplia, como hace la jurisprudencia, hace falta un criterio para determinar qué sustitución es preferente si hay varias incompatibles entre sí. Prevalece lo dispuesto por cualquiera de los progenitores y luego por los demás ascendientes en función de su proximidad de grado al sustituido³⁹⁴⁴.

3.2.- Sustituido

Puede serlo cualquier descendiente dentro de lo dispuesto en el CC.

En la sustitución pupilar habrá de tener menos de catorce años.

En la ejemplar deberá ser mayor de esa edad y estar incapacitado judicialmente.

Hoy, sostiene Galicia Aizpurua³⁹⁴⁵, en base a la STS, de 10 de diciembre de 1929³⁹⁴⁶ y al art. 201 CC, que establece la posibilidad de incapacitación de los menores

³⁹⁴⁴ GALICIA AIZPURUA, G., “Arts. 775-776”, cit., pp. 5701-5702. ALBALADEJO GARCÍA, M., “Com. arts. 775 y 776”, cit., p. 1913, hace “las siguientes puntualizaciones: a) del orden de preferencia son eliminados quienes, en el caso concreto, hayan sufrido pérdida de tipo sancionatorio o precautorio de la patria potestad o de la posibilidad de ser designado tutor o del derecho a la sucesión del sustituido; b) en el orden de preferencia ocupa el primer puesto quien efectivamente ejerza él solo”, “la patria potestad o la tutela; c) “si los progenitores ejercen la patria potestad conjuntamente), prevalecerá la sustitución de cada uno en lo que dejó al sustituido, reduciéndose proporcionalmente en el resto incompatible. La compatibilidad o no entre las diversas sustituciones, así como la preferencia entre las mismas, deben referirse al momento de la muerte del sustituido”.

³⁹⁴⁵ GALICIA AIZPURUA, G., “Arts. 775-776”, cit., p. 5703.

de edad; se podrá nombrar sustituto ejemplar al menor de catorce años que sea declarado incapaz mediante sentencia siempre que en la resolución “no se haya salvado expresamente su facultad de testar (art. 760 LEC)”.

La incapacidad del sustituto puede producirse “antes o después del testamento”, siempre que sea antes la muerte del sustituido, “*porque ninguna razón jurídica [...] indica la [...] necesidad de privar a los ascendientes de la facultad de nombrar sustituto al descendiente enajenado mental, mientras no haya sido declarada judicialmente la incapacidad*”, SSTs, de 12 de junio de 1956³⁹⁴⁷ y 29 de marzo de 2001³⁹⁴⁸, que rompen la postura contraria que fijaban las SSTs, de 21 de abril de 1928³⁹⁴⁹, 10 de diciembre de 1929³⁹⁵⁰ y 15 de febrero de 1932³⁹⁵¹.

3.3.- Sustituto

Puede serlo cualquiera.

Por supuesto, afirma Galicia Aizpurua³⁹⁵², “pueden nombrarse varios sustitutos para un mismo sustituido, o un sustituto para varios sustituidos, o varios para varios”, conforme al art. 778 CC que establece: “*Pueden ser sustituidas dos o más personas a una sola; y al contrario, una sola a dos o más herederos.*”.

Si se defiende la tesis amplia, “basta con que el sustituto sea capaz de suceder al sustituido³⁹⁵³”. Si la estricta, además debe tener “aptitud para suceder incluso al ascendiente³⁹⁵⁴”.

Hasta el fallecimiento del sustituyente no tienen ningún efecto, “siendo preciso que el sustituido le sobreviva”, cualquiera que sea la tesis que se defienda sobre su objeto. Ha de sobrevivir al sustituyente y al sustituido.

“Una vez fallecido el sustituyente en vida del sustituido, la disposición del primero en favor del sustituto deviene perfecta, aunque aún no será eficaz, el sustituto adquirirá derecho a la herencia cuando muera el sustituido, a quien ha de sobrevivir. “En ese instante, obtendrá, según la tesis restrictiva, los bienes procedentes del

³⁹⁴⁶ JC 109, (1929), n.º 139

³⁹⁴⁷ RJ 1956, 2482

³⁹⁴⁸ TOL 71.710

³⁹⁴⁹ JC 101, (1928), n.º 63

³⁹⁵⁰ JC 109, (1929), n.º 139

³⁹⁵¹ RJ 1932, 907

³⁹⁵² GALICIA AIZPURUA, G., “Arts. 775-776”, cit., pp. 5703-5704.

³⁹⁵³ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Com. arts. 775 y 776”, cit., p.1915.

³⁹⁵⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, t. V: Derecho de sucesiones*, cit., p. 364.

ascendiente o los subrogados³⁹⁵⁵ o, según la tesis amplia, toda la herencia del sustituido. La jurisprudencia entiende que el sustituto es heredero del sustituido, no del sustituyente (SSTS, de 14 de abril de 2011³⁹⁵⁶ y 7 de noviembre de 2008³⁹⁵⁷)”.

4.- Efectos

Como indica Galicia Aizpurua³⁹⁵⁸, las sustituciones pupilar y ejemplar hasta el fallecimiento del sustituyente no despliegan efecto de ningún tipo, y es necesario “que el sustituido le sobreviva, sea cual sea la tesis que se mantenga”. El orden de fallecimientos tiene que ser sustituyente-sustituido-sustituto. Pues si lo que se defiende es la tesis amplia, dice Galicia Aizpurua, “comoquiera que la sucesión del sustituido se ordena en el testamento del sustituyente será necesario que este le premuera para que dicho instrumento alcance virtualidad³⁹⁵⁹; mientras que si lo que se defiende es la tesis restrictiva, premuriendo el sustituido no habrá podido adquirir, por definición, los bienes que le dejó el ascendiente.

Una vez fallecido el sustituyente en vida del sustituido, la disposición hecha por el primero en favor del sustituto deviene perfecta, aunque aún no será eficaz”. “El sustituto únicamente adquirirá derecho a la herencia cuando muera el sustituido, a quien, por tanto, ha de sobrevivir.

A salvo otra voluntad del ascendiente, en caso de premoriencia del menor o incapacitado al sustituyente cabrá apreciar, como regla general, la existencia de una sustitución vulgar implícita en favor del sustituido, quien, en tal calidad, podrá recibir la herencia del primero. Para los partidarios del testamento “sustitutorio”, este dilema solo se planteará, lógicamente, cuando el sustituyente haya favorecido en él también al sustituido, y respecto de la parte en que lo haya hecho³⁹⁶⁰.

5.- Testamento previo

³⁹⁵⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil*, t. V: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 365.

³⁹⁵⁶ TOL 2.093.607

³⁹⁵⁷ TOL 1.401.733

³⁹⁵⁸ GALICIA AIZPURUA, G., “Arts. 775-776”, cit., pp. 5703-5704.

³⁹⁵⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 775 y 776”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 109; dice que es precisa la muerte de tal sustituyente para que entren en vigor las disposiciones de su testamento.

³⁹⁶⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil...*, cit., p. 366.

El testamento otorgado por el sustituido antes de ser judicialmente incapacitado, y anterior al otorgado por el sustituyente, impide la sustitución ejemplar.

Cuestión que recoge la RDGRN, de 10 de mayo de 2018³⁹⁶¹, que dice: *“Se trata de una cuestión que no está prevista en la regulación del Código Civil que [...] se limita a establecer que la sustitución ejemplar quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón (artículo 776, párrafo segundo). Y en la doctrina no existe una opinión unánime”*.

Por un lado, *“algunos intérpretes concluyen que el fundamento de la sustitución ejemplar –que no es simplemente la prevención de la sucesión intestada sino, esencialmente, la protección del incapacitado– exige que el ascendiente, mediante la sustitución testamentaria, pueda revocar el testamento anterior del sustituido en atención de la nueva circunstancia –la modificación judicial de su capacidad”*.

Por otro lado, *“la sustitución ejemplar es eficaz sólo si el sustituido no ha otorgado testamento antes de su incapacitación, como resulta de la STS, de 10 de junio de 1941³⁹⁶², al referir la declaración de incapacidad no al momento de la sustitución sino al tiempo del fallecimiento «sin testar del sustituido», así como del artículo 664 del CC según el cual el «testamento hecho antes de la enajenación mental es válido»; de modo que [...] las disposiciones sucesorias otorgadas por una persona antes la modificación judicial de su capacidad no pueden ser alteradas por la sustitución ejemplar ordenada por su ascendiente”*.

6.- Extinción

La sustitución pupilar se extinguirá por cumplir el pupilo catorce años.

La ejemplar, por su parte, perderá su virtualidad cuando el incapacitado otorgue testamento *“durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón”* (art. 776 párr. 2º CC) en ambos casos conforme a las prescripciones del art. 665 CC.

Y aún más, dice Leña Fernández³⁹⁶³, *“en el caso de que al otorgar el disminuido mayor de catorce años su testamento, aún no hubieran los padres o ascendientes ordenado la sustitución ejemplar por el mismo, tal sustitución ya no será posible y, si se otorga, será ineficaz porque por medio de la sustitución ejemplar pueden los padres y*

³⁹⁶¹ BOE-A-2018-7104

³⁹⁶² RJ 1941, 745

³⁹⁶³ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., p. 443.

ascendientes testar por sus hijos y descendientes, pero lo que no pueden hacer es revocar el testamento que estos hubiesen otorgado.”.

Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida³⁹⁶⁴ entienden que, aunque pudiera ser una solución deseable, la sustitución no queda sin efecto por el mero hecho de que el sustituido recupere la salud, sino que es imprescindible que teste, ya que es conveniente conservar la disposición del dueño originario de los bienes mientras el favorecido no la revoque expresamente. Por contra, manifiesta Albaladejo García³⁹⁶⁵, atendidas la esencia y la función de la figura, parece que el cese de la declaración de incapacidad debería propiciar la extinción de la sustitución.

VII.-DISPOSICIONES BAJO CONDICIÓN, TÉRMINO Y MODO

Estos llamamientos, especialmente los sujetos a condición o a modo pueden ser muy útiles para motivar a terceros en el cuidado de los incapaces. Con ellos se impone al heredero o legatario obligaciones de dar o de hacer a favor del descendiente discapacitado.

El supuesto ordinario es cuando los padres instituyen heredero o legatario mejorando a alguno o algunos de los hijos capaces, a cambio de cuidar personal y patrimonialmente a su hermano con discapacidad esté o no incapacitado judicialmente. Se retribuye al hermano que cuida al incapaz y se castiga al que no.

Hay que matizar el carácter que se dé a la obligación: puede tratarse de un modo testamentario o de una condición suspensiva o resolutoria.

El CC establece el régimen jurídico aplicable a la condición en los arts. 790 a 796 CC y 799 a 804 CC, al término en el art. 805 CC y al modo en los arts. 797 a 798 CC, que pueden ponerse a un heredero o legatario.

Indica Lacruz Berdejo³⁹⁶⁶ que el testamento es “uno de los ámbitos más propicios para la entrada en juego de las modalidades accesorias” ya que “es un negocio jurídico unilateral”. Así que una condición o un modo permiten “modular la disposición testamentaria con el fin de lograr ciertos propósitos”.

1.- Condición

³⁹⁶⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil...*, cit., p. 367.

³⁹⁶⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Com. arts. 775 y 776”, cit., p. 1916.

³⁹⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, t. V: Derecho de sucesiones*, cit., p. 270.

1.1.- Concepto

Define Galicia Aizpurua³⁹⁶⁷ la condición como “un suceso o acontecimiento futuro e incierto” del que dependen la producción o no de los efectos de una disposición. Apunta Roca-Sastre³⁹⁶⁸ que “es una determinación accesoria o accidental de voluntad, involucrada en la estructura propia del negocio jurídico y cuyo objeto es hacer depender del cumplimiento o no de un acontecimiento incierto y futuro la producción o cesación de los efectos propios del negocio condicionado”.

Señala Ruggiero³⁹⁶⁹, como recoge Roca-Sastre³⁹⁷⁰, “que la voluntad en el negocio condicional se dirige a una determinada hipótesis, de suerte que sólo quiere el efecto jurídico querido si se da tal hipótesis, no en las demás”.

La condición se añade a un negocio jurídico pero actúa sobre sus efectos, ya sean obligacionales o reales, que solo se dan o dejan de darse si se cumple la condición.

En sede de obligaciones (arts. 1113 a 1124 CC), indica Galicia Aizpurua³⁹⁷¹, “el evento puede determinar tanto la adquisición de derechos” “como la resolución o pérdida de los ya adquiridos”, por lo que “no existe la seguridad de que vayan a producirse definitivamente los efectos obligacionales”: en el primer caso “su producción se asocia a la concurrencia de un acontecimiento dado (condición suspensiva), en el segundo los generados con carácter provisional deberán eliminarse si este último finalmente acaece (condición resolutoria)”³⁹⁷².

Según el art. 790 CC: “*Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición*”.

Afirma Galicia Aizpurua³⁹⁷³ que para que haya “verdadera condición, es requisito imprescindible que la disposición se refiera a un evento incierto (*incertus an*) (aunque resulte más o menos probable)”. “La duda ha de consistir en si acaecerá o no el suceso”. Si “su realización es inevitable (*certus an*)”, y la incertidumbre solo se refiere “al momento en que haya de tener lugar (*incertus quando*), habrá término”, y no condición.

³⁹⁶⁷ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 790”, cit., p. 5760.

³⁹⁶⁸ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 287.

³⁹⁶⁹ DE RUGGIERO R., *Instituciones de Derecho civil*, t. I, ed. Reus, Madrid, 1929, pp. 286 y ss.

³⁹⁷⁰ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 288.

³⁹⁷¹ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 790”, cit., p. 5760.

³⁹⁷² GIL RODRÍGUEZ, J., en AA.VV, *Manual de Derecho Civil*, t. III, 3º ed., ed. Marcial Pons, 2000, pp. 169-170.

³⁹⁷³ “Art. 790”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5761.

La expectativa del sucesor varía en cada caso. Si es término, al ser cierto, dicha expectativa es transmisible a sus propios herederos; si es condición, como el sucesor no está seguro de su derecho a heredar, ocurre lo contrario.

Solo los sucesos futuros pueden ser inciertos, los pasados y los presentes no lo son. Luego el heredero o legatario no son condicionales si el evento ya se ha cumplido al abrir la sucesión: entonces si se han hecho bajo condición suspensiva ya se han cumplido y nacen puros, o no tienen efecto si se han otorgado bajo condición resolutoria³⁹⁷⁴.

Y el art. 791 CC establece: *“Las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales.”* (arts. 1113-1123 CC³⁹⁷⁵).

Albaladejo García³⁹⁷⁶ destaca entre los extremos más interesantes de la remisión:

Como “la adquisición de los derechos, si la condición es suspensiva, o la pérdida de los ya adquiridos, si es resolutoria, dependerán del acontecimiento que constituya la condición (art. 1114 CC)”, en el primer caso no habrá delación ni se adquirirá derecho a la herencia “hasta que la condición se cumpla”, mientras que en el segundo el favorecido será heredero hasta tal instante; y el cumplimiento de la condición tiene efecto retroactivo desde el momento de la muerte del causante” (arts. 1120 párr. 1º y 1123 párr. 1º CC).

Leña Fernández³⁹⁷⁷, en cuanto a “la institución de heredero o el nombramiento de legatario condicional a favor de un tercero, consistiendo la condición en la prestación de atenciones y cuidados al disminuido”, indica que “puede el testador dejar bienes o derechos determinados o una parte alícuota de la herencia a una persona o entidad, por vía de institución de heredero o de legado, condicionando suspensiva o resolutoriamente la atribución, a que la persona o entidad favorecida se haga cargo del disminuido y le preste los cuidados y atenciones necesarios hasta su fallecimiento”.

El testador debe establecer con claridad si la condición tiene carácter suspensivo o resolutorio, la diferenciación entre ellas es importante porque sus efectos son diferentes. Por lo que es muy importante redactar el testamento con rigurosidad.

³⁹⁷⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil*, t. V: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 271.

³⁹⁷⁵ El art. 1124 CC es imposible de aplicar en este campo.

³⁹⁷⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 791 y 792”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 411.

³⁹⁷⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 347-350.

Si el testador no fija con claridad el carácter suspensivo o resolutorio de la condición, habrá que estar a lo que parezca más acorde a su voluntad, según el tenor literal del testamento (art. 675 CC). Si hay dudas respecto al carácter de la condición, parece lógico inclinarse por la calificación de suspensiva.

El tipo de la condición también es importante por la liquidación del impuesto de sucesiones.

Los testadores deberán precisar en qué consiste la condición: si se trata simplemente de que el heredero o legatario nombrados tengan en su compañía al disminuido, o si, además, han de tener con éste unas atenciones y cuidados más o menos determinados, o si pueden prestarlos “a través de una institución adecuada -que incluso puede el testador señalar genérica o específicamente”.

Hay que tener en cuenta que la condición no es una obligación exigible al heredero condicional (no es un modo, que luego se estudiará), “sino un supuesto de hecho de cuya realización o superveniencia va a depender el llamamiento efectuado”. La perfecta definición del supuesto de hecho ayudará a resolver problemas que puedan plantearse respecto a la determinación de su cumplimiento o incumplimiento.

1.2.- Condición suspensiva

1.2.1.- Concepto

Supone que la adquisición del título de heredero o legatario y de la herencia o del legado, depende de la realización de un hecho futuro, incierto y posible.

Cuando se cumple la condición el heredero debe de existir según el art. 759 CC *“el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos”*.

Zurilla Cariñana³⁹⁷⁸ señala que “el precepto contempla la institución de heredero o legado sometidos a condición suspensiva, en la que la delación se produce no en el momento del fallecimiento del causante sino en el de cumplirse la condición, con lo que el heredero o legatario que fallece “antes de que la condición se cumpla, no transmite derecho alguno a sus herederos³⁹⁷⁹”. Ello es así aunque la condición llegue a cumplirse

³⁹⁷⁸ ZURILLA CARIÑANA, M^a. A., “Art. 759”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5649.

³⁹⁷⁹ Así, “lo entiende la práctica totalidad de la doctrina”. ROCA SASTRE, R. M^a., “Designación, vocación y delación sucesoria”, en *Estudios en Homenaje a J.Ma. Pi y Suñer*, ed. Bosch, Barcelona, 1962, pp. 748-749; LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil*, t. V: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 219; ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario

después. “Los herederos del instituido no son llamados a la herencia porque su causante nada recibió y, en consecuencia, nada pudo transmitir”. Así, la STS, de 3 de julio de 1951³⁹⁸⁰, sostiene: “*El llamamiento no llegó a nacer a la vida porque no se cumplió la condición suspensiva [...] de la que dependía la adquisición de un derecho perfecto a la sucesión del causante, art. 791, en relación con el 1114 del CC*”.

Leña Fernández³⁹⁸¹, en cuanto al nombramiento de heredero o legatario bajo condición suspensiva, dice que “puede el padre o madre del disminuido psíquico ordenar en su testamento que será heredero o legatario «aquel de sus hijos que, durante la vida del disminuido se haga cargo del mismo», sin designar específicamente a ninguno de tales hijos, o bien que será heredero o legatario «aquel de sus hijos, A o B, que se haga cargo del disminuido, durante la vida del mismo» o, finalmente, que será heredero o legatario «su hijo A y, en su defecto, su hijo B, si, durante la vida del disminuido, se hacen cargo del mismo»”.

1.2.2.- Arts. 759-799 CC

El art. 759 CC parece contradictorio con el art. 799 CC que establece “*la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento*”.

Esta contradicción entre ambos preceptos ha dado lugar a una amplia polémica.

La doctrina y la jurisprudencia, según Zurilla Cariñana³⁹⁸², consideran que prevalece el art. 759 CC en caso de institución o legado sometido a condición, y que “aunque el art. 799 CC hable de condición, se está refiriendo en realidad a llamamientos sometidos a término inicial, cuyo vencimiento se determina por la muerte de una persona que ocurrirá necesariamente aunque se ignore cuándo”. “El derecho del heredero sometido a término aparece más seguro que la simple expectativa en que consiste la institución condicional, provocando que sea posible la transmisión a los herederos en caso de que fallezca³⁹⁸³”. La auténtica institución condicional es la del art.

al art. 759”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 1º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987, p. 256.

³⁹⁸⁰ TOL 4.449.772

³⁹⁸¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., p. 350.

³⁹⁸² ZURILLA CARIÑANA, Mª. A., “Art. 759”, cit., pp. 5649-5650.

³⁹⁸³ HERRERO OVIEDO, M., “Comentario al artículo 759”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 645.

759 CC, que es el que se aplica cuando no se sabe si el acontecimiento se producirá o no (*incertus an*). En esta línea encontramos numerosas SSTs, de 28 de febrero de 1959³⁹⁸⁴, de 22 de enero de 1969³⁹⁸⁵, y 17 de febrero de 1994³⁹⁸⁶. La STS, de 3 de noviembre de 1989³⁹⁸⁷ declara expresamente que “*aunque el artículo 799 CC, con inadecuada expresión diga «condición suspensiva», quiere aludir a situaciones jurídicas certus an, certus quando más bien que a una condicionalidad propiamente dicha.*”.

Afirmando Galicia Aizpurua³⁹⁸⁸ que “es por ello que, tal y como afirma el TS, no existe confusión posible entre los arts. 759 y 799 CC”, que “se aplican a diferentes supuestos de hecho: mientras el primero ha de regir los casos de auténtica condición suspensiva, el segundo debe observarse cuando el llamado haya sido instituido a término suspensivo *incertus quando*: SSTs, de 17 de marzo de 1934³⁹⁸⁹, 20 de octubre de 1954³⁹⁹⁰, 5 de julio de 1966³⁹⁹¹, 3 de noviembre de 1989³⁹⁹², 17 de julio de 1991³⁹⁹³ y 22 de julio de 1994³⁹⁹⁴, que dice que el heredero sometido a condición suspensiva, “*mientras ésta no se cumpla, no tiene más que una simple expectativa de derecho, puesto que, como dispone el art. 759 del Código Civil, “el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos», sin que contra dicho precepto pueda prevalecer lo ordenado en el art. 799, que se refiere al heredero instituido a término incierto en el cual el día forzosamente ha de llegar aunque se ignore*”.

La doctrina, al igual que la jurisprudencia, se inclina por esta posición con diversos argumentos:

– El art. 799 CC se explica sobre la base de que este último es una traducción descuidada de los arts. 1041 francés, 854 italiano de 1865 y 1810 portugués de 1867,

³⁹⁸⁴ RJ 1959, 1496

³⁹⁸⁵ RJ 1969, 199

³⁹⁸⁶ TOL 1.665.846

³⁹⁸⁷ TOL 1.731.235

³⁹⁸⁸ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 799”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5808.

³⁹⁸⁹ RJ 1934, 466

³⁹⁹⁰ RJ 1954, 1623

³⁹⁹¹ RJ 1966, 3671

³⁹⁹² TOL 1.731.235

³⁹⁹³ RJ 1991, 8288

³⁹⁹⁴ TOL 1.665.528

relativos a la institución a término incierto, en el cual el día ha de llegar aunque se ignore cuándo³⁹⁹⁵.

– En nuestro derecho histórico el instituido bajo condición no adquiría derecho a la sucesión hasta que la condición se cumpliera³⁹⁹⁶. Fue la solución acogida por el derecho romano, las Partidas y en el art. 886 del Anteproyecto de CC de 1882-1888.

– Por “el carácter incierto e inseguro que reviste la expectativa del instituido bajo condición suspensiva, a diferencia de lo que acontece con la del sometido a término”³⁹⁹⁷, quien adquirirá siempre una vez llegado aquel.

– Por el argumento sistemático³⁹⁹⁸, ya que “sus prescripciones coinciden plenamente con las contenidas en los arts. 1114 CC y ante todo 758 párr. 3º CC”, que establece: “*Si la institución o legado fuere condicional, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición.*”.

Puig Brutau³⁹⁹⁹ advierte que los arts. 759 y 799 CC, “son preceptos de derecho supletorio”, no tienen carácter imperativo y, “por tanto, su aplicación, presupone que el testador no ha manifestado nada en otro sentido”; porque es posible que establezca que si el heredero sobreviviéndole, muere antes de que la condición se cumpla, se transmita a los herederos que deje la misma expectativa que él tenía⁴⁰⁰⁰. Al respecto la RDGRN, de 12 de enero de 1944⁴⁰⁰¹, indica que “*Los llamamientos de tipo condicional no siempre engendran [...] una mera esperanza [...] pues por encima de los términos técnicos en que se tratan de encerrar las consecuencias ordinarias de la institución, se halla la voluntad del testador, que puede conceder a los hijos o herederos del llamado bajo condición suspensiva el puesto que a su padre hubiera correspondido*”.

1.2.3.- Efectos

Roca-Sastre⁴⁰⁰² clasifica los efectos de la condición suspensiva dependiendo de la fase en la que se encuentra.

³⁹⁹⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al art. 759”, cit., p. 261; LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, t. V: Derecho de sucesiones*, cit., p. 275, señalan que se trata de una “traducción equivocada”.

³⁹⁹⁶ ZURILLA CARINANA, Mª. A., “Art. 759”, cit., p. 5650.

³⁹⁹⁷ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 799”, cit., p. 5808.

³⁹⁹⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, t. V: Derecho de sucesiones*, cit., p. 275; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., p. 170.

³⁹⁹⁹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil V-2º*, cit., pp. 274 y ss.

⁴⁰⁰⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al art. 759”, cit., p. 263.

⁴⁰⁰¹ RJ 1944, 126

⁴⁰⁰² ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 293-294.

1.2.3.1.- *Pendentem conditionem*

Durante todo el tiempo en que la condición está pendiente de cumplimiento, el heredero o legatario condicional, para llegar a ser efectivamente heredero o legatario, tendrá que cumplir la condición impuesta por el testador.

Si la condición fuera, la de atender al discapacitado durante toda su vida, tendrá su momento inicial en el marcado por el fallecimiento del testador y su momento final en el marcado por el fallecimiento del disminuido⁴⁰⁰³.

Con la condición pendiente de cumplimiento no se sabe quién será el llamado y pueden plantearse algunas cuestiones que para evitar dudas y litigios será mejor que las prevea el testador.

a).- Transmisión

Si el heredero fallece en esta fase, no transmite ningún derecho a sus herederos (art. 759 CC).

Leña Fernández⁴⁰⁰⁴ indica que el heredero o legatario condicional “sólo tendrá a su favor una expectativa jurídicamente protegida a que, mediante el cumplimiento de la condición, se perfeccione la vocación hereditaria a su favor”.

b).- Administración

La herencia se pone en administración⁴⁰⁰⁵, según lo establecido en los arts. 801 a 804 CC, salvo que el testador haya previsto otra cosa, p. ej., puede ordenar que los bienes se entreguen directamente al instituido bajo condición o a quien heredaría en caso de incumplimiento de esta⁴⁰⁰⁶.

Art. 801 CC: “*Si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse.*

Lo mismo se hará cuando el heredero o legatario no preste la fianza en el caso del artículo anterior.”

⁴⁰⁰³ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 352-353.

⁴⁰⁰⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., p. 353.

⁴⁰⁰⁵ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 293.

⁴⁰⁰⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al art. 801”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 520.

Art. 802 CC: *“La administración de que habla el artículo precedente se confiará al heredero o herederos instituidos sin condición, cuando entre ellos y el heredero condicional hubiere derecho de acrecer. Lo mismo se entenderá respecto de los legatarios.”*

Art. 803 CC: *“Si el heredero condicional no tuviere coherederos, o teniéndolos no existiese entre ellos derecho de acrecer, entrará aquél en la administración, dando fianza.*

Si no la diere, se conferirá la administración al heredero presunto, también bajo fianza; y, si ni uno ni otro afianzaren, los Tribunales nombrarán tercera persona, que se hará cargo de ella, también bajo fianza, la cual se prestará con intervención del heredero.”

Art. 804 CC: *“Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente.”.*

Hasta que la condición se cumpla o haya certeza de que no se cumplirá, Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida⁴⁰⁰⁷ señalan que “los bienes conservarán su autonomía” y se administran “como un patrimonio ajeno, con obligación de rendir cuentas”; los frutos “se acumulan a la masa, salvo en la parte destinada a retribuir al administrador”.

Leña Fernández⁴⁰⁰⁸ señala que “durante todo el tiempo que transcurre entre el fallecimiento del testador y el momento en que ya se sabrá con certeza que la condición suspensiva de atender al disminuido se ha cumplido o que, por el contrario, no se ha cumplido y no podrá ya cumplirse”, “habrán de «ponerse en administración» los bienes comprendidos en la herencia o legado condicionales”.

c).- Partición

El heredero no podrá pedir la partición hasta que se cumpla la condición. Art. 1054 CC: *“Los herederos bajo condición no podrán pedir la partición hasta que aquélla se cumpla. Pero podrán pedirla los otros coherederos, asegurando competentemente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición; y, hasta saberse que ésta ha faltado o no puede ya verificarse, se entenderá provisional la partición”.*

⁴⁰⁰⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, t. V: Derecho de sucesiones*, cit., p. 276.

⁴⁰⁰⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., p. 357.

Mientras la condición esté pendiente, apunta Galicia Aizpurua⁴⁰⁰⁹ que el instituido no es heredero, “no puede aceptar o repudiar (art. 991 CC) y ni siquiera es posible calificar su capacidad (art. 758 párr. 3º CC)”.

Leña Fernández⁴⁰¹⁰ indica que a la luz de este precepto “puede practicarse la partición una vez fallecido el testador”, pero “esta tendrá un carácter provisional, por lo que, al no producir el efecto señalado en el art. 1.068 CC respecto a la atribución a cada heredero de la propiedad de los bienes asignados, habrá que convenir que, en realidad, se mantiene *de facto* la indivisión de herencia hasta que se cumpla o incumpla la condición”.

En el caso de que los herederos puros y el condicional, o “el contador-partidor designado por el testador, practiquen la partición separando los bienes que hayan de adjudicarse al condicional para el caso de cumplirse la condición, la provisionalidad sólo afectará a la adjudicación de esos bienes pero no al resto, y no tendrán los herederos puros que prestar fianza”.

d).- Enajenación

Enajenación de los bienes comprendidos en el llamamiento condicional. Leña Fernández⁴⁰¹¹ indica que “dada la remisión efectuada por el art. 804 CC a las normas que regulan la administración de los bienes del ausente, hay que entender aplicable a esta materia lo que dispone el art. 186 CC”. “En consecuencia, el administrador de los bienes hereditarios comprendidos en el llamamiento condicional, sólo podrá efectuar, respecto a ellos”, actos de enajenación o gravamen y “en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el juez, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida.”.

1.2.3.2.- *Existentem conditionem*

Según Leña Fernández⁴⁰¹², “dado que el cumplimiento de la condición es una cuestión de hecho, deberá ser el albacea facultado al efecto, quien constate y decida que efectivamente se ha producido tal cumplimiento. Si no existiese este albacea y no

⁴⁰⁰⁹ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 801”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5814.

⁴⁰¹⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 355-356.

⁴⁰¹¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., p. 365.

⁴⁰¹² LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 378-379.

hubiera conformidad entre los interesados acerca del mismo cumplimiento, será la autoridad judicial quien decida”.

Cumplida la condición suspensiva. Destaca Roca-Sastre⁴⁰¹³ que “el llamado obtiene el derecho de heredar” y “todo se retrotrae al momento de la apertura de la sucesión, según resulta del art. 791 CC en relación con el art. 1120 CC.

Se deferirá la herencia en favor del instituido, que puede aceptarla o repudiarla; y si acepta devendrá heredero con efecto desde el día en que se produjo la apertura de la sucesión. Si la condición es cuidar a la persona con discapacidad. El momento en que se puede afirmar definitivamente que la condición se ha cumplido es uno solo: cuando se produce el fallecimiento del disminuido. Es el momento final de un período de tiempo contemplado por el testador para el cumplimiento continuado de la condición, que tiene su momento inicial en el de su propio fallecimiento.

1.2.3.3.- *Deficientem conditionem*

Incumplida la condición suspensiva. Por no realizarse, por tener, precisa Roca-Sastre⁴⁰¹⁴, “certeza de que no podrá cumplirse (art. 801 CC), por saberse que la misma ha faltado o que no puede ya verificarse (art. 1054 CC) e incluso por haber transcurrido racionalmente el tiempo para ello. La delación hereditaria no se produce y la institución de heredero queda ineficaz. Así resulta del art. 912.3º CC”, que establece: “*La sucesión legítima tiene lugar:*

3.º Cuando falta la condición puesta a la institución del heredero, o éste muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer.”.

Incumplida la condición se abre la sucesión legal y la herencia o legado irán a quienes corresponda según las reglas generales de las sucesiones⁴⁰¹⁵.

Probar este hecho plantea un problema negativo, si hay declaración judicial está claro; si no, apunta Álvarez Olalla⁴⁰¹⁶, para que el notario “tenga por cierto el no cumplimiento de la condición” bastará que “sea un hecho notorio o que pueda ser acreditado” de alguna otra forma aceptada en derecho ante el notario.

⁴⁰¹³ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 293.

⁴⁰¹⁴ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 293.

⁴⁰¹⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, 9ª ed., ed. Edisofer, Madrid, 2008, p. 410.

⁴⁰¹⁶ ÁLVAREZ OLALLA, P., “Art. 912”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6680-6681.

Leña Fernández⁴⁰¹⁷ distingue “dos momentos: uno, aquel en que la condición puede incumplirse por el primer llamado y cumplirse por otro u otros sucesivamente llamados con el carácter de sustitutos; y dos, aquel en que, incumplida la condición, se sabe que no podrá ya cumplirse”.

Habría que determinar cuándo se produce el incumplimiento, si renuncia o fallece el llamado condicionalmente, no habría problema para constatar el incumplimiento. Tampoco en caso de abandono total del disminuido, fácilmente apreciable. La duda surge en el cumplimiento defectuoso, ya que puede haber diferentes criterios para considerarlo. En estos casos serán el heredero sustituto o el presunto (el que recibiría la herencia si no se cumpliera la condición), quienes tendrían que solicitar del juez una declaración al respecto”.

1.3.- Condición resolutoria

1.3.1.- Concepto

En la condición resolutoria, la pérdida del título de heredero o legatario de la herencia o legado depende de la realización de un hecho futuro, incierto y posible.

En derecho romano no era posible imponer una condición resolutoria a una institución de heredero aunque sí a un legado. En nuestro derecho no hay duda sobre su posibilidad en base al art. 790 CC y la remisión que hace a las obligaciones condicionales, el art. 791 CC, y entre ellas el art. 1113 CC⁴⁰¹⁸ que establece “[...] *También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución*”.

Leña Fernández⁴⁰¹⁹ dice que “los efectos de la condición resolutoria son los inversos de los que se producen cuando se trata de condición suspensiva. Así, mientras que en esta última el incumplimiento de la condición (*conditio deficit*) provoca la ineficacia del llamamiento y el pase de los bienes al sustituto o, en su defecto, al heredero a quien corresponda, cuando se trata de condición resolutoria en cambio, el incumplimiento de la misma produce los efectos de consolidar el llamamiento”.

Estamos “en presencia de una condición cuyo cumplimiento llevará consigo la resolución de un llamamiento que comenzó a producir sus efectos desde el momento del fallecimiento del testador”. En consecuencia, “la condición deberá expresarse

⁴⁰¹⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 371-375.

⁴⁰¹⁸ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 294, 298.

⁴⁰¹⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 382-383, 392-393.

negativamente, es decir, que el testador deberá disponer que nombra heredero o legatario a tal hijo (no cabe aquí, como en la suspensiva, un llamamiento genérico), quedando resuelto este llamamiento si no presta al disminuido los cuidados y atenciones que se especifiquen, es decir, si deja de hacer algo”.

“El cumplimiento de la condición resolutoria tendrá lugar cuando se produzca el incumplimiento de ese quehacer y por eso, al expresarla, más que señalar el testador que nombra heredero a un hijo bajo la condición resolutoria de que no cuide al disminuido, dirá que nombra heredero a un hijo quedando resuelto el llamamiento si no cuida al disminuido”.

1.3.2.- Efectos

1.3.2.1.- *Pendentem conditionem*

Según Roca-Sastre⁴⁰²⁰, el heredero sujeto a condición resolutoria “que acepta es como un heredero puro” ya que la condición no le impide adquirir la herencia, si bien la subsistencia de su adquisición dependerá del cumplimiento de la condición resolutoria, por lo que su dominio es revocable, precario o eventual.

Es un verdadero heredero o legatario, pero con posibilidad de dejar de serlo.

Indica Galicia Aizpurua⁴⁰²¹ que “desde el momento en que fallezca el testador, el heredero es titular de la porción del caudal relicto o de los bienes específicos que, en su caso, le hayan sido asignados y puede enajenarlos, cederlos, gravarlos o hacer con ellos cuantos actos o contratos estime conveniente, percibir frutos e inscribir a su nombre los inmuebles en el RP (STS, de 17 de marzo de 1966⁴⁰²²). Pero los efectos de dichos actos quedan sujetos a las resultas del posible cumplimiento de la condición, salvo que sean terceros de buena fe protegidos por los arts. 464 CC y 34 LH”.

“El gravamen resolutorio repercutirá en beneficio de alguien y para este es una expectativa de adquisición, por su condición de sustituto, por tener derecho de acrecer, o por su condición de heredero abintestato. Para estos se produce, precisa Roca-Sastre⁴⁰²³, “una situación semejante a la adquisición de derechos bajo condición suspensiva⁴⁰²⁴”.

⁴⁰²⁰ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 298.

⁴⁰²¹ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 801”, cit., p. 5815.

⁴⁰²² RJ 1966, 1227

⁴⁰²³ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 298.

⁴⁰²⁴ “Por ello, los herederos intestados serán los que serían llamados por la ley existente conditione, no en el momento de fallecer realmente el testador. Se aplica, por tanto, el precepto del art. 759 CC.

Por esto, Ossorio Morales⁴⁰²⁵ entiende que podrán “ejercitar con arreglo al art. 1121 CC, durante la pendencia, *“las acciones procedentes para la conservación de su derecho”*, pero que no pueden, en cambio, instar que se constituya la herencia en administración que dispone el art. 801 CC, por ser ello incompatible con la posición del heredero o llamado en primer lugar”.

Sostiene Leña Fernández⁴⁰²⁶ que “a partir del fallecimiento, del testador el heredero o legatario llamado bajo la condición de que su llamamiento se resolverá si no cuida al disminuido, entrará en posesión de los bienes dejados”, “siempre que esté dispensando al disminuido los cuidados y atenciones requeridos”. Desde ese momento comienzan a producirse los efectos del llamamiento, que no concluirán hasta que la condición se cumpla o hasta que no pueda ya cumplirse por haber ocurrido el fallecimiento del disminuido.

Por la amenaza de resolución, habrá algunos que le estarán vedados y tendrá que prestar garantías para proteger los derechos del llamado a la herencia si se resuelve el primer llamamiento.

Si es llamado a parte de la herencia de modo condicional y a otra libre, será heredero de todo desde el fallecimiento del causante.

No podrá aceptar una y repudiar otra. Pero si es un legado sujeto a condición resolutoria, podrá aceptar la herencia y renunciar al legado (art. 890-2 CC). Si el llamado bajo condición resolutoria fallece antes que el testador o renuncia a la herencia, o fallece después del causante, pero antes de que se cumpla la condición; existen varias posibilidades:

Si el testador ha nombrado sustituto vulgar, este heredará sujeto a la misma condición.

Si ha establecido expresamente a quién va la herencia en caso de resolución del llamamiento condicional, este recibirá la herencia sujeta a la condición si así lo prevé el testador.

Si el testador no ha hecho ninguna de estas cosas, sucederán los herederos no condicionales con derecho de acrecer sin gravamen; si no existen tales herederos pasará la herencia al heredero *ab intestato*, sin sujeción a la condición. Si es un legatario condicional y no hay derecho de acrecer, el legado pasará a la masa de la herencia y será para los herederos testamentarios o *ab intestato*.

⁴⁰²⁵ OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., p. 218.

⁴⁰²⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 383-386.

Lo mejor es que el testador regule con detalle el contenido y efectos de la condición y los diferentes supuestos.

1.3.2.2.- *Existentem conditionem*

Si se verifica el evento puesto como condición, se produce la resolución, extinción o pérdida del título de heredero y de los bienes y derechos adquiridos por este⁴⁰²⁷.

Dicha extinción, indica Roca-Sastre⁴⁰²⁸ “se efectúa *ipso iure* o automáticamente, sin necesidad de declaración de voluntad alguna. Las cosas quedan como estaban antes, pues la extinción es retroactiva al día de la apertura de la sucesión, los destinatarios adquieren del causante directamente y por sus propios títulos”, conforme a los arts. 791 y 1123 CC (STS, de 23 de febrero de 2002⁴⁰²⁹).

Dice Leña Fernández⁴⁰³⁰, que se trata “del cumplimiento de la condición resolutoria, o sea, de la llegada del evento que determinará la resolución, con efectos retroactivos, del llamamiento como heredero o legatario”. Tal evento sería en caso del disminuido, la falta o ausencia de cuidados y atenciones.

Por tanto, será de aplicación lo dicho para la condición suspensiva en situación de *conditio deficit*.

“El heredero favorecido por la restitución en caso de resolución, si no es un sustituto vulgar del primero y, por tanto, también gravado con la condición, tendrá la posición de un heredero bajo condición suspensiva, ya que sólo será llamado a la herencia si la condición resolutoria que afecta al llamamiento condicional y al de los sustitutos, en su caso, se cumple. Es decir, que lo que es condición resolutoria para el llamado condicional, es también condición suspensiva para el posible favorecido por la restitución como heredero puro”.

1.3.2.3.- *Deficientem conditionem*

Si la condición no se cumple ni se va a cumplir, Roca-Sastre⁴⁰³¹ señala que “el heredero consolida su título hereditario, por haber desaparecido definitivamente la amenaza resolutoria”.

⁴⁰²⁷ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 801”, cit., p. 5816

⁴⁰²⁸ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 299.

⁴⁰²⁹ TOL 134.993

⁴⁰³⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 393- 394.

⁴⁰³¹ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 299.

Es conveniente el nombramiento de un albacea que pueda determinar si se cumple o no la condición.

En caso de personas con discapacidad, mientras que el llamado le esté dispensando las atenciones y cuidados, el heredero o legatario condicionado resolutoriamente seguirá en la posesión de los bienes. Una vez que se produzca el fallecimiento del disminuido y, en consecuencia, la condición no pueda ya cumplirse, habrá quedado perfeccionado el llamamiento, produciendo, desde este momento, los efectos de un llamamiento puro⁴⁰³².

1.4.- Potestativas, casuales y mixtas

Las condiciones también pueden ser potestativas, casuales o mixtas (arts. 795 y 796 CC).

Esta distinción surge de la naturaleza del evento puesto por el causante como condición o mejor, de si su cumplimiento depende de la voluntad del propio sujeto favorecido con la disposición (potestativas), meramente del azar o de la voluntad de un tercero (casuales), o de una combinación de ambos factores (mixtas).

1.4.1.- Potestativas

Define Roca-Sastre⁴⁰³³ las condiciones potestativas como “aquellas cuyo cumplimiento depende de la voluntad del heredero instituido”.

“Pueden ser positivas o negativas”.

1.4.1.1.- Positivas

Es positiva cuando la eficacia de la disposición depende de que acontezca el suceso. El art. 795 CC establece *“La condición puramente potestativa impuesta al heredero o legatario ha de ser cumplida por éstos, una vez enterados de ella, después de la muerte del testador. Exceptuase el caso en que la condición, ya cumplida, no pueda reiterarse.”*

a).- Cumplimiento ficticio

⁴⁰³² LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 392-393.

⁴⁰³³ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 299.

En derecho histórico se aceptaba este cumplimiento, de modo que cuando el instituido ponía toda la diligencia posible para cumplir la condición y no lo conseguía, esta se daba por verificada. El CC actual no prevé esto y solo cabe esta posibilidad si el testador en su testamento así lo establece.

Sin embargo, la doctrina entiende que está cumplida la condición potestativa positiva si el heredero ha hecho lo que ha podido para que se cumpla la condición por analogía con lo que se dispone para el modo en el art. 798 párr. 2º CC que establece: *“Cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición.”*⁴⁰³⁴, según la STS, de 9 de mayo de 1990⁴⁰³⁵.

En este sentido, afirma Galicia Aizpurua⁴⁰³⁶, que el CC sí admite la “materialización legal o ficticia”. Así lo establece el art. 1119 CC⁴⁰³⁷ en sede de obligaciones. En todo caso hace falta para “este cumplimiento ficticio que la conducta obstaculizadora” venga del contrainterés con mala fe.

De modo similar hay que admitir el incumplimiento ficticio para la condición resolutoria si “el interesado en que la condición se verifique porque se beneficie de ello “provoque con su conducta contraria a la buena fe el cumplimiento”⁴⁰³⁸”.

Así, habrá que determinar en cada caso “si acaecido el evento condicionante, este tuvo lugar totalmente, o si el que se verificó se ajustó o no por completo al descrito en la cláusula testamentaria”, (STS, de 2 de diciembre de 1991⁴⁰³⁹).

b).- Momento del cumplimiento

El testador con la condición potestativa quiere que el instituido realice el hecho condicionante. El art. 795 CC establece la regla general que ha de cumplirse después de la muerte del testador una vez que el heredero o legatario se enteren de ella. Solo al

⁴⁰³⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, t. V: Derecho de sucesiones*, cit., p. 273; ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 795 y 796”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pp. 468- 469.

⁴⁰³⁵ TOL 1.729.586

⁴⁰³⁶ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 795”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5778-5779.

⁴⁰³⁷ Art. 1119 CC: *“Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento.”*

⁴⁰³⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 795 y 796”, cit., p. 476.

⁴⁰³⁹ TOL 1.728.382

abrir la sucesión tiene el sucesor la posibilidad de conocerla y cumplirla. Ello no significa que deba cumplirla con premura⁴⁰⁴⁰.

Sin embargo, defiende Galicia Aizpurua⁴⁰⁴¹, que aun ignorando la existencia de la condición, si el heredero o legatario la cumple antes de la muerte del testador se entiende que está cumplida⁴⁰⁴², salvo que la voluntad del testador fuera otra.

La condición no necesita repetirse: cuando esto no sea posible (art. 795 párr. 2º CC) con lo que la institución nacerá pura⁴⁰⁴³; y tampoco “cuando el evento condicionante necesariamente haya de verificarse en vida del testador”, p. ej. si la condición es que el instituido le atienda hasta su fallecimiento (STS, de 9 de mayo de 1990⁴⁰⁴⁴), o en situación de necesidad o enfermedad (STS, de 3 de diciembre de 2009⁴⁰⁴⁵)”.

1.4.1.2.- Negativas

La condición potestativa es negativa si la eficacia de la disposición depende de que no acontezca el suceso.

El art. 800 CC establece: “*si la condición potestativa impuesta al heredero o legatario fuere negativa, o de no hacer o no dar, cumplirán con afianzar que no harán o no darán lo que fue prohibido por el testador, y que, en caso de contravención, devolverán lo percibido con sus frutos e intereses*”. Según el art. 801 párr. 2º CC, “*Lo mismo se hará cuando el heredero o legatario no preste la fianza en el caso del artículo anterior.*”. En este caso, precisa Roca-Sastre⁴⁰⁴⁶, “se pondrán los bienes de la herencia en administración”.

El testador puede dispensar al sucesor de la fianza ya que puede instituirlo sin condición (si puede lo más puede lo menos).

⁴⁰⁴⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 795 y 796”, cit., p. 481; dice que “las prescripciones del art. 795 CC, tratándose de condición potestativa resolutoria, significan que el derecho del sucesor no se resuelve si realiza el hecho condicionante antes de la muerte del testador o aun después, pero ignorando la condición”.

⁴⁰⁴¹ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 795”, cit., pp. 5779-5780.

⁴⁰⁴² ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 795 y 796”, cit., p. 481.

⁴⁰⁴³ Según Galicia Aizpurua, “el caso equivale al de haberse puesto una condición imposible, la cual, en virtud del art. 792 CC, ha de tenerse por no escrita. Luego da igual, a estos efectos, que el testador supiese o no que ya había ocurrido el hecho”; ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 795 y 796”, cit., p. 483, dice que siendo la condición potestativa de tipo resolutorio, la institución nacerá pura “cuando el hecho haya acaecido antes y no sea posible su repetición, puesto que, por definición, la resolución ya no es viable”.

⁴⁰⁴⁴ TOL 1.729.586

⁴⁰⁴⁵ TOL 1.748.168

⁴⁰⁴⁶ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 299-300.

Albaladejo García⁴⁰⁴⁷ cree que como “la norma no discrimina”, se puede aplicar “tanto cuando el hecho condicionante pueda tener lugar durante toda la vida del instituido como cuando el testador haya fijado un plazo determinado para que pueda realizarse”.

Explica Galicia Aizpurua⁴⁰⁴⁸ que la mayor parte de la doctrina española entiende hoy que el art. 800 CC debe considerarse aplicable no solo a las condiciones suspensivas potestativas negativas, sino también a las resolutorias cuando presenten igual estructura. Y ello en base a la literalidad del precepto que parece recogerla en su inciso final⁴⁰⁴⁹.

En el caso de la resolutoria el sujeto ya es heredero y su fianza será por si pierde la herencia lo que es equiparable a la de la suspensiva, ya que en ambas se trata de proteger la expectativa de quienes podrían llegar a suceder (asegurando la devolución de la herencia), bien por incumplimiento de esta, bien por cumplimiento de aquella⁴⁰⁵⁰. Además, al mismo resultado se llega por medio del art. 1121 CC (aplicable por la remisión del art. 791 CC)⁴⁰⁵¹ o aun del 805 CC⁴⁰⁵².

1.4.2.- Casuales y mixtas

1.4.2.1.- Concepto

Las condiciones casuales son aquellas cuyo cumplimiento depende del azar o de la voluntad de un tercero; las condiciones mixtas son aquellas cuyo cumplimiento depende en parte de la voluntad del heredero y en parte del azar o de la voluntad de un tercero⁴⁰⁵³.

El art. 796 CC establece: “*Cuando la condición fuere casual o mixta, bastará que se realice o cumpla en cualquier tiempo, vivo o muerto el testador, si éste no hubiese dispuesto otra cosa.*”

⁴⁰⁴⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al art. 800”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 517.

⁴⁰⁴⁸ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 800”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5809-5810.

⁴⁰⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil*, t. V: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 274.

⁴⁰⁵⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al art. 800”, cit., pp. 513 y 514.

⁴⁰⁵¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Comentario al art. 800 CC”, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, ed. Lex Nova, 2010, p. 918.

⁴⁰⁵² ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al art. 800”, cit., p. 515-516.

⁴⁰⁵³ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 300.

Si hubiese existido o se hubiese cumplido al hacerse el testamento, y el testador lo ignoraba, se tendrá por cumplida.

Si lo sabía, sólo se tendrá por cumplida cuando fuere de tal naturaleza que no pueda ya existir o cumplirse de nuevo.”.

1.4.2.2.- Clases

Las condiciones casuales pueden ser, según Roca-Sastre⁴⁰⁵⁴:

- “Puras, si su cumplimiento depende enteramente del azar”.
- “Impuras, si su cumplimiento depende de la voluntad de un tercero”. Pero sin que esto suponga dejar totalmente “la institución de heredero al arbitrio de un tercero”, “dado el carácter personalísimo del testamento”, del art. 670 párr. 2º CC (STS, de 26 de junio de 1958⁴⁰⁵⁵).

1.4.2.3.- Cumplimiento

Como vimos, el CC admite además del cumplimiento real de la condición, uno ficticio, apunta Galicia Aizpurua⁴⁰⁵⁶, “cuando el interesado en que no se cumpla impida voluntariamente su cumplimiento (arts. 1119, 791 y 798 párr. 2º CC)”, lo que es aplicable además de a las condiciones potestativas, a las casuales y mixtas, siempre que la voluntad humana tenga “alguna incidencia en su cumplimiento”. Así, afirma Albaladejo García⁴⁰⁵⁷ que “igual habrá cumplimiento ficticio si el contrainteresado impide que se cumpla la condición potestativa que dependía de la voluntad de una de las partes, o la mixta que dependía de ella y del azar, como si con amenazas le obliga a incumplirla”, o que si con las mismas amenazas o soborno, consigue que en la casual dependiente de un tercero, este guarde la conducta que da lugar al incumplimiento.

Conforme al art. 795 CC, las condiciones potestativas hay que cumplirlas tras la muerte del testador al tener conocimiento de su existencia por el instituido. Sin embargo, conforme al art. 796 CC, las casuales y mixtas pueden realizarse en cualquier instante, vivo o muerto el testador. Ello es porque no dependen de la mera voluntad del

⁴⁰⁵⁴ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 300.

⁴⁰⁵⁵ RJ 1958, 2511

⁴⁰⁵⁶ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 796”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5782-5783.

⁴⁰⁵⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 795 y 796”, cit., p. 474.

llamado, por lo que el testador solo quiere que se verifique “el evento previsto⁴⁰⁵⁸” y no motivar la conducta del instituido. Se pueden cumplir en cualquier tiempo salvo que el testador manifieste otra cosa.

1.5.- Propias e impropias

1.5.1.- Propias

Las condiciones propias, según Roca-Sastre⁴⁰⁵⁹, son las que “se refieren a hechos futuros e inciertos, pero posibles” y jurídicamente válidos.

1.5.2.-Impropias

Define Roca-Sastre⁴⁰⁶⁰ las condiciones impropias como “las referidas a hechos que carecen del requisito de la incertidumbre jurídica, considerándose tales los siguientes”:

1.5.2.1.- Hechos presentes y pretéritos

Los hechos presentes y pretéritos no encajan exactamente en el concepto de condición pero son admitidas en base al principio de autonomía de la voluntad y a que conforme al art. 791 CC las reglas de obligaciones condicionales son aquí supletorias. Y de los arts. 1113 CC y 796 párr. 2º y 3º CC, se deduce que, “respecto únicamente a las condiciones casuales o mixtas, el hecho en que consista la condición puede ser un suceso pasado” y cierto, “aunque subjetivamente futuro por ser ignorado por el testador”⁴⁰⁶¹.

1.5.2.2.- Hechos necesarios

Los hechos necesarios tal como su nombre indica, son los que han de producirse necesariamente. En este supuesto no hay una auténtica condición, lo que hay realmente es un plazo o término.

⁴⁰⁵⁸ GARCÍA GOYENA, F., y AGUIRRE DE LA PEÑA, J., *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo*, t. II, Imprenta y Librería de D. Ignacio Boix, Madrid, 1841, p. 41.

⁴⁰⁵⁹ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 301.

⁴⁰⁶⁰ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 301.

⁴⁰⁶¹ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 301.

1.5.2.3.-*Conditio iuris*

Enneccerus⁴⁰⁶² define la *conditio iuris* como aquel acontecimiento futuro e incierto del que depende la eficacia de un negocio por su propia naturaleza, su objeto o una especial disposición del derecho.

Normalmente, la condición es impuesta por la voluntad de los sujetos. Sin embargo, las condiciones legales o *conditio iuris* vienen impuestas por ley o por la naturaleza de la obligación y son eventos aparentemente condicionantes, pero que forman parte de la estructura misma de la obligación⁴⁰⁶³.

Galgano⁴⁰⁶⁴ la define como aquella en que es “la ley quien subordina la eficacia de la obligación a la verificación de un evento futuro e incierto”.

En una concepción amplia, la *conditio iuris* es un presupuesto legal de eficacia de la obligación, en este supuesto coincide “con la condición propiamente dicha ya que ambas son requisitos de eficacia. La norma integra en su supuesto de hecho un acontecimiento futuro e incierto del que depende la eficacia de la obligación”. Su efecto típico es transformar una expectativa de derecho en un derecho pleno y definitivo.

P. ej., el matrimonio para la eficacia de las capitulaciones, la muerte del testador para la eficacia del testamento, la aceptación para adquirir la herencia o la donación, etc.

1.5.2.4.- Hechos inciertos

Como afirma Roca-Sastre⁴⁰⁶⁵, los hechos tan solo son inciertos en el cuándo (*quando*), pero ciertos en el qué (*an*). “Es conocido el cuadro siguiente: *dies certus an et certus quando* (p. ej., tal día de tal mes de tal año); *dies certus an et incertus quando* (como el día de mi muerte o de otro); *dies incertus an et certus quando* (como el 25 cumpleaños de una persona) y el *dies incertus an et incertus quando* (p. ej., el día que será notario)”.

1.5.2.5.- Hechos imposibles, inmorales o ilícitos

⁴⁰⁶² ENNECCERUS L., en *Derecho civil (parte general)*, vol. II, 2ª parte, ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 653.

⁴⁰⁶³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “La *conditio iuris*”, en *Compendio de Derecho Civil*, t. 2 (Obligaciones y Contratos), vol. 1, Edersa, Madrid, 2004, en *Derecho civil (parte general)*, vol. II, 2ª parte, ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 653.

⁴⁰⁶⁴ GALGANO, F., *El negocio jurídico*, traducción realizada por F. Blasco Gascó y L. Prats Albentosa, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 162. Enneccerus, *Derecho civil (parte general)*, Casa Bosch, Barcelona, 1981, vol. II, 2a. parte, p. 653.

⁴⁰⁶⁵ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 302.

Los arts. 792 y 1116 CC distinguen:

- Condiciones imposibles que son las irrealizables física o jurídicamente.
- Condiciones inmorales o torpes, que son las contrarias a las buenas costumbres.
- Condiciones ilícitas, que son las contrarias a las leyes o prohibidas por la ley⁴⁰⁶⁶.

La ilicitud, torpeza o imposibilidad de la condición se juzgarán al instante de la apertura de la sucesión⁴⁰⁶⁷.

a).- Diferencia obligaciones-sucesiones

Este tipo de condiciones tienen diferente tratamiento según afecten a los contratos o a los testamentos.

Destaca Roca-Sastre⁴⁰⁶⁸ que nuestro derecho aplica las reglas de nulidad, “de las obligaciones sujetas a una condición imposible”. El art. 1116 CC establece “*Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta.*”; con lo que la obligación sujeta a una de estas condiciones es nula.

El art. 792 CC dispone que “*las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa*”, con lo que solo se tiene por no puesta.

Así, la imposición de una condición de cualquiera de estas tres clases anula la obligación que de ella dependa, mientras que en sede sucesoria solo se tiene como no puestas y no perjudicará al heredero o legatario, incluso si el testador dispone otra cosa⁴⁰⁶⁹.

b).- Condiciones imposibles

Son las que no se pueden cumplir de ningún modo. Para apreciar la imposibilidad habrá que examinar caso por caso.

⁴⁰⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, t. V: Derecho de sucesiones*, cit., p. 272.

⁴⁰⁶⁷ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 792”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5767.

⁴⁰⁶⁸ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 303.

⁴⁰⁶⁹ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 792”, cit., p. 5767.

No es suficiente que exista dificultad aunque sea importante. Puede haber imposibilidad parcial, en cuyo caso habrá que ver la extensión de la misma y decidir si se puede cumplir el resto o no. Es bastante una imposibilidad que sea meramente relativa o subjetiva, o sea, que se refiera solo a la persona implicada.

Estas cláusulas se tienen por no puestas⁴⁰⁷⁰.

c).-Condiciones ambiguas, perplejas o contradictorias

– Las ambiguas son las que pueden entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones, lo que da lugar a dudas e incertidumbre.

– Las perplejas son las que generan confusión y dudas sobre lo que se debe hacer.

– Las contradictorias, según Roca-Sastre⁴⁰⁷¹ “son las que consisten en hechos que están en contradicción lógica con lo que se declara querer”. Tales condiciones se encuadran entre las imposibles del art. 792 CC de manera que se tendrán por no puestas.

d).- Condiciones inmorales e ilícitas

Son las contrarias a la moral o las leyes. En el CC se precisa que tienen el carácter de tales la condición absoluta de no contraer matrimonio y la condición captatoria.

Para dilucidar si las condiciones lo son o no, hay que atenerse a todo el testamento y no solo a la condición aislada, art. 675 CC: *“Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.”*

El TS, sostiene Galicia Aizpurua⁴⁰⁷², “tiende a considerarlas ilícitas, además de cuando se da el supuesto contemplado en el art. 675 párr. 2º CC, cuando mediante ellas se intenta evitar que el favorecido haga valer sus legítimas pretensiones (como legatario, STS, de 1 de junio de 1946⁴⁰⁷³; o como heredero forzoso, SSTs, de 20 de mayo de

⁴⁰⁷⁰ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 792”, cit., p. 5767; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 303-304.

⁴⁰⁷¹ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 305.

⁴⁰⁷² GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 792”, cit., p. 5768.

⁴⁰⁷³ RJ 1946, 698

1959⁴⁰⁷⁴, 21 de mayo de 1963⁴⁰⁷⁵ y 12 de noviembre de 1964⁴⁰⁷⁶); o cuando el recurso a la justicia es precisamente el único medio existente para hacer cumplir la voluntad del testador (SSTS, de 29 de enero de 1955⁴⁰⁷⁷ y 25 de enero de 1971⁴⁰⁷⁸)”.

(i).- Matrimonio

Art. 793 CC: “*La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste.*”

Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo.”.

Por “*condición absoluta*” se entiende, según Galicia Aizpurua⁴⁰⁷⁹, aquella que excluya el matrimonio con cualquier persona (no casarse con nadie), perpetuamente (no casarse nunca) y bajo cualquier circunstancia (no casarse en ningún caso)”. No lo sería la que rechace el matrimonio “durante un determinado período de tiempo (p. ej., hasta una cierta edad o hasta que se terminen los estudios universitarios) o mientras no concurren ciertas circunstancias (p. ej., hasta que se obtenga un empleo o un cierto nivel de ingresos)”.

Sí que puede establecer esta condición al viudo o viuda su difunto consorte o los ascendientes o descendientes de este. Soslayando justificaciones decimonónicas, el fundamento actual sería “la vertiente patrimonial inherente a toda atribución *mortis causa*” y evitar “que los bienes objeto de la disposición acaben aprovechando a personas distintas a su inicial destinatario, a quien se concedió” por “especial vínculo⁴⁰⁸⁰”. La incluye la STS, de 11 de junio de 1964⁴⁰⁸¹.

⁴⁰⁷⁴ RJ 1959, 2008

⁴⁰⁷⁵ RJ 1963, 2745

⁴⁰⁷⁶ RJ 1964, 5080

⁴⁰⁷⁷ RJ 1955, 126

⁴⁰⁷⁸ RJ 1971, 288

⁴⁰⁷⁹ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 793”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5769-5771.

⁴⁰⁸⁰ TORRALBA SORIANO, V., “Com. art. 793”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. II, 2ª ed., ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, p. 1950.

⁴⁰⁸¹ TOL 4.324.439. Equipara a las ulteriores nupcias el hecho de la unión ilícita que pone de manifiesto la concepción de un hijo reconocido como natural por la viuda.

ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al art. 793”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pp. 419 y ss.

“Será cuestión de interpretación testamentaria la de determinar si en la prohibición de contraer matrimonio ha de subsumirse o no la de constituir unión de hecho⁴⁰⁸²”. La incluye la STS, de 11 de junio de 1964⁴⁰⁸³.

Podrían establecerse otras condiciones referentes al matrimonio, p. ej.: la genérica de contraerlo y la específica de casarse o no con una persona concreta.

Habrà que ver el caso y “la finalidad con la que el testador impuso la condición y, en función de ella y de la conciencia social imperante (art 3.1 CC), decidir acerca de su admisibilidad” o no según el art. 792 CC.”.

(ii).- Condiciones captatorias

Son aquellas, indica Galicia Aizpurua⁴⁰⁸⁴, “mediante las cuales el testador persigue influir en la última voluntad del heredero o legatario a quien instituye para que, a su vez, establezca en su propio acto *mortis causa* otra disposición que favorezca, ya al propio testador, ya a la persona que él señale”.

Son contrarias a la moral y a la ley, apunta Roca-Sastre⁴⁰⁸⁵, “por ser atentatorias de la libertad de testar”. El art. 794 CC establece “*Serà nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona.*”. El art. protege la libertad testamentaria.

La norma sigue “la línea trazada por los arts. 669 y 1271 párr. 2º CC”. Aunque ha sido criticada por algunos autores⁴⁰⁸⁶.

El art. 794 CC constituye un límite específico “a las opciones de influir en el ánimo del sucesor y no una regla general en virtud de la cual se excluya cualquier posibilidad en este sentido”. No serían captatorias las siguientes condiciones, según Albaladejo García⁴⁰⁸⁷:

– “No otorgar testamento, para que la herencia del instituido se defiera abintestato”.

⁴⁰⁸² ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al art. 793”, cit., pp. 438-440.

⁴⁰⁸³ TOL 4.324.439

⁴⁰⁸⁴ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 794”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5773-5774.

⁴⁰⁸⁵ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 306.

⁴⁰⁸⁶ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Comentario al art. 793 CC”, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, ed. Lex Nova, 2010, p. 910, que resalta su desacierto.

⁴⁰⁸⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al art. 794”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pp. 455 y ss.

– “Que el instituido no modifique alguna disposición que pudiera tener ya otorgada en favor del testador o de otra persona”.

– “Que no se favorezca a cierta persona o a alguna de las pertenecientes a determinada categoría o grupo”.

– Que el heredero se atenga a ciertas reglas “al designar sucesor o que las observe si las que nombra son determinadas personas (como p. ej., que si instituye a sus hijos, lo haga por partes iguales)”.

Habrà que ver caso por caso para decidir⁴⁰⁸⁸.

2.- Término

2.1.- Concepto

Art. 805 CC: *“Serà válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado.*

En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, o cuando éste concluya, se entenderà llamado el sucesor legítimo. Mas en el primer caso, no entrará éste en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido.”.

Tiene relación con el art. 1125 CC en tema de obligaciones⁴⁰⁸⁹. Por tanto, es plazo o término el referido a un día que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo y si la incertidumbre es si ha de llegar o no el día, será una condición. La exacta calificación dependerà de la voluntad del causante. P. ej., “el tiempo que tarde una persona en llegar a determinada edad”, normalmente será una condición de que llegue la persona a la edad señalada, pero puede ser “un plazo cuando se acredite que fue intención del causante indicar exclusivamente un período de tiempo⁴⁰⁹⁰”.

“Al ser la del llamado a término inicial una expectativa segura y cierta” es transmisible a sus herederos si sobrevive al testador, pero fallece antes de la llegada del

⁴⁰⁸⁸ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 794”, , pp. 5775-5776.

⁴⁰⁸⁹ Art. 1125 CC: *“Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue.*

Entiéndese por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo. [...]”.

⁴⁰⁹⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario al art. 805”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pp. 547-548.

término (art. 799 CC). Y lo mismo vale para el heredero intestado “que ha de suceder tras el instituido por el causante a término resolutorio o final”⁴⁰⁹¹.

2.2.- Clases

El término puede ser de dos tipos, inicial y final, según Roca-Sastre⁴⁰⁹²:

“En la institución de heredero bajo término o plazo suspensivo o inicial, o sea, desde cierto día (*ex die*), se suspende la adquisición de los bienes y derechos de la herencia, pero no la obtención del título de heredero, hasta que llegue dicho día”.

“La hecha bajo término o plazo resolutorio o final, o sea hasta cierto día (*in die*), dicha adquisición hereditaria se termina cuando llegue el día señalado”.

2.3.- Relación con la sustitución fideicomisaria

También es cuestión de interpretación de la voluntad testamentaria la de cuándo hay institución a plazo y cuándo sustitución fideicomisaria. No hay problema si el otorgante ha efectuado un solo llamamiento, sea bajo término suspensivo o resolutorio, a los que se refiere el art. 805 CC. La duda surge si se designa a ambos sucesores, hasta y a partir de un día cierto o incierto. Pues bien, parece lógico que habrá fideicomiso si su voluntad ha sido la de que el segundo sucesor reciba la herencia en caso de fallo del primero; si, su deseo es que el segundo recibiera el caudal a partir del momento indicado y sin posibilidad de adelantar su entrada, habrá herencia a término⁴⁰⁹³.

Comenta Galicia Aizpurua⁴⁰⁹⁴ que “a falta de previsión específica por parte del CC”, la doctrina cree que por analogía con la institución fideicomisaria se aplica a la institución a plazo las reglas de aquella “en todo lo relativo a la administración, conservación, enajenación y restitución de los bienes fideicomitidos, relaciones entre el heredero anterior y el ulterior al vencer el plazo y pago de deudas hereditarias”.

Se lamenta Roca-Sastre⁴⁰⁹⁵ “que este precepto no haya seguido el buen criterio de adoptar la fórmula fideicomisaria” como reguladora del supuesto, aunque “se da la característica fideicomisaria de la dualidad de llamamientos sucesivos, o sea, que

⁴⁰⁹¹ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 805”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5826-5827.

⁴⁰⁹² ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 306-307.

⁴⁰⁹³ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil*, t. V: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 278.

⁴⁰⁹⁴ GALICIA AIZPURUA, G., “Art. 805”, cit., p. 5829.

⁴⁰⁹⁵ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 307-308.

además del llamamiento expreso existe otro presunto a favor de los herederos intestados del testador”. Indica que “el heredero instituido vitaliciamente” es “de un heredero temporal, o sea, sujeto a término resolutorio (*dies ad quem*) consistente en la muerte del propio heredero, con aplicación del art. 805 párr. 2 CC”, es decir, que está “gravado de restitución fideicomisaria a favor de los que eran herederos intestados al fallecimiento del causante, pues en el régimen del CC el *dies incertus quando*, como la muerte del instituido, no es, en principio, condición sino término”. Así, la STS, de 25 de octubre de 1954⁴⁰⁹⁶.

También Vallet de Goytisolo⁴⁰⁹⁷ cree que hay una sustitución fideicomisaria.

3.- Modo

3.1.- Concepto

El modo, también es llamado carga, carga modal, obligación modal o gravamen.

Roca-Sastre⁴⁰⁹⁸ da un concepto descriptivo: “es un elemento accidental de un negocio jurídico de liberalidad, por el cual el disponente sujeta al heredero, legatario o donatario a la obligación o a la carga de una prestación, de un destino o aplicación o de una prohibición o limitación de disponer, sin que por el fin a que el mismo responde atribuya propiamente derecho subjetivo alguno al favorecido o favorecidos, por no conceder sino a determinadas personas la simple acción de exigir su ejecución”.

Vallet de Goytisolo⁴⁰⁹⁹ afirma que se trata de una disposición accesorio de otra principal perfecta, que supone un gravamen futuro para el beneficiado por esta y que no la suspende.

Podemos considerar el modo testamentario como aquella disposición agregada por el testador a la institución de heredero o al legado en cuya virtud los beneficiados con ella quedan sujetos, a su vez, al cumplimiento de una carga en favor del propio disponente o de un tercero. El objeto del modo es una prestación que se corresponde con las que para las obligaciones establece el art. 1088 CC: “*Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.*”. También puede ser una combinación de las mismas. En la práctica, en la mayoría de las ocasiones consiste en una prestación de hacer.

⁴⁰⁹⁶ TOL 4.385.160

⁴⁰⁹⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *si sine liberis decesserit*”, en *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. I, ed. Montecorvo, Madrid, 1980, pp. 217 y ss.

⁴⁰⁹⁸ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 309-310.

⁴⁰⁹⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, cit., p. 465.

El contenido de la disposición modal puede ser muy variado: imponer una prestación patrimonial, el destino de determinados bienes hereditarios, la imposición de una conducta al heredero a favor de otras personas o de una prohibición o limitación de disponer o cualquier otro tipo de obligación; siempre que haya de cumplirse una vez fallecido el testador.

Nuestro CC, se refiere al modo en sus arts. 797 y 798 CC⁴¹⁰⁰ que establecen:

Art. 797 CC: *“La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad.*

Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación.”.

Art. 798 CC: *“Cuando, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, no pueda tener efecto la institución o el legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad.*

Cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición.”.

Aunque estos arts. no hablan explícitamente de modo, se refieren al mismo como reconoce la doctrina de modo unánime.

El contenido de los arts. 797 y 798 CC no es exhaustivo, el concepto del art. 797 párr. 1º CC es incompleto, pues no recoge la posibilidad de que el modo consista en una

⁴¹⁰⁰ Relacionado con las disposiciones está el art. 788 CC que establece: *“Será válida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes o en favor de los pobres o de cualquiera establecimiento de beneficencia o de instrucción pública, bajo las condiciones siguientes:*

Si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero o herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele.

Si la carga fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca.

La capitalización e imposición del capital se hará interviniendo el Gobernador civil de la provincia y con audiencia del Ministerio Público.

En todo caso, cuando el testador no hubiere establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la Autoridad administrativa a quien corresponda con arreglo a las leyes.”.

prohibición de disponer. Además, deja muchas cuestiones sin resolver⁴¹⁰¹, y tiene deficiencias que ha tratado de subsanar la doctrina⁴¹⁰².

El uso del modo no es frecuente y sobre él ha recaído escasa jurisprudencia, quizá porque para lograr el cumplimiento de la voluntad del testador son más efectivas las condiciones testamentarias.

Como la voluntad del testador es ley de la sucesión, contra más claro exprese su voluntad real, mejor. Debería especificar si establece un modo o una condición y hacerlo lo más claramente posible.

Hay diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del modo, expuestas por Castán Tobeñas⁴¹⁰³ y recogidas por Roca-Sastre⁴¹⁰⁴, “como son las de modalidad, del fin, del destino patrimonial, de la carga, de la obligación” y las eclécticas. De ellas se puede deducir que “el modo es una carga en sentido general”, que puede ser obligacional o real.

Leña Fernández⁴¹⁰⁵ indica que el art. 797 CC “permite al testador nombrar a una persona heredero o legatario imponiéndole, a la vez, un modo o carga”. En caso de personas con discapacidad, “tal modo o carga consistirá en una prestación de dar (gastos de alimentos en sentido amplio) y de hacer (cuidados y atenciones) en favor del disminuido. En muchas ocasiones esta disposición consiste en el legado de un piso o vivienda, de una finca o del negocio familiar a uno de los hijos con la obligación de tener, a su cargo y en su compañía, al disminuido, proporcionándole los cuidados y atenciones necesarios”.

3.2.- Clases

Podemos distinguir diversas clases según el punto de partida. Según Roca-Sastre⁴¹⁰⁶, puede ser:

- 1.- De prestación, destino o aplicación y de prohibición o limitación de disponer.

⁴¹⁰¹ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, cit., p. 465; LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil*, t. V: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 284.

⁴¹⁰² VERDERA SERVER, R., “Arts. 797-798”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5784-5785.

⁴¹⁰³ CASTÁN TOBEÑAS, J., “El modo en los actos jurídicos. Concepto del modo”, t. III, *Revista Derecho Privado*, 1921, pp. 211 y ss.

⁴¹⁰⁴ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 310-311.

⁴¹⁰⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 394-395.

⁴¹⁰⁶ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 310-311, 317-318.

– “La imposición de una prestación puede darse, p. ej., cuando se establece que el heredero o legatario destine periódicamente rentas o una cantidad determinada a obras benéficas”. Es el caso del art. 788 párr. 1º CC.

– “Imponer un destino o aplicación consiste, p. ej., en disponer que algo de la herencia se destine a museo, a biblioteca o que cierta cantidad se aplique a construir un panteón, etc.”.

– “Imponer una prohibición o limitación de disponer” (que siempre debe ser temporal) “consiste en establecer que el heredero o legatario no puedan enajenar o gravar la herencia o bienes y derechos de la misma, mientras viva una determinada persona, mientras no lleguen a cierta edad, mientras no haya hijos, o no lo consientan ciertas personas, o no ocurra determinado acontecimiento, etc.”.

2.- De interés público o privado, según los intereses a los que afecte, incluyendo en el interés público, benéfico, docente, laboral o piadoso.

3.- Obligacional o real.

4.- Simple, no causalizado y no cualificado o complejo y cualificado, lo que tiene relevancia “a los efectos del incumplimiento del mismo por parte del heredero o legatario gravados”.

3.3.- Bienes atribuibles

Leña Fernández⁴¹⁰⁷, respecto a la parte de bienes que el testador puede atribuir con el gravamen del modo, señala que se “deberá tener en cuenta que la parte correspondiente a la legítima de los herederos o legatarios no podrá ser afectada por este”.

Si el heredero o legatario gravado es un extraño, p. ej. una fundación tutelar, el testador podrá dejarle una tercera parte de los bienes. También “puede combinar esta herencia o legado modal con otras figuras, como es la de nombrar heredero o legatario al discapacitado en el tercio de mejora y en su legítima estricta, y nombrando, a su vez, a esa persona o entidad, heredera, por sustitución pupilar o ejemplar del discapacitado, con carácter condicional a que, al tiempo del fallecimiento de éste, pueda constatarse (por el albacea) que esa entidad ha cumplido la condición suspensiva de haber cuidado y atendido al disminuido en la forma establecida por el testador”.

⁴¹⁰⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 401-402.

“Si el heredero o legatario gravado es un hermano del disminuido (supuesto habitual) el testador podrá dejarle hasta dos tercios de la herencia (el de libre disposición y el de mejora) con el gravamen referido”, en favor de otro legitimario (el hijo disminuido). La parte que le corresponda a este heredero o legatario gravado en el tercio restante, la legítima estricta, deberá serle atribuida libre de cualquier clase de gravamen.

3.4.- Modo y condición

3.4.1.- Distinción

Leña Fernández⁴¹⁰⁸ indica que el testador deberá “despejar cualquier duda respecto a la naturaleza condicional o modal de la carga.

La jurisprudencia y la doctrina han tratado de establecer unos criterios de distinción entre el modo y la condición⁴¹⁰⁹, especialmente Vallet de Goytisoló⁴¹¹⁰. Como el art. 797 párr. 2º CC establece: “*Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego [...]*”, y, como indica Verdera Server⁴¹¹¹, “dado que la condición resolutoria no impide que se reclame desde luego lo así dejado, la contraposición básica se plantea entre condición suspensiva y modo testamentario”.

La condición suspensiva se distingue del modo “por la distinta eficacia en la atribución sucesoria de un determinado evento. La condición suspende la eficacia de la atribución, pero no impone el cumplimiento del evento, el modo no altera la eficacia de la atribución, pero impone la realización de ese evento”, STS, de 9 de octubre de 2003⁴¹¹² y RDGRN, de 19 de mayo de 2005⁴¹¹³.

⁴¹⁰⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., p. 395.

⁴¹⁰⁹ MONTÉS PENADÉS, V.L., “El modo testamentario y las prohibiciones de disponer”, *Anuario de Derecho Civil*, nº XXVII, abr-jun 1974, pp. 302-307; VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, cit., pp. 473 y ss.

⁴¹¹⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de sucesiones. I Fundamentos*, cit., pp. 406 y ss.

⁴¹¹¹ VERDERA SERVER, R., “Arts. 797-798”, cit., pp. 5788-5790.

⁴¹¹² RJ 2003, 7232

⁴¹¹³ RJ 2006, 15

La condición resolutoria se diferencia del modo en que el incumplimiento de este “no siempre produce efectos resolutivos”, lo que sí sucede con la condición resolutoria⁴¹¹⁴.

En principio, si la voluntad del testador es que la carga se cumpla antes de recibir la atribución es condición, si quiere que se cumpla después de recibirla es modo.

“El modo implica siempre una actividad del gravado” y “la condición puede suponerla o no”, no la hay en las condiciones causales, sí la hay en las condiciones mixtas o potestativas⁴¹¹⁵.

“El art. 797 párr. 1º CC establece un criterio que facilita la distinción” “*no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad.*”. Luego salvo que la voluntad del causante sea o parezca ser, que se considere condición, se entenderá como modo, por ello cualquier duda al respecto se resolverá en contra de la condición, STS, de 18 de diciembre de 1965⁴¹¹⁶, 17 de mayo de 1971⁴¹¹⁷ y 28 de mayo de 1994⁴¹¹⁸. Albaladejo García⁴¹¹⁹ indica que, para ser condición, ha de constar así, pues de lo contrario se reputa carga; ello implica que, en caso de duda, se opta por la carga. Se presume la carga y no la condición⁴¹²⁰.

Albaladejo García⁴¹²¹ señala que se prefiere el modo porque “supone una menor limitación que la condición y las limitaciones no se presumen y han de interpretarse restrictivamente. El modo resulta más beneficioso para el instituido que la condición”.

Habría que analizar en cada caso la disposición testamentaria determinada para distinguir si es modo o condición.

La doctrina jurídica, según Leña Fernández⁴¹²², “ha discutido largamente respecto a la diferenciación de ambas figuras: llamamiento modal y llamamiento condicional”. Respecto a la persona con discapacidad, cabría decir:

⁴¹¹⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 507.

⁴¹¹⁵ TORRALBA SORIANO, V., *El modo en el Derecho civil*, cit., p. 94.

⁴¹¹⁶ TOL 4.307.981

⁴¹¹⁷ RJ 1971, 3158

⁴¹¹⁸ RJ 1994, 6723

⁴¹¹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., p. 488.

⁴¹²⁰ TORRALBA SORIANO, V., “Com. arts. 797 y 798”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. II, 2ª ed., ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, p. 1956; LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil*, t. V: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 283. Vid también STS, de 28 de mayo de 1994 (RJ 1994, 6723).

⁴¹²¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., p. 489.

1.- Mientras que la condición de prestar atenciones y cuidados al disminuido no es exigible judicialmente al heredero o legatario condicional, el modo sí lo es al ser una obligación del gravado.

2.- El llamado bajo condición suspensiva no tiene la posesión y administración de los bienes, luego no tiene obligación de prestar fianza. Sin embargo, llamado por condición resolutoria o bajo cláusula modal sí entra en esa posesión y administración y han de prestar fianza, todo ello salvo que el testador ordene lo contrario.

3.- El incumplimiento de las atenciones y cuidados puestos como condición resolutoria producen automáticamente la revocación o resolución del llamamiento como heredero o legatario, pero el incumplimiento de los puestos como gravamen modal necesitarán la pertinente decisión judicial, previo ejercicio de la correspondiente acción por parte de los interesados.

4.- El fallecimiento del heredero o legatario condicional ocurrido antes del transcurso del tiempo establecido para el cumplimiento de la condición (es decir antes del fallecimiento del disminuido) no produce la transmisión a sus herederos la herencia o legado con el mismo condicionamiento (a no ser que el testador lo hubiese dispuesto así). En cambio, el fallecimiento del heredero o legatario gravados con la carga modal, ocurrido antes del total cumplimiento de la misma, sí que produce tal transmisión con la obligación del cumplimiento de la carga.

5.- Mientras para la condición no se prevé por la ley la posibilidad de un cumplimiento analógico, para el cumplimiento del modo sí se prevé en el art. 798 CC, aunque parte de la doctrina es partidaria de aplicar este art. por analogía a la institución condicional.

3.4.2.- Régimen jurídico

Obviamente, la existencia de un modo o de una condición supone la aplicación de diferentes regímenes jurídicos.

– La doctrina⁴¹²³ señala la aplicación del art. 759 CC a la condición pero no al modo testamentario, con lo que si el heredero o legatario fallece, la atribución se transmitirá *mortis causa* a sus herederos si está pendiente de cumplimiento del modo, y no se transmitirá si está la condición pendiente.

⁴¹²² LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 396-397.

⁴¹²³ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., p. 489.

– El art. 798 párr. 2º CC da por cumplida la condición si el interesado: “[...] *en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento* [...]”. La literalidad del precepto al hablar de condición puede hacer dudar sobre si se aplica al modo⁴¹²⁴.

Tanto si se piensa que la referencia a la condición del art 798 CC, dice Verdera Server⁴¹²⁵, “es un lapsus del legislador que pretendía referirse al modo como si no, no hay problema en aplicarlo analógicamente al otro supuesto.

– La disposición se perjudica y se entiende por no hecha si se incumple la condición, pero si se incumple el modo no se perjudica la disposición, y solo da lugar a la acción para exigir su cumplimiento.

– Si por una razón causal la condición no puede cumplirse, la disposición no tiene lugar. Si no se puede cumplir el modo no se invalida la atribución.

La STS, de 21 de enero de 2003⁴¹²⁶, trata sobre si en un testamento se establece una condición o un modo. Afirma el TS que “*la principal finalidad de la interpretación del testamento es investigar la voluntad real o al menos probable del testador, en sí misma, atendiendo incluso a circunstancias exteriores al testamento (SSTS, de 29 de enero 1985⁴¹²⁷ y de 26 de abril de 1997⁴¹²⁸) [...] ante notario y por tanto sin poder desconocerse la función de éste en relación con la expresión de la voluntad de la testadora, se omite por completo el término «condición» y, en cambio, se consigna expresamente el concepto de «obligación modal»; [...] lo mismo sucede si, en virtud de la duda que técnicamente podría suscitar la incompatibilidad del modo con una obligación no ligada a los bienes de la testadora para después de su muerte, cual sería la de cuidarla y vivir con ella en vida, se investiga su voluntad acudiendo a circunstancias exteriores o extrínsecas al propio testamento [...] tan significativas como sus dos testamentos anteriores, pues en éstos, en cambio, sí se supeditan muy claramente la mejora y el legado a una "condición"*”.

3.5.- Requisitos

⁴¹²⁴ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., p. 963; se refiere tanto a la condición como al modo: el interesado en que se cumpla ha de ser el destinatario del modo.

⁴¹²⁵ VERDERA SERVER, R., “Arts. 797-798”, cit., pp. 5791-5792.

⁴¹²⁶ RJ 2003, 604

⁴¹²⁷ RJ 1985, 206

⁴¹²⁸ RJ 1997, 3542

En la prestación modal, apunta Verdera Server⁴¹²⁹, “deben concurrir los mismos requisitos que en cualquier otra obligación: posibilidad, licitud y determinación o determinabilidad”.

Si falta alguno de estos requisitos la institución o el legado se adquieren libres de cargas, salvo que del testamento resulte “que el testador no hubiera efectuado la atribución sin la carga que consideraba posible y lícita⁴¹³⁰”.

Se duda sobre el momento en que “debe valorarse la concurrencia de los requisitos”. Puede “atenderse al momento de otorgamiento del testamento, al momento de la muerte del testador o al momento en que se pretende su cumplimiento”. Albaladejo García⁴¹³¹ indica que, “en principio, debe atenderse al momento en que se otorga el testamento”, sin excluir los otros momentos, en función de la voluntad del testador. Un criterio cumulativo es seguido por la STS, de 10 de mayo de 1991⁴¹³².

Si concurren los requisitos *ab initio* y luego se pierden “sin culpa del heredero o legatario”, deberá cumplirse en otros términos, “los más conformes y análogos a la voluntad del testador (art. 798 párr. 1º CC)⁴¹³³”.

3.5.1.- Lícito y posible

Roca-Sastre⁴¹³⁴ indica que “el modo ha de ser lícito y posible”.

“Será ilícito el modo contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres”, en línea con el art. 1255 CC⁴¹³⁵.

Será imposible cuando imponga algo que no pueda realizarse⁴¹³⁶.

“Cuando el modo sea ilícito o imposible el mismo se tendrá por no puesto” y “la institución de heredero o del legado” seguirán siendo eficaces salvo que se demuestre que el cumplimiento del modo fue el motivo por el que el testador otorgó el acto de liberalidad.

⁴¹²⁹ VERDERA SERVER, R., “Arts. 797-798”, cit., pp. 5795.

⁴¹³⁰ LUNA SERRANO, A., “Disciplina del modo testamentario imposible”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 21, nº 1, 1968, pp. 124-127.

⁴¹³¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., pp. 494-495.

⁴¹³² RJ 1991, 9815

⁴¹³³ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., p. 491.

⁴¹³⁴ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 312-313.

⁴¹³⁵ Art. 1255 CC: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.*”.

⁴¹³⁶ En la misma línea, el art. 1272 CC: “*No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles.*”.

El modo imposible se puede conmutar, conforme al art. 798 párr. 1º CC, cumpliéndolo en los términos más análogos y conformes a la voluntad del testador, salvo que este lo prohíba expresamente. No es imposible cuando pueda cumplirse y conseguirse la misma finalidad querida por el disponente, aunque sea en medida inferior o en términos distintos a los establecidos por él. El TS admite la conmutación modal, entre otras, en SSTs, de 30 de octubre de 1944⁴¹³⁷, 9 de febrero de 1948⁴¹³⁸ y 9 de junio de 1971⁴¹³⁹.

3.5.2.- Determinado o determinable

Como hemos visto, el modo debe tener los mismos requisitos que cualquier obligación y por tanto ha de ser determinado o poder determinarse. Es decir, debe referirse a algo en particular perfectamente fijado y claro o que puede determinarse siguiendo cualquier criterio que fije el testador. En el mismo sentido, el art. 1273 CC: *“El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes.”*.

3.5.3.- Liberalidad

Señala Roca-Sastre⁴¹⁴⁰ que “el modo únicamente cabe en los actos de liberalidad, es decir, en la institución de heredero, legado y donación”.

“No cabe en los contratos o negocios a título oneroso, porque en tales casos habría una contraprestación”. Indica Oertmann⁴¹⁴¹ que si en un contrato bilateral una de las partes adquiere frente a la otra una prestación parecida al modo, esta será una contraprestación o equivalente a otra u otras prestaciones que realice la otra parte.

3.5.4.- Accesorio

⁴¹³⁷ RJ 1944, 1180

⁴¹³⁸ RJ 1948, 275

⁴¹³⁹ RJ 1971, 3158

⁴¹⁴⁰ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 314.

⁴¹⁴¹ OERTMANN, P., *Introducción al Derecho civil*, ed. Labor, Barcelona, 1933.

Hay alguna discusión doctrinal sobre si el modo testamentario es una disposición accesoria de la institución de heredero o del legado o tiene carácter autónomo, con lo que se trataría de un tipo de institución singular a título particular⁴¹⁴².

Como sostiene Roca-Sastre⁴¹⁴³, “el modo es una figura accesoria de un negocio jurídico principal, sin ser acto sustantivo, pues presupone un acto de disposición de una herencia o legado (o una donación), que queda completo o subsiste por sí solo, pero al que el disponente añade o adjunta otro elemento consistente en una prestación, destino o prohibición de disponer”.

Si el modo fuera disposición principal, lo que surge es una condición.

Esta accesoriedad es de secuela o post y “no una accesoriedad de requisito previo o antecedente, como la condición suspensiva. El heredero o legatario que está sujeto a un modo no deja por ello de adquirir la herencia o legado”. El cumplimiento del modo es posterior. Por tanto, si del cumplimiento de una prestación se hace depender la delación o la adquisición habrá una condición suspensiva y no un modo.

3.6.- Efectos

3.6.1.- Garantías

El art. 797 párr. 2º CC dice: *“Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación.”*.

Esta norma tiene importantes dificultades interpretativas.

La primera cuestión que se suscita es el carácter imperativo o no de esta garantía. La doctrina considera que el testador puede dispensarla⁴¹⁴⁴, ya que su finalidad es tratar de asegurar el cumplimiento de la voluntad del causante, por lo que este podrá establecer los criterios que considere más oportunos, haciendo menos onerosa la prestación de la garantía o seleccionando los sujetos que deben prestarla. La STS, de 11 de marzo de 1911⁴¹⁴⁵, “admitió que el causante pudiera dispensar de la fianza al heredero o al legatario gravado con el modo”.

⁴¹⁴² TORRALBA SORIANO, V., *El modo en el Derecho civil*, cit., pp. 174 y ss.

⁴¹⁴³ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, cit., pág.317.

⁴¹⁴⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., p. 490.

⁴¹⁴⁵ JC 1911, n.º 104

Verdera Server⁴¹⁴⁶ indica que “la determinación de quiénes están obligados a otorgar las garantías” plantea dudas. La expresión “*es transmisible a los herederos*” podría inducir a pensar que solo “los herederos del instituido modalmente” están obligados al otorgamiento de las garantías por su literalidad y por la diferente relación que tendrá el testador con el primer instituido designado por él, y con los herederos del primer instituido⁴¹⁴⁷”. Se entiende que también el primer instituido bajo carga debe prestar dichas garantías⁴¹⁴⁸. Por lógica, ya que no tendría sentido exigir garantías solo a los ulteriores herederos si lo que se quiere es salvaguardar la voluntad del testador, y porque se produjo un cambio en la redacción del gerundio “*afianzando*”, por la expresión “*que afiancen*”; que no pretendía producir la exclusión del primer instituido en la prestación de esas garantías.

La cuantía de la garantía será difícil de calcular previamente ya que ha de cubrir también los frutos e intereses percibidos y no sabemos cuáles serán.

Aunque el art. 797 párr. 2º CC solo habla de fianza, es admisible cualquier clase de garantía que asegure la finalidad que se pretende alcanzar.

Si no se prestan las garantías, en lugar de serle entregada la herencia, se pondrá en administración hasta que se afiance o hasta que se cumpla la carga. Administración que se regirá por analogía por los arts. 801 y ss. CC.

Pueden pedir garantías quienes pueden pedir el cumplimiento de la carga⁴¹⁴⁹.

3.6.2.- Cumplimiento

El modo ha de ser vinculante porque en caso contrario estaríamos ante un simple ruego, consejo o recomendación, que no lo son.

Puede configurarse como un gravamen real con lo que sería vinculante *per se*. Pero normalmente se establece como mera obligación del heredero o legatario, y en este caso debe imponerse como algo vinculante. En todo caso, la persona gravada con el modo debe cumplirlo, y tanto si se impone como obligación, como si se impone como gravamen real, ha de cumplirse igual que toda obligación o carga real.

⁴¹⁴⁶ VERDERA SERVER, R., “Arts. 797-798”, cit., pp. 5792-5795.

⁴¹⁴⁷ Que puede que hasta ignoren quiénes vayan a ser.

⁴¹⁴⁸ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, cit., p. 477; ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., pp. 491-492; LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, t. V: Derecho de sucesiones*, cit., p. 284, nt. 1.

⁴¹⁴⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., p. 490.

Como quiera que el CC no tiene ninguna previsión para la hipótesis de cumplimiento de la prestación modal en sus propios términos, la doctrina coincide en la aplicación de las reglas sobre pago de las obligaciones⁴¹⁵⁰.

Leña Fernández⁴¹⁵¹ destaca que dados los problemas que pueden presentarse acerca del juicio que pueda merecer el cumplimiento de la carga de “proporcionar las atenciones y cuidados necesarios al disminuido, es también conveniente que el testador remita su determinación al parecer de una o varias personas de su confianza (pueden ser el tutor o uno o varios albaceas)”.

3.6.2.1.- Tiempo

La carga que impone el testador es exigible al heredero desde la aceptación de la herencia; y al legatario desde la muerte del testador, al adquirir automáticamente el legado⁴¹⁵².

No hay ninguna previsión, destaca Verdera Server⁴¹⁵³, “acerca del período de tiempo del que dispone el heredero o el legatario gravados para verificar la conducta objeto de la carga”. Si el testador fija el período de tiempo en el que se puede cumplir el modo, o este se dedujera claramente de la carga atribuida, no hay problema.

Si el testador no prevé nada, habrá que analizar si se puede inferir que se ha querido conceder un plazo al gravado (art. 1128 CC)”. Si no se puede, se aplicarán “los criterios generales, en cuya virtud, al no existir plazo ni condición, la prestación modal debe cumplirse desde el mismo instante en que la asuma el gravado⁴¹⁵⁴”.

3.6.2.2.- En vida del causante

La prestación modal podría consistir parcial o totalmente en el desarrollo de una conducta que no comienza con la muerte del testador. Así, la STS de 18 de diciembre de 1953⁴¹⁵⁵, imponía al heredero que hasta la muerte del testador y la de su esposa, estuviera en su compañía y los cuidara y atendiera.

⁴¹⁵⁰ MONTÉS PENADÉS, V.L., “El modo testamentario y las prohibiciones de disponer”, cit., p. 318; ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., pp. 497-498.

⁴¹⁵¹ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., p. 403.

⁴¹⁵² ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., p. 498.

⁴¹⁵³ VERDERA SERVER, R., “Arts. 797-798”, cit., pp. 5796-5797.

⁴¹⁵⁴ Arts. 1113 párr. 1º y 1125 párr. 1º CC, con los matices que se derivan de la buena fe y del art. 1128 CC.

⁴¹⁵⁵ RJ 1954, 675

Albaladejo García⁴¹⁵⁶ señala que “no hay inconveniente en que el modo consista en una obligación que deba ser cumplida en vida del causante, puesto que la esencia del modo es la imposición de una obligación al instituido” y no que se cumpla obligatoriamente después de su muerte. Y si el modo se ha cumplido antes del fallecimiento del causante se sucederá puramente, habrá institución modal, pero no sucesión modal. Si el modo puede asimilarse a una condición casual o mixta, “la aplicación de los criterios del art. 796 CC conduce a conclusiones similares⁴¹⁵⁷”.

Así, si el contenido de la prestación modal no es repetible, no hay problema por cuanto el segundo cumplimiento es imposible (arts. 795 párr. 2º CC y 796 párr. 3º CC). Las dudas surgen si puede efectuarse un segundo cumplimiento. En defensa de que no es necesario se esgrimen “razones de equidad y de *favor debitoris*” y que el objetivo perseguido por el causante ya se ha cumplido, por lo que su voluntad ya está respetada. En sentido de exigirlo se alega “el acatamiento del mandato del testador” y la aplicación analógica de los arts. 795 y 796 CC.

3.6.3.- Incumplimiento

Alguno de los criterios que se utilizan en el ámbito del incumplimiento en general pueden aplicarse al incumplimiento del modo. Habrá que atender a si, a pesar del incumplimiento, la prestación modal es posible o imposible. En este segundo caso, conforme al art. 798 CC, se debe tener en cuenta si esa imposibilidad proviene o no de culpa del gravado. En cada caso deberá analizarse, además si cabe el cumplimiento forzoso, la resolución con restitución de lo percibido, la reclamación de daños y perjuicios o si se produce la extinción del gravamen.

Si se incumple la institución modal, hay que devolver lo percibido con sus frutos e intereses, según el art. 797 párr. 2º CC. Pero no distingue esta norma en función del tipo de incumplimiento, lo que sí hace el art. 798 CC, según Torralba Soriano⁴¹⁵⁸, “la resolución solo procede cuando haya sido determinante de la atribución o cuando exista una fianza en los términos del art. 797 párr. 2º CC; Verdera Server⁴¹⁵⁹ cree que la “restitución solo tiene sentido cuando la inejecución obedezca a culpa o hecho propio del heredero o legatario”. Sin embargo, “la falta de conexión entre los arts. 797 y 798

⁴¹⁵⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., pp. 496-497.

⁴¹⁵⁷ VERDERA SERVER, R., “Arts. 797-798”, cit., p. 5797.

⁴¹⁵⁸ TORRALBA SORIANO, V., *El modo en el Derecho civil*, cit., pp. 241-246.

⁴¹⁵⁹ VERDERA SERVER, R., “Arts. 797-798”, cit., pp. 5802-5803.

CC deja sin solución específica la existencia. de una posible jerarquía entre los diversos remedios frente al incumplimiento del gravado”.

Leña Fernández⁴¹⁶⁰, sobre “si se produce la resolución del contenido patrimonial del llamamiento por el incumplimiento culpable del modo”, indica que “se produce una discusión doctrinal entre los que estiman que no se producirá si el testador no lo ha dispuesto expresamente y los que estiman que el propio art. 797 CC la consagra al prever una fianza que garantice los efectos de esta resolución cuales son *«la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses»* si faltaren al cumplimiento de la obligación modal”.

Lo mejor será que el testador precise en su testamento si el modo es determinante de la atribución patrimonial por lo que, si así fuere, procederá la resolución.

Si el incumplimiento se produce por fallecimiento del gravado, caso fortuito o fuerza mayor, el testador deberá establecer si con ello se purifica el llamamiento, o si hay otra persona que pudiera realizar el modo.

3.6.3.1.- Conmutación o extinción

Art. 798 CC: *“Cuando, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, no pueda tener efecto la institución o el legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad.*

Cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición.”.

Mientras que el art. 1182 CC establece *“Quedaré extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora.”*; el art. 798 párr. 1º CC, dice Verdera Server⁴¹⁶¹, “no establece la extinción del modo, sino su cumplimiento en otros términos, los mas análogos y conformes a la voluntad del testador. Porque en el ámbito de las disposiciones testamentarias, es un principio esencial respetar y hacer cumplir la voluntad del testador, en la medida de lo razonable, por lo que se prefiere un cumplimiento análogo antes que desechar por completo la voluntad del testador⁴¹⁶²”.

⁴¹⁶⁰ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 399-401.

⁴¹⁶¹ VERDERA SERVER, R., “Arts. 797-798”, cit., pp. 5802-5803.

⁴¹⁶² BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., p. 964.

3.6.3.2.- Imposibilidad

Una vez producida la imposibilidad hay que distinguir si se ha producido por culpa o hecho propio del gravado o sin ella, porque el régimen en un caso u otro es muy diferente.

a).- Sin culpa

Si es imposible el cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario.

Se cumplirá en los términos más análogos y conformes con la voluntad del testador, conforme al art. 798 CC⁴¹⁶³. Entonces, habrá que distinguir si cabe, o no, ese cumplimiento análogo⁴¹⁶⁴. En caso de duda, “habrá que admitir la existencia de ese cumplimiento análogo⁴¹⁶⁵”. El CC no tiene ninguna regla, lo que es una de las lagunas más importantes en este tema.

Si no es posible un cumplimiento análogo, la carga se ha extinguido y el heredero o el legatario adquieren sin el correspondiente gravamen⁴¹⁶⁶. Esa conclusión puede verse alterada si dicha carga fue determinante de la institución o del legado.

Para ver si cabe cumplimiento análogo, “hay que analizar las circunstancias de cada caso”. En la STS, de 9 de junio de 1971⁴¹⁶⁷, se consideró cumplimiento análogo a la carga de mantener a ciertas personas, el pago de una pensión en metálico a los beneficiarios, ya que la convivencia entre los interesados era imposible.

Tampoco tiene el CC reglas que permitan establecer cuando hay analogía entre la prestación modal originaria y otra prestación. En caso de conflicto habrá que ir a una decisión judicial.

b).- Con culpa

Si es imposible el cumplimiento por culpa o hecho propio del heredero o legatario.

⁴¹⁶³ VERDERA SERVER, R., “Arts. 797-798”, cit., pp. 5800-5802.

⁴¹⁶⁴ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., pp. 961-964, habla de cumplimiento equivalente o por equivalente.

⁴¹⁶⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., pp. 504-505; también la STS, de 21 de enero de 2003 (RJ 2003, 604).

⁴¹⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, t. V: Derecho de sucesiones*, cit., p. 285.

⁴¹⁶⁷ RJ 1971, 3158

Este supuesto plantea muchos problemas, el CC no dice si cabe el cumplimiento análogo, variará según qué persona pretende acudir al cumplimiento análogo. Sostiene Verdera Server⁴¹⁶⁸ que “si es el propio gravado quien ofrece un cumplimiento análogo”, la doctrina mayoritaria “le niega esa posibilidad⁴¹⁶⁹”. Si otros interesados “solicitan que se produzca un cumplimiento análogo”, aunque la culpa sea del propio gravado, no parece haber obstáculos⁴¹⁷⁰. Ese cumplimiento análogo excluye la restitución de lo percibido por el gravado, pero no el ejercicio de otras acciones contra este como los daños y perjuicios.

c).- Producida por el interesado

Conforme al art. 798 párr. 2º, si el interesado impide el cumplimiento se considerará cumplida, como dice la STS, de 9 de mayo de 1990⁴¹⁷¹. Son las mismas consecuencias que en el art. 1119 CC (tener por cumplida la condición).

El impedimento al cumplimiento del art. 798 párr. 2º CC puede tener, precisa Verdera Server⁴¹⁷², “carácter temporal o definitivo”. Si es definitivo, es un caso de imposibilidad; pero no si se trata de un impedimento temporal. Si el interesado en que se cumpla, o no, solo dificulta su cumplimiento, la carga no puede entenderse cumplida, pero el gravado podrá exigir la responsabilidad a quien hace más oneroso el cumplimiento del gravamen.

“La literalidad del precepto permite afirmar que la interferencia de ese interesado al considerar cumplida la condición, implica la extinción del gravamen y la liberación del gravado”. Sin embargo, Albaladejo García⁴¹⁷³ considera que, mientras quepa cumplimiento análogo, el gravado debe prestarlo.

3.6.4.- Acciones

Al ser el modo siempre vinculante, tanto si es simple como si es causalizado, procede en todo caso la acción de cumplimiento ejercida por quien corresponda.

⁴¹⁶⁸ VERDERA SERVER, R., “Arts. 797-798”, cit., pp. 5802-5803.

⁴¹⁶⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., p. 503.

⁴¹⁷⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., pp. 502-503; y LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, t. V: Derecho de sucesiones*, cit., p. 285.

⁴¹⁷¹ RJ 1990, 3696

⁴¹⁷² VERDERA SERVER, R., “Arts. 797-798”, cit., pp. 5802-5803.

⁴¹⁷³ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., p. 504.

Además de esta acción y de la excepción de modo incumplido, también se podrán ejercitar las acciones que emanen de las previsiones hechas por el testador, tales como cauciones, sanciones y otras.

3.6.4.1.- Cumplimiento

La acción, que será puramente procesal, para exigir el cumplimiento forzoso del modo mientras pueda realizarse materialmente⁴¹⁷⁴, corresponde en principio a cualquier interesado en el cumplimiento⁴¹⁷⁵, así lo afirma la STS, de 9 de octubre de 2003⁴¹⁷⁶. Concretamente:

- Al albacea (art. 902 CC) o a las personas designadas por el causante al efecto, STS, de 5 de diciembre de 2008⁴¹⁷⁷.

- Al heredero o coheredero (art. 911 CC) facultados para exigir la constitución de la fianza, quienes recibirían los bienes en caso de resolución por incumplimiento, STS, de 21 de enero de 2003⁴¹⁷⁸.

- A la autoridad competente en los intereses que el modo trata de satisfacer si es de interés público (art. 747 CC)⁴¹⁷⁹.

- Al propio beneficiario por el modo si está individualizado, sin que sea necesaria la previa aceptación. Solo puede ejercerla en el caso de que aquellos no existan o no quieran o puedan ejercerla, o sea, de modo subsidiario. No obstante, Vallet de Goytisoló⁴¹⁸⁰, entiende que “el beneficiario por el modo tiene derecho y acción para reclamar su cumplimiento (art. 1257 párr. 2º CC)”.

La pluralidad de intereses que confluyen en estos supuestos implica que la legitimación activa para el ejercicio de las correspondientes acciones sea amplia, lo que podría producir problemas en los casos en que los diversos legitimados tengan posturas contrapuestas.

⁴¹⁷⁴ Admite el cumplimiento forzoso, TORRALBA SORIANO, V., *El modo en el Derecho civil*, cit., pp. 237-240. En cambio, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., p. 965, niega la posibilidad de ejecución forzosa porque considera que no se trata de una obligación, sino de una carga.

⁴¹⁷⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., p. 500.

⁴¹⁷⁶ RJ 2003, 7232

⁴¹⁷⁷ RJ 2008, 6914

⁴¹⁷⁸ RJ 2003, 604

⁴¹⁷⁹ VERDERA SERVER, R., “Arts. 797-798”, cit., pp. 5805-5806.

⁴¹⁸⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *si sine liberis decesserit*”, cit., pp. 466 y ss.

3.6.4.2.- Resolución

Habrá que considerar el art. 1124 CC: *“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.*

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. [...]”.

Queda en manos de los interesados la decisión entre el cumplimiento forzoso o a la resolución de la atribución.

Pero respecto a quiénes pueden exigir la resolución de la atribución, Albaladejo García⁴¹⁸¹ cree que pueden hacerlo todos aquellos que pueden pedir el cumplimiento. Otros autores⁴¹⁸² confieren legitimación solo a los interesados en la revocación, es decir, a los que recibirían los bienes como consecuencia de la ineficacia de la disposición testamentaria modal y, con más dudas, a los interesados en el cumplimiento de prestación modal.

Los albaceas, los herederos, los colegatarios y coherederos con derecho de acrecer y los sustitutos, pueden exigir en caso de incumplimiento del modo, y si no resulta ser otra la intención del testador, *“la devolución de lo percibido con sus frutos o intereses”*⁴¹⁸³ (art. 797 párr. 2º CC).

El testador “puede eliminar la posibilidad de resolución⁴¹⁸⁴ y establecer cualquier otra medida como reacción frente al incumplimiento”. Pero si el testador impone un modo y luego elimina cualquier consecuencia por su incumplimiento, ya no es un modo, sino un simple ruego o recomendación.

“El incumplimiento del modo, siempre que sea imputable al gravado, puede dar lugar a la correspondiente reclamación de los daños y perjuicios causados, en vez de acudir a la resolución de la atribución⁴¹⁸⁵”. Y también se puede reclamar a la vez esa resolución y una indemnización de daños y perjuicios (art. 1124 CC)⁴¹⁸⁶.

⁴¹⁸¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., pp. 508-509.

⁴¹⁸² LUNA SERRANO, A., “Disciplina del modo testamentario imposible”, cit., p.123.

⁴¹⁸³ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Condición, término y modo”, *Revista de Derecho Notarial*, año V, nº XVII-XVIII, julio-diciembre 1957, pp. 92 y ss.

⁴¹⁸⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., pp. 505-507.

⁴¹⁸⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los arts. 797 y 798”, cit., p. 500.

⁴¹⁸⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, t. V: Derecho de sucesiones*, cit., p. 285, nt. 2.

3.6.5.- Causalización

Roca-Sastre⁴¹⁸⁷ deduce “del tenor de los arts. 797 y 798 CC que en el régimen del CC el modo siempre es causalizado y su incumplimiento, siempre que sea imputable al heredero o legatario gravados (art. 798 párr. 2º CC), produce la ineficacia o resolución de la institución de heredero o del legado”.

“En materia de donaciones modales, según resulta de los arts. 647 y 651 CC, el modo siempre es causalizado y la resolución procede siempre en caso de incumplimiento del mismo, surgiendo a favor del donante una acción de revocación que producirá efectos *in rem* y retroactivos sin distinción alguna de que el modo sea obligacional o real”.

Pero en materia testamentaria prevalece la voluntad del testador, por lo que el otorgante puede establecer el modo como simple o no cualificado y en este caso subsiste la liberalidad, o puede haberlo causalizado y entonces el incumplimiento del modo debería ser por culpa del heredero o legatario, personalísimo y no debido a fuerza mayor o caso fortuito.

Respecto de terceros, “si el modo es obligacional, carecerá de transcendencia”. Si el modo es real, la resolución “obrará *in rem* y no *in personam*”, y por tanto, afectará al dominio.

3.6.6.- Bienes indisponibles

Los bienes gravados con el modo o carga deben ser indisponibles por parte del heredero o legatario gravado, porque si no la posibilidad de resolución por incumplimiento se vaciaría de contenido. Por ello, no estará de más que así se precise y que se prevea la posibilidad de sustituir los bienes gravados por otros. También que se prevea para la enajenación que se efectúe, la necesidad de contar con el consentimiento de determinadas personas como pueden ser el tutor del disminuido o el albacea⁴¹⁸⁸.

4.- Heredero con deber de cuidar al testador otorgante

⁴¹⁸⁷ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 319-320.

⁴¹⁸⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado...*, cit., pp. 403-404.

Examinemos un supuesto de indudable interés práctico de lo que hemos visto hasta ahora, con base al planteado por Espiñeira Soto⁴¹⁸⁹. Es el otorgamiento de un testamento en el que se instituye heredero a X con la condición o con obligación o carga de que atienda al cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento.

4.1.- Condición

Si se establece claramente como una condición suspensiva, si no se cumple no se adquiere el derecho. Así, la STS, de 30 de mayo de 2018⁴¹⁹⁰. Es potestativa porque su cumplimiento depende del instituido bajo condición y de hecho pasado, ya que se tiene que cumplir antes de que el testamento despliegue su eficacia. Muerto el testador el llamamiento será definitivamente eficaz o ineficaz. Ahora bien, el obligado debe conocer la existencia de la condición para que pueda cumplirla, según la STS, de 9 de mayo de 1990⁴¹⁹¹.

4.2.- Obligación o carga (modo)

Si pone como obligación o carga, podemos considerarlo como modo. En el modo, el cumplimiento de esta determinación accesoria no supedita el derecho a la herencia o legado; mediante ella, entiende Espiñeira Soto⁴¹⁹² el testador quiere “que una persona sea heredero o legatario y que no deje de serlo pero, si acepta la herencia o legado, deberá cumplir la carga u obligación impuesta y si incumple por causa a él imputable, los interesados disponen de acción para exigir su cumplimiento o para imponer la revocación de la atribución patrimonial”.

“Dado que la voluntad del testador es ley suprema de la sucesión”, la expresión “obligación o carga puede ser pauta junto con otros hechos para clarificar la voluntad del testador sobre las posibles consecuencias en caso de imposibilidad sobrevenida sin culpa” y para flexibilizar la apreciación favorable a su cumplimiento.

4.3.- Posibilidades

⁴¹⁸⁹ ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Institución jurídica empleada: institución de heredero u ordenación de legado bajo la condición de cuidar al testador otorgante”. Consultado en:

<<http://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/hercedo-condiciondecuidar.htm>>

⁴¹⁹⁰ Id Cendoj: 28079119912018100020

⁴¹⁹¹ RJ 1990, 3696

⁴¹⁹² ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Institución jurídica empleada...”, cit.

Ante la mencionada cláusula el heredero o legatario puede:

– Incumplir la condición. Para Espiñeira Soto⁴¹⁹³ “la disposición es ineficaz y la atribución patrimonial pasará al sustituto, a los cotitulares con derecho de acrecer o a los herederos abintestatos”. Así, la SAP de A Coruña, de 7 de noviembre 2008⁴¹⁹⁴.

– Cumplirla en la medida que el testador le permite, p. ej., si se va a vivir a una residencia. Se puede producir “el cumplimiento ficticio o legal del art. 798 párr. 2º CC”. En este sentido, la STS, de 9 mayo de 1990⁴¹⁹⁵ y SAP de Lugo, de 6 de julio de 2017⁴¹⁹⁶.

– El testador muere al poco tiempo de otorgar testamento. La doctrina tradicional del modo consideraba que se extingue la obligación por imposibilidad no imputable al obligado, la liberalidad se purifica y el modo deviene irrelevante. Si es una condición solo cuando el interesado en el cumplimiento o incumplimiento de la misma lo impidan sin hecho propio del obligado, se consideraría cumplida. (art. 798 párr. 2º y 1119 CC). En este caso, de imposibilidad sobrevenida, la disposición quedaría ineficaz. Así lo entendió la SAP de A Coruña, de 25 de febrero de 2002⁴¹⁹⁷.

– Desconocer el testamento y por tanto, la condición u obligación impuesta. El testador no ha necesitado asistencia. “Los tribunales flexibilizan el cumplimiento ficticio de la condición, dándola por cumplida, (arts. 798 párr. 2º y 1119 CC)” en varios casos, así se tiene en cuenta que el obligado ha de conocer la condición que se le ha impuesto para poder cumplirla; el que haya transcurrido tiempo dilatado entre el otorgamiento del testamento y el óbito sin que el testador lo haya modificado, pudiendo hacerlo (STS, de 9 de mayo de 1990⁴¹⁹⁸); la relación entre otorgante e instituido (STS, de 18 de diciembre de 1953⁴¹⁹⁹), la ausencia de requerimiento de cumplimiento, y al esfuerzo y posibilidades del instituido para cumplir (STS, de 18 de diciembre de 1965⁴²⁰⁰).

“Conforme al art. 798 CC, el modo no afecta a la institución (SSTS, de 18 de diciembre de 1965⁴²⁰¹, 17 de mayo de 1971⁴²⁰² y 9 de mayo de 1990⁴²⁰³), pues lo dejado de tal manera puede pedirse desde luego”.

⁴¹⁹³ ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Institución jurídica empleada...”, cit.

⁴¹⁹⁴ JUR 2009/119962

⁴¹⁹⁵ RJ 1990, 3696

⁴¹⁹⁶ TOL 6.325.156

⁴¹⁹⁷ JUR 2002/136495

⁴¹⁹⁸ RJ 1990, 3696

⁴¹⁹⁹ TOL 4.446.559

⁴²⁰⁰ TOL 4.307.981

⁴²⁰¹ TOL 4.307.981

VIII.- LA COLACIÓN

Se regula en los arts. 1035 a 1050 CC.

Art. 1035 CC: *“El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.”*

Art. 1036 CC: *“La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa.”*

La LPPD introduce el párr. 2º del art. 1041 CC a fin de evitar traer a colación los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de hijos o descendientes con discapacidad, entendiendo por gastos las disposiciones patrimoniales de cualquier tipo efectuadas a estos efectos, incluyendo adaptación de vivienda o de vehículo⁴²⁰⁴.

Art. 1041 CC: *“No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre.*

Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad”.

Destaca Espejo Lerdo de Tejada⁴²⁰⁵, que “el precepto declara no colacionables” una serie de gastos apoyándose “en los deberes legales y morales” del causante “frente al beneficiario, y futuro heredero⁴²⁰⁶”. Estos gastos “no constituyen una liberalidad” y no son computables para el cálculo de la legítima⁴²⁰⁷, son una obligación, salvo los

⁴²⁰² RJ 1971, 3158

⁴²⁰³ RJ 1990, 3696

⁴²⁰⁴ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Art. 1041”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. V, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7510.

⁴²⁰⁵ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Art. 1041”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. V, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 7506-7507, 7510.

⁴²⁰⁶ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 197-198.

⁴²⁰⁷ ROCA JUAN, J., “Comentario a los arts. 1041-1042”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIV, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, p. 49.

regalos de costumbre, respecto a los cuales quizás el donante puede establecer la obligación de colacionarlos⁴²⁰⁸, aunque no parece probable.

El precepto está estrechamente relacionado con los arts. 142⁴²⁰⁹ a 153 CC, que recogen la obligación legal de alimentos entre parientes.

En cuanto a la cuantificación, el art. 146 CC establece: “*La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.*”; que conforme al 147 CC, podrán aumentar o disminuir conforme lo hagan aquellas circunstancias.

Así, en el art. 1041 CC no es colacionable “lo que, en cumplimiento de este deber legal”, sea “un gasto en beneficio del heredero, que se mantenga dentro de los límites que la proporcionalidad y la variabilidad de tales gastos que fija la ley”. Pero, “en lo que dichos gastos sean excesivos, no estarían exentos de colación”. Se duda de la necesidad del art. 1041 párr. 2º CC porque no modifica en nada la regulación del párr. 1º. De hecho, la restringe “porque no considera la posibilidad de que sean los hijos o descendientes los que tengan que satisfacer las necesidades de padres o ascendientes discapacitados⁴²¹⁰”. Esos gastos ya están exentos de colación por el párr. 1º.

En todo caso, los gastos especiales de atención al discapacitado son producto de la obligación legal y no se sujetan a colación.

IX.- INDIGNIDAD SUCESORIA Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La LPPD introdujo el párr. 7º del art. 756 CC, que establece: “*Son incapaces de suceder por causa de indignidad: 7º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil*”.

La norma ha sido muy criticada por la doctrina por sus deficiencias técnicas y su inutilidad práctica.

⁴²⁰⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentario al art. 1041 CC” en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código Civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 1671.

⁴²⁰⁹ Sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación.

⁴²¹⁰ MARTÍN MELÉNDEZ, Mª. T., “La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (art. 1041, p. 2 CC)”, en F. J. Gómez Galligo (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. II, ed. Civitas, Madrid, 2008, p. 1647.

Manifiesta Zurilla Cariñana⁴²¹¹ que “las atenciones necesarias se identifican en la norma con la obligación legal de alimentos entre parientes” de los arts. 142 y 146 CC. Pero olvida, y por tanto, no suponen indignidad para suceder “el incumplimiento de un contrato de alimentos (arts. 1791-1797 CC), de renta vitalicia (arts. 1802-1808 CC)”, o cualquiera “otro análogo de origen convencional”. Ni el “incumplimiento de una prestación de alimentos impuesta por testamento”.

También se critica que se refiera al incumplimiento solo si el acreedor es discapacitado cuando, lógicamente, la razones para establecer la indignidad serían las mismas, si el acreedor no lo es.

La norma iguala a personas que tienen obligación legal de prestar alimentos con otras que no la tienen. Se refiere a “*las personas con derecho a la herencia*” del discapacitado. Sin duda “cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos del discapacitado” que están obligados legalmente a darle alimentos y también “los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado, que, sin embargo, no están legalmente obligados a prestar alimentos”. Algunos autores creen que la causa de indignidad del art. 756 párr. 7º CC afectará solo a quienes están obligados a prestar alimentos a la persona con discapacidad (art. 143 CC) “ya sean llamados a la herencia como herederos o como legatarios”. Otros autores piensan que la misma causa de indignidad se extiende a todos por la Exposición de motivos de la LPPD, que indica que la indignidad se produce “*aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos.*”⁴²¹².

La cuestión es muy controvertida y además nuestra jurisprudencia realiza una interpretación restrictiva de las causas de indignidad, llegando a considerar, incluso, que no todas las del art. 756 CC tengan dicha consideración (STS, de 26 de marzo de 1993⁴²¹³).

El precepto es de difícil aplicación si la persona con discapacidad no tiene bienes y tiene que pedir alimentos, nada dejará a nadie y aunque el pariente requerido fuese declarado indigno, no perderá nada. Si la persona con discapacidad tuviera bienes, no

⁴²¹¹ ZURILLA CARIÑANA, Mª. A., “Art. 756”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5640-5641.

⁴²¹² ZURILLA CARIÑANA, Mª. A., “Art. 756”, cit., pp. 5640-5642.

⁴²¹³ RJ 1993, 2394

necesitará alimentos y, si los reclama, los parientes se pueden oponer según el art. 152 CC⁴²¹⁴.

⁴²¹⁴ MINGORANCE GONSÁLVES, C., “La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad”, en C. Lasarte Álvarez (dir. congr.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005)*, ed. UNED-IDADFE-El Derecho, Madrid, 2006, p. 678.

CONCLUSIONES

1.- El notario es un funcionario público que ejerce la fe pública extrajudicial y controla la legalidad de los contratos en que interviene dándoles seguridad jurídica. Además, es un profesional del derecho que asesora a quienes reclaman su ministerio y les aconseja de los medios jurídicos que sean más adecuados para el logro de los fines concretos que aquellos quieran alcanzar. Hay que reseñar que su asesoramiento es gratuito, por lo que cualquier persona con independencia de su nivel económico puede acudir a él. Su función viene establecida por nuestro sistema jurídico, por la costumbre y por la aceptación social.

Los notarios están en contacto directo y diario con la realidad social y con las cuestiones y problemas que afectan a todas las personas, con independencia de sus diferencias, porque todos somos igualmente diferentes; y por tanto, incluyendo a las personas con discapacidad. La intervención notarial puede garantizar el ejercicio de derechos por parte de estas personas en condiciones de igualdad prestándoles el apoyo necesario y asegurándose de su legalidad y de que se reconozca a validez y eficacia de los derechos ejercitados y de los actos otorgados, para lo que es fundamental el juicio de capacidad que realiza el notario.

El cuerpo notarial tiene una buena preparación jurídica, se accede tras unas duras oposiciones y sus conocimientos aumentan con el ejercicio diario y la experiencia; por lo que es un colectivo muy útil para dar respuesta a la hora de escuchar, reflexionar, asesorar, buscar soluciones jurídicas y aplicarlas. Muchas instituciones se han creado en el ámbito notarial, luego han sido reconocidas por la jurisprudencia; y al fin se han plasmado en las leyes.

2.- Por el hecho de ser persona se tiene personalidad y unido a esta, capacidad. La DUDH proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades que proclama la declaración sin distinción alguna por cualquier condición.

En la práctica se sigue distinguiendo entre personas capaces e incapaces, lo que no es correcto. Todos somos personas y tenemos los mismos derechos con independencia de que algunas puedan requerir apoyos para ejercerlos, que pueden ser ligeros o más intensos. Incluso en estos supuestos se tiene capacidad y se debe tener una vida normal como cualquier otra persona, lo que supondrá asumir riesgos, lo que es necesario para

desarrollar la personalidad. Las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ser humano, por lo que no debiera ser necesario articular un reconocimiento y una protección específica de los mismos. No obstante, las barreras sociales, políticas, jurídicas, culturales y económicas impuestas por la sociedad hacen que estas personas encuentren especiales dificultades para poder ejercer sus derechos que, además, les son negados o violados con mayor frecuencia que a las demás personas.

3.- Respecto de las personas menores de edad, hoy es unánime la consideración de que no son incapaces y que pueden realizar los actos para los que tuvieran suficiente madurez. Las actuales tendencias filosóficas, legislativas y sociales en relación con los menores van por la vía de un mayor reconocimiento del papel que desempeñan en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para los mismos. Sin duda, el hecho evolutivo produce limitaciones; pero hay que interpretarlas de modo restrictivo. Prima la consideración de sujetos activos con derecho a participar en la sociedad en función de su edad, madurez y desarrollo personal.

El interés superior de la protección del menor hay que coordinarlo con la autonomía del mismo, que hay que promover; y considerar los deseos, sentimientos, opiniones y voluntad del menor.

4.- Normalmente estarán sujetos a patria potestad, que es una función tuitiva de los padres sobre los hijos menores que comprende un conjunto de derechos y deberes cuyo objeto es cumplir la función natural de protegerlos y educarlos. Las facultades que contiene están en función de los deberes que emanan de la misma. A efectos notariales normalmente comparecerán los padres representando a los hijos, pero estos pueden comparecer al otorgamiento de un acto notarial por sí mismos, o sea, por su propio derecho, cuando conforme a la ley puedan realizar por sí solos el acto de que se trate o hayan de consentir el que verifique su representante legal. Y también pueden comparecer al efecto de ser oídos, porque si pueden formarse un juicio, tienen derecho a expresar su opinión.

5.- La división tradicional entre capacidad jurídica (aptitud para ser titular de derechos y deberes) y capacidad de obrar (aptitud para poder ejercitarlos con plenos efectos jurídicos) la consideramos superada. Hoy solo hay una capacidad y todas las

personas la tienen por el hecho de serlo. En línea con la CDPD, que fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, por lo que forma parte de nuestro ordenamiento positivo y reconoce la capacidad sin distinciones que corresponde a todos por igual.

El debate doctrinal y jurisprudencial sobre si nuestro derecho y en particular el civil y procesal, cumplen las pautas de la CDPD o no, y sobre si hay que modificarlo solo en la forma o también en el fondo; se ha visto superado por el ALRD, que pretende incorporar a nuestro ordenamiento los principios de la CDPD en estos ámbitos y que reconoce capacidad a todos por igual.

6.- En nuestro derecho rige el principio *pro capacitate*, de presunción de capacidad de toda persona mayor de edad que solo puede destruirse a través de un procedimiento judicial, solo un juez puede incapacitar a una persona, pero el notario tiene que emitir su propio y personal juicio de capacidad, con lo que se puede producir una incapacitación de hecho aunque limitada al acto de que se trata.

El juicio notarial de capacidad de los otorgantes es piedra angular de nuestro sistema de seguridad jurídica. Es un juicio técnico-jurídico, lógico y subjetivo, no médico, que hace el notario basándose en su sentido común, experiencia, buen hacer, independencia, seriedad, prudencia y deontología. El notario debe calificar la comprensión suficiente del acto y sus consecuencias por el otorgante con inmediatez, interactuando con el interesado. Para efectuarlo tendrá en cuenta: el estado intelectual de la persona, la concreta formación de voluntad de esta, las circunstancias concretas del caso particular, la complejidad del negocio jurídico, la trascendencia y consecuencias económicas del acto y su comprensión por el interesado, la consumación previa de prestaciones, la constitución y clase de obligaciones futuras que vincularán a la persona con discapacidad, la opinión de la contraparte, la inexistencia de influencias indebidas y cualquier otra circunstancia relevante para dicho juicio.

Si el notario considera que alguno de los otorgantes carece de capacidad, deberá abstenerse de autorizar, esté o no incapacitado judicialmente. Si lo está, deberá acatar lo dispuesto en la sentencia. Si no lo está, esa incapacitación notarial no debe suponer ninguna incapacidad para otros actos, ni tiene carácter genérico, se refiere a esa persona, en ese momento, para ese acto y para el notario concreto que emite el juicio; otro profesional puede tener un criterio diferente. No debe negarse el otorgamiento por cualquier alteración de capacidad o ante la mínima duda, solo si los defectos

intelectuales del otorgante son trascendentes para el acto pretendido y cree que la voluntad de la persona está viciada.

Y no todos los actos o contratos requieren la misma capacidad, por lo que debe tener capacidad suficiente para el acto de que se trate, de un modo flexible, adaptándose el nivel de discernimiento de la persona respecto al acto. Así la capacidad para testar tiene sus propias normas y es inferior a la exigible para contratar.

Cuando el notario tiene clara la existencia o no de capacidad, no hay pegas; los problemas surgen en los casos dudosos. El notario podrá solicitar un dictamen pericial de los facultativos que estime pertinentes, lo que es prudente y aconsejable, en la práctica se hace con frecuencia, y en ningún caso perjudica a la escritura. El notario ante actuaciones de riesgo debe extremar sus cuidados, para preservar la seguridad jurídica y para evitar responsabilidades civiles y penales. Pero teniendo en cuenta que una negativa no suficientemente bien sustentada en autorizar un acto supondría una incriminación injustificada y sería responsable de los daños que pudiera causar.

Si el notario cree que el otorgante sí tiene capacidad hay que tener en cuenta que no es un dictamen pericial, de modo que el cumplimiento de la normativa notarial no asegura que el otorgante realmente tuviera capacidad para el otorgamiento. El notario se puede equivocar y emitir un juicio erróneo, no es una declaración de verdad, por lo que no está amparado por la fe pública. Pero su juicio de capacidad tiene eficacia *erga omnes* y es una presunción iuris tantum de capacidad que solo puede ser desvirtuada por decisión judicial y para la que hay que probar la incapacidad cumplidamente, de modo que no quede margen racional de duda sobre la falta de capacidad.

7.- La incapacitación es un procedimiento judicial por el que un juez decide que una persona no tiene capacidad para gobernarse por sí misma, por lo que la somete a un régimen especial de protección de su persona y bienes. Nadie puede ser incapacitado sino por sentencia judicial y por enfermedad o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. Por un lado, el incapacitado sufrirá una limitación de capacidad, pero por otro tendrá un órgano de guarda que le protegerá.

La mayoría de las personas con discapacidad no son incapacitados, solo un 3% de ellos lo son. Quizás porque ya tienen una protección de hecho suficiente, normalmente familiar, y porque hay desconfianza social ante un proceso judicial que no resulta

agradable. Se suele acudir a ella solo cuando se necesita otorgar algún acto jurídico importante y hace falta un representante de la persona con discapacidad.

8.- La sentencia de incapacitación determina la extensión y los límites de esta y el régimen de tutela o guarda a que se somete el incapacitado. El juez puede declarar la incapacitación total y someter al incapacitado a tutela, entonces el tutor le representará; o declarar la incapacitación parcial y lo somete a curatela, aquí el curador le complementa. Esa extensión y límites de la sentencia deberían suponer un traje a medida para cada persona con discapacidad, que detallará lo que puede o no hacer de modo expreso o aquello para lo que necesita complemento de capacidad. Y contener un pronunciamiento específico sobre su derecho a contraer matrimonio, testar o votar. Desgraciadamente no ha sido así y en general hemos asistido a que el juez determina la existencia de la incapacidad, sujeta a la persona a tutela y la incapacita totalmente. A ello ha colaborado el incremento de carga judicial y la ausencia de recursos cualificados. El proceso sobre la capacidad de las personas ha obedecido al modelo médico y se ha convertido en un mero requisito procesal para concluir, en la mayoría de los supuestos, con una “incapacidad total” y una sustitución en la toma de decisiones y normalmente para toda la vida. Si bien la ley prevé la revisión y modificación judicial en su caso de la incapacitación, nuestros tribunales no suelen hacerlo.

En los últimos tiempos está teniendo más preponderancia la curatela, que se identifica mejor con los principios de la CDPD. La diferenciación es importante porque la ley o la sentencia fijan lo que la persona con discapacidad puede hacer con la tutela, mientras que con la curatela establecen lo que no puede hacer.

Ejemplo de adaptación a la CDPD es la LOREG, tras la reforma por LO 2/2018, que establece el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Pero peca de precipitación y olvidó modificar la regulación del poder electoral para emitir el voto por correo, lo que plantea graves problemas a los notarios cuando personas que no tienen capacidad natural de entender y querer deseen otorgar un poder electoral para votar. Su capacidad le permite votar pero no otorgar el poder, con lo que se produce una contradicción palmaria y el ejercicio práctico de ese derecho dependerá de la actitud que adopte el profesional en cada caso concreto.

9.- En la práctica tenemos varios procesos de calificación de la discapacidad ante diferentes instituciones que trabajan con diferentes especialistas. Uno es la

incapacitación judicial. Otra es el reconocimiento del grado de discapacidad a efectos sociales, que depende del Departamento de Asuntos Sociales de cada CCAA y del IMSERSO, y que emite el Certificado de Discapacidad, documento administrativo oficial que acredita el grado de discapacidad y si es temporal o definitiva, es el resultado de una valoración multiprofesional, tiene el propósito es compensar las desventajas sociales que implica la discapacidad con acceso a derechos y prestaciones de diferentes tipos. Y el de la incapacidad laboral, que compete a la Seguridad Social. De modo que existen diversas instancias sobre una misma persona, pero con escasa o nula conexión entre ellas. Sería más lógico y eficiente coordinarlos y usar los mismos equipos de valoración, con una sola calificación válida a todos los efectos.

10.- El art. 215 CC vigente recoge como instituciones de guarda y protección de los menores o incapacitados la tutela, la curatela y el defensor judicial. Pero no son todas las que regula nuestro derecho. Deja fuera la patria potestad, su prórroga o rehabilitación, la guarda de hecho, el administrador patrimonial, la tutela administrativa y la guarda administrativa.

Estas instituciones tradicionales de guarda y protección de una persona con discapacidad resultan muy afectadas por la CDPD, que exige actualizar algunas y suprimir otras. Según la Convención no cabe la sustitución o la representación (tutela) por motivo de discapacidad, solo los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica. Supone apoyar y proteger conforme a la voluntad de la persona sin incapacitarla. Pero es el derecho interno el que debe fijar el apoyo y su extensión. De modo que se producen contradicciones entre ambas normativas que necesitamos superar.

11.- La tutela es una institución cuyo objeto es la guarda, protección y representación de la persona y la administración del patrimonio de aquellos que son incapaces o menores de edad no emancipados. Está ampliamente regulada por el CC y la LEC y es la que se ha usado casi en exclusiva, muchas de sus normas son aplicables como supletorias a las otras instituciones tuitivas.

Tiene un orden de nombramiento fijado, que empieza por el designado por el propio tutelado, pero que el juez, en resolución motivada, podrá alterar si el beneficio del menor o del incapacitado lo exige. El tutor es el representante legal de la persona tutelada, lo que significa que la representación no deriva de la voluntad del interesado,

sino de la ley; y el ámbito de representación vendrá determinado por la limitación de la capacidad de obrar de la persona tutelada. Esta puede otorgar escrituras, suscribir contratos o realizar cualquier acto con trascendencia jurídica, siempre que actúe a través de su tutor que firmará en su nombre. El representante actúa en lugar de representado y le sustituye en el ámbito de que se trate. Si el incapaz efectúa actos sin la asistencia de su tutor, carecerán de validez legal.

En cuanto a la tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores, que se origina en una situación de desamparo; los recoge el CC de modo muy exhaustivo y algo complejo y también se aplica a los incapaces. Corresponde a la entidad pública que en cada Comunidad Autónoma tenga atribuida la protección de los menores. Si constatan que se encuentra en una situación de desamparo, dictarán una resolución administrativa declarándolo y asumirán la tutela. Es un cierre del sistema para que ninguna persona se encuentre desamparada.

12.- La curatela es la institución de guarda y protección estable que se establece cuando se declara la incapacidad parcial, lo que supone que la persona conserva cierto grado de autogobierno o autonomía, que le permite adoptar las decisiones sobre su persona y bienes. Se distingue de la tutela en que se trata de asistir en los actos que determine la ley o la sentencia y no de representar al emancipado, pródigo o incapacitado, pues estos pueden actuar por sí mismos si bien su capacidad limitada se completa por el curador en algunos actos.

El TS va recogiendo cada vez en más ocasiones la curatela como la institución vigente en derecho español más respetuosa con la CDPD, porque es graduable y se apoya en actos determinados, contando con la voluntad y preferencias de la persona sujeta a la misma. Pero se distancia de la Convención en que requiere de modo previo a su constitución un proceso de incapacitación y la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona y su derecho a la igualdad porque la priva, aunque sea en parte, de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las demás personas.

13.- El defensor judicial es una figura de guarda que actúa provisional y transitoriamente y tiene como cometido representar o asistir a menores o incapacitados si en algún asunto existe conflicto de intereses con sus representantes legales o el curador o en caso de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñe sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para el cargo,

y en todos los demás casos previstos en el CC; evitando así un perjuicio en el caso concreto para el que se le nombró.

14.- La guarda de hecho existe cuando una persona presta de forma voluntaria y espontánea a otra persona desvalida como un menor o un mayor de edad incapacitado o susceptible de serlo, los cuidados que necesite, sin haber sido designado para un cargo tuitivo en base a la correspondiente sentencia o resolución administrativa. Sin un específico deber y sin potestad legal realiza funciones propias de las instituciones tutelares. Suele darse respecto de los familiares más próximos, pero también se da con amigos, vecinos o centros asistenciales. Es la institución más extendida en la práctica y menos regulada, ya que como su nombre indica es de hecho, y no de derecho. Tiene éxito porque es la más cercana y práctica, y supone un gran ahorro para las arcas públicas.

En principio, se presume que es una situación provisional y transitoria y que el juez debe tomar las medidas oportunas para que se extinga y se convierta en una tutela, aunque esto no tiene por qué ser así; el juez puede optar por mantenerla si la considera oportuna y suficiente tomando las medidas pertinentes de control y vigilancia. En la práctica la jurisprudencia se está reorientando hacia una figura tuitiva flexible capaz de perdurar en el tiempo prestando el apoyo necesario, con lo que puede generar consecuencias jurídicas. Si se prueba que existe realmente, y así se pronuncia una resolución judicial, esta no la crea, sino que reconoce su existencia, le da virtualidad, y sirve de título al guardador además de permitir al juez fiscalizar la actuación de la persona que la ejerce. Es un reconocimiento retrospectivo de una situación fáctica, de la que derivan efectos jurídicos.

La realidad es que la guarda de hecho se ha convertido en una figura útil y adaptable con rapidez y facilidad a diversas situaciones que obedece a la inmediatez y a que existe un rechazo sociológico a la incapacitación. A veces, no es posible, ni oportuno, incapacitar a algunos discapacitados, pero sí puede ser necesaria o conveniente la asistencia, que si se ejerce correctamente, satisface y beneficia a la persona se puede considerar como mecanismo de protección idóneo y entonces no existe motivo para incapacitar. Además, siempre se podrá promover si es más conveniente o no funciona la guarda de modo correcto, la incapacitación de la persona guardada.

Si bien es muy práctica en la vida diaria, no lo es para hacer cualquier acto jurídico ante notario, ya que será muy difícil acreditar su existencia, lo que en la actualidad supone su inutilidad a estos efectos y la necesidad de incapacitar judicialmente y que se le nombre tutor o curador, cosa que debería cambiar.

15.- Con anterioridad a la CDPD, la comunidad internacional se dotó de otros instrumentos de DDHH que se referían a la discapacidad. La DUDH, el PIDESC y el PIDCP, que constituyen en su conjunto la Carta Internacional de DDHH. Promueven y protegen los derechos de todas las personas, incluyendo a las personas con discapacidad, mediante la cláusula de la no discriminación. A pesar de este amplio marco jurídico internacional, era necesaria una convención explícita sobre los derechos de las personas con discapacidad para garantizar su participación en la sociedad; y para proteger y promover mejor sus DDHH con un instrumento jurídicamente vinculante.

Este fue la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, que tras diversos avatares, llegó a buen fin el 13 de diciembre de 2006, día en que la 76ª sesión plenaria de la AG de la ONU aprobó por consenso la CDPD, también conocida como Convención de Nueva York. Es el gran hito internacional sobre la discapacidad, el elemento de mayor valor que ha producido la comunidad mundial en relación con este grupo humano. Se dirige a los Estados partes, a los directamente interesados y a la sociedad toda, que debe tener conciencia y fomentar el respeto y la dignidad de las personas con discapacidad. Y esta es una cuestión de gran importancia que afecta a un colectivo humano de más de 700 millones de personas, aproximadamente el 10% de la población mundial, otras estimaciones suben su porcentaje; y con tendencia ascendente, puesto que si bien los avances médicos ayudan a que disminuya, el crecimiento de la población mundial y la mayor expectativa de vida hace que crezca en mayor proporción.

La CDPD va acompañada del PFCDPD, de 13 de diciembre de 2006, o sea, de la misma fecha que la CDPD, complementario pero independiente de aquella. Por él, todo Estado parte en el PFCDPD reconoce la competencias del Comité CDPD para controlar el correcto cumplimiento de lo dispuesto en la CDPD. El Comité examina denuncias individuales de violaciones de cualquiera de los derechos consagrados en la Convención, cuando la persona haya agotado las vías de recurso en el nivel nacional. Los Estados parte pueden ratificar la CDPD y el no PFCDPD, o ratificar los dos formulando reservas o sin formular ninguna reserva, en cuyo caso el Estado parte se

somete al control por parte del Comité CDPD. Esta última opción es la que eligió el Reino de España, aceptando por consiguiente todos los tipos de controles que puede hacer el Comité para verificar el cumplimiento de la CDPD.

16.- La CDPD tiene un gran impacto positivo en todos los órdenes, antes la discapacidad era tratada desde un modelo médico-rehabilitador. Era considerada un problema del individuo, que debía curarse, someterse a tratamiento rehabilitador para superar su deficiencia y adaptarse a la sociedad. La CDPD representa un cambio al modelo social de DDHH. Según este, las causas de la discapacidad son principalmente sociales. Es en la sociedad en la que suelen encontrarse las principales trabas a las personas con discapacidad y, por ello, debe ser la propia sociedad la que facilite la participación y plena integración de las personas con discapacidad en un plano de igualdad al resto de la ciudadanía y con respeto a sus DDHH.

La CDPD contempla una serie de derechos y principios generales para todas las personas, que forman una unidad normativa que requiere una interpretación sistemática y transversal para ser eficaz. El respeto de la dignidad, la autonomía individual y la independencia de las personas. La no discriminación por motivos de discapacidad, entendiendo por discriminación cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los DDHH y libertades fundamentales. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad. El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas. La igualdad de oportunidades. La accesibilidad plena. La igualdad entre el hombre y la mujer. El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. El reconocimiento de capacidad jurídica en igualdad de condiciones y la igualdad en el acceso a la justicia.

17.- La terminología que se use para referirse a las personas con discapacidad o interactuar con ellas es relevante porque algunas palabras y expresiones pueden resultar degradantes u ofensivas, ser superficiales, reforzar estereotipos o ser confusas por infantilizar o tratar de sobreproteger. Si usamos los términos adecuados se fomenta el respeto y se muestra más comprensión hacia las personas con discapacidad. Creemos que la expresión más idónea es “persona con discapacidad”, presenta menos

connotaciones negativas que otros términos y salvaguarda la sustantividad de la persona y el carácter adjetivo de la discapacidad. Este término es la expresión internacionalmente aceptada y recomendada para referirse a estas personas. Y en todo caso debemos fijarnos en la persona y no en la discapacidad.

En cuanto al concepto de “discapacidad” o de “persona con discapacidad” ninguno es unánime. Lo que sí que es aceptado de modo genérico es que los factores contextuales son un elemento clave para determinar la existencia de una discapacidad. Una persona con discapacidad será, según la CIF, aquel individuo que, al interactuar con diversos factores contextuales, experimenta algún grado de limitación funcional o restricción. Conforme a la CDPD, la discapacidad es un concepto que evoluciona y puede adaptarse al entorno imperante en una sociedad, que tiene su origen en barreras debidas a la actitud y al entorno. Las personas tienen una discapacidad cuando colisionan con un entorno desfavorable o inaccesible. Las personas con discapacidad no necesitan ser curadas, no es un problema médico; sino que es la sociedad la que ha de estar abierta a todos sus miembros, para lo que han de eliminarse las barreras.

Según el modelo social, la discapacidad es una característica de la diversidad humana con el mismo valor y dignidad que las demás, por lo que las respuestas sociales y jurídicas se dirigen al respeto de los DDHH, la no discriminación e igualdad de oportunidades y la consideración de su autonomía.

Las personas con discapacidad deben tener autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones con apoyo adecuado en caso necesario, lo que significa que tienen, en igualdad de condiciones con los demás, opciones de vida razonables; y que tienen derecho a la participación e inclusión plena, que pueden intervenir en las dimensiones pública y privada de la sociedad y en las decisiones que afectan a sus vidas. La sociedad y los agentes pertinentes valoran a las personas con discapacidad y las reconocen como participantes en igualdad de condiciones.

18.- Los Estados partes de la CDPD tienen una serie de obligaciones. Se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los DDHH y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin ninguna discriminación. A tal fin, se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de la Convención y entre ellas modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes

que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad. Es necesario garantizar que toda la legislación interna, incluido el derecho regional o consuetudinario, se ponga en consonancia con la CDPD.

La CDPD obliga a los Estados parte a adaptar su legislación interna para cumplirla, por lo que tendrán que analizar su derecho interno, poner de manifiesto las contradicciones que puedan existir con el tratado y reformar su legislación.

Además deben realizar una formación destinada a las autoridades públicas, los funcionarios públicos, los proveedores de servicios, el sector privado, las personas con discapacidad, las familias y otros actores clave. Concretamente los Estados deben promover la capacitación de los operadores jurídicos que deben proteger los derechos y garantizar los apoyos de las personas con discapacidad, respetar la diversidad de los seres humanos, ser conscientes de la importancia que tiene el conocimiento de las diversas necesidades de estas personas, a fin de asegurarles el empleo de los recursos que garanticen el disfrute de iguales oportunidades, acceso y participación, en las mismas condiciones que todos los ciudadanos, logrando una sociedad plural, igualitaria y democrática. Y especialmente de los notarios, ya que en los países de tradición jurídica romanista son fundamentales para la conclusión y formalización de transacciones jurídicas. Los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica. Por ello, es importante que entiendan el reconocimiento de la capacidad jurídica universal y el paradigma de apoyo introducido por la Convención, evitando así que su labor se convierta en una restricción de facto de la capacidad jurídica. También deben recibir una formación apropiada en la facilitación de medidas de accesibilidad y ajustes razonables.

Los Estados Partes deben asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia.

19.- El art. 12 CDPD es clave, proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Con este objetivo, se exige a los Estados Partes que se proporcionen medidas de protección de la influencia indebida, que respeten el derecho a

cometer errores y asumir riesgos y que establezcan las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de DDHH. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Este art. es el que más problemas plantea en su aplicación práctica a la hora de adaptar las legislaciones internas de los países signatarios.

Al usar la expresión “capacidad jurídica” engloba tanto a la capacidad jurídica como a la capacidad de obrar. Los Estados Partes “reafirman”, porque ya la tienen, el derecho de las personas con discapacidad a su personalidad jurídica, como algo innato, previo y consustancial a toda persona. Tener personalidad jurídica significa que la ley te reconoce como una persona y puedes tener derechos y obligaciones. Quien la tiene, tiene capacidad jurídica, y ambas son plenas y no se pueden limitar. El art. cambia la concepción y regulación de la capacidad jurídica legal que reconoce a todas las personas en igualdad y, por tanto, también a las personas con discapacidad. Capacidad jurídica significa que tienes derechos y obligaciones ante la ley y puedes ejercerlos por ti mismo, aunque necesites ayuda y que eres responsable de tus actos, es algo necesario para poder participar en la sociedad. La capacidad comprende tanto el aspecto personal como el patrimonial y la intervención de la persona con discapacidad en la vida económica, pueden ser titulares de bienes, administrarlos y pedir créditos, lo que supone que pueda intervenir, decidir y gestionar su vida económica. Esa intervención es fundamental para el desarrollo de su personalidad.

20.- Aunque la capacidad jurídica es plena, a veces es posible que las personas con discapacidad no puedan ejercitarla de forma autónoma, porque su posibilidad de comprender, decidir o expresar su voluntad puede estar limitada. Necesitan apoyos y los países parte están obligados a proporcionarles los que necesiten para ejercer su capacidad jurídica. Si se necesita la intervención de terceros, estos ya no sustituyen a la persona con discapacidad sino que le apoyan. Ese apoyo garantiza que pueda ejercer sus

derechos y obligaciones y realizar actos jurídicos válidos. Los apoyos siempre deben respetar los derechos y las preferencias de las personas con discapacidad.

El art. 12 CDPD supone el cambio de los mecanismos de sustitución en el ejercicio de la capacidad jurídica, presentes en muchas legislaciones nacionales, por mecanismos de apoyo. Ya no se decide por la persona, sustituyendo su voluntad, se trata de ayudar a decidir a la persona por sí misma. Las medidas de apoyo son mecanismos de asistencia en todo el proceso de toma de decisiones (comprensión y evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, y expresión de la voluntad y preferencias). Si la persona comprende y tiene un criterio propio decide y consiente ella. El apoyo puede servir para ayudarle a tomar su decisión, pero no para sustituir su voluntad. Y, aun en el caso de que la persona con discapacidad carezca de criterio propio suficiente y sea evidente que la necesidad de apoyo deba ser tan intensa que en la práctica sea una sustitución, o sea, que otro deba tomar la decisión por ella; en la medida de lo posible también debe contar con su voluntad y ser coherente con ella, o porque la expresó antes de que sobreviniera la discapacidad, o la hipotética voluntad identificable teniendo en cuenta todos los factores posibles (el comportamiento seguido en otras ocasiones por el propio interesado, sus preferencias, valores, deseos, principios, su personalidad, etc.).

No se trata solo de reemplazar el nombre de tutela o curatela por el de persona de apoyo, sino de crear y promover diversas figuras de apoyo, que pueden ser formales o informales; y dotarlas de un estatus legal, adaptar o reemplazar otras instituciones legales, prevenir ciertas situaciones, desarrollar una acción política que garantice la capacitación de las personas con discapacidad y de las personas de apoyo, dotar de recursos materiales, humanos y financieros etc.

En el centro del sistema se sitúa la autonomía personal y no la protección de la persona. Los deseos, preferencias y voluntad de las personas deben ser siempre tenidos en cuenta, también en la propia elección de las medidas y de la figura de apoyo.

El apoyo debe ser diverso, individualizado, adaptado y centrado en la situación de la persona. La asistencia debe adaptarse a la situación considerando el tipo de figura de apoyo y el acto jurídico.

Los apoyos tienen que mantenerse mientras sean necesarios y revisarse periódicamente. Las personas deben poder aceptar o rechazar los apoyos. También cambiar unos apoyos por otros.

21.- La CE de 1978 supuso en nuestro país un cambio en el tratamiento de las personas con discapacidad, primando la dignidad de estas personas, su integración social, el logro de la igualdad real y la garantía del disfrute de sus derechos. El art. 49 CE, dentro de los principios rectores de la política social y económica, constitucionaliza la protección jurídica de las personas con discapacidad. Además, se ampara a las personas con discapacidad en base a lo dispuesto en los arts. 9.2, 10, 14 y 53.3 CE.

Todos estos preceptos constitucionales exigían un enfoque nuevo en la protección de las personas con discapacidad. La regulación sustantiva y procesal sobre su régimen jurídico, contenida básicamente en los arts. 199 y ss. CC y arts. 756 y ss. LEC., fue modificada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, que superó el tradicional binomio de capacidad o incapacidad y obligó a graduarla. Idéntica orientación siguió la Ley 21/1987 de adopción, la LPPD de 2003, la LIONDAU de 2003 y la LAAD de 2006.

La Ley 13/1983 supuso un hito y un avance importante en el tratamiento jurídico de la discapacidad, en ella se introdujo la curatela. Hasta entonces, el CC español no graduaba la capacidad de la persona, de modo que tenía plena capacidad o incapacidad absoluta, se la incapacitaba judicialmente de modo total y se le negaba su capacidad de obrar. Esta Ley reconoció que la capacidad era graduable y debía adaptarse a la que se tuviera con carácter natural. Por lo que la declaración de incapacitación debe ajustarse al grado de incapacidad singular de cada persona. Ello supuso un gran avance y el reconocimiento de la individualidad de la persona discapacitada. La graduación era necesaria ya que las discapacidades intelectuales pueden ser de muchísimos tipos y, en consecuencia, también los apoyos que cada persona necesite. La Ley sujetó el control y fiscalización de la tutela a la autoridad judicial y al MF, trasladándolo desde el Consejo de Familia. Se pasó de una tutela de familia a una tutela de autoridad. Las normas que establecía la reforma de 1983 no se han aplicado con la extensión y efectividad que cabía esperar, y en la práctica han consolidado un modelo rígido y casi inmutable, en el que la incapacitación absoluta y la tutela constituyen las respuestas generales a la situación de falta de capacidad.

En la actualidad se hace necesaria la reforma del art. 49 CE, en 2018 se aprobó el Anteproyecto de esta modificación que cambia íntegramente tanto su lenguaje como su estructura y contenido, adaptándolo a la CDPD y a las concepciones actuales sobre la protección de las personas con discapacidad, que ya no se basan en la concepción médico-rehabilitadora que subyace en su redacción original. Reconoce que las personas con discapacidad son titulares de derechos y deberes en condiciones de libertad e

igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación y que los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad.

22.- España firmó la CDPD y el PFCDPD, sin formular reserva alguna, mediante Instrumentos de Ratificación, ambos de fecha 23 de noviembre de 2007, que depositó en NNUU el 3 de diciembre de 2007, y se publicó en el BOE de 21 y 22 de abril de 2008, respectivamente, entrando en vigor de forma simultánea el 3 de mayo de 2008. Conforme a los arts. 96 y 10.2 CE y 1.5 CC, la Convención forma parte del ordenamiento jurídico español y es invocable ante las autoridades políticas, judiciales y administrativas. Es derecho español, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y por ello es necesario que se aborde una profunda modificación de nuestro ordenamiento jurídico para evitar las contradicciones existentes.

La actual regulación española de la capacidad colisiona con la CDPD. En la España actual, para que una persona con discapacidad pueda realizar negocios jurídicos con plena eficacia se recurre a la incapacitación. Esto debería ser una medida excepcional, porque limita o suprime la capacidad de la persona y suspende la presunción de capacidad, que es un principio general. Dentro de la incapacitación, el juez puede elegir entre tutela o curatela y podría regular el estatuto de cada persona adaptándose a sus circunstancias individuales.

Pero la discapacidad por sí misma no puede ser un motivo para limitar la capacidad. Personalidad y capacidad son inherentes a la condición de persona con independencia de cualquier circunstancia física, psíquica o sensorial que le afecte. La persona con discapacidad es capaz, tiene derechos, debe actuar por sí misma en la medida de lo posible, puede necesitar apoyos; pero siempre hay que respetar su voluntad y preferencias. Por ello es necesario revisar los procesos de modificación de la capacidad de obrar y los modelos de representación y guarda de las personas con discapacidad, hacia modelos más flexibles.

La CDPD se integra en el bloque de DDHH del sistema de la ONU. Es una unidad, un tratado normativo uniforme, integral, que regula los derechos de las personas con discapacidad de modo coherente y completo. En derecho español no existe una regulación de este tipo, no hay un sistema uniforme ni un plan ordenado, más bien es el resultado de una suma sucesiva de normas de diferente origen con modelos diversos y a veces contradictorios. Pero la CDPD ya forma parte de nuestro derecho positivo, y

mientras no se produzca una adaptación, se producen fricciones entre ambos ordenamientos. Para evitarlo quizás lo más eficaz sería promulgar una ley única y uniforme sobre la discapacidad, que modifique todo aquello que en nuestra legislación no se corresponda con la CDPD y que proporcione seguridad jurídica. Sin embargo, no se ha seguido este camino.

23.- La necesaria adaptación se está efectuando por la vía de reformar y adaptar sectores concretos con leyes específicas de modo paulatino y podríamos decir que estamos a mitad de camino. Empezó con la Ley 26/2011, de adaptación normativa a la CDPD, que pasa a considerar a las personas con discapacidad como sujetos de derechos y no como objeto de tratamiento y protección social, y realiza esta adaptación en muchas materias, telecomunicaciones y sociedad de la información, comercio electrónico, espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación, transportes, bienes y servicios, relaciones con las administraciones públicas, administración de justicia y patrimonio cultural, derecho a la sanidad, acceso al mundo laboral, lenguas de signos españolas y medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, etc. Continuó con el TRLGDPD, la reforma del CP llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la LJV (modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones), o la LO 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones y la LO 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la LOREG, que permite votar a las personas con discapacidad. Sin embargo, no se ha adaptado lo que afecta al art. 12 CDPD, y al proceso judicial de incapacitación. Para ello hay que cambiar la regulación de la capacidad jurídica y modificar muchas normas de diferentes ámbitos.

24.- Hasta que se produzca este cambio, creemos que los operadores jurídicos deben mantener una actitud proactiva y posibilitar en su quehacer diario el cambio de enfoque hacia el modelo social y de DDHH; y entre estos operadores están los notarios, que a través de su trabajo práctico siempre han avanzado en la creación del derecho y deben aplicarla sin retrasos espúreos debidos al desconocimiento, a la pereza o al temor a las dificultades que suponen las novedades.

Considerando que la CDPD forma parte de nuestro ordenamiento interno y es vinculante, incluso sin haberse adaptado la legislación civil ni procesal, la doctrina insiste en las posibilidades que presenta su aplicación directa. Así los tribunales de justicia deben interpretar las normas existentes conforme a los principios de la CDPD y aplicar estos como derecho preferente dentro de la pirámide normativa de nuestro ordenamiento jurídico. La jurisprudencia del TS con el impulso de la Fiscalía está efectuando un giro significativo, que por otro lado creemos que resulta obligatorio considerando la importancia de los DDHH que están en juego; aplicando progresivamente la CDPD en numerosas sentencias. Conforme a ello, los jueces a la hora de abordar el procedimiento, deben tener presente: que su finalidad última ya no es solo proteger, sino favorecer o promover la máxima inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad y que estas tienen derecho a tomar sus propias decisiones y a la mayor autonomía posible. Que todas las personas han de tener garantizada su plena capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto o negocio jurídico y que el procedimiento sobre la capacidad debe brindar al afectado la oportunidad de ejercer sus derechos con el apoyo de otra persona si fuera necesario; y solo en casos extremos podrán establecerse apoyos sustitutivos en la toma de decisiones. Los tribunales están desarrollando un sistema de curatela reinterpretada a la luz de la CDPD, que supone un avance. Aplican el interés superior de la persona bajo la consideración de que los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. De modo progresivo van introduciendo la CDPD, llegando incluso a la aplicación directa al considerarla como norma de derecho interno.

25.- La Ley 1/2009, de 25 de marzo, dio al Gobierno un plazo de seis meses desde su entrada en vigor para hacer un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, adaptándolos a la CDPD. Fue la primera vez en que el legislador se comprometía a reformar el sistema de incapacitación. Esta reforma no se ha llevado a cabo. La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD modificó numerosos cuerpos legales de nuestro derecho interno, pero no adaptó la capacidad jurídica a la CDPD, para lo que concedió al Gobierno el plazo de un año. A fecha de hoy este mandato al Gobierno tampoco se ha cumplido, lo que ha merecido diversas críticas.

Entre ellas las del Comité CDPD, que en su examen a España de 19 de octubre de 2011 dice que le preocupa que el CC permita privar de capacidad jurídica a una persona por motivos de discapacidad y mantenga regímenes de sustitución en la adopción de decisiones. Recomendaba a España que derogue todas las disposiciones legislativas discriminatorias con miras a abolir por completo los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad e introduzca mecanismos de apoyo para la adopción de decisiones que respeten la dignidad, la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. Al Comité le preocupa el desconocimiento general de las disposiciones de la Convención entre los abogados, los funcionarios judiciales, los jueces, los fiscales y los agentes encargados de hacer cumplir la ley. Y reprocha al Gobierno de nuestro país el retraso en aplicar una nueva legislación que regule el alcance y la interpretación del art. 12. Y en las Observaciones Finales del nuevo examen del Comité publicadas el 9 de abril de 2019 reitera sus críticas y además manifiesta su preocupación por la falta de conciencia entre los operadores jurídicos sobre lo que la CDPD exige en su práctica diaria.

26.- Respecto a la reforma legislativa a efectuar en España, en la doctrina se dan dos posiciones. Una considera que la CDPD es compatible con el vigente derecho español, por lo que este no necesita reformas en profundidad y solo algunas adaptaciones. La otra, afirma la incompatibilidad de nuestro sistema con la Convención, por lo que hay que reformarlo en profundidad para adaptarlo a la CDPD. Posición que ha sido mayoritaria y ha triunfado en el ALRD, siguiendo los dictados del Comité CDPD, que lo reclamaba con insistencia. Y junto a este importante cambio legislativo es necesario un cambio de mentalidad conforme a los principios de la CDPD. La persona con discapacidad ejercita sus derechos directamente, ya no se le puede sustituir. Pero este cambio en nuestro derecho no se produce automáticamente porque lo establezca la CDPD, sino que requiere una transformación social, tanto en los juristas como en las familias de las personas con discapacidad y en la sociedad toda que debe interiorizar y aplicar con normalidad este nuevo paradigma.

En los juristas porque siempre hemos exigido plena capacidad, y ahora cabe la posibilidad de una capacidad “imperfecta”, formada con el apoyo necesario, que debe ser suficiente para el otorgamiento del negocio y su plena eficacia tanto para la persona con discapacidad como para los que contratan con ella. La realidad es que los

operadores jurídicos, y entre ellos, los notarios, tienen un escaso conocimiento de la CDPD, de los principios inspiradores de la misma y de sus consecuencias jurídicas y casi ninguna experiencia en respetar la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. Pero la aplicación de la CDPD es un derecho de las personas con discapacidad que aquellos tienen la obligación de conocer y aplicar, hay que adaptar sus actuaciones.

En las familias porque quieren proteger a los suyos, lo que es lógico al ser personas vulnerables. Las nuevas actuaciones pueden suponer que las cosas no salgan siempre bien, lo que por otro lado le pasa a todo el mundo.

Se sigue pensando que la persona con discapacidad no tiene voluntad ni preferencias, ni debe tenerlas; porque si las tuviera estarían equivocadas o manipuladas por terceros, que la mejor manera de protegerles es la de la incapacitación y la protección por otros. Y con arreglo a la CDPD, debe ser la persona con discapacidad la que actúe, con respeto a sus preferencias y sin perjuicio de los apoyos necesarios; lo que solo tiene como límites las influencias indebidas, el abuso y el conflicto de intereses.

La implantación de la convención no supone que de modo inmediato las personas con discapacidad intelectual comiencen a ejercer sus derechos; primero necesitan adquirir la formación necesaria de modo progresivo, a través de las entidades especializadas, pero lo más importante es el apoyo de sus familias y no solo el apoyo requerido en cada momento para un acto jurídico, sino el apoyo moral para el cambio de actitud, tener capacidad no sirve de nada si los padres no les permiten ejercerla en el día a día.

27.- Podemos señalar una serie de principios esenciales de la reforma a efectuar en España: autonomía personal, presunción de capacidad, participación, protección pero con carácter subsidiario, proporcionalidad, adecuación al fin, máxima conservación de la capacidad, intervención mínima, no discriminación, revisión periódica, igualdad y accesibilidad. La piedra angular de la nueva regulación debe ser el reconocimiento de la igual capacidad jurídica de todas las personas, englobando en este concepto, conforme al art. 12 CDPD, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

Hay que clarificar el régimen legal, en especial los requisitos para otorgar negocios jurídicos, que deben facilitar la autonomía de la persona con discapacidad para participar en los negocios que les afecten, con la asistencia de los apoyos que tenga establecidos e incluso ellos solos. Para ello hay que modular la exigencia de capacidad y

los apoyos necesarios, ya no hace falta ni es lógico exigir la misma capacidad para todos los actos. De hecho, lo recoge la legislación española aunque su aplicación no es todo lo eficaz que sería deseable. Creemos que debería hacerse una flexibilización considerable a la hora de otorgar actos de previsión y autorregulación. También que la persona con discapacidad deberá comparecer siempre, salvo absoluta imposibilidad física para otorgar ante notario los negocios jurídicos que le afectan, bien sea sola o apoyada. En todo caso, hay que conocer y respetar los valores y preferencias de la persona con discapacidad.

Para que la persona pueda adoptar decisiones válidas con plenas consecuencias jurídicas y ejercer su igual capacidad, puede necesitar apoyos, es decir, elementos de ayuda, hay que abandonar la incapacitación e ir a un procedimiento que sea de determinación de apoyos y fijar el alcance de los mismos, sin perjuicio de arbitrar las medidas de salvaguarda que deben ser aplicadas y revisadas con mayor agilidad, eficacia y continuidad que en el sistema actual. El concepto de apoyos es amplio y define no solo a aquellos establecidos de forma expresa por la autoridad judicial, sino también a los que se articulen de manera natural, por la propia persona con discapacidad, o por los operadores jurídicos como medio de facilitar la manifestación de voluntad. Los apoyos pueden ser “formales”, establecidos de una forma regular, institucional y jurídica; o “informales”, nacidos del propio contexto de la persona, familiar, personal, social y también de la administración. Se trata de aplicar el principio de intervención mínima e imprescindible. Garantizar el derecho de la persona con discapacidad a arbitrar tales apoyos, y cuando no pudiese, a que la intervención judicial y las administraciones públicas se los proporcionen.

28.- Por fin parece que la esperada reforma va adelante y el 26 de septiembre de 2018 el Ministerio de Justicia publicó el ALRD, fechado el 21 de septiembre de 2018.

Se ha tardado mucho tiempo en elaborar el Anteproyecto, a pesar de que los exámenes a España del Comité CDPD de 2011 y de 2019 lo exigían, al igual que las asociaciones interesadas en la materia y gran parte de los operadores jurídicos. Lo que es especialmente lamentable considerando la injusticia que supone la inaplicación de la Convención durante tantos años para las actuales personas con discapacidad que no pueden disfrutar con plenitud de los derechos que les corresponden durante un tiempo que no volverán a vivir.

Este Anteproyecto de Ley que reforma el CC, la LEC, la LH y el RC, es un paso decisivo en la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD. Cambia el sistema vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. Y suprime el procedimiento de incapacitación o de modificación de la capacidad por otro de provisión de apoyos. Sustituye el paradigma de interés superior de la persona con discapacidad por el de respeto a su voluntad, deseos y preferencias, si bien este criterio no aparece siempre lo suficientemente garantizado.

La idea central de este nuevo modelo es la del apoyo a la persona que pueda tener alguna dificultad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Las instituciones de apoyo previstas son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Se incluye desde el acompañamiento amistoso, a la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, o incluso excepcionalmente, en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo, este puede consistir en la representación o sustitución en la toma de decisiones. Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

Sin embargo, la doctrina considera que el ALRD tiene bastantes imperfecciones y es muy mejorable, que debería modificarse o completarse en muchos de sus arts., incluso rehacerse en su totalidad la parte procesal. El texto es insuficiente, no termina de asumir todas las consecuencias que se derivan de la Convención. En la Exposición de motivos del Anteproyecto se hacen unas declaraciones que luego no tienen su adecuado reflejo en el articulado.

La nueva regulación está inspirada en el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el predominio de su libre voluntad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar. No se trata, pues, de un mero cambio de terminología cambiando los términos de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, en el que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias

decisiones, derecho que debe respetarse; porque es una cuestión de DDHH. Y es que muchas limitaciones vinculadas a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio. La reforma normativa debe ir unida a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social, y especialmente de la de aquellos profesionales del derecho como jueces y magistrados, funcionarios de la administración de justicia o notarios, que han de prestar sus funciones, a las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas.

29.- La reforma otorga preferencia a las medidas preventivas, esto es, que cualquier persona pueda, en previsión de que precise apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, decidir libremente quién deberá prestárselos o quién no, con qué alcance, de qué forma, en que actos jurídicos precisa la asistencia o en cuáles otros confiere a la persona de apoyo facultades de representación. Esa declaración ha de ser vinculante y prevalecer sobre las medidas que se establezcan externamente, salvo que se den supuestos excepcionales que exijan apartarse de ellas como si existe una alteración de las circunstancias o aparecen algunas desconocidas por quien la determinó.

Sin embargo, la regulación del Anteproyecto en este ámbito resulta insuficiente y a veces contradictoria. Es confusa la regulación de las declaraciones anticipadas y de los poderes preventivos. Puede haber una declaración anticipada que sólo instituya medidas de apoyo, cabe otorgar un poder preventivo; y finalmente la persona puede nombrar un curador, autotutela, pero en este último caso para que se constituya es preciso instar un procedimiento judicial de provisión de apoyos. Si el poder preventivo comprende todos los negocios del otorgante, queda equiparado a la tutela sin necesidad de resolución judicial. Se trata de una regulación compleja, que plantea diversos problemas. No se entiende por qué hay que instar un procedimiento judicial si la tutela ha sido establecida y regulada previamente por la persona concernida, y por tanto la mejor forma de respetar su voluntad es que comience a funcionar sin necesidad de ningún procedimiento judicial, que además reduciría la carga de trabajo que tendrán los órganos judiciales.

Los poderes preventivos en sus dos opciones, la de que subsista el poder ya otorgado o la de otorgar poder solo para el supuesto de que el poderdante se vea necesitado de apoyo, deberían ser objeto de una regulación específica y completa fuera del mandato para no incurrir en contradicciones entre la regulación del mandato,

concebida para la esfera contractual; y la del poder preventivo, que se incardina en el ámbito de las instituciones de protección de la persona. Además, debería regularse todo acuerdo bilateral o multilateral (acuerdos de apoyo) o disposición unilateral (poderes) que tengan por objeto dar soporte, ayuda y en su caso representar a una persona con discapacidad.

El poder o mandato preventivo presupone en el otorgante una capacidad plena. Se deja de lado a la propia persona necesitada de apoyos. Debería existir el acuerdo de apoyo otorgado por la persona que ya lo necesita. El otorgamiento lo verificaría la persona ya con discapacidad, con los ayudas necesarias según cada caso, después de ser informada, aconsejada y acompañada en la toma de una decisión tan importante como la configuración de su personal sistema de apoyo a su discapacidad y ello aunque se estableciera la necesidad de una aprobación judicial posterior.

30.- Refuerza la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo al dejar de ser una situación provisional si es suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. Si está adecuadamente atendida por un guardador de hecho que generalmente es un familiar o una persona con vínculo de especial afección, no precisa de una investidura judicial formal que seguramente tampoco desea. Aunque deberían considerarse salvaguardias por los posibles supuestos de abusos y desatenciones que pueden producirse especialmente con padres y abuelos. Cuando el guardador tenga que acreditar la representación, se prevé que pueda obtener una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso.

31.- La institución objeto de una regulación más amplia es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. Acoge, dentro de la curatela, todos los supuestos de discapacidad, desde el que necesita una mera asistencia simple, al que necesita un apoyo más intenso, que incluye la sustitución de la voluntad del discapacitado. No distingue, como lo hacen otros ordenamientos, las diversas clases o tipos de curatela. La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Se constituye mediante resolución de la autoridad judicial cuando no exista otra medida de apoyo suficiente.

Se determinarán de forma precisa los actos para los que la persona requiera la intervención del curador y aquellos otros en los que excepcionalmente el curador habrá de asumir la representación. Sin embargo, habría que limitar de manera más estricta los supuestos en que el curador puede ejercer funciones representativas, si no sería una pervivencia de la antigua tutela con un simple cambio de denominación; solo deberá darse en aquellos casos en que la persona se encuentre imposibilitada de comunicar su voluntad de cualquier modo y ésta no pueda por tanto verificarse: e incluso en estos casos la persona de apoyo deberá actuar de acuerdo con la mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias de la persona.

Para nombrar al curador, el juez solo está vinculado por la voluntad manifestada por la persona de forma preventiva antes de que requiera apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, pero no la que pueda manifestar en el propio procedimiento judicial de provisión de apoyos, en el que únicamente será oída, lo que evidentemente no es respetuoso de la voluntad y preferencias de la persona. Estos mismos criterios deberían aplicarse al defensor judicial.

El sistema propuesto, centrado en la curatela, aumenta la intervención judicial y, ni es práctico por la saturación de los tribunales, que provoca dilaciones inaceptables, ni es respetuoso con el principio de mínima intervención de la Convención.

32.- El defensor judicial se nombra por el juez cuando la persona con discapacidad precise apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente. Y cuando quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, exista conflicto de intereses o la autoridad judicial lo considere necesario durante la tramitación de la excusa alegada por el curador.

Se eliminan del ámbito de la discapacidad la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas; la tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad. El complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial.

La reforma afecta también a otras normas relativas al derecho internacional privado, a los actos relativos a la nacionalidad, al matrimonio o la filiación, así como a algunas reglas del derecho de sucesiones y al derecho de contratos, en el que el ejercicio de los derechos implica realizar actos jurídicos de gran transcendencia, cuya

celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva.

El ser personas con discapacidad plenamente capaces repercute en la idea de responsabilidad, por lo que ha de cambiarse el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio, y establecer una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno.

33.- En el ámbito registral, en el RP se crea un Libro único informatizado, que dará publicidad a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad, para que sean conocidas por todos los registradores y todos los usuarios del Registro. En el RC deberán inscribirse las medidas preventivas previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, con lo que la consulta al mismo hará efectiva la preferencia que tienen sobre las medidas legales que habría de aplicar la autoridad judicial.

Creemos que sería conveniente la creación de un Registro público al que con las nuevas tecnologías informáticas se pudiera acceder fácilmente y conocer en todo momento la situación de apoyo de cada persona; que los acuerdos de apoyo, los poderes preventivos y las resoluciones judiciales o administrativas que configuren apoyos formales se hicieran constar para el conocimiento general, a fin de proteger la seguridad del tráfico jurídico. Todos los operadores jurídicos deberían poder acceder online a este nuevo Registro dedicado solo a las personas con discapacidad. Ni el RC ni el RP han sido hasta ahora eficientes en el cumplimiento de su misión.

34.- Respecto a la LEC, se sustituyen los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a la personas con discapacidad.

El proceso judicial tiene carácter subordinado respecto de la voluntad del interesado, solo procederá en aquellos supuestos regulados en el CC en los que se tenga que nombrar curador.

La mayor crítica del ALRD es la existencia de un grave desequilibrio entre la regulación sustantiva, la que se refiere al derecho civil y la regulación procesal. En el bloque del derecho civil, hay más acierto para alinear los principios, mandatos y valores de la CDPD, ofreciendo un resultado aceptable. Por el contrario, el bloque procesal permanece anclado en concepciones tradicionales, sigue el modelo médico y contradice el art. 12 CDPD. Lo hace en la terminología empleada, en la apelación expresa al

criterio del mejor interés que en general se ha eliminado en la nueva regulación civil, en la falta de previsión de medidas de accesibilidad y ajustes en el procedimiento, en el tratamiento de la persona con discapacidad como una persona “afectada” por este trámite, en la posibilidad de fijar las medidas de apoyo atendiendo en exclusiva a un dictamen médico, cuando lo que debería primar es la voluntad y preferencias manifestadas por la persona que precisa apoyos para lo que el tribunal debe escuchar al interesado, no “reconocerle” como si fuera un sujeto pasivo e inerte, sin que pueda limitarse esa obligación a que “tuviera suficiente juicio”.

Además, el procedimiento de provisión de apoyos debería ser un procedimiento de jurisdicción voluntaria y regularse en la LJV y solo sería contradictorio el procedimiento y se regularía en la LEC si hay conflicto de intereses, un peligro de abuso o de influencia indebida o un riesgo cierto y grave para los derechos de la persona. Pero con el Anteproyecto se contempla un procedimiento contencioso de imposición de apoyos, siendo que los apoyos deben proporcionarse a la persona que los desee y en la medida que los desee, o sea, que la persona tiene derecho a rechazar los apoyos y a que no se le impongan. Esto contradice la CDPD y el derecho comparado donde la opción por la jurisdicción voluntaria es mayoritaria.

Ambos bloques son contradictorios, y es que han sido preparados por equipos redactores distintos, con visiones divergentes, que no se han conseguido armonizar. Debería rehacerse íntegramente la parte del Anteproyecto que se refiere a la propuesta de reforma de la LEC y la LJV.

35.- Sentada la plena capacidad jurídica de toda persona, la clave está en el ejercicio de la misma, que es donde surgen las dificultades. Debería aclararse que para otorgar actos jurídicos sin necesidad de apoyos bastará la capacidad natural suficiente para el acto que se trate y que no es la misma para todos. Especialmente en temas de previsión, patrimonio protegido o autoprotección, deberían poder otorgarse con una capacidad básica, ya que el apoyo lo puede constituir el mismo notario autorizante.

Se echa en falta que no se haya producido ninguna modificación de la legislación notarial, que ni siquiera se ha previsto y que es necesaria para la efectiva aplicación del nuevo sistema de apoyos; siendo el notario el profesional que interviene en la autorización de numerosos actos de trascendencia personal y patrimonial de la persona con discapacidad, como en el otorgamiento de las medidas preventivas como las escrituras de autocuratela, en la constatación de la presencia del supuesto que ponga en

marcha las medidas de apoyo preestablecidas por la persona con discapacidad o en el otorgamiento del testamento y del matrimonio de estas personas, y en tantos otros. Y que en todos los casos tiene que efectuar el juicio de capacidad, que tendrá que hacerse con nuevos criterios adaptados a la nueva normativa. Así como que en esta línea no se haya solicitado ningún informe a la DGSJFP.

36.- La Memoria del análisis del impacto normativo dice que el impacto presupuestario es nulo y que las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal ni de retribuciones ni de otros gastos del sector público, lo que nos parece ilusorio, absurdo y alejado de la realidad.

Con la normativa prevista y el aumento de la intervención judicial, siendo realistas y si pretendemos la aplicación real de la normativa, se requieren muchos más medios judiciales. Por ello resulta extraño que el CGPJ avale unánimemente el ALRD sin hacer ningún matiz a este respecto. Si Estado no provee los fondos necesarios para crear y financiar nuevos órganos judiciales y personal especializado y de apoyo multidisciplinar para el juez; las exigencias de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad son imposibles de cumplir.

Los tribunales especializados en modificación de capacidad actualmente se hallan totalmente desbordados, con la nueva normativa su trabajo se incrementará exponencialmente, a la vista del número de decisiones que cada persona que no sea capaz de autogobernarse (total o parcialmente) precise tomar a lo largo de su vida.

A pesar de lo que quiere la Convención y los propios afectados es autorregulación y disminución de la intervención judicial. Los jueces deberían controlar y corregir las irregularidades de las personas que intentan aprovecharse de la discapacidad de otras, pero no organizar todos los aspectos de la vida de los que sufren alguna discapacidad. Pero en la práctica se ha optado por un incremento de la judicialización que para ser efectivo va a requerir muchos más medios y, por tanto, más dinero.

37.- Los notarios tienen una relación frecuente con las personas con discapacidad, tanto para intervenir o autorizar actos jurídicos en los que intervienen, como para asesorarles y prestar consejo sobre temas que les afectan.

El notario es el encargado de velar en el ámbito jurídico extrajudicial por la regularidad de los negocios jurídicos. Su intervención permite a todos los ciudadanos, cualquiera que sea su procedencia y condición, y por supuesto a las personas con

discapacidad; ejercitar su capacidad jurídica, su capacidad de autorregulación y su autonomía dentro del ordenamiento, en definitiva, posibilita a las personas ejercitar sus derechos en el día a día, tanto a nivel patrimonial como personal. Como jurista, el notario no se limita a recoger declaraciones de voluntad sino que es función primordial para él la labor de asesoramiento y consejo. Siendo esencial a la función notarial prestar asistencia especial al otorgante más necesitado de ella, desarrollando así una función equilibradora entre las partes. Y este suele ser el caso del colectivo de las personas con discapacidad. El notario tiene un papel muy importante en la promoción y el respeto del derecho de las personas con discapacidad a ejercer su capacidad jurídica. Puede y debe ofrecer apoyo institucional en la recepción de información y en la emisión de una voluntad libre e informada, además debe hacer ajustes razonables. Para todo ello es fundamental la comunicación directa, por lo que debe garantizar la accesibilidad física y jurídica y si es necesario usar las nuevas tecnologías para que esa comunicación sea viable.

La función del notario como apoyo institucional tiene un doble sentido, positivo, para respetar los derechos, voluntad y preferencias; y negativo, para impedir abuso e influencia indebida.

38.- Hoy existe cierto conflicto porque hay una legislación de rango superior, como es la CDPD, directamente aplicable; y una legislación nacional descoordinada cuando no opuesta a aquella. Mientras que no se produzca la reforma legislativa prevista, el notario, en el ejercicio de su profesión como operador jurídico directamente implicado y al igual que todos ellos, debe aplicar el sistema derivado del art. 12 CDPD, a la par que impulsar dicha reforma. El notario, que es guardián en primera fila de los derechos de las personas y garante de su ejercicio, debe ser el primer aplicador del art. 12 CDPD con una actitud proactiva que evite discriminaciones y preste el apoyo que cada persona necesite.

El notario que niega sin justa causa su intervención incurrirá en responsabilidad. Ni desde el derecho ni desde la moral puede negarse a autorizar un acto jurídico ante la más mínima duda. Solo puede hacerlo ante la comprobación de alteraciones intelectuales importantes del otorgante. En caso contrario, supondría una discriminación inaceptable e injustificada de las personas, que infringiría muchas normas legales, entre ellas, la CDPD. En la práctica, si los notarios tienen alguna sospecha de que la persona no está en pleno ejercicio de la capacidad jurídica, en la mayoría de las ocasiones se

abstienen de autorizar el instrumento público, con lo que de entrada evitan posibles responsabilidades y teóricamente no causan mayor perjuicio, pero no es así porque están incapacitando de hecho y violando DDHH, lo que hoy aún no tiene consecuencias civiles pero debería tenerlas morales. Esto debe cambiar. El notario debe diseñar el acto o negocio jurídico en función de las facultades del sujeto, a su medida, utilizando los apoyos necesarios para que exteriorice su voluntad. El notario será el primer recurso, el primer apoyo con el que cuente la persona con discapacidad y debe velar por la protección del interés superior de esta persona.

La aplicación efectiva de la CDPD exige cambiar nuestra legislación, suprimir la tutela y el procedimiento de incapacitación y sustituirlo por un nuevo sistema de apoyos y de salvaguardias. Pero si se van a encargar las mismas estructuras que ahora se encargan de la incapacitación se fracasará. Hay que cambiar la manera de pensar y los enfoques preponderantes con los que nos hemos formado y que hemos aplicado en nuestra profesión. No es solo cambiar nombres, sino de delimitar con claridad las funciones de las personas de apoyo, concienciarles de su labor y de las repercusiones que tiene para la dignidad de la persona, e incluso si fuera necesario, prestarles también a ellos ayuda y apoyos en su cometido. En este proceso el notario tiene un papel importantísimo junto con una gran responsabilidad profesional y social. Velar por los derechos de las personas con discapacidad es una actividad cotidiana en los despachos notariales, al igual que solucionar las necesidades singulares de cada persona. Instituciones hoy tipificadas y reguladas como la autotutela, el mandato preventivo, el contrato de alimentos, etc., se han formado en los protocolos notariales sin una previa regulación legal, al amparo de la libertad de los otorgantes y por la labor creadora del derecho de los notarios. El notario crea nuevas fórmulas jurídicas que son la base de la futura legislación.

39.- Se debe crear procedimientos para la intervención de las personas con discapacidad en los actos y negocios jurídicos. Hay que acabar con su incomparecencia. Creemos que tienen que comparecer y ser oídos antes de autorizar un instrumento público que les concierna, deben ser protagonistas de sus propios actos y negocios. La intermediación notario-cliente con discapacidad es básica.

El notario, como mínimo, debería escuchar a la persona con discapacidad, salvo casos de imposibilidad absoluta; asegurarse de cuál es su voluntad, recogiendo esta audiencia en el documento, dando fe de ella y plasmando la intervención del mismo,

procurando, si supiere hacerlo, que lo firme. Y esto puede y debería hacerse exista o no declaración judicial modificativa de la capacidad. Es lo congruente con los principios de la CDPD. La persona con discapacidad tiene una capacidad propia, tiene derecho a ejercerla y el notario debe respetarla, y lograr la máxima autonomía posible.

Este puede ser el primer cambio efectivo, sustancial, directamente aplicable que puede establecerse, la comparecencia y, en su caso, firma de estas personas en nada perjudica el documento y sí le añade un plus.

Las personas con discapacidad tienen las mismas necesidades jurídicas que cualquiera y la CDPD exige darles una orientación personalizada. Para ello el notario tiene que poder comunicarse con ella y prestarle un asesoramiento técnico que deberá adaptar al grado de comprensión y entendimiento de cada cual, y si el notario no está preparado, dada la complejidad y variedad de las discapacidades intelectuales y psíquicas existentes, deberá buscar apoyos.

Al autorizar un documento público redactado en lenguaje jurídico conforme a la voluntad de una persona con plena capacidad jurídica, si esta no tiene instrucción, los notarios en la lectura y explicación que le dan al otorgante, traducen ese lenguaje a palabras ordinarias que pueda comprender. Si eso se hace con cualquiera, más tiene que hacerlo cuando comparezcan personas con discapacidad.

40.- El juicio de capacidad es una de las funciones de mayor trascendencia que el notario realiza para conferir seguridad jurídica al negocio que se formaliza a través del instrumento público. Debe efectuarse conforme a la Ley y RN, y en la actualidad también considerando la CDPD.

El juicio notarial de capacidad o discernimiento no se refiere a una capacidad abstracta ni a una capacidad perfecta sobre cualquier aspecto de la vida. Eso no se hace ni con las personas en quienes no concurre una discapacidad. El notario, para emitir el juicio de capacidad, no debe limitarse a valorar la capacidad mental, además debe dar apoyo a las personas con discapacidad para que ejerzan su capacidad jurídica, por lo que únicamente podrá denegar la autorización cuando le sea imposible llegar a conocer la voluntad de estas. Por lo que, por el mero hecho de que una persona tenga disminuida su capacidad mental, no puede adoptarse la solución fácil y cómoda de no autorizar, antes debe el notario poner todo su empeño en investigar la voluntad, apoyar y aconsejar, para intentar conocer la verdadera voluntad.

El juicio de capacidad, que es juicio de comprensión o discernimiento, implica que los otorgantes del instrumento público notarial conocen y comprenden el negocio jurídico que se perfecciona, que se adecúa a sus pretensiones y a la legalidad; que la forma jurídica negocial que reviste su voluntad es la más adecuada y todos los efectos que la misma despliega. En él influyen no solo las cualidades intelectivas del otorgante y la naturaleza del acto o contrato que pretenda otorgar sino también la voluntad y preferencias de la persona cuya apreciación deberá efectuar el notario, al igual que la comprobación de que el consentimiento se ha formado regularmente, ausente de vicios y debidamente informado.

No se trata de examinar a la persona con discapacidad para tratar de determinar el alcance de sus limitaciones, su función no es constatar que la persona con discapacidad supera un cierto umbral de competencia mínima”; sino de que el contrato termine por contener una voluntad informada, consciente y libremente expresada, aunque, para formarla, el otorgante haya necesitado recibir un alto nivel de apoyo.

El notario no realiza un juicio médico: lo determinante no es que la persona padezca o no y en qué grado una patología; influyen diversas circunstancias tales como los factores culturales, educacionales, sociales etc. Lo determinante para el notario es comprobar que la persona con discapacidad tiene una percepción clara con arreglo a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que está realizando y de que se han utilizado los sistemas de apoyo necesarios para ello con ausencia de influencia indebida y de cualquier tipo de abuso.

Es una competencia del notario que no puede sustituir, delegar, limitar o condicionar por intervenciones, informes o dictámenes de otros profesionales. Los informes y dictámenes médicos o psicológicos, no son necesarios para emitir el juicio de capacidad notarial, si fueran solicitados por el notario o aportados por los comparecientes, cualquiera que sea su resultado, no supedita al notario ni le exime de su obligación de prestar apoyo y de emitir el juicio de capacidad.

41.- En la práctica notarial pueden plantearse dos supuestos respecto a las personas con discapacidad:

1.- Personas con discapacidad con sentencia de incapacitación. Mientras no se apruebe la reforma legislativa habrá que estar a las normas de derecho sustantivo, no podemos como autoridad pública autorizar documentos que por no cumplir las exigencias del derecho sustantivo puedan ser sancionadas de nulidad de pleno derecho.

El notario debe cumplir la resolución judicial de incapacitación y el nombramiento de tutor o curador, deberá ajustarse a lo que disponga y será necesaria la intervención de estos para la validez del acto. Pero puede avanzar en la aplicación de la Convención, así, salvo imposibilidad manifiesta de expresión de la persona, deberá procurar su participación efectiva brindándole la labor de asesoramiento y apoyo; puede comparecer el incapacitado al acto de otorgamiento para ser oído y comprobar el notario que se están respetando sus preferencias personales, pues el documento notarial recogerá un acto jurídico suyo.

2.- Personas con discapacidad sin incapacitar. Esta es la situación en la que se encuentran la mayoría de las personas con discapacidad que viven su vida jurídica al margen de la incapacitación: realizan sus actos cotidianos sujetos a un sistema de guarda y protección, y solo se acude a la incapacitación cuando por alguna circunstancia tienen que realizar un concreto acto jurídico. En la práctica, cuando una persona con discapacidad no incapacitada judicialmente pretende concluir un negocio jurídico para el que necesitaría asistencia o apoyo y esta situación es detectada por el notario, prácticamente la única salida es que sea previamente incapacitada, se produce de facto esa restricción a la capacidad jurídica, pues en vez de recibir asistencia y apoyo para el ejercicio de su capacidad, se ve privada de esa misma capacidad que se pretende asistir y apoyar.

42.- El apoyo o los apoyos que pueden precisar las personas con discapacidad son aquellos medios, personas o ajustes razonables necesarios para que el individuo pueda comprender y formar su voluntad en relación con un acto jurídico concreto.

Cuando la persona con discapacidad requiera además del apoyo institucional del notario el uso de otros apoyos, que hayan sido establecidos previamente por resolución judicial o ante la propia autoridad notarial, el notario también tiene que valorar que la persona que preste apoyo comprenda el negocio y sus consecuencias jurídicas, incluso asegurarse que comprende bien la naturaleza y la responsabilidad de su actuación como apoyo. Esas voluntades sumadas, la de la persona con discapacidad y la del que presta el apoyo, ya sea este voluntario, obligatorio o institucional, integran una sola parte que permiten a la primera ejercer sus derechos en condiciones de igualdad.

No existe una enumeración taxativa de qué ha de entenderse por apoyo ni ajuste razonable puesto que dependerá de la persona, por un lado, y del acto que desea otorgarse o derecho que deba ejercitarse. Pueden ser diversos desde un punto de vista

funcional, como el recurso a apoyos lingüísticos (lengua de signos, Braille, tablets y dispositivos informáticos) o material, (consentimientos asistidos, asentimientos realizados por otras personas, etc.). Se debe dejar constancia en el instrumento público de las medidas de apoyo utilizadas en el negocio jurídico.

No hay límite en cuanto a la intensidad del apoyo recibido, por lo que el notario debe comprobar que la influencia que implica el apoyo no es indebida, porque involucre un conflicto o contraposición de intereses, que el apoyo no es sustitutivo, ya sea porque fuerce la voluntad de la persona con discapacidad, o porque no intente ayudar a formar y expresar esa voluntad, y se convierta en una expresión unilateral de la persona que presta apoyo, el notario controlará que el apoyo sea aceptable y suficiente para que la persona con discapacidad se forme su propio consentimiento.

El notario al calificar el resultado final de la actuación con apoyos puede emitir un juicio negativo y denegar su autorización, si considera que no concurre una voluntad coherente, libre, consciente e informada.

43.- Todo notario debe seguir la GNBPN de la UINL, que contiene una serie de recomendaciones para la accesibilidad jurídica: 1.- Capacitar al notario y al personal de la notaría. 2.- Asegurarse de la efectiva comunicación. 3.- Utilizar lenguaje sencillo. 4.- Ubicarse en el campo visual de la persona con discapacidad. 5.- Proporcionar información básica acerca de sus derechos y obligaciones. 6.- Solicitar información sobre el modo en que prefiere recibir información. 7.- Consultar si necesita algún tipo de apoyo y de qué tipo. 8.- Manejarse con naturalidad y no tratarles como niños. 9.- Tener en cuenta la percepción de quien oye y no de quien habla. 10.- Dirigirse directamente a la persona con discapacidad y no tercerizar la comunicación. 11.- Evitar cualquier tipo de invasión corporal. 12.- Proporcionar accesibilidad física.

Por profesionalidad, sentido común y humanidad, el notario y el personal de la notaría deben prestar todo su apoyo personal y técnico a las personas con discapacidad.

Además, hay una serie de pautas que sería conveniente seguir en la actuación notarial en su relación con las personas con discapacidad y según las diferentes tipologías de las mismas:

1.- Actitud general: comportarse de modo natural y ser positivo. Tener respeto, comprensión y paciencia. Colocarse dentro del campo visual de la persona con discapacidad y mirarle a los ojos, para transmitirle confianza y comprobar si nos comprende. No invadir su espacio vital. Leer la escritura o el documento de que se trate

de modo sencillo, explicando de forma comprensible para la persona con discapacidad todo su contenido. Pronunciar con claridad, vocalizando y entonando. Hablar y dirigirse directamente a la persona con discapacidad aunque esté con un acompañante.

2.- Implementar el diseño universal: el espacio físico de la oficina notarial debe ser adecuado, cómodo, accesible y seguro para que las personas con discapacidad puedan acceder en igualdad de condiciones que las demás. El mobiliario debe distribuirse de modo que no obstaculice la circulación, evitando que mesas, sillas, armarios, ventanas o puertas puedan suponer un riesgo.

3.- Proporcionar apoyos y hacer ajustes razonables: hay que relacionarse directamente con las personas con discapacidad de acuerdo con la singularidad de las mismas, asegurándose que se estén realizando las acciones pertinentes y los ajustes razonables que sean necesarios.

4.- Tener comunicación personalizada: el notario debe tener contacto directo y personalizado con ella desde el principio y durante todo el proceso, promoviendo vínculos de conocimiento y confianza, priorizando el principio de intermediación e intentando conocer lo mejor posible sus circunstancias personales y sociales. Las comunicaciones y comparecencias de estas deben realizarse con preferencia si es posible y en lugares que generen seguridad y confianza, garantizando su intimidad, privacidad y confidencialidad, a la que tienen derecho las personas con discapacidad, como todas, estando el notario vinculado por el secreto profesional.

5.- Capacitación: el notario tiene que estar capacitado, para lo que debe esforzarse en estudiar y estar al día en todos estos aspectos, y tiene que promover la capacitación y concienciación de todos los empleados de la notaría, para que a cada persona con discapacidad, y en función de sus características, se le preste el trato conveniente. La formación y la educación sobre el contenido y aplicación de la CDPD y del modelo social y de DDHH deben ser continuas y actualizarse de modo periódico. Son fundamentales para conseguir la transformación social y la supresión de las barreras, muchas de las cuales son invisibles, como las actitudinales y comunicacionales; pero que suponen obstáculos para conseguir la participación de las personas con discapacidad en la sociedad.

6.- Y por supuesto, hay que cuidar el vocabulario adecuándolo a la CDPD, y evitando denominaciones peyorativas como “disminuido”, “incapaz”, “anormal”, “minusválido”, etc.

Luego hay una serie de pautas concretas sobre cada tipo de discapacidad, que tienen sus singularidades. Hay pautas que afectan a la movilidad, la visión, la audición, el lenguaje, la voz y el habla y la discapacidad intelectual. Teniendo en cuenta que pueden darse conjuntamente en la misma persona y que la intelectual puede y suele conllevar alguna de las otras.

44.- Las personas y familias que se enfrentan a la discapacidad, bien porque ya se haya producido o bien como hecho previsible o al menos posible en el futuro, y tanto si la persona con discapacidad está incapacitada judicialmente como si no lo está; pueden adoptar una serie de medidas para intentar paliar o mejorar la situación. Es normal y sensato preocuparse por el porvenir, tanto el personal como el patrimonial, ya sea el propio o el de los seres queridos discapacitados, a los que no se podrá ayudar tras el fallecimiento, y tratar de que una vida digna esté garantizada.

Cuando estas personas acuden al notario para que les asesore y dé forma jurídica a sus inquietudes, la mayoría de las cuestiones que plantean relacionadas con la persona con discapacidad se refieren a la planificación del futuro económico de esta, y sobre cómo pueden ordenar su herencia, para que las necesidades de sus seres queridos estén cubiertas cuando ellos no estén. Se preocupan para que tras su fallecimiento sigan estando atendidos, para conseguir esta finalidad han resultado muy eficaces las personas jurídicas públicas y privadas dedicadas a estos fines, en particular las cada vez más numerosas fundaciones tutelares, que deberían poder desempeñar cualquiera de las figuras de guarda legal y tener una regulación más adecuada.

Las leyes ofrecen diversos instrumentos jurídicos para alcanzar esta finalidad de previsión y protección. Habrá que estudiar caso por caso para ver los que mejor se adaptan a una situación concreta. Estos múltiples mecanismos tratan de responder a la especial situación de las personas con discapacidad, ordenando los medios necesarios para que se garantice su subsistencia y lleven una vida digna y para que la discapacidad que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconocen la Constitución y las leyes, logrando así que la igualdad entre tales personas y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva. En este sentido la LPPD crea la figura del patrimonio protegido, introduce interesantes modificaciones en el CC, como la autotutela. En materia de derecho de sucesiones, la posibilidad de gravar la legítima estricta de los herederos a favor de un hijo o descendiente incapacitado judicialmente, o en materia contractual la regulación del contrato de alimentos. Además, introduce en la

LEC la posibilidad de que el presunto incapaz pueda instar su propia incapacitación. En materia tributaria se conceden beneficios fiscales a las personas que realizan aportaciones a los patrimonios protegidos.

La autonomía de la voluntad nos permite diseñar el modo en el que queremos asegurar la protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad (incluso la propia). Los profesionales del derecho deben esforzarse por conocer y aplicar los diversos instrumentos jurídicos y fiscales que nos brinda el Ordenamiento Jurídico para esta protección. Hay una serie de actos que una persona capaz puede otorgar en su mayoría ante notario, en previsión de la propia discapacidad o en beneficio de otra con esa característica con objeto de conseguir protección; y para organizar sus asuntos, decidir las personas que deben o pueden asistirle o representarle y encargarse del cuidado de su persona, y en general hacer cualquier previsión. En esta tesis recogemos los más frecuentes, los dividiremos entre actos *inter vivos* y *mortis causa*. Entre los primeros tenemos: autotutela, apoderamientos preventivos, voluntades anticipadas, donaciones, patrimonio protegido, derecho de uso y habitación, renta vitalicia, contrato de alimentos, hipoteca inversa y seguro de dependencia; y entre los segundos: testamento, sustitución fideicomisaria, fiducia sucesoria, sustitución pupilar y ejemplar, disposiciones bajo condición, término y modo, colación e indignidad sucesoria respecto de las personas con discapacidad.

A todas estas figuras se les debe dar un adecuado y favorable tratamiento fiscal, siempre que afecten a una persona con discapacidad.

45.- Medidas preventivas como la autocuratela, el poder preventivo o las voluntades anticipadas.

La autotutela, que incluye la autocuratela, o posibilidad que tiene una persona, en prevención de su propia incapacitación, de realizar disposiciones con eficacia jurídica sobre su futura eventual tutela o curatela. Con ella una persona capaz puede prever el nombramiento de la persona que le va a apoyar, designando quién desea que ejerza el cargo o excluyendo a quienes no quiere que lo hagan, puede ordenar la forma en que se ejercerá, y las disposiciones que estime convenientes en previsión de su futura incapacitación judicial o modificación de su capacidad. Todas estas disposiciones deben respetarse salvo que el juez atendiendo a las circunstancias y en beneficio del incapaz determine otra cosa.

El apoderamiento, poder o mandato preventivo: es aquel que confiere una persona capaz con la previsión de que subsista o empiece a producir efectos si llega a ser discapacitado. En este poder una persona, en previsión de su futura y posible falta de capacidad sobrevenida, otorga a otra persona la potestad de actuar en su nombre más allá del momento en el cual se produzca su discapacidad.

Nombrando un apoderado, mientras se tiene capacidad, para el caso de que se pierda se cuidan los intereses de quien se encuentra en esta situación y se puede evitar la incapacitación judicial y el nombramiento de tutor y el engorroso procedimiento de modificación de la capacidad ante una necesidad de disposición patrimonial cuando ya no tenemos capacidad para ello. Con ello se consigue que los asuntos patrimoniales del incapaz sigan funcionando con normalidad. Si la persona ha realizado las previsiones adecuadas, está bien atendida y el poder resulta suficiente para responder a sus necesidades personales y patrimoniales habituales, no habrá motivo para iniciar un procedimiento judicial de incapacitación, sin perjuicio de que este siempre podrá tener lugar. Supone una simplificación de procesos.

Por las voluntades anticipadas una persona manifiesta de forma anticipada sus deseos respecto a ciertas intervenciones médicas, para que sean respetados y cumplidos por el médico o el equipo sanitario cuando esa persona se encuentre imposibilitada de manifestar su voluntad.

46.- La donación es uno de los actos mencionados. Se pueden realizar donaciones a favor de la persona con discapacidad con lo que se consigue que tenga un patrimonio en su poder que le ayude en su subsistencia y atenciones futuras. Con este fin se pueden utilizar las múltiples posibilidades que esta figura jurídica ofrece. Normalmente son los padres respecto de los hijos, pero puede ser cualquiera. Se puede hacer una donación pura y simple y el bien pasa sin más al patrimonio de la persona. Se puede donar el usufructo y retener la nudapropiedad y luego atribuir esta en testamento a quien se desee. O lo contrario, donar a la persona con discapacidad la nudapropiedad asegurándoles un patrimonio pero retener el usufructo o dárselo a un tercero.

Cabe una donación a favor de la persona con discapacidad con cláusula de reversión por si esta fallece antes que los donantes, caso en que los bienes revertirían a favor del donante o donantes del último de ellos que sobreviva, o a favor de un tercero. También una donación a tercero con cláusula de reversión a favor de los donantes o de la persona con discapacidad, en caso de que no cuide a esta persona de modo adecuado.

Podría hacerse una donación con reserva de la facultad de disponer o con prohibición de disponer.

Y todo ello en la parte que beneficie a terceras personas se le puede atribuir de modo libre o con la condición o modo de cuidar y atender a la persona con discapacidad. Hablamos de donaciones condicionales o modales, que beneficiarán indirectamente a la persona con discapacidad, el donatario será una tercera persona física o jurídica que adquirirá bajo condición resolutoria o con la carga de asistir a la persona con discapacidad.

La donación puede ser una figura muy práctica, especialmente entre padres e hijos en aquellas CCAA que tienen bonificaciones fiscales. Con ellas se resuelven con anticipación los problemas que pudieran darse luego en la sucesión.

Además, la figura de la donación puede ser usada por la propia persona que done a otra, con cualquiera de las modalidades vistas, cuando todavía mantiene esa capacidad e incluso cuando la ha perdido a través de sus representantes para que el donatario cumpla las circunstancias o condiciones requeridas en cada caso que redunden en beneficio del donante.

47.- El patrimonio protegido de las personas con discapacidad se introdujo por la LPPD, este patrimonio queda inmediata y directamente vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de esas personas, la ley favorece la constitución de este patrimonio y las aportaciones a título gratuito al mismo. Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se someten a un régimen de administración y supervisión específico. Podría ser más útil si el patrimonio protegido se diferenciara del patrimonio principal de la persona con discapacidad y respondieran de las deudas por separado de modo que se limitara su responsabilidad a sus propias deudas y fuera inembargable.

Se trata de fomentar la autonomía de la persona con discapacidad a través de la generación a su favor de un flujo de dinero o de rentas, que les permita complementar sus ingresos y que tiene como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Pero estos fines también se pueden lograr por otras vías como por donación o herencia, planes de pensiones, seguros de vida y de enfermedad y otros. Muchas de estas figuras tienen beneficios fiscales si el destinatario es una persona con discapacidad, y como los incentivos fiscales de los patrimonios protegidos son lo más

atractivo y prácticamente el motivo de su existencia, habrá que comparar los más beneficiosos en cada caso.

48.- Otras figuras mencionadas serían el derecho de uso y habitación. Puede proteger a las personas con discapacidad, bien se aplique por ministerio de la ley si la persona es legitimaria y estuviera conviviendo con el fallecido o bien por acto voluntario *inter vivos* o *mortis causa*, ya que prima la autonomía de la voluntad. Lo más normal es que se establezca como un legado que grave alguno de los bienes que recibe el heredero.

La renta vitalicia puede tener diversas modalidades, con la que aquí interesa, los padres de la persona con discapacidad pueden transferir a alguien, un extraño, otro de sus hijos o una entidad, el dominio de bienes muebles o inmuebles o un capital en metálico a cambio de que el adquirente se obligue a pagar una renta o pensión anual al hijo con discapacidad, mientras viva.

En este caso, el contrato tendrá carácter oneroso para las dos partes contratantes, la que entrega el capital y la que se obliga a cambio a pagar la renta, mientras que para el tercero beneficiario, la persona con discapacidad, tendrá el carácter de una donación indirecta. También puede constituir la el cedente para que el mismo perciba la renta vitalicia.

El contrato de alimentos o vitalicio supone una obligación alimentaria surgida del pacto y no de la ley. Es útil en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad a través de una estipulación a favor de tercero y en base al mismo recibirá mientras viva alimentos, manutención y asistencia médica.

Con la hipoteca inversa las personas mayores de 65 años con vivienda en propiedad la hipotecan y reciben recursos económicos, normalmente periódicos, manteniendo la residencia en el inmueble hasta que fallezcan. Luego los herederos pueden pagarla o el banco la ejecuta. De origen anglosajón, no ha tenido éxito en nuestro país.

El seguro de dependencia, como cualquier seguro, cubre el riesgo que en este caso es caer en la situación de dependencia.

49.- La posibilidad de favorecer a las personas con discapacidad requiere una revisión del derecho de sucesiones, hay que ampliar las posibilidades existentes para

adecuarlo a las nuevas necesidades sociales. Podemos sugerir varias reformas. Debe extenderse el contenido material del fideicomisario legitimario del art. 831 CC. Hay que dejar claro que la sustitución ejemplar es una previsión testamentaria de los padres, sobre la totalidad del patrimonio de la persona con discapacidad. Se podrían adoptar formas testamentarias hoy vigentes en los derechos forales, como el testamento de hermandad, el heredero de confianza y el testamento mancomunado, que es el que hacen dos personas, normalmente los dos cónyuges, en los que se dispone sobre los bienes comunes y los privativos de cada uno. En derecho común lo normal es que ambos padres otorguen dos testamentos iguales pero separados y revocables, o sea, que cada uno puede cambiar el suyo cuando quiera y el otro no tiene ni que enterarse; con lo que no hay ninguna seguridad jurídica de que lo convenido por los dos se aplique. Además, podría regularse la sucesión contractual o la transmisión del patrimonio por contrato. En este caso, la atribución de bienes se convierte en irrevocable, a diferencia de la que se produce en testamento, que es revocable. Es útil para mantener agrupado el patrimonio familiar. Se puede asegurar el futuro del discapaz si alguien se compromete a atenderle a cambio de una contraprestación.

Consideramos que es imprescindible hoy en día establecer la libertad de testar y suprimir las legítimas, que es una institución rígida y decimonónica. Y en el peor de los casos, deberían modificarse hacia una mayor libertad, puesto que los motivos históricos y sociales que las justifican ya no existen. Si un familiar es una persona con discapacidad y no hay legítimas, sus padres podrían beneficiarle con todos los bienes.

Deben incrementarse los beneficios fiscales del art. 831 CC, del derecho de habitación del art. 822 CC y del vitalicio; y en general para todas las transmisiones *inter vivos* o *mortis causa* que beneficien a una persona con discapacidad.

50.- Es conveniente que los padres que tienen hijos con discapacidad o, en su caso, cualquier interesado; hagan testamento para regular lo que deseen que suceda tras su fallecimiento, planificar de modo adecuado la sucesión es básico para el futuro bienestar de estas personas. Pueden incluirse en el testamento multitud de disposiciones de protección del descendiente con discapacidad, el límite lo marca la ley y la voluntad e imaginación del testador, que con el adecuado asesoramiento notarial puede multiplicarse, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial.

En el aspecto personal puede establecer disposiciones respecto a la forma de vida y cuidados de su hijo, su salud, educación, formación, residencia o cualquier otra,

designar o excluir a alguien del cargo de tutor o curador de su hijo, que puede ser una persona física o a una institución y establecer órganos de fiscalización.

En el aspecto patrimonial, y en función de lo que se desea conseguir para la persona con discapacidad, y de cómo quiere cubrir y garantizar sus necesidades, el testador puede dejarle la mejora y el tercio de libre disposición, y puede utilizar las normas sobre sustitución, imputación y colación. Establecer una sustitución fideicomisaria que grave la legítima estricta, en beneficio del hijo judicialmente incapacitado. Donar o legar a la persona con discapacidad un derecho de habitación sobre la vivienda habitual del progenitor, que no se computará para el cálculo de las legítimas, cuando el discapacitado convivía con el testador. Ordenar una sustitución pupilar o ejemplar, en la que dispone a favor del incapaz en todo o parte de los bienes, y además se indican las personas que heredarán su patrimonio cuando fallezcan, y puede ser útil para incentivar a los herederos a que cuiden a la persona con discapacidad sometiendo su adquisición a esta condición. Establecer una fiducia sucesoria delegando la facultad de mejorar conforme al art. 831 CC. Puede pagar en metálico la legítima del hijo con discapacidad o atribuirle el usufructo de su vivienda habitual o legar al discapacitado el usufructo vitalicio de determinados bienes, dejando la nuda propiedad para los hermanos o legarle lo que estime conveniente, bienes concretos, un derecho de uso y habitación, una pensión periódica, alimentos o educación. O dejar a cualquier heredero bienes con la carga o condición de pagar una renta al discapacitado. Además puede dispensar de colación lo donado a los hijos con discapacidad. Utilizar la sustitución fideicomisaria donde hereda el primer llamado y luego el segundo, o con su variante condicional, en la que se nombra heredero fideicomisario si al fallecimiento del fiduciario con discapacidad lo ha atendido.

Debería nombrar albacea y contador-partidor que resulta muy útil en la participación de la herencia y puede ordenar al albacea que constituya un patrimonio protegido o un contrato de alimentos a favor de la persona con discapacidad.

Y podría determinar la forma en que se han de administrar los bienes. Fijar normas, condiciones o recomendaciones para la persona que se haga cargo de la tutela o para el resto de herederos.

51.- El art. 831 CC prevé la fiducia sucesoria, que permite que el testador en su testamento confiera al otro progenitor de sus hijos facultades para administrar y mantener unido el patrimonio familiar y mejorar y distribuir la herencia del causante

entre los hijos o descendientes comunes. Con ello se puede aplazar la partición y si hubiera algún discapacitado se le puede dar una consideración especial, sin más límite que el respeto a las legítimas estrictas. No establece ninguna regla que favorezca directamente al incapacitado pero amplía las posibilidades del supérstite respecto al mismo.

Es útil en el supuesto ordinario en el que los cónyuges quieren dejarse recíprocamente el mayor poder posible sobre el patrimonio familiar, entendido como una unidad, manteniéndolo cohesionado, sin injerencias de los hijos. Esta finalidad se ha buscado mediante el usufructo universal combinado con la cautela socini, pero con el art. 831 CC se dispone ahora de un medio más eficaz, que no encuentra obstáculo ni en la incidencia de la legítima estricta.

Es una vía utilísima, y pese a ello muy poco utilizada, para lograr ese reforzamiento de la posición del cónyuge que sobreviva. Por este camino, los padres testadores ponen, uno en manos del otro, es decir, del que sobreviva, la concreción de las atribuciones testamentarias en favor de sus hijos, dilatando así en el tiempo el momento de esta concreción y permitiendo actuar conforme se desarrollen los acontecimientos y favorecer al hijo con discapacidad.

52.- Por último, se puede realizar todo tipo de disposiciones bajo condición, término y modo. Estos llamamientos, especialmente los sujetos a condición o a modo pueden ser muy útiles para motivar a terceros en el cuidado de los incapaces. Con ellos se impone al heredero o legatario obligaciones de dar (gastos) o de hacer (atenciones, cuidados) a favor del descendiente con discapacidad. El supuesto ordinario es cuando los padres instituyen heredero o legatario, mejorando a alguno o algunos de los hijos capaces, a cambio de cuidar personal y patrimonialmente a su hermano con discapacidad esté o no incapacitado judicialmente. Se retribuye al hermano que cuida al incapaz y se castiga al que no. En muchas ocasiones esta disposición consiste en el legado de la vivienda, del negocio familiar a uno de los hijos con la obligación de cuidar y tener a su cargo y en su compañía al hermano con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

A.A.V.V, “Voluntades anticipadas y/o instrucciones previas”, en R. Marrero Macías (coord.), *Aspectos jurídicos de interés para familiares de personas con Alzheimer*, ed. Fundación Reina Sofía, Fundación PricewaterhouseCoopers, Asociación Nacional del Alzheimer, 2013.

ABEL LLUCH, X. y PICÓ i JUNOY J., *La prueba documental*, ed. Bosch, Barcelona, 2010.

ALBÁCAR LOPEZ J.L. y MARTIN GRANIZO FERNÁNDEZ, M., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. I, ed. Trivium, Madrid, 1993; “Comentario al Título XI: De a mayor edad y de la emancipación”, *Comentarios al Código Civil*, ed. Trivium Grafol, 1991.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, 18ª ed., ed. Edisofer, Madrid, 2009; *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, 11ª ed., ed. Edisofer, Madrid, 2008; “La donación por méritos”, *Revista de Derecho Privado*, año nº 88, mes 2, 2004; “La donación remuneratoria y los preceptos de la donación ordinaria que le son o no aplicables”, *Revista de Derecho Privado*, año nº 86, mes 1, 2002; *Derecho civil II*, ed. Bosch, Barcelona, 1997; “La llamada aceptación entendida a beneficio de inventario”, *Actualidad Civil*, vol. 2, 1995; “Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos”, *Revista de derecho privado*, año n.º 76, mes 9, 1992; “Comentario al art. 624”, “Comentario al art. 625”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986; “Comentario a los arts. 662 y 666”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IX, vol. 1º-A, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990; “Comentario al art. 759”, “Comentario a los arts. 775 y 776”, “Comentario a los arts. 791 y 792”, “Comentario al art. 793”, “Comentario al art. 794”, “Comentario a los arts. 795 y 796”, “Comentario a los arts. 797 y 798”, “Comentario al art. 800”, “Comentario al art. 801”, “Comentario al art. 805”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984; “Resolubilidad del contrato de renta vitalicia si el obligado al pago de la pensión ni siquiera comienza a abonarla”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, ed. Edersa, Madrid, 1981; “Condición, término y modo”, *Revista de Derecho Notarial*, año V, nº XVII-XVIII, julio-diciembre 1957; “De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 2, 1954.

ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, ed. Fundación Registral, Madrid, 2006.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Art. 618 CC”, “Art. 619 CC”, “Arts. 620-621 CC”, “Art. 622 CC”, “Art. 623 CC”, “Art. 624 CC”, “Arts. 625-628 CC”, “Art. 630 CC”, “Arts. 632-633 CC”, “Art. 634 CC”, “Art. 635 CC”, “Art. 637 CC”, “Art. 638 CC”, “Art. 639 CC”, “Art. 641 CC”, “Art. 643 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ALBORCH DOMÍNGUEZ, S., “El instrumento público”, en U. Nieto Carol (dir.), *GPS Notarial, Guía Profesional*, ed. Tirant lo Blanch, Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 2019.

ALMAGRO NOSETE, J., “Arts. 1214 al 1314” (sub arts. 1216-1230), en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. VI, ed. Bosch, Barcelona, 2000.

ALONSO PARREÑO, Mª. J., “La esperada reforma civil y procesal en materia de capacidad jurídica”, *El Notario del Siglo XXI*, n.º enero-febrero 2020. Disponible en:
<<http://www.elnotario.es/hemeroteca/opinion/9902-la-esperada-reforma-civil-y-procesal-en-materia-de-capacidad-juridica>>

ALONSO PÉREZ, M., “Reflexiones críticas en torno al artículo 609 del Código civil”, en F. Blasco Gascó (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, t. I, ed. Tirant lo Blanch, 2011; “El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 57, nº 1, enero 1973.

ÁLVAREZ, P., “Testamento vital, instrucciones previas, voluntades anticipadas”, *Panace@: Revista de Medicina, Lenguaje y Traducción*, vol. XIII, nº 36, 2012.

ÁLVAREZ BACAICOA, S., “¿Cómo planificar el futuro después de la jubilación?”, *Revista Escritura Pública*, n.º 108, noviembre-diciembre 2017. Consultado en:

<http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-282427.pdf>

ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario al art. 217”, “Comentario al art. 218”, “Comentario al art. 221”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009; “Comentario al art. 303 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi, Navarra, 2001.

ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Derecho privado y Constitución*, n.º 24, 2010; *Derecho y retraso mental: Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, ed. Fundación Paideia, La Coruña, 1999.

ÁLVAREZ LATA, N., ÁLVAREZ OLALLA, P., BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., COSTAS RODAL, L., MARTÍN LÓPEZ, M. *et al.*, *Manual de Derecho civil. Derecho de Familia*, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), ed. Bercal, Madrid, 2011.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G., “Análisis jurisprudencial del régimen jurídico de la autotutela: los artículos 223 y 234 del Código Civil”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n.º 747, enero-marzo 2015.

ÁLVAREZ MORENO, Mª. T., “Art. 315”, “Art. 316”, “Art. 319”, “Art. 321”, “Art. 322”, “Art. 323”, “Art. 324”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ÁLVAREZ OLALLA, P., “Art. 912”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

AMORÓS GOZÁLBEZ, M., “La donación remuneratoria y la con carga en nuestro Derecho”, *Curso de Conferencias 1945*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Imprenta Diana, 1946.

AMORÓS GUARDIOLA, M., “Comentario al art. 271.2”, “Comentario al art. 271.4”, “Comentario al art. 271.6”, “Comentario al art. 272”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986.

ANDERSON, M., “Comentario al artículo 638”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011; *Las donaciones onerosas*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2005.

ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores*, ed. Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.

ARNAU RAVENTÓS, L., “Legitimación del tutor para interponer una acción de divorcio en representación del incapacitado. Sentencia de 21 de septiembre de 2011”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 89, mayo-agosto 2012.

ARROYO I AMAYUELAS, E., *La protección al concebido en el Código Civil*, ed. Civitas, Madrid, 1992.

ARSTEIN-KERSLAKE, A. “El sistema español en materia de capacidad jurídica: aspectos que faltan y otros sistemas que podrían servir de mejores modelos”. Disponible en:

<[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B155915EAE9AC4E205257C9B0060A6F2/\\$FILE/CapacidadJuridica_03032010.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B155915EAE9AC4E205257C9B0060A6F2/$FILE/CapacidadJuridica_03032010.pdf)>

ATAZ LÓPEZ, J., “Comentario de los arts. 632 y 633”, “Comentario del art. 634”, “Comentario del art. 639”, en M. Pasquau Liaño (dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, t. II, 2ª ed., ed. Comares, Granada, 2009.

ÁVILA ÁLVAREZ P., *Estudios de Derecho notarial*, 5ª ed., ed. Montecorvo, Madrid, 1982.

AZÚA BERRA, P., “Evolución de la legislación española en materia de discapacidad en la etapa democrática”, en L. C. Pérez Bueno (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje a Rafael de Lorenzo*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2009.

BADENAS CARPIO, *La renta vitalicia onerosa*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

BADOSA COLL, F., “Comentario al art. 220”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986.

BALLARÍN MARCIAL, A., “Naturaleza y clases de ‘juicios’ del notario”, *Anales de la Academia matritense del Notariado*, t. XXXV, 1996.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., “Com. arts. 154 a 180”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

BARRAL I VIÑALS, I., “Comentario a la STS 15.07.2009”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 82, 2010; *La reserva de la facultad de disponer en la donación (Análisis del art. 639 CC)*, ed. Bosch, Barcelona, 1996.

BARIFFI, F. J., *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Colección Convención ONU n.º 11, L.C. Pérez Bueno/L. Lidón Heras (dir.), Cermi, Ediciones Cinca, Madrid, 2014.

BARRIOS ÁLVAREZ, J., “El acceso al Registro Civil y la actuación notarial”, *El Notario del siglo XXI*, nº 70, noviembre-diciembre 2016. Consultado en: < <http://www.elnotario.es/practica-juridica/7098-el-acceso-al-registro-civil-y-la-actuacion-notarial> >

BASSY IZA, N., “Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad”, en AA.VV., *Jornadas Fundación AEQUITAS*, Colección la Clave, ed. Fundación AEQUITAS, Madrid, 8 y 9 de marzo de 2004.

BELTRAN DE HEREDIA DE ONÍS, P., “Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”, *Revista de Derecho Privado*, Tomo L, marzo 1966; *La renta vitalicia*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1963.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Problemas en torno a la incapacidad y el fallecimiento de los ancianos institucionalizados*, Documentos Técnicos, Instituto Nacional de Servicios Sociales 42/86, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987 ; “Comentario al art. 274”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986; “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, “De la guarda de hecho”, en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, t. II, ed. Tecnos, Madrid, 1984; *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, 5ª ed., ed. Bercal, Madrid, 2011; *Derecho de la persona*, ed. Montecorvo, Madrid, 1976.

BERGMAN, S., *Celebrar la diferencia: Unidad en la diversidad*, Ediciones B., Buenos Aires, 2009.

BERROCAL LANZAROT, A. I., “La curatela como institución de protección en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 732, julio-agosto 2012.

BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional y europeo*, tesis doctoral, J. Cardona Llorens (dir.), Universitat Jaume I, Castellón, 2010.

BOECIO SEVERINO, A.M., “Sobre la persona y las dos naturalezas”, en S. I. Clemente Fernández, *Los filósofos medievales* (selección de textos), vol. I, ed. BAC, Madrid, 1979.

BOLÁS ALFONSO, J., “Protección patrimonial de personas con discapacidad. Malas noticias para las personas con discapacidad y sus familias y para la unidad del patrimonio familiar”, junio 2019. Consultado en: <<https://www.lacaciabogados.com/proteccion-patrimonial-personas-discapacidad>>; “El artículo 831 del Código Civil: una norma del siglo XXI”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 86-87, abril-junio, julio-septiembre 2013; “Inauguración del seminario”, en AA.VV., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales: seminario organizado bajo la presidencia de honor de S.M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP*, R. Martínez Die (dir.), ed. Civitas, Madrid, 2000.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, “Proposición de Ley de modificación del CP para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente (Orgánica). Remitida por el Senado 124/000001”, 6 de marzo de 2020, n.º. 67-1. Consultada en: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-67-1.PDF>

BUSTOS VALDIVIA, I., “El guardador de hecho ante los hechos dañosos producidos por su guardado”, en R. Herrera Campos (coord.), *Libro Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada*, vol. 1, Universidades de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000.

CABANILLAS SÁNCHEZ A., “Comentario a los arts. 29 a 34”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 3º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.

CABELLO DE ALBA, F., “Alternativa desde el punto de vista notarial a la incapacitación a la luz de la Convención”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, ed. Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2015.

CABELLO DE ALBA, F., y PLANELL DEL POZO, Mª C., “Función notarial y discapacidad”, en P. Aguirre Zamorano/M. Torres Vela (dir.), *Guía de buenas práctica sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia*, Consejo General del Poder Judicial, ed. Lual Ediciones, 2011.

CÁCERES GARCÍA M., *Las funciones judicial y notarial, su delimitación y la actuación notarial. Proceso y relación jurídica notariales*, ed. IDAG, Oviedo, 1950.

CALCEDO ORDÓÑEZ A., “La evaluación médico-legal en la impugnación de testamento”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, nº 58, noviembre-diciembre 2014. Consultado en: <<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-58/3923-la-evaluacion-medico-legal-en-la-impugnacion-de-testamento>>

CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario a los artículos 775 y 776”, “Comentario al art. 782”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

CAMPO GÜERRI M. A., “La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 34, abril-junio 2000.

CANO MORA, G., “El instrumento público”, en U. Nieto Carol (dir.), *GPS Notarial, Guía Profesional*, ed. Tirant lo Blanch, Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 2019.

CANTERO NÚÑEZ, F. J., “El patrimonio y el beneficiario del seguro de vida para caso de muerte”, en M. Garrido Melero/J. M. Fugardo Estivill (coord.), *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, t. I, ed. Bosch, Barcelona, 2010.

CANTERO NÚÑEZ, F. J. y PARDO GARCÍA, H. R., “Acerca de la designación de beneficiario de un seguro de vida desde la óptica del Derecho de sucesiones”, *Revista de Derecho Privado*, nº 80, octubre, 1996.

CAPILLA RONCERO, F. de S., “Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona; o la autonomía personal en el Derecho privado”, *La Ley*, n.º 7675, 2011; “Nulidad e impugnabilidad del testamento”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 40, n.º 1, 1987.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., “Acogimiento familiar *versus* paternidad. El derecho de los acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental”, *La Ley*, n.º 5189, noviembre 2000.

CARNELUTTI, F., “La figura jurídica del notariado”, en L. B. Pérez Gallardo/G. Cam Carranza/M. A. Arévalo (dir.), *Lecturas esenciales de Derecho Notarial*, n.º 1, Gaceta Notarial, Lima, 2011.

CARRASCOSA, J. M., “La legislación española a la vista de la Convención de la ONU”, *Revista Escritura Pública*, n.º 75, mayo-junio 2012.

CASADO PÉREZ, D., *Comunicación social en discapacidad: Cuestiones éticas y de estilo*, 2ª ed., ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Polibea, Madrid, 2003.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., “La patria potestad”, en J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV, vol. 1º, ed. Civitas, Madrid, 2001.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. I, vol. II, 14ª ed., ed. Reus, Madrid, 1984.

CASTÁN VAZQUEZ, J. Mª., “Comentario a los arts. 154 a 171 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991; “Comentario al Título VII del libro II”, “Comentario al art. 154”, “Comentario al art. 155”, en *Comentarios al Código Civil*, t. III, vol. II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; *La patria potestad*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.

CGN, “Los notarios y los ciudadanos”, Observatorio notarial de la realidad socioeconómica de los españoles 2007-2014; “¿Quién es el notario? ¿Qué aporta un notario?”. Consultado en: <<http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/quien-es-el-notario>>; “El notario. Historia del notariado”. Consultado en: <<http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/historia-del-notariado>>; “El notario. ¿Qué hace?”. Consultado en: <<https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/que-hace>>; “Valoración social del notariado”. Consultado en: <<https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/valoracion-social-del-notariado>>; “¿Cómo ser notario?”. Consultado en: <<https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/como-ser-notario>>; “El notario. Qué cuesta”. Consultado en: <<https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/que-cuesta>>; “El notario. Actividad internacional”. Consultado en: <<https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/el-notariadoen-espana/actividad-internacional>>; “El notariado en el mundo. CNUe”. Consultado en: <<https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/el-notariado-en-el-mundo/cnue>>;

CLEMENTE MEORO, M. E., “Art. 523”, “Art. 524”, “Art. 529”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

COCH ROURA, N., “La curatela a luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la cura furiosi”, *La Notaría*, Colegio Notarial de Cataluña, n.º 1/2018, octubre 2018. Consultado en: <<https://www.notarisdecatalunya.org/es/actualidad/publicaciones/la-notar%C3%ADa/la-notaria-2-32019>>

COLÁS ESCANDÓN, A., “Com. art. 1716”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI), *Guía de fácil uso de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para Operadores Jurídicos 2019*, elaborada por la Delegación del CERMI para los DDHH y la Convención de la ONU, abril 2019. Consultado en:

<<https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Gu%C3%ADa%20de%20f%C3%A1cil%20uso.pdf>>; “Observaciones de las personas titulares de las vocalías del CERMI en el Consejo Nacional de la Discapacidad al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, 7 de octubre de 2018. Disponible en:

<<https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/observaciones-de-las-personas-titulares-de-las-vocal%C3%ADas-del-cermi-en-el-consejo>>; “Aportaciones del CERMI para configurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, 15 de abril de 2018. Consultado en:

<<https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/consulta-p%C3%BAblica-sobre-la-reforma-de-la-legislaci%C3%B3n-civil-y-procesal-en-materia>>; “Análisis de la situación por artículos de la Convención”, en L.C. Pérez Bueno/ J. Martín Blanco (dir.), *Derechos humanos y discapacidad, informe España 2017*, Colección Convención ONU n.º 22, Ediciones Cinca, Madrid, aprobado el 5 de abril de 2018; “Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2016”, L. Cayo Pérez Bueno/A. Peláez Narváez (dir.), *Colección Convención ONU n.º 19*, ed. Cinca, Madrid, 2017; “Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2015”, L. Cayo Pérez Bueno/L. Lidón Heras (dir.), *Colección Convención ONU n.º 15*, ed. Cinca, Madrid, 2016.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, aprobadas por el Comité en su 21er período de sesiones (11 de marzo a 5 de abril de 2019. CRPD/C/ESP/CO/2-3), 13 de mayo de 2019, Nueva York, NNUU, 2019. Consultado en:

<https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=4&DocTypeID=5>; “Observación general Número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU”, *Observación sobre el derecho de las personas con discapacidad a ser iguales ante la ley*, hecho entre el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014, editado el 19 de mayo de 2014; Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Sexto período de sesiones (19 a 23 de septiembre de 2011, CRPD/C/ESP/CO/1), 19 de octubre de 2011. Consultado en: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/ESP/CO/1&Lang=Sp>

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FAMILIAS DE PERSONAS SORDAS, “¿Qué es la sordera?”. Consultado en: < <http://www.fiapas.es/FIAPAS/queeslasordera.html>>

CONGRESO DE EXPERTOS EN JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, “Informe de Conclusiones. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Acceso a la Justicia en España”, Fundación Æquitas, Ministerio de Justicia, Madrid, 1 de junio de 2010. Consultado en: < http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=ae369f13-a86e-4f65-8a6a-8dada52c2b40&groupId=10228>

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Dictamen 5/2018 sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 24 de octubre de 2018.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, adoptado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 29 de noviembre de 2018, Ponentes Juan Manuel Fernández Martínez y Pilar Sepúlveda García de la Torre, 2018. Consultado en:

< <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad>>; Foro de Justicia y Discapacidad, *Curso Discapacidad y Autonomía de la Voluntad*, Toledo, 18 a 20 de abril de 2012, Conclusión sexta; “Guía de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela de los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia”. Directores: P. Aguirre Zamorano y M. Torres Vela; Coordinación, R. Pérez-Puig González, 2011. Consultado en:

<<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Documentos-de-interes/Guias-y-Protocolos/Guia-de-buenas-practicas-sobre-el-acceso-y-tutela-de-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-en-sus-relaciones-con-la-administracion-de-justicia-a-la-luz-de-la-convencion-de-la-ONU-y-de-las-Reglas-de-Brasilia>>

CORDERO CUTILLAS, I., “La discapacidad e incapacitación judicial”, *Actualidad Civil*, n.º 10, 2º quincena de mayo de 2006.

CORRAL TALCIANI, H.F., *La declaración de fallecimiento*, ed. Tecnos, Madrid, 1991.

CORREA MONTOYA, L., “Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia”, *Universitas*, n.º 118, Bogotá, enero-junio 2009.

CORTES GENERALES, “Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones para las Políticas Integrales de la Discapacidad”, Sesión núm. 15, celebrada el martes 7 de noviembre de 2017. Consultada en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/CO/DSCD-12-CO-356.PDF

CUENCA GÓMEZ, P., “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 38, diciembre 2018.

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, elaboradas en la *XIV Cumbre Judicial Iberoamericana*, celebrada en Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008.

D’AGUANNO J., *La Génesis y la Evolución del Derecho Civil*, ed. La España Moderna, Madrid, 1892.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Art. 234”, “Art. 235”, “Art. 236”, “Art. 237”, “Art. 238”, “Art. 240”, “Art. 241”, “Art. 242”, “Art. 245”, “Art. 246”, “Art. 247”, “Art. 248”, “Com. art. 249”, “Art. 250”, “Art. 251”, “Art. 252”, “Art. 253”, “Art. 254”, “Art. 255”, “Art. 258”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DE ASÍS ROIG, F., BARRANCO AVILÉS, Mª C., CUENCA GÓMEZ, P., y PALACIOS RIZZO, A., “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad en el Derecho Español”, en AA.VV., *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, ed. Dykinson, Madrid, 2010.

DE BARRÓN ARNICHES, P., “La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad Estudio comparativo con el modelo italiano”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, 2013, fasc. IV.

DE CASTRO GARCÍA, J., “Comentario del art. 630”, “Comentario del art. 631”, “Comentario del art. 634”, “Comentario del art. 638”, “Comentario del art. 643”, en J. L. Albácar López (dir.), *Código Civil Doctrina civil y Jurisprudencia*, t. III, 4ª ed., ed. Trivium, 1995.

DE CASTRO Y BRAVO, F., “La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble. Sentencia de 23 de junio de 1953”, en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997; *Derecho Civil de España*, t. II, vol. I, ed. Civitas, Madrid, 2008; *Compendio de Derecho civil, Introducción y Derecho de la Persona*, 5ª ed., ed. AG-Marisal, Madrid, 1970; “El negocio jurídico”, en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, t. X, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

DE COSSÍO CORRAL, A., “Dolo y captación en las disposiciones testamentarias”, *Anuario de Derecho Civil*, n.º 2, 1962.

DE CUOTO GÁLVEZ, R. Mª., “Com. arts. 286 a 293 CC”, en J. Rams Albesa/R. Mª. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 1º, ed. Bosch, Barcelona, 2000.

DE DIEGO GUTIÉRREZ, F.C., *Instituciones de Derecho Civil español*, Nueva ed. revisada por A. Cossio y Corral/A. Gullón Ballesteros, t. III, Madrid, 1959.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notoriedad en el Derecho español”, ponencia presentada al *II Congreso Internacional del Notariado Latino* en Madrid, 1950.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. y ROÁN MARTÍNEZ J., “La formación y selección del notario”, *Revista Jurídica del Notariado*, Colegios Notariales de España, Junta de decanos, año XV, número LXI-LXII, julio-diciembre, 1968.

DE LA CUESTA, J.M^a, “Com. arts. 193 a 198”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código Civil comentado*, vol. 1, ed. Civitas, Cizur Menor, 2011.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I., “Artículo 1216. Publicidad de los documentos”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. III, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

DE LORENZO GARCÍA, R., “Reforma social de la Constitución: comentarios y reflexiones al artículo 49”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *Anales de Derecho y Discapacidad*, ed. Cinca, n.º 3, Año III, junio 2018; “La Convención, un desafío inaplazable”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, ed. Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2015.

DE LORENZO GARCÍA, R., y PALACIOS, A., “Discapacidad, Derechos fundamentales y protección constitucional”, en J. L. Terreros (coord.), *Los Derechos de las personas con discapacidad. Aspectos Jurídicos*, vol. I, Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 2007.

DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al artículo 623”, “Comentario al artículo 625”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011; “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009”, en M. Yzquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 3º, 2009; en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, Tecnos, 1993.

DE PRADA GONZÁLEZ, J. M^a., “La patria potestad tras la Reforma del Código Civil”, en AA.VV., *El nuevo Derecho de Familia Español*, ed. Reus, Madrid, 1982, y “La Patria Potestad tras la Reforma del Código Civil”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXV, 1983.

DE RUGGIERO R., *Instituciones de Derecho civil*, t. I, ed. Reus, Madrid, 1929.

DE SALAS MURILLO, S., *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, ed. Aranzadi, 2011.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario a los arts. 1300 a 1314”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981; en J.L. Lacruz Berdejo/F. Sancho Rebullida/A. Luna Serrano/J. Delgado Echevarría/F. Rivero Hernández/J. Rams Albesa, *Elementos de Derecho Civil. Parte General Volumen II. Personas*, t. I, vol. 2º, ed. Dykinson, Madrid, 2000.

DÍAZ ALABART, S., “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”, en J. Pérez de Vargas Muñoz (coord.), *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, ed. La Ley, Madrid, 2006; “Comentario al art. 753”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 1º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987; “Comentario al art. 236”, “Comentario al art. 238”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986.

DÍAZ ALABART, S. y AA.VV., *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*, ed. Ibermutuamur, Madrid, 2004.

DÍAZ-AMBRONA BARJADÍ, M^a. D., y HERNÁNDEZ GIL, F., *Lecciones de Derecho de Familia*, ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Art. 56”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍEZ GARCÍA, H., “Art. 154”, “Art. 155”, “Art. 156”, “Art. 159”, “Art. 162”, “Art. 163”, “Art. 166”, “Art. 167”, “Art. 172”, , “Art. 173 bis”, “Art. 195”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; “Desamparo de menores y acogimiento”, *Aranzadi Civil*, n.º 3, 1999.

DÍEZ PASTOR, J. L., “La donación al no concebido”, *Anuario de la Academia Matritense del Notariado*, t. VI, 1952.

DÍEZ PICAZO, L., “El *animus donandi*”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 35, 1996; *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, ed. de 1979, reimpresión 1992, “La Figura del Convenio Regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia”, en AA.VV, *Convenios Reguladores de las relaciones conyugales, paterno filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Instituto de ciencias para la familia*, 2ª ed, ed. Universidad de Navarra, Pamplona 1989; “Comentario al art. 210”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986; “La reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, en *Familia y Derecho*, ed. Civitas, Madrid, 1984; “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad” en *Anuario de derecho civil*, nº 1, 1982; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, vol. 1º, ed. Tecnos, Madrid, 1979.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, t. IV, 3ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 1983; *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 10ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 2001; “Comentario al art. 1341 CC”, en VV.AA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, ed. Tecnos, Madrid, 1984; *Sistema de Derecho civil*, t. I, 3ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 1980; *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, ed. Tecnos, 1978.

DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO R, ROGEL VIDE C., CABANILLAS SÁNCHEZ A., CAFFARENA, J., *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea/Dirección General de Servicios Sociales, Madrid, 1977.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentario al art. 1041 CC” en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código Civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011; *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, 2ª ed., ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., “Comentario al art. 523”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VII, vol. 1º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980.

DURÁN RIVACOBA, R., *La donación de inmuebles*, 2ª ed., ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

EGEA GARCÍA, C., y SARABIA SÁNCHEZ, A., *Experiencias de Aplicación en España de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*, ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2001.

ELÓSEGUI SOTOS, A., “Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal”, en S. De Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de la protección en materia de discapacidad*, 2010; “Aspectos judiciales. Taller de trabajo”, en J. L. Madrazo Juanes/ J. L. Basoko Eizagirre/J. I. Pozo Chico (dir.), *I Congreso. La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, Donostia-San Sebastián 9 y 10 de marzo 2006.

ENNECCERUS L., en *Derecho civil (parte general)*, vol. II, 2ª parte, ed. Bosch, Barcelona, 1981.

ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “Disposiciones transitorias del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil. Notarios y Registradores*, vol. V, n.º 3, julio-septiembre 2018.

ESCRIBANO TORTAJADA, P., *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., ., “Art. 1041”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. V, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; “Comentario al art. 808 CC”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011; “Comentario al art. 793 CC”, “Comentario al art. 800 CC”, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, ed. Lex Nova, 2010.

ESPERT SANZ, V., “Testamento vital”, *El Notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 24, 2009.

ESPÍN CANOVÁS, D., *Manual de Derecho civil español*, ed. Revista de Derecho Privado, t. IV, Madrid, 1984; *Manual de Derecho Civil español*, vol. I, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

ESPIÑEIRA SOTO, I., “Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil”, Santiago de Compostela, 21 de mayo de 2016. Consultado en:

<<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/varios/reflexiones-practicas-sobre-el-articulo-831-del-codigo-civil/>>; “Institución jurídica empleada: institución de heredero u ordenación de legado bajo la condición de cuidar al testador otorgante”. Consultado en: <<http://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/hercedo-condiciondecuidar.htm>>

ESTARÁS FERRAGUT, R., “El derecho de la Persona. El Notario y la ratificación por la Unión Europea de la Convención de la ONU”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 328, mayo 2012.

FÁBREGA RUIZ, C. F., *La protección jurídica de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las personas discapacitadas*, tesis doctoral, D. Jiménez Liébana (dir.), Universidad de Jaén, Jaén, 2016; “Aproximación a la guarda de hecho como cierre del sistema de protección de personas con discapacidad”, *Jornadas sobre protección en la incapacidad (Recurso electrónico)*, ed. Fundación Tutelar de la Rioja, 2007.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Artículos 523 a 529 CC”, en J. Rams Albesa/R. Mª. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. III, ed. Bosch, Barcelona, 2001.

FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Los Testamentos*, ed. Comares, Granada, 2000.

FERNÁNDEZ IGLESIAS, J. L., *Guía de estilo sobre discapacidad para profesionales de los medios de comunicación*, ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Polibea, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., SIMÓN RODRÍGUEZ, C. Mª., y MAGRO SERVET, V., “La perspectiva judicial. Ámbito jurisdiccional civil”, en P. Aguirre Zamorano/M. Torres Vela (dir.), *Guía de buenas práctica sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia*, Consejo General del Poder Judicial, ed. Lual Ediciones, 2011.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., y FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A., *Legislación Notarial*, ed. Civitas, Navarra, 2013,

FERRER VANRELL, M. P., “El acogimiento familiar en la Ley 11/1987, de 11 de noviembre, como modo de ejercer la potestad de guarda”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, vol. I, enero-marzo 1993.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 8/2011 sobre Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores. Consultada en:

<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular%20Proteccion%20Menores.pdf?idFile=3922de06-9a5f-45de-ac27-1f3a56af606d>

Instrucción nº 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas. Consultada en:

<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Instruccion_3_10.pdf?idFile=389240c8-6daa-45be-8f72-613866093664> ;
Instrucción 4/2008, 30 de julio de 2008, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces. Consultada en:
<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INSTRUCCI%C3%93N%204_08.pdf?idFile=7f45d5ed-2b76-4636-865c-007cd9ca71e8>;
Consulta 2/1998, de 3 de abril, sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas.
Consultada en: < https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CONS/CON_02_1998.html>; Instrucción n.º 6/1990, de 6 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre protección de menores ingresados en centros penitenciarios de mujeres con sus madres presas. Consultada en:
< https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS_06_1990.html>;
Consulta 2/1985, de 25 de abril, sobre si es necesaria la aprobación judicial de las particiones cuando alguno de los herederos declarado incapaz esté representado por un defensor judicial.
Consultada en:
<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/consulta02_1985.pdf?idFile=c139d281-7a85-42e6-a026-1c528d32c0d7>

FLUJAS LEAL, M^a. J., “Protocolo accesible para personas con discapacidad”, Fundación Once, Colección accesibilidad, Madrid, 2007. Consultado en:
<<https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/procedencia/colecciones-propias/protocolo-accesible-para-personas-con-discapacidad>>

FLUME, W., *El negocio jurídico*, J. M^a. Miquel González/E. Gómez Calle (trads.), ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

FRANCH QUIRALTE, E., “La donación: concepto y naturaleza. Elementos personales, reales y formales. Efectos naturales de la donación y efectos nacidos de pactos especiales”, enero 2006.
Consultado en: <<https://www.notariosyregistradores.com/opositores/REVISADOS/73-CIVIL.htm>>

FRANCO YAGÜE, J.A., “El problema de la evaluación de la capacidad”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, n.º 58, noviembre-diciembre 2014. Consultado en:
<<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-58/3922-el-problema-de-la-evaluacion-de-la-capacidad>>

FUENTE NORIEGA, M., *La patria potestad compartida en el Código Civil*, ed. Montecorvo, Madrid, 1986.

FUENTESECA, C., “Aspectos sucesorios de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del código civil, y de la ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”, en J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coord.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, ed. Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004.

FUNDACIÓN AEQUITAS, “Documentos en previsión de la propia discapacidad o dependencia. Cuaderno práctico n.º 2”, “Documentos en previsión de la propia discapacidad o dependencia. Cuaderno práctico n.º 6”, “Documentos en previsión de la propia discapacidad o dependencia. Cuaderno práctico n.º 8”, , “Documentos en previsión de la propia discapacidad o dependencia. Cuaderno práctico n.º 13”, *Derechos de las personas mayores. Cuadernos prácticos*, ed. Fundación AEQUITAS, Ministerio de Educación política social y deporte, IMSERSO, 2010; “La Fundación”. Consultado en:
<<http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/quienes-somos/la-fundacion>>; “Fines”. Consultado en:
<<http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/quienes-somos/fines>>

FUNDACIÓN ARANZADI LEX NOVA y FUNDACIÓN AEQUITAS, “Guía informativa para las personas mayores. Nuestros Derechos”, Thomson Reuters, 2013.
FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD, “Aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad al anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, octubre 2018.

Consultado en: <<http://www.fderechoydiscapacidad.es/2018/10/10/aportaciones-de-la-fundacion-derecho-y-discapacidad-al-anteproyecto-de-ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad/>>

FUNDACIÓN ONCE y FUNDACIÓN AEQUITAS, “La accesibilidad universal en los despachos notariales”, parte III, en *Manual para el fomento del empleo de las personas con discapacidad y de la accesibilidad en los despachos notariales*, editado en el marco del Programa Operativo de Lucha contra la Discriminación 2007-2013, cofinanciado por el Fondo Social Europeo.

GALGANO, F., *El negocio jurídico*, traducción realizada por F. Blasco Gascó y L. Prats Albentosa, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

GALICIA AIZPURUA, G., “Arts. 775-776”, “Art. 782”, “Art. 790”, “Art. 792”, “Art. 793”, “Art. 794”, “Art. 795”, “Art. 796”, “Art. 799”, “Art. 800”, “Art. 801”, “Art. 805”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”, en J. Pérez de Vargas Muñoz (coord.), *La protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

GALVÁN GALLEGOS, A., “Las donaciones colacionables en el Código Civil”, en J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coord.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, ed. Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004.

GARCÍA GUARDIOLA, S., “El mandato”, en J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. III, vol. 2º, Madrid, 2004.

GARCÍA PRESAS, I., “El testamento vital y el derecho a la vida en España”, *Revista de Derechos fundamentales*, nº 6, 2011.

GARCÍA RUBIO, Mª. P., “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, el 14 de diciembre de 2017, publicada en *El Notario del siglo XXI*, nº 77, enero-febrero 2018. Consultado en: <<http://www.elnotario.es/academia-matritense-del-notariado/8370-la-necesaria-y-urgente-adaptacion-del-codigo-civil-espanol-al-articulo-12-de-la-convencion-de-nueva-york-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad>>

GARCÍA COLLANTES, J.M., “Los notarios y los ciudadanos”, *Revista Escritura Pública*, nº 94, julio-agosto 2015.

GARCÍA EDO, V., “El oficio de notario y sus orígenes en la notarialística italiana del siglo XIII”, en J. Serrano Yuste /M.M. Adell Garzón (dir.), *Ars Notariae*, ed. Fundación Caja Castellón-Bancaja, Castellón, 2000.

GARCÍA GARNICA, Mª.C., “Art. 199”, “Art. 200”, “Art. 201”, “Art. 215”, “Art. 216”, “Art. 218”, “Art. 220”, “Art. 221”, “Art. 222”, “Art. 223”, “Art. 224”, “Art. 226”, “Art. 227”, “Art. 229”, “Art. 231”, “Art. 232”, “Art. 233”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado (especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen)*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. II, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

GARCÍA MEDINA, J., (dir.), *Curso práctico de especialización: Los Derechos de las personas con discapacidad*, t. I, ed. Thomson Reuters-Fundación Aranzadi Lex Nova, 2014, Valladolid,

GARCÍA PÉREZ, R., “La tutela dual de los abuelos. Una nueva excepción al principio de unipersonalidad en la tutela. Su construcción en el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 1 de junio de 1993”, *Actualidad Civil*, n.º 4, 1997.

GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. I, 2013; *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

GARCÍA RUBIO, M^a. P., “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXI, fasc. I, 2008.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, ed. Tecnos, Madrid, 2002; *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, ed. Bosch, Barcelona, 1992.

GARCÍA VALDECASAS, G., *Parte General del Derecho Civil español*, ed. Civitas, Madrid, 1983.

GARCÍA VICENTE, J.R., “Arts. 1263-1264”, “Art. 1265”, “Art. 1266”, “Art. 1267”, “Art. 1269”, “Art. 1290”, “Art. 1300”, “Art. 1301”, “Art. 1302”, “Arts. 1309-1313”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GARRIDO DE PALMA, V. M., “Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 83, 2012; “Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas”, *Revista jurídica del notariado*, n.º 55, julio-septiembre 2005; “Los nuevos artículos 831 y 1056.2º del Código Civil. Algunas aplicaciones”, en J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Universidad de Murcia, 2004; *Derecho de Familia*, ed. Trivium, Madrid, 1993.

GARRIDO DE PALMA, V. M. y VELAYOS JORGE, J.L., “La capacidad para testar: su valoración médica y su consideración jurídica”, *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 95-96, julio-diciembre 2015.

GATTARI, C. N., *Manual de Derecho notarial*, ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1997.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 2ª ed., ed. Civitas, Madrid, 1992; “Com. art. 299”, “Com. art. 302”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991; “Com. art. 286” en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986; “Emancipación y matrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, enero 1985; *La nueva normativa en materia de capacidad obrar de la persona*, ed. Civitas, Madrid, 1985;

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., y NAVAS NAVARRO, S., “La situación jurídica de las personas mayores”, en D. Blázquez Martín (coord.), *Los derechos de las personas mayores: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, ed. Dykinson, Madrid, 2007.

GIL RODRIGUEZ, J., en AA.VV, *Manual de Derecho Civil*, t. III, 3º ed., ed. Marcial Pons, 2000; “Comentario a los arts. 215 a 217”, “Comentario al art. 269”, “Comentario al art. 272”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991; “Comentario al art. 234”, “Comentario al art. 272”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986.

GIMÉNEZ ARNAU E., *Derecho notarial*, ed. Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.

GIMENO GÓMEZ-LA FUENTE, J.L. “Los arrendamientos y el Registro de la Propiedad”, en *Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Seminario organizado por el CGN en la UIMP.

GOBIERNO DE ARAGÓN, *Programa de atención a enfermos crónicos dependientes. Anexo IX. Escalas de valoración funcional y cognitiva*. Consultado en:

<<https://www.aragon.es/estaticos/ImportFiles/09/docs/Ciudadano/InformacionEstadisticaSanitaria/InformacionSanitaria/ANEXO+IX+ESCALA+DE+VALORACI%C3%93N+FUNCIONAL+Y+COGNITIVA.PDF>>

GÓMEZ LAPLAZA, M^a C., “Artículo 322”, “Artículo 323”, “Artículos 314, 315, 319, 322 y 323”, en J. Rams Albesa/R. M^a. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 2000; “Comentario al art. 236”, ., “Comentario a los arts. 260 y 261”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986.

GÓMEZ-OLIVEROS, J. M., “Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 562, 1984.

GÓMEZ TABOADA, J., “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento”, en L. B. Pérez Gallardo/I. Lora-Tamayo Rodríguez (coord.), *Derecho Notarial*, t. II, ed. Félix Varela, La Habana, 2007

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C., “Art. 1732”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VIII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., “El defensor judicial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 64, abril 1930.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., “La donación”, en J.F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. III, vol. 2º, ed. Civitas, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al art. 215”, en P. Liaño (dir.), *Jurisprudencia Civil Comentada*, t. I, ed. Comares, Granada, 2000.

GONZÁLEZ-PÁRAMO MARTÍNEZ-MURILLO, J.L., y BADENES PLA, E., *Los impuestos y las decisiones de ahorro e inversión de las familias*, Fundación de las Cajas de Ahorros para la Investigación Económica y Social, Madrid, 2000.

GONZALO DE LAS CASAS J., *Tratado general filosófico-legal teórico y práctico de notariado y de instrumentos públicos relativos a la propiedad, a la familia y a la sucesión*, nueva ed., refundida y notablemente aumentada, Madrid: Oficinas del Centro del notariado español, 1877.

GORBEÑA ETXEBARRIA, S., GONZÁLEZ PRIETO, V. J., y LÁZARO FERNÁNDEZ, Y., *El Derecho al Ocio de las Personas con Discapacidad. Análisis de la normativa internacional, estatal y autonómica del País Vasco*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1997.

GORDILLO CAÑAS, A., “Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual”, *Revista de Derecho Privado*, 1983.

GRISSE, T., y APPELBAUM, P. S., *Herramienta de Evaluación de la Capacidad para Tratamiento (MacCAT-T)*, adaptación española realizada por el Grupo de Investigación Servet, ed. Médica Panamericana, Madrid, 2014.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La capacidad para testar y el artículo 12 de la Convención de Nueva York”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, ed. Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2015; *La capacidad del deudor concursado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, ed. Mac Graw Hill, Madrid, 1996.

GUILARTE ZAPATERO, V., “De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales”, *Actualidad Civil*, 1992; “Comentario al art. 1802”, “Comentario al art. 1803”, “Comentario al art. 1805”, “Comentario al art. 1806”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXII, vol. 1º, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

GULLÓN BALLESTEROS, A., “Com. arts. 29 a 31 CC”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Bosch, Barcelona, 2000.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Art. 29”, “Art. 30”, “Art. 32”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

HENRY, S. L., *Simplemente Pregunta: Integración de la Accesibilidad en el Diseño*, 2008. Extracto consultado en: <<http://www.uiaccess.com/JustAsk/es/interact.html>>

HERAS HERNÁNDEZ, M^a. M., *El acogimiento convencional de menores*, ed. Montecorvo, Madrid, 2002.

HERNÁNDEZ GIL, F., “El Ministerio Fiscal en las instituciones protectoras del menor”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 38, 1999; “Sobre la figura del defensor judicial de menores”, *Revista de derecho privado*, t. XLV, marzo 1961

HERRERO OVIEDO, M., “Comentario al artículo 759”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

HUALDE SÁNCHEZ, J., “La personalidad”, en L. Puig y Ferriol/M^a. C. Gete-Alonso/J. Gil Rodríguez/J. Hualde Sánchez, *Manual de Derecho Civil*, t. I, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997; “Comentario al art. 244”, “Comentario al art. 247”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, “Protocolo para la actuación con personas con discapacidad intelectual en el turno de oficio”, Área de discapacidad y dependencia del ICAM, Sección DDHH, actualizado a febrero de 2016, pp. 2-3. Consultado en: <<http://web.icam.es/bucket/PROTOCOLO%20ACTUACI%C3%93N%20PERSONAS%20DISCAPACIDAD.pdf>>

ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE LAS ISLAS CANARIAS, Circular sobre el juicio notarial de capacidad de las personas con discapacidad, aprobada en la Sesión celebrada por la Junta Directiva el día 18 de enero de 2019.

IMSERSO, *Atención a las personas en situación de Dependencia, Libro Blanco de la Dependencia*, edita Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), Madrid, 2004. Consultado en: <<https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/libroblanco.pdf>>; *Valoración de las situaciones de minusvalía*, Colección de Manuales y Guías, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Secretaría General de Asuntos Sociales, 1^a ed., Madrid, 2000.

IMSERSO y FUNDACIÓN AEQUITAS, “Cuaderno 5. Incapacitación: ¿Qué es y para qué sirve?”, *Derechos de las personas mayores. Cuadernos prácticos*, ed. IMSERSO, Madrid, 2009. Consultado en: <http://sid.usal.es/docs/F8/FDO25527/derechos_personas_mayores.pdf>

INE, “Nota de prensa. Informe “El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD)-Año 2018”, publicado el 18 de diciembre de 2019. Consultada en: <https://www.ine.es/prensa/epd_2018.pdf>

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, “Consulta pública sobre la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Posicionamiento del equipo de investigación sobre discapacidad y DDHH del IDHBC”. Consultada en:

<http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/noticias/aportaciones-idhbc>:

“Capacidad jurídica y discapacidad, propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Informe n.º 23 elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ConsoliderIngenio 2010, en el marco del Proyecto *Estudio, implementación y seguimiento sobre Capacidad Jurídica de la CDPD en los ordenamientos jurídicos locales* coordinado por la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, abril 2012.

IRURZÚN GOICOA, D., “La donación con reserva de la facultad de disponer (Algunos problemas que plantea el art. 639 del Código Civil)”, Conferencia en el Colegio Notarial de Valencia el 25 de mayo de 1963, 1967.

JIMÉNEZ CANO, R. M., “Hacia un marco conceptual adecuado de la normativa española sobre personas con discapacidad”, en AA.VV., *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, ed. Dykinson, Madrid, 2010.

JORDANA DE POZAS GONZÁLBEL, J. A., “La protección de los derechos de las personas con discapacidad en el registro de la propiedad”, en P. Aguirre Zamorano/M. Torres Vela (dir.), *Guía de buenas práctica sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia*, Consejo General del Poder Judicial, ed. Lual Ediciones, 2011.

JORDANO FRAGA, F., “La capacidad general del menor”, *Revista de Derecho Privado*, t. LXVIII, 1984.

JUNTA ELECTORAL CENTRAL, Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre aplicación de la modificación de la LOREG llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE-A-2019-3566), derogada por la Instrucción 7/2019, que da nueva redacción a la Instrucción 5/2019 y publica el texto íntegro definitivo; Instrucción 7/2019, de la Junta Electoral Central, de 18 de marzo, que da nueva redacción a la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo de 2019, sobre aplicación de la modificación de la LOREG llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE-A-2019-4084); “Acuerdos de la Junta Electoral Central”, sesión JEC: 16/04/2019, núm. acuerdo: 208/2019, núm. expediente: 320/327. Autor: Sr. Director General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia. Consultado en: http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/doctrina/acuerdos?packedargs=anyosesion=2019&idacuerdoinstruccion=67435&idsesion=932&template=Doctrina%252FJEC_Detalle

KARRERA EGIALDE, M. M., “Comentario a la STS de 7 de Noviembre 2008. Sustitución ejemplar. Su finalidad es evitar la sucesión intestada. El sustituyente testa por el incapaz. Los sustitutos heredan al sustituido”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 80, mayo-agosto, 2009.

LA MONCLOA, “Reformada la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, 21 de septiembre de 2018. Consultado en: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/210918-discapacitados.aspx>
“Aprobado el Anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución que dota de mayor protección a los derechos de las personas con discapacidad”, 7 de diciembre de 2018. Consultado en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/071218-enlaceconstitucion.aspx>

LACRUZ BERDEJO, J.L., “La persona física”, en J.L. Lacruz Berdejo/F. Sancho Rebullida/A. Luna Serrano/J. Delgado Echevarría/F. Rivero Hernández/J. Rams Albés, *Elementos de Derecho Civil. Parte General Volumen I. Introducción*, t. I, ed. Dykinson, Madrid, 2000; “Donaciones con cláusula de reversión”, *Estudios de Derecho Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1958.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil*, t. IV: *Derecho de familia*, ed. Bosch, Barcelona, 1982; *Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Parte General*, t. I, ed. Bosch, Barcelona, 1974

LACRUZ BERDEJO, J.L./SANCHO REBULLIDA, F./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil. Parte General Volumen II. Personas*, t. I, Vol. 2º, ed. Dykinson, Madrid, 2010.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación”, *Revista de Derecho Privado*, t. XLVIII, enero-diciembre, 1964.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil. Tomo I: Parte General y Derecho de la persona*, 17ª ed., ed. Marcial Pons, Madrid, 2013; *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho civil I*, 17ª ed., ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011; *Principios de Derecho Civil*, t. I, ed. Trivium, Madrid, 1994.

LECIÑENA IBARRA, A., “La guarda de hecho y el sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: consideraciones sobre una posible reforma”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, ed. Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2015.

LEGERÉN MOLINA, A., “El funcionamiento de la guarda legal ejercida por personas jurídicas”, en S. De Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de la guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Colección Monografías de Derecho Civil, t. I Persona y Familia, ed. Dykinson, Madrid, 2013; *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 293.3 del Código Civil*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012; “Comentario al art. 234 CC”, “Comentario al art. 254 CC”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”, en F. Santos Urbaneja, *Discapacitado, patrimonio separado y legitima*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006; “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, en R. Martínez (coord.), *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, ed. Civitas-CGN, Madrid, 2000; *El Notario y la protección del discapacitado*, ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 1997; *El llamado poder preventivo con un apunte previo sobre la capacidad*, Fundación Aquitas.

LESCANO FERIA, P., “La guarda de hecho a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, ed. Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2015.

LETE DEL RÍO, J. M., “Nombramiento de tutor”, *Actualidad Civil*, nº 16, 1999; “Com. art. 234”, “Com. art. 243”, “Com. art. 245”, “Com. art. 246”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991; “Capítulo III”, “Título XI”, “Comentario al art. 210”, “Comentario a los arts. 228 a 230”, “Comentario al art. 232”, “Sección Segunda. De la curatela en casos de prodigalidad”, “Comentario al art. 299”, “Comentario al art. 299 bis”, “Comentario al art. 304”, “Comentario al art. 323”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985; “La responsabilidad de los órganos tutelares”, *Estudios de Derecho público y privado; ofrecidos al profesor Ignacio Serrano y Serrano*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho con la colaboración del Colegio Mayor Universitario “Menéndez Pelayo”, t. I, 1965.

LINACERO DE LA FUENTE, M. A., *Protección jurídica del menor*, ed. Montecorvo, Madrid, 2001; *Régimen patrimonial de la patria potestad*, ed. Montecorvo, Madrid, 1990.

LLÁCER MATA CÁ, R. M^a, “En torno al artículo 622 del Código Civil”, en J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Universidad de Murcia, 2004.

LLAMAS POMBO, E., “Comentario a los arts. 164 a 168 CC”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, ed. Bosch, Barcelona, 1990.

LLEÓ FERNÁNDEZ, S., “El Reglamento europeo 650/2012 de sucesiones y de creación del certificado sucesorio europeo”. Consultado en:
<<http://www.all-law.es/2014/04/01/el-reglamento-europeo-6502012-de-sucesiones-y-de-creacion-del-certificado-sucesorio-europeo/>>

LLORENS, L. R., “El notario ante la persona discerniente”, ponencia presentada en la *XIV Jornada notarial iberoamericana*, celebrada en junio de 2010, en República Dominicana.

LÓPEZ AZCONA, M^a. A., “La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 4, 2001.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “El artículo 831 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, n.º 3, 2005.

LÓPEZ JACOISTE, J. J., “Voz: Liberalidad”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XV, ed. F. Seix, Barcelona, 1974.

LÓPEZ PÉREZ, J., “El deber de representación en la patria potestad: flexibilidad”, *Revista de derecho privado*, vol. 63, n.º 11, diciembre 1979.

LÓPEZ SUÁREZ, M.A., “Comentario al art. 243 CC”, “Comentario al art. 244 CC”, “Comentario al art. 245 CC”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, n.º 4-5, 2015-2016.

LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., “Longevidad y poderes preventivos. Congreso notarial 2020: el envejecimiento”, *El Notario del siglo XXI*, n.º 85, mayo-junio 2019. Consultado en: <<http://www.elnotario.es/opinion/9398-longevidad-y-poderes-preventivos>>; “Comparezcan las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, n.º 80, julio-agosto 2018. Consultado en: <<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-80/opinion/opinion/8795-comparezcan-las-personas-con-discapacidad>>

LUCAS DURÁN, M., y MARTÍN DÉGANO, I., *Los patrimonios protegidos de personas con discapacidad: régimen civil y tributario*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014.

LUNA SERRANO, A., “Disciplina del modo testamentario imposible”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 21, n.º 1, 1968.

MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *La condición jurídica del “nasciturus” en el Derecho Español*, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946.

MANRESA Y NAVARRO, J, M^a, “Comentario a los arts. 609 a 743”, “Comentario al art. 629”, “Comentario al art. 631”, “Comentario a los arts. 634 y 635”, “Comentario al art. 637”, “Comentario al art. 642”, en *Comentarios al Código Civil español*, t. V, 2ª ed. (revisada por Pascual Marín Pérez), ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951.

MAGARIÑOS BLANCO, V., “Comentarios al Anteproyecto de Ley para la Reforma del Código Civil sobre discapacidad”, *Revista de derecho civil*, vol. V, n.º 3, julio-septiembre 2018, Estudios. Consultado en: <<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/367/303>>

MARÍN CALERO, C., “Actuaciones notariales en materia de protección de la discapacidad”, en U. Nieto Carol (dir.), *GPS Notarial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; *El derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013; *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

MARÍN CASTÁN, F., “Art. 618”, “Arts. 625-628”, “Art. 631”, “Art. 635”, “Art. 637”, “Art. 638”, Art. 639”, “Arts. 644, 645 y 646”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. IV, ed. Bosch, Barcelona, 2000.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., “Actos de disposición de bienes de los menores sometidos a patria potestad”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 1986.

MARÍN LÓPEZ, M.J., “La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de separación y divorcio”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 23,

enero-diciembre, 2009; “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 19, 2005; “La persona”, en A. Carrasco Perera (dir.), *Derecho Civil (Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad)*, ed. Tecnos, Madrid, 2004.

MARÍN NARROS, H. D., “La simulación y donaciones encubiertas de inmuebles bajo la forma de compraventas, determinación de sus supuestos y sus efectos”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 717, 2010.

MARTÍN GRANIZO, M., “Com. arts. 29 a 31”, en J.L. Albácar López (dir.), *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, ed. Trivium, Madrid, 1991.

MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T., “La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (art. 1041, p. 2 CC)”, en F. J. Gómez Galligo (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. II, ed. Civitas, Madrid, 2008.

MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El Instituto del Trust en los Sistemas Legales Continentales y su compatibilidad con Los Principios del Civil Law*, ed. Aranzadi, Navarra, 2005.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2014; *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, The global law collection, ed. Aranzadi, Navarra, 2014; “La persona física: comienzo y fin de la personalidad”, en P. De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona*, ed. Colex, Madrid, 2011; “Art. 316 CC” en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011; “Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales”, en S. De Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

MARTÍNEZ DIE, R., “El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias”, *La Notaría*, nº 2, mayo 2002

MARTÍNEZ GALLEGO, E., “Comentario al art. 324 CC”, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, ed. Lex Nova, 2010.

MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., “La recepción de la Convención en el Derecho español como tratado internacional de derechos humanos”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, ed. Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2015.

MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, ed. Bosch, Barcelona, 1991.

MENÉNDEZ MATO, J.C., “Com. arts. 29 a 31 CC”, “Com. arts. 193 a 197 CC”, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

MENGUAL Y MENGUAL J.M., *Elementos de Derecho notarial*, t. II, vol. II, ed. Bosch, Barcelona, 1934.

MIGUEL ALHAMBRA, L., “La valoración de la capacidad como instrumento de protección de la autonomía del anciano. Congreso notariado 2020”, *El Notario del siglo XXI*, nº 86, julio-agosto 2019. Consultado en: < <http://www.elnotario.es/opinion/9515-la-valoracion-de-la-capacidad-como-instrumento-de-proteccion-de-la-autonomia-del-anciano>>

MINGORANCE GONSÁLVES, C., “La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad”, en C. Lasarte Álvarez (dir. congr.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005)*, ed. UNED-IDADFE-El Derecho, Madrid, 2006.

MINISTERIO DE JUSTICIA, “Participación pública en proyectos normativos. Normas en tramitación”. Consultado en:
<<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>>

MINISTERIO DE JUSTICIA y MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018. Disponible en:

<[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900403?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900403?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL__por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF)

[Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL__por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900403?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL__por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF)>;

“Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, 26 de septiembre de 2018.

Disponible en:

<[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF)

[Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF)>

MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, CONSEJO DE MINISTROS, “Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, 30 de marzo de 2010. Consultado en:

<<http://sid.usal.es/libros/discapacidad/23551/8-4-1/informe-sobre-las-medidas-necesarias-para-la-adaptacion-de-la-legislacion-a-la-convencion-de-la-onu-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacida.aspx>>

MINISTERIO FISCAL, “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de Diciembre de 2006”, según las conclusiones de las *Jornadas de fiscales especialistas en la protección de personas con discapacidad*, celebradas en Alcalá de Henares los días 20 y 21 de septiembre de 2010, y elaboradas por C. Ganzenmüller Roig, F. Santos Urbaneja, G. López Ebri, C. Fábrega Ruiz, N. López-Mora González, F. Alcántara Barbany, D. Mayor Fernández y A. de la Blanca García. Consultado en:

<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Manual%20de%20B.P.Fiscales.pdf?iFile=df6f1b57-1782-41af-8049-8ecc71c5069c>

MOISDON-CHATAIGNER S., “La profesionalización de los cargos tutelares”, en J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, ed. La Ley, Madrid, 2011.

MONTERO CARRETERO, L., “Las hipotecas inversas no despegan pese a las recomendaciones del Banco de España”, Periódico ABC, 31 de enero de 2020.

MONTÉS PENADÉS V.L., “El modo testamentario y las prohibiciones de disponer”, *Anuario de Derecho Civil*, nº XXVII, abr-jun 1974; “El significado institucional y técnico de la idea de la persona. Los derechos de la personalidad”, “Comienzo y fin de la personalidad”, en F. Blasco Gascó (coord.), *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, 4ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MONTÉS PENADÉS, V.L. y GAVIDIA SÁNCHEZ, J., “Comentario a los arts. 162 y 163 CC” en VV.AA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, ed. Tecnos, Madrid, 1984.

MONTOYA MELGAR, A., “Derecho del Trabajo”, Ed. Tecnos, 1994.

MORALEJO IMBERNÓN, N., “Comentario a los arts. 1362 a 1374 CC”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

MORALES FERRER, S., *El concepto de discapacitado y su protección patrimonial*, tesis doctoral, L. M., Martínez Velencoso/R. Guillén Catalán (dir.), Universitat de Valencia, Valencia, 2012.

MORENO MARTÍNEZ, J.A., “El defensor judicial en la partición hereditaria”, en VV.AA, *Homenaje al Profesor Juan Ramón Roca*, ed. Universidad de Murcia, Murcia, 1989.

MORENO NAVARRETE, M.A., *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

MORENO QUESADA, B., *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, ed. Revista de Derecho Privado, 1985.

MORETÓN SANZ, F., “Dos nuevos pronunciamientos del TC sobre el internamiento forzoso en establecimiento de salud mental como medida privativa de libertad: cuestiones sobre ingresos no voluntarios en centros geriátricos”, *Revista de Derecho de la Uned*, nº 7, 2010; “El guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones: revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones efectuadas “bajo su responsabilidad”, en S. de Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010.

MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Miguel Moreno Mocholi*, t. XII, 2ª ed., ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950.

MUNAR BERNAT, P. A., “La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil. Notarios y Registradores*, vol. V, n.º 3, julio-septiembre 2018.

MURGA FERNÁNDEZ, J.P., “La declaración de voluntad vital anticipada o testamento vital: sus límites y régimen jurídico en España”, en AA.VV., *Bioética, Neuroética, Libertad y Justicia*, ed. Comares, Granada, 2013.

MUÑIZ ESPADA, E., “Comentario al art. 242 CC”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011; “Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad: 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”, en J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 2, 2004.

NACIONES UNIDAS, “12th session of the Conference of States Parties to the CRPD”. Consultado en: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/conference-of-states-parties-to-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2/cosp12.html>> ; “11th session of the Conference of States Parties to the CRPD, 12 to 14 June 2018”. Consultado en: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/conference-of-states-parties-to-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2/cosp11.html>> ; “Conference of States Parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”. Consultado en: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/conference-of-states-parties-to-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2.html>> ; “Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)”. Consultado en: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>>; “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Consejo de Derechos Humanos 37º período de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018. Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. A/HRC/37/56. Consultado en: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/360/35/PDF/G1736035.pdf?OpenElement>>; *Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Guía de formación*, Serie de capacitación profesional, nº 19, Nueva York y Ginebra, 2014; Observación general n.º 2 del Comité de NNUU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre el art. 9: accesibilidad, undécimo periodo de sesiones, del 31 de marzo al 11 de abril de 2014; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Sexto período de sesiones, 62ª sesión. 19 a 23 de septiembre de 2011, Observaciones n.º 33 y 34; Observación General n.º 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13), del Comité de DDHH, 80º periodo de sesiones (2187a sesión),

adoptada el 29 de marzo de 2004; Observación general N.º 5: Personas con discapacidad, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11º período de sesiones, 1994.

NAVARRO MICHEL, M., “El documento de voluntades anticipadas (el mal llamado “testamento vital””, *La Notaría*, n.º 2, 2003.

NIETO ALONSO, A., “Comentario al artículo 641”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

NIETO CAROL, U., “Las rentas vitalicias”, *Escritura pública*, septiembre-octubre 2019.

NOGALES MONTENEGRO, R., “Rentas vitalicias y consumidores: ¿riesgo u oportunidad?”, *Escritura pública*, septiembre-octubre 2019.

NOVOA SEOANE R., *El progreso del instrumento público. Compendio de ciencia y arte de notaría. Guía teórico-práctica notarial para la resolución de los diferentes problemas del Derecho privado, de la sociedad y de la familia*, ed. Imp. de la Suc. de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1910.

NÚÑEZ LAGOS, R., “Hechos y derechos en el documento público”, en *Monografías de Derecho Español*, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1950.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “La conditio iuris”, en *Compendio de Derecho Civil*, t. 2 (Obligaciones y Contratos), vol. 1, Edersa, Madrid, 2004 ; “Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del Menor”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 4, 1996.

OERTMANN, P., *Introducción al Derecho civil*, ed. Labor, Barcelona, 1933.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Manual de capacitación para la fiscalización de los derechos humanos*, Serie de capacitación profesional, n.º 7, Nueva York y Ginebra, 2001.

ORDÁS ALONSO, M., “Comentario al art. 227”, “Comentario al art. 229”, “Comentario al art. 232”, “Comentario al art. 241”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)*, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), Madrid, 2001; *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*, Ginebra, 1980.

ORTEGA PARDO, G. J., “Donaciones indirectas”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 2, n.º 3, 1949.

OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, ed. Comares, Granada, 2001; *Manual de Sucesión Testada*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

PALACIOS GONZÁLEZ, Mª D., “La pluralidad de tutores”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 329, 1998.

PALACIOS, A., “La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española”, en L. C. Pérez Bueno (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje a Rafael de Lorenzo*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2009; *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, 2008.

PALACIOS A., y BARIFFI, F. J., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, ed. Cinca, Madrid, 2007.

PALOMINO DÍEZ, I., *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Comentario a los arts. 276, 277 y 278”, en M. Amorós Guardiola (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986.

PAREJA CERDÓ, L., “Estudio breve sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, *Colegio Notarial de Islas Baleares*, Circular 22, Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares, de 4 de junio de 1981.

PARRA LUCÁN, M^a. A., “Arts. 260-261”, “Art. 267”, “Art. 268”, “Art. 269”, “Art. 270”, “Arts. 271-273”, “Art. 274”, “Art. 275”, “Arts. 276-277”, “Art. 279”, “Arts. 282-284”, “Art. 285”, “Art. 286”, “Art. 287”, “Art. 288”, “Arts. 289-291”, “Art. 292”, “Art. 293”, “Art. 299”, “Art. 299 bis”, “Art. 300”, “Art. 302”, “Art. 303”, “Art. 304”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en S. De Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Colección Monografías de Derecho Civil, ed. Dykinson, Madrid, 2013; “Comentario de la STS 11 de enero de 2007. Nulidad de la donación de inmuebles oculta bajo escritura pública de compraventa simulada”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n^o 75, 2007; “Arts. 199 a 214 CC”, en J. Rams Albesa/R. M^a. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 2^o, ed. Bosch, Barcelona, 2000.

PARRA JIMÉNEZ, J., “De nuevo sobre la donación *mortis causa* y el Código civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T. XXV, n^o 286, 1952.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “De la filiación y sus efectos. Arts. 108 a 111”, en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1984; *Derecho de familia*, ed. Universidad Complutense, Madrid, 1959.

PEREÑA VICENTE, M., “La transformación de la guarda de hecho en el anteproyecto de ley”, *Revista de Derecho Civil. Notarios y Registradores*, vol. V, n^o 3, julio-septiembre 2018 ; “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, en J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, ed. La Ley, Madrid, 2011.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., “La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores”, en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor (Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi)*, La Coruña, 1999.

PÉREZ BUENO, L. C., “Aportaciones para configurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *Anales de Derecho y Discapacidad*, ed. Cinca, n^o 1, Año I, septiembre 2016; “La capacidad jurídica a la luz de la Convención. Aportaciones para delinear un nuevo modelo legal de apoyos a la toma de decisiones”, en L. C. Pérez Bueno (dir.), *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social, Estudios en Homenaje a Paulino Azúa Berra*, Colección CERMI, Madrid, 2010.

PÉREZ CONESA, C., *El contrato a favor de tercero*, ed. Comares, Granada, 1990.

PÉREZ DE CASTRO, N., “Arts. 316, 317, 318, 324, 320, 321”, en J. Rams Albesa/R. M^a. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 2^o, ed. Bosch, Barcelona, 2000.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M^a. C., “La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho privado y Constitución*, n^o 23, 2009; “La capacidad jurídica y la capacidad de obrar: el artículo 12 de la Convención y sus implicaciones en el Derecho Privado español”, en *Capacidad Jurídica y Discapacidad, Un Estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cuaderno de trabajo n^o 7, España: Derecho Común, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Aprosuba, Cáceres, 2009.

PÉREZ GALLARDO, L. B., “Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: un intento de posibles respuestas. Especial referencia a las personas con discapacidad”, en L. Pérez Gallardo (dir.), *Discapacidad y Derecho civil*, ed. Dykinson, Madrid, 2014; “El Notario ante las recientes o posibles reformas a los códigos civiles y de familia latinoamericanos en materia de autoprotección: crónica de un protagonismo anunciado”, *Revista Jurídica del Notariado*, n° 88-89, octubre 2013/marzo 2014.

PÉREZ HEREZA, J., “Sucesión con discapacitados: una visión práctica”, en *Conferencias del curso académico 2010/11, Academia Sevillana del Notariado*, t. XXII, ed. Edersa, Sevilla, 2011.

PÉREZ MONGE, M. “Comentario al art. 303 CC”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

PÉREZ RAMOS, C., “El problema de la capacidad de obrar de los discapaces”, *El Notario del Siglo XXI*, n° 42, marzo-abril 2012. Consultado en: <<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-42/497-el-problema-de-la-capacidad-de-obrar-de-los-discapaces-0-1091722474518905>>; “¿Qué le pasa al TS con los poderes?”, *El notario del siglo XXI*, n° 54, marzo/ abril, 2004. Consultado en: <<http://www.elnotario.es/index.php/editorial/86-secciones/opinion/opinion/3711-que-le-pasa-al-ts-con-los-poderes>>

PÉREZ-SAUQUILLO PÉREZ, M., “Reflexiones sobre la reforma de la tutela llevada a cabo por la Ley de 24 de octubre de 1983”, *Revista de Derecho Notarial*, n.º 123, enero-marzo 1984.

PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES, “Protocolo Único de Actuación Para el Acceso a Justicia de las Personas con Discapacidad”, Buenos Aires. Consultado en: <<http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/pdf/2016/PROTOCOLO%C3%9ANICOPCD.pdf>>

PONS PÉREZ, A., “La reversión de donaciones en el Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, diciembre 1957.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 2, ed. 2ª, ed. Bosch, Barcelona, 1977.

PUIG FERRIOL, L., “Comentario a los arts. 56 a 58 CC”, “Comentario a los arts. 662 a 666 CC”, *Comentario del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993; “La capacidad para testar en Cataluña después de la compilación”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 68, n° 1, 1969.

PUIG PEÑA, F., *Introducción al Derecho civil Español Común y Foral*, 2ª ed., ed. Bosch, Barcelona, 1942.

QUESADA GONZÁLEZ, Mª. C., *La tutela y otras instituciones de protección de la persona*, ed. Atelier, Barcelona, 2004.

QUINN, G. y DEGENER, T., “La aplicación de la autoridad moral. Adopción de la perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos por conducto de las normas no vinculantes de las Naciones Unidas”, en AA.VV., *Derechos Humanos y Discapacidad: Uso Actual y Posibilidades Futuras de los Instrumentos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el Contexto de la Discapacidad*, United Nations Publications, Nueva York y Ginebra, 2003.

RAE, Informe de la Real Academia Española sobre el uso del lenguaje inclusivo en la Constitución española, elaborado a petición de la vicepresidenta del Gobierno”, Madrid, 16 de enero de 2020, p. 12. Consultado en: <https://www.rae.es/sites/default/files/informe_190320.pdf>; *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., 2014.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “Art. 808”, “Art. 822”, “Art. 830”, “Art. 831”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1995.

RAMS ALBESA, J., “Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez”, *Revista Crítica de derecho Inmobiliario*, año n.º 87, n.º 723, enero-febrero 2011; “Comentario a los

artículos 164 a 168”, en J. Rams Albesa/R. M^a. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 2000; “Comentario al art. 164”, “Comentario al art. 321”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, Tecnos, 1993.

REAL PATRONATO DE LA DISCAPACIDAD, “Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, elaborada por una Subcomisión de Expertos del Real Patronato sobre Discapacidad, el 13 de junio de 2012, y publicada conjuntamente por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Real Patronato sobre Discapacidad, la Fundación ONCE, la Fundación Aequitas y el Consejo General del Notariado. Disponible en:

<http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=ad9a08fd-4a33-49e5-b3de-5ed711e787c3&groupId=10228>

RIPOLL-MILLET A./RUBIOL, G., *El acogimiento familiar*, ed. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990.

RIVERA ÁLVAREZ, J. M^a, “La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes”, en J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Universidad de Murcia, 2004.

RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F. J., “El Registro Civil y el notario: una relación en beneficio de las personas”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 80, julio-agosto 2018. Consultado en:

<<http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-80/8783-el-registro-civil-y-el-notario-una-relacion-en-beneficio-de-las-personas>>

RODRÍGUEZ ADRADOS A., “Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado”, en A. Rodríguez Adrados/J.M. de Prada González (dirs.), *Nueva legislación notarial comentada*, t. I., ed., Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007.

RODRIGUEZ GUITIÁN, A. M^a., “Comentario al artículo 662”, en en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, libro III, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

ROCA GUILLAMÓN, J., “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al artículo 831 del Código Civil-Ley 41/2003)”, en J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Universidad de Murcia, 2004.

ROCA JUAN, J., “Comentario a los arts. 1041-1042”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIV, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, t. I, ed. Bosch, Barcelona, 1989.

ROCA SASTRE, R. M^a., “Designación, vocación y delación sucesoria”, en *Estudios en Homenaje a J.Ma. Pi y Suñer*, ed. Bosch, Barcelona, 1962; “La donación remuneratoria”, *Estudios de derecho privado*, t. I, Madrid, 1948.

ROCA I TRÍAS, E., “Contrato traslativo del dominio a título gratuito”, en AA.VV, *Derecho civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; “Com. arts. 29 a 31 CC”, en *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., “¿Existe la posibilidad de autotutela en nuestro Derecho?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 300, mayo 1953.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, “Constitución del contrato de renta vitalicia con carácter resoluble (notas sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1960)”, *Revista de Derecho judicial*, enero-marzo, 1962.

RODRÍGUEZ MORATA, E., “Art. 1802”, “Art. 1803”, “Art. 1804”, “Art. 1805”, “Art. 1806”, “Art. 1807”, “Art. 1808”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IX, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; “El acogimiento de menores”, *Aranzadi civil*, n.º 19, febrero 1998.

ROGEL VIDE, C., “Comentario al artículo 303 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993; “Com. arts. 222 a 233 del Código civil”, en *Comentario del Código Civil*, t. I, ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.

ROMERO COLOMA, A. Mª., “Capacidad e incapacidad para testar”, *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 88-89, 2014.

ROMERO GARCÍA-MORA, G., “Funcionalidad de la sustitución ejemplar en el Derecho Sucesorio común. Propuestas de reforma”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008.

ROMERO-GIRÓN DELEITO, J., “El nuevo artículo 831 del Código Civil. La fiducia sucesoria. Una aplicación práctica”, *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 57, enero-marzo 2006. Consultado en: <<https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/articulo831cc.doc>>

RUBIO GARRIDO, T., “Arts. 662-666”, “Art. 667”, “Art. 670”, “Arts. 673-674”, “Art. 696”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RUBIO SAN ROMÁN, J.I., “Comentario a los artículos 154 a 161”, Comentario a los artículos 169 a 171”, en J. Rams Albesa/R. Mª. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 2000.

RUBIO TORRANO, E., “Los artículos 623 y 629 del Código Civil. Apuntes para otra explicación”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n.º 543, 1981.

RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., “Capacidad para testar y para otros actos jurídicos”, Ponencia presentada en las jornadas celebradas en Madrid, abril de 2012, AEquitas, Madrid. Consultado en: <http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=79c55779-269b-46bf-8108-1be6e30e1cc1&groupId=10228>; *El nuevo Derecho de la Discapacidad. Seis años de Jornadas AEquitas*, Colección La Llave, n.º 6, A. Castro-Girona Martínez (dir.), ed. Fundación AEquitas, Madrid, noviembre 2009.

RUEDA ESTEBAN, L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, en M. Garrido Melero/J. Mª Fugardo Estivill (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Ordenamiento jurídico y empresa familiar*, vol. IV, ed. Bosch, Barcelona, 2005.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores”, *Actualidad Civil*, n.º 2, 1988, p. 138; VARGAS CABRERA, B., “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIV, fasc.II, 1991.

SAN JULIÁN PUIG, V., “Discapacidad intelectual sobrevenida: proliferación de herramientas jurídicas poco utilizadas. Estudio de sus causas”, en G. Álvarez Ramírez (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, ed. Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2015.

SÁNCHEZ ARISTI, R., “Ejecución en sus propios términos de una resolución judicial inejecutable sobre la imposibilidad de devolver unos menores a la guarda y custodia de su madre biológica y la indemnización sustitutoria a cargo de la administración que había decretado su desamparo”, *Derecho privado y Constitución*, n.º 22, 2008; *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos "post-mortem"*, ed. Comares, Granada, 2003.

SÁNCHEZ CABALLERO, M., “Términos adecuados para referirnos a personas con discapacidad (III Parte)”, en Observatorio de la Discapacidad, COCEMFE, 2014.

Consultado en: <<https://www.observatoriodelaaccessibilidad.es/espacio-divulgativo/articulos/terminos-adecuados-referirnos-personas-discapacidad-iii-parte.html>>

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores o incapaces*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

SÁNCHEZ CASTELLANO, C., “Valoración de la capacidad en las personas mayores”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, n.º 85, mayo-junio 2019. Consultado en:

<<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-85/9399-valoracion-de-la-capacidad-en-las-personas-mayores>>

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “Capacidad, personalidad jurídica, derecho subjetivo, responsabilidad”, “Discapacidad, condición humana y dignidad humana”, *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, ed. Dykinson, Madrid, 2005.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La guarda de hecho en nuestro Código Civil”, *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 94, abril/junio 2015.

SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil, VI, Derecho de Sucesiones*, t. VI, vol. I, 2ª ed., ed. Imp. de Rivadeneyra, Madrid, 1910.

SANCHO REBULLIDA, F. de A., “Com. art. 659”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo, P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991; “Tutela e instituciones afines”, en VV.AA, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines, El nuevo régimen de la familia. IV. Acogimiento y adopción* ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1984;

SANCHO-TELLO Y BURGUETE, V., *Derecho Notarial de España*, 2ª ed., ed. Librería de Ramón Ortega Valencia, 1900.

SANTOS BRIZ, J., “Comentario al art. 334”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. 1, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990.

SANTOS URBANEJA, F., “La guarda de hecho: institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad”, marzo 2017, disponible en: <<http://fernandosantourbaneja.blogspot.com.es/2017/04/>> “Teoría de la doble vía, realidad actual de los procesos de incapacitación. alternativas a su regulación”, *Jornadas Fundación Aequitas – Madrid 9 y 10 de Marzo de 2009*, Ilustre Colegio de Notarios de Madrid, 2009; “Crónica de Previsión. A propósito de los efectos en el Código civil de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con discapacidad” (Comunicación), en AA.VV., *Jornadas de Fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas*, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2009; “Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código Civil”, *Jornadas sobre protección jurídica en la incapacidad*, Fundación Tutelar de La Rioja, Logroño, 2007; “Dos cuestiones relativas a la protección legal de las personas mayores: ¿Qué debemos proteger?, ¿qué significa capacidad para decidir por sí mismas?”, en J. M. González Porras/I. Gallego Domínguez (coord.), *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas Legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas Mayores*, Córdoba, 17-18 de noviembre de 2000.

SASTRE CAMPO, A., y MARQUÉS DE LA CALLEJA L., “Un nuevo contexto para la efectividad de los Derechos de las personas con discapacidad”, en P. Aguirre Zamorano/M. Torres Vela (dir.) “Guía de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela de los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia”, 2011. Disponible en: < <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Documentos-de-interes/Guias-y-Protocolos/Guia-de-buenas-practicas-sobre-el-acceso-y-tutela-de-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-en-sus-relaciones-con-la-administracion-de-justicia--a-la-luz-de-la-convencion-de-la-ONU-y-de-las-Reglas-de-Brasilia>>

SECRETARÍA DE ESTADO DE RELACIONES CON LAS CORTES, Respuesta del Gobierno 184/11508, a pregunta formulada por el diputado Joan Ruiz i Carbonell, 25 de septiembre 2017. Consultada en: <http://www.congreso.es/112p/e5/e_0053046_n_000.pdf>

SEGURA ZURBANO, J. M^a., “La auto-incapacitación, la auto-tutela y los poderes preventivos de la incapacidad”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 20, 2005.

SEISDEDOS MUIÑO, A., *La patria potestad dual*, ed. Universidad del País Vasco, Vizcaya, 1988.

SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica”, *Siglo Cero. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual, vol. 42 (1), n.º 237, 2011.

SERRANO ALONSO, E., “Com. art. 170”, “Com. art. 216”, “Com. art. 227”, “Com. art. 232 CC”, “Com. art. 243”, “Com. art. 249”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. II, ed. Bosch, Barcelona, 2000.

SERRANO FERNÁNDEZ, M., “Artículos 222-285”, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela. El artículo 223-II del Código Civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SERRANO YUSTE, J., *Signum Notariae*, ed. La Ley, Madrid, 2014.

SERRANO YUSTE, J. y ADELL GARZÓN, M.M., “La aparición del notario público en España”, en J. Serrano Yuste /M.M. Adell Garzón (dirs.), *Ars Notariae*, ed. Fundación Caja Castellón-Bancaja, Castellón, 2000;

SERVICIO ANDALUZ DE SALUD, CONSEJERÍA DE SALUD, *Cribado de Demencias - Set Test de Isaacs*.

Consultado en: <http://www.hvn.es/enfermeria/ficheros/cribado_de_demencias_set_test_de_isaacs.pdf>

SIRVENT GARCIA, J., *La donación con cláusula de reversión*, ed. Tirant lo Blanch, 2000.

SOTO BISQUERT, A., “La donación con cláusula de reversión en el CC”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 459, marzo-abril 1967.

SUÁREZ-SÁNCHEZ VENTURA, J., M., “La institución tutelar”, en J. F Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV vol. 2º, Madrid, 2002.

SUBSECRETARÍA GENERAL POLÍTICA LEGISLATIVA, MINISTERIO DE JUSTICIA, “Consulta pública sobre la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, 9 de abril de 2018. Consultado en:

<<http://www.icab.cat/files/242-499451->

DOCUMENTO/Consulta%20P%C3%BAblica%20Reforma%20Legislaci%C3%B3n%20Civil%20y%20Procesal%201292428747325.pdf>

TAMAYO CARMONA, J. A., “Liberalidad, intención liberal y *animus* donandi: algunas reflexiones sobre la gratuidad del contrato”, en F. Blasco Gascó (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, 2011.

TAMAYO CLARES M., *Temas de Derecho Notarial*, 9ª ed., ed. Consejo General del Notariado, 2012.

TIRADO SUÁREZ, F. J., en M. Motos/M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial, Ley de Contrato de Seguro*, t. XXIV, vol. 3º, ed. Edersa, Madrid, 1989; “Posición jurídica de los promotores, partícipes y beneficiarios”, en AA.VV., *Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones*, ed. Española de Seguros, Madrid, 1989.

TORAL LARA, E., *El contrato de renta vitalicia*, ed. La Ley, Madrid, 2010.

TORRALBA SORIANO, V., “Com. art. 793”, “Com. arts. 797 y 798”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. II, 2ª ed., ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993.

TORRES ESCÁMEZ, S., “Un estudio sobre el juicio de capacidad”, *Revista jurídica del notariado*, nº 34, 2000.

TORRES LÓPEZ, M^a. A., *La discapacidad en el Derecho administrativo*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

THYSSENKRUPP ACCESIBILIDAD, BARRERAS ARQUITECTÓNICAS, “Guía de accesibilidad: Accesibilidad en la Edificación. Normas de protocolo con usuarios discapacitados”. Consultado en: <http://www.mldm.es/BA/x40.shtml>

UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO (UINL), “Recomendaciones sobre el rol del notario como prestador de apoyo institucional a la persona con discapacidad”, Asamblea de Notariados miembros, Buenos Aires, Argentina, 1 de octubre de 2018.

UREÑA MARTÍNEZ, M., *Malos tratos en el ámbito familiar (Replanteamiento de las instituciones jurídico-civiles protectoras de menores)*, Cuadernos Aranzadi Civil, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

URIBE SORRIBES, A., “La representación de los hijos”, *Anales de la Academia Matrisense del Notariado*, t. XXV, nº 25, 1983.

VALLADARES RASCÓN, E., “La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo”, en *Centenario del Código Civil*, t. II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “Com. art. 831”, en C. Paz Ares/R. Bercovitz Rodríguez-Cano/L. Díez Picazo/P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991; *Panorama del Derecho de sucesiones. II, Perspectiva dinámica*, ed. Civitas, Madrid, 1984; *Panorama del Derecho de sucesiones. I Fundamentos*, ed. Civitas, Madrid, 1982; “Comentario al art. 831”, en M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XI, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; “Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *si sine liberis decesserit*”, en *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. I, ed. Montecorvo, Madrid, 1980.

VALLS XUFRE, J. M^a, “La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (I). La Convención de Nueva York y su incumplimiento en España”, *La Notaría*, Colegio Notarial de Cataluña, n.º 2-3/2019, abril 2020. Consultado en: <https://www.notarisdecatalunya.org/es/actualidad/publicaciones/la-notar%C3%ADa/la-notaria-2-32019>; “El Notariado frente al Anteproyecto de Ley en materia de discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, n.º enero-febrero 2020. Disponible en: <http://www.elnotario.es/opinion/9901-el-notariado-frente-al-anteproyecto-de-ley-en-materia-de-discapacidad>

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “La edad”, en F. Blasco Gascó (coord.), *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, 4ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

VAQUERO PINTO, M.J., “Arts. 1214-1217”, “Art. 1218”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

VARELA AUTRÁN, B., “La tutela ante la Convención”, *Revista Escritura Pública*, n.º 60, noviembre-diciembre 2009.

VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el Ordenamiento Jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores; doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional. Ley 21/87 de 11 de noviembre*, ed. Comares, Granada, 1994.

VERDERA SERVER, R., “Art. 111”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; “Arts. 797-798”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; “Causas, móviles y resolución del contrato. Comentario a la STS 1 abril 1998 (RJ 1998, 1912)”, *Revista de Derecho Privado*, nº 1, 1998.

VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, ed. Colex, Madrid, 1989; *La reforma de la tutela*, ed. Colex, 1985

VENTURA VENTURA, J.M., “Comentario al art. 56”, en A. Cañizares Laso/P. de Pablo Contreras/F.J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código civil comentado*, vol. I, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011; “Com. arts. 51 a 58 CC”, en J. Rams Albesa/R. Mª. Moreno Flórez (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 1º, ed. Bosch, Barcelona, 2000.

VERBRUGGE, L.M., JETTE, A.M., “The Disablement Process”, *Social Science & Medicine*, vol. 38, n. 1, 1994.

VERDUGO ALONSO, M. A., “Personas con deficiencias, discapacidades y minusvalías”, en A. L. Aguado Díaz/M. A. Verdugo Alonso (coord.), *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*, 3ª ed., ed. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.

VICENTE-HERRERO, M.T., TERRADILLOS GARCÍA, M.J., AGUADO BENEDÍ, M.J., CAPDEVILA GARCÍA L., RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, M.V., AGUILAR JIMÉNEZ, E. “Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas”.

Disponible en:

<http://www.aeemt.com/contenidos/grupos_trabajo/Incapacidad_Discapacidad_AEEMT/DOCUMENTO%20INCAPACIDAD%20Y%20DISCAPACIDAD.pdf>.

VICEPRESIDENCIA DEL GOBIERNO, MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA Y PARA LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES, “Plan Anual Normativo 2018”. Consultado en: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/referencias/documents/2017/refc20171207e_4.pdf>

VILAR GONZÁLEZ, S., “Caracteres fundamentales del documento de voluntades anticipadas o testamento vital en España”, en A. Días Pereira (coord.), *Envelhecimento, Escritos de Direito da Saúde*, ed. FAF, Coimbra, 2018.

VIRGÓS SORIANO, M., *El trust y el Derecho español*, ed. Aranzadi, Navarra, 2006.

VITERBORI, J.C., “El juicio de capacidad en las calificaciones del notario (Omisión y Responsabilidad)”, *Revista notarial*, nº 813, marzo-abril 1974.

VIVAS TESÓN, I., *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Observatorio Estatal de la Discapacidad, ed. Futuex, 2012.

YZQUIERDO TOLSADA, M., “La planificación hereditaria: El testamento”, ponencia ofrecida en el *Congreso La herencia*, El Puerto de Santa María, noviembre, 2003.

ZURILLA CARIÑANA, Mª. A., “Art. 756”, “Art. 759”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ZURITA MARTÍN, I. *Protección civil de la ancianidad*, ed. Dykinson, Madrid, 2004.