

“PROTECCIÓN LEGAL ALS DISCAPACITATS.FUTUR,PATRIMONI,TESTAMENT”

Apunts relacionats amb la ponència de l'advocat **Sr. JORDI DURÀ MENA**.
20/06/218 teatre la GORGA Palamós.

INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos la tendencia sobre las personas con discapacidad y su protección han cambiado, abandonándose la idea de que discapacidad equivale por regla general a incapacidad total y nombramiento de tutor que sustituye la voluntad de la persona con discapacidad, tanto en lo que respecta a su persona como a sus bienes.

En efecto, la protección de las personas incapaces ha sido objeto de nuevas orientaciones, tanto legislativas como jurisprudenciales, con el propósito final de alcanzar una protección individualizada, es decir, adaptada a las circunstancias y condiciones concretas de la persona a proteger, respetando, en todo caso, su capacidad natural. Esta nueva orientación responde a las exigencias de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007.

Para permitir dicha adaptación se propone un cambio en la denominación de los procesos judiciales seguidos para declarar la incapacidad. Se pretende omitir términos que evoquen la idea de que el incapacitado judicialmente resulta completamente apartado de la vida jurídica, al sustituirse su voluntad para tomar decisiones mediante la representación legal que se atribuye al tutor e, igualmente, de la administración de sus bienes.

Por otra parte, la referencia a la modificación exclusivamente de la capacidad de obrar parece querer incidir en la inalterabilidad de la capacidad jurídica del sujeto a proteger, titular pleno de todos los derechos en igualdad de condiciones que el resto de los sujetos.

Se necesita adaptar las instituciones tutivas existentes a la realidad y necesidades concretas de la persona incapacitada. Se trataría de lograr un sistema de protección personalizado que tomase en consideración las necesidades concretas de la persona afectada por una causa incapacitante, siempre en función de la gravedad de ésta, o en atención al grado de incapacidad, para dar así una respuesta jurídica idónea y proporcionada.

En efecto, hoy día, la tutela puede resultar improcedente, ya que comporta la adopción de medidas de protección muy drásticas y severas, basadas en la representación y administración de los bienes y que deben estar previstas exclusivamente para situaciones graves de falta absoluta de capacidad, por lo que no siempre se da una respuesta adecuada a la situación concreta del beneficiario de dicha protección, ni se ajustan a la capacidad natural y real del mismo.

La figura sustitutiva de la tutela, según nuestro Código Civil Catalán sería el asistente judicial y, subsidiariamente, el curador, en cuanto que se configuran como graduables y abiertas 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 sean revisables por los Tribunales. Se trata de hacer un traje a medida para cada persona y de hacer los trajes a medida que le hagan falta.

La discapacidad es un proceso en permanente evolución 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; al tiempo que reafirma 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.

La Convención adopta el modelo social y principio de no discriminación, por lo que colisiona con la figura tradicional de la incapacidad como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a instaurar una nueva herramienta basada en el sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o el negocio a realizar.

1Las personas con discapacidad, al abrigo del artículo 12 de la Convención, tienen derecho en todas las 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 dicha igualdad, se han de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar el acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de la discapacidad.

En definitiva, no hay personas incapaces totales, sino sociedades que no ponen a su alcance los medios y mecanismos para que

ejerzan sus capacidades y puedan tomar decisiones que afectan a su vida y a sus derechos como persona.

1.- ¿Qué diferencia hay entre Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar?

Todas las personas, por el hecho de serlo y desde su nacimiento, tienen capacidad jurídica. La capacidad jurídica sólo se perderá con la muerte, y la tiene toda persona con independencia de su edad, estado civil y de su salud mental y física.

En virtud de la capacidad jurídica, todas las personas, incluidas las afectadas por una incapacidad, pueden ser titulares de derechos y obligaciones, y ser sujetos de las relaciones jurídicas.

Esto significa que las personas incapaces pueden ser propietarias de una vivienda (con la consiguiente obligación, por ejemplo, de pagar el impuesto de bienes inmuebles), pueden ser titulares de acciones, pueden ser declaradas herederas.

Sin embargo, para ejercitar estos derechos y cumplir con sus obligaciones es necesario un complemento: la capacidad de obrar. La tienen todas las personas mayores de edad mientras no sean privadas de ella, total o parcialmente, mediante la incapacitación.

Las personas declaradas incapaces carecen de capacidad de obrar, lo que supone que no pueden firmar contratos de compraventa, de arrendamiento, o aceptar una herencia, etc. sin la asistencia de otra persona.

2.- La incapacidad civil

Es aquella situación jurídica en la que una persona no puede regir su persona o bienes de acuerdo con su situación física, psíquica o sensorial y que determina la necesidad de que otra persona, tutor, curador o defensor judicial vele por su situación civil.

No se es incapaz por tener una enfermedad o patología, sino que es preciso carecer de autogobierno, es decir, estar privado de voluntad consciente y libre con el suficiente discernimiento para adoptar decisiones adecuadas relativas a la esfera personal y/o patrimonial. Y, es más, que existiendo causa (enfermedad que afecta al autogobierno) también exista motivo, es decir, que la persona no pueda por sí sola hacer todo lo que deba hacer.

La regla general es, la capacidad de la persona y la excepción la incapacidad civil.

El término incapacitado civilmente expresa, en un sentido técnico, de forma indubitada, la situación en la que se encuentra una persona respecto de la que una sentencia ha determinado su estado civil como tal, si bien, en ocasiones, se utiliza el vocablo incapacitado en un sentido no técnico, que difiere de la idea expresada.

Hemos de entender la incapacitación como medida de protección, pero no podemos olvidar que también supone una limitación en la independencia de la persona y, por eso la declaración de incapacidad debería producirse únicamente cuando sea necesaria para el bien de la persona y restringida a aquellas áreas donde verdaderamente precisa ayuda.

3.- Diferencia entre discapacidad e incapacidad civil

Hay que diferenciar la discapacidad de la incapacidad judicial, la discapacidad es una situación administrativa y la incapacitación un estado civil, que deriva de la existencia de una sentencia firme.

4.- La representación en la incapacitación

Cuando se carece de capacidad de obrar, por no tener capacidad de entender y querer o tenerla limitada, es necesario que una tercera persona –su representante (madre, padre, cónyuge, hijo) en su nombre, ejercite esos derechos, mediante la tutela, la curatela o el Defensor Judicial.

Quedan exceptuados lógicamente la realización de actos personalísimos, como por ejemplo el otorgamiento de un testamento, en cuyo caso ninguna persona puede representarle.

De ahí pues que la capacidad de autogobierno venga referida al comportamiento normal y corriente de una persona de acuerdo con su vida, relaciones personales y sociales e intereses económicos.

No tener capacidad de autogobierno supondrá que esa persona no puede actuar de acuerdo con los moldes y funcionamiento social del marco en que se encuentra.

5.- El proceso de incapacitación judicial civil

El proceso de incapacitación judicial civil es la fórmula prevista en los artículos 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para velar por la persona y el patrimonio de los presuntos incapaces.

Tiene naturaleza jurisdiccional, contenciosa y contradictoria y está informado por los principios dispositivo, de legalidad y de oficialidad.

La sentencia que declare la incapacitación fijará la extensión y límites de ésta y determinará el régimen de tutela o guarda de la persona que se considere incurso en la situación contemplada en el artículo 200 CC: Enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Hay que recordar 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 (artículo 10.1 de la Constitución).

En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por Sentencia Judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exige la Ley.

Si la persona incapacitada es menor de edad continuará bajo el régimen de patria potestad, que se prorrogará, si se mantiene la incapacitación, al llegar a la mayoría de 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 fuese menor de edad, conforme al art. 171 CC.

El proceso de incapacitación judicial dará lugar, a la constitución de la tutela cuando queda acreditada una limitación funcional de la persona para regir su capacidad y administrar sus bienes, y a la constitución de la curatela en relación con aquellas personas que, en atención a su grado de discernimiento, requieren un complemento de su capacidad en el marco patrimonial.

6.- Garantías en el proceso de incapacitación

Como garantías del proceso sobre incapacitación, el código civil establece:

a) la necesidad de una resolución judicial en forma de sentencia firme, dictada por juez competente, en un proceso declarativo y contradictorio, que declare la incapacitación,

b) la tipicidad -sólo las causas establecidas-, y

c) la reserva de ley formal, es decir, las causas deben ajustarse a las contempladas en la ley que en este caso se corresponde con lo previsto en los artículos 200 y 201 CC, que recogen la base fáctica de la incapacidad: enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, que impidan a las personas gobernarse por sí mismas.

7.- Quién puede solicitar la incapacitación judicial

- Iniciativa de la propia persona afectada: el presunto incapaz, si tiene capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial (Autotutela, poder notarial) adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

– Parentesco: descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz.

– Afectividad: el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable.

– Patria potestad o tutela: quienes ejerzan la patria potestad o la tutela del presunto incapaz cuando este fuere, al propio tiempo, menor de edad, para promover su propia incapacitación.

- El Ministerio Fiscal, quién deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado 1 del art. 757 LEC - presunto incapaz, y personas ligadas por vínculos de parentesco o afinidad-, no existieran o no la hubieran solicitado.

- 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.

- No obstante lo dicho en los apartados anteriores, la incapacidad 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.

8.- Actuación por sí mismo del incapaz

El presunto incapaz puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.

Si no lo hiciere será defendido por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, se designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.

9.- Como se solicita la incapacidad judicial

La iniciación del proceso de incapacidad judicial se produce por interposición de la demanda, que deberá contener la petición de incapacidad y la causa concreta la motiva, si bien el tribunal podrá declarar la incapacidad en atención a una causa diferente a la alegada por el demandante.

El demandante podrá asimismo proponer al Tribunal la persona o personas que desempeñen, en su caso, la tutela o curatela de la persona declarada incapaz.

En todo caso, el tribunal no se encuentra vinculado por las alegaciones de los intervinientes, una vez que el proceso de incapacidad se promueve, eso sí necesariamente, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, dado que en ningún caso puede iniciarse de oficio.

10.- La demanda de incapacidad

La demanda habrá de dirigirse frente al presunto incapaz y acompañarse de la pertinente documentación, correspondiente a representación, acreditación del parentesco o afinidad con la persona afectada y dictámenes médicos o psiquiátricos que avalen la pretensión de incapacidad.

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.

En aquellas localidades en las que existen Juzgados especializados en materia de capacidad de las personas, corresponderá a estos órganos judiciales el conocimiento de las causas de incapacidad. El Tribunal examinará de oficio su competencia para conocer del asunto, y su falta de competencia podrá asimismo ser apreciada a instancia de parte.

Antes de pronunciarse sobre la incapacidad de una persona (sin perjuicio de las demás pruebas que pudieran practicarse), se exige por el juez la realización de tres trámites ineludibles: la audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz, el examen personal de éste y el dictamen de un facultativo sobre el mismo. La omisión de alguno de los trámites citados es causa de nulidad del procedimiento, en cuanto 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 incapacidad, razón por la cual se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacidad, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contrario al artículo 24.2 de la Constitución.

Una vez que el juez ha examinado a la persona sobre la que gira la situación para incapacitar, a los parientes y reconocido por el forense dictará sentencia declarando, o no la incapacidad.

La sentencia que declare la incapacidad determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.

La sentencia de incapacidad no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacidad ya establecida.

11.- ¿Si una persona está incapacitada significa que ya no puede hacer nada?

La incapacidad legal no conlleva la pérdida de derechos, sino que brinda la oportunidad al incapaz de ejercer sus derechos y hacer valer sus intereses a través, o con el apoyo, de otra persona.

La Sentencia de incapacidad total tiene el efecto de que una persona mayor de edad, vuelve a una especial «minoría de

edad», y podrá hacer todo lo que sus padres o, en su caso, su tutor le permitan que haga.

La de incapacidad parcial supone que el curador complementará su capacidad para la realización de aquellos actos concretos mencionados en la sentencia, en los que necesita apoyo.

Además, tanto si se declara la incapacidad total como la parcial, existen algunos derechos personales que el incapacitado conserva siempre que la Sentencia no le prive de ellos expresamente. Estos son:

a) El ejercicio del derecho de sufragio.- Cuando la Sentencia no declara lo contrario, el incapaz podrá ejercer su derecho al voto.

b) La facultad de hacer testamento notarial. Si la Sentencia de incapacitación no se pronuncia sobre esta cuestión, y el incapaz pretende otorgar testamento, el Notario puede autorizar su otorgamiento, cuando dos facultativos por él designados examinen al incapaz, y respondan de su capacidad para testar en el momento en que desea hacerlo.

c) Derecho a contraer matrimonio.- La declaración de incapacidad no impide la celebración del matrimonio civil.

Corresponde al Juez encargado del Registro Civil, previo informe médico de un especialista, apreciar si el contrayente posee capacidad para prestar su consentimiento.

d) Firmar un contrato de trabajo.- Las leyes laborales exigen la plena capacidad de obrar para celebrar un contrato de trabajo. No obstante, en los supuestos de una persona con capacidad limitada basta con la autorización expresa de su representante legal.

12.- Consideraciones sobre la capacidad de testar de una persona con la capacidad civil modificada.

En la Convención de Nueva York (NY 13 diciembre 2006) suscrita por España, se insta a los estados parte a adoptar las medidas pertinentes, tanto jurídico-legislativas como de actuación, para que las personas con discapacidad reciban el apoyo que puedan necesitar para ejercitar su capacidad jurídica; ejercicio de la capacidad jurídica que no es otra cosa que la «capacidad de ejercicio» o «capacidad de obrar».

Entre ellas destaca una esencial: la que marca que cualquier medida adoptada ha de respetar los derechos, la voluntad y preferencias de la persona, con lo que instituciones, como la auto-tutela, la auto-curatela, el mandato de protección y sobre todo, la propia participación de la persona vulnerable o discapacitada en la toma de decisiones que le afectan, devienen idóneas, aunque para la toma de sus decisiones necesiten asistencia y apoyo.

En nuestro país, son aún frecuentes las sentencias en que se incapacita totalmente a una persona y en las que expresamente se declara «la incapacidad plena, extendiéndola a todo tipo de actos y negocios jurídicos relativos a la administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses jurídicos y patrimoniales de cualquier clase, con privación del derecho de sufragio activo»; o «en total incapacitación para gobernarse por sí mismo, así como para administrar y disponer de sus bienes, sometiénolo al régimen de tutela».

Ante una sentencia de incapacitación conteniendo dicha afirmación, la pregunta que nace es si una persona con la capacidad civil modificada puede testar ante un notario.

Pues a la luz de la Convención de Nueva York, y en relación con lo que nos ocupa sobre ciertos pronunciamientos judiciales que declaran la incapacitación de una persona extendiéndola a todos los actos y negocios jurídicos patrimoniales debe ser el notario quien determine si a pesar de la sentencia de incapacidad pueden, testar ajustándose a lo dispuesto en el artículo 665 CC.

Estas sentencias de modificación de capacidad civil en su mayoría no contienen un pronunciamiento expreso sobre la capacidad de testar, pero se podría interpretar que una incapacitación plena, priva al incapacitado judicialmente de la posibilidad de otorgar testamento aún cumpliendo los requisitos del artículo 665 del CC que, establece «Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad de testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad».

Viéndose obligado el notario, a fin de formarse opinión sobre si el otorgante goza o no de capacidad, a solicitar la ayuda de dos peritos médicos que deberán explorar al testador y emitir dictamen pericial que valore si entiende y comprende el acto jurídico que está realizando. .

De este modo si ambos peritos médicos enuncian que el testador incapacitado judicialmente tiene capacidad suficiente para entender y querer sus propias disposiciones, o lo que es lo mismo mantiene un juicio claro y una voluntad libremente formada, podrá otorgar testamento, ante notario. El testador deberá hacerlo con la necesaria concurrencia de ambos peritos al acto del otorgamiento y el Dictamen de ambos peritos quedará unido al protocolo notarial.

Por ello y a pesar de la sentencia de modificación de la capacidad estas personas pueden en un momento dado otorgar testamento, siempre y cuando se cumplan los requisitos anteriores, en los que el perito médico tiene un papel de gran protagonismo.

13. - Las instituciones de guarda y protección del incapaz

- Patria potestad

Procede la patria potestad prorrogada, cuando la persona incapacitada es menor de edad y convive con sus padres, o con uno de ellos. En este caso, el Juez que aprecie la incapacidad declarará prorrogada la patria potestad a favor de los progenitores, para cuando el hijo incapaz alcance la mayor edad.

Se establecerá la patria potestad rehabilitada, si el incapaz es mayor de edad, soltero, y vive con sus progenitores, o con uno de ellos.

Las funciones que ejercen los padres son las mismas que si el hijo fuera menor, de modo que, lo representan legalmente, administran sus bienes, y velan por él procurándole los cuidados y la atención que sean necesarios.

La patria potestad se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, por la adopción del menor, por haberse modificado la Sentencia de incapacitación declarando el cese de la incapacidad, y por haber contraído matrimonio el incapaz.

Si al cesar la patria potestad el hijo continúa incapacitado, se constituirá la tutela o curatela.

- Tutela

La tutela es la institución de guarda que procede cuando se declara la incapacidad total de una persona, para regir su persona y sus bienes, en sustitución de la patria potestad ejercida por los padres.

Así se distinguen: - Tutela sobre la persona y bienes. Para los casos más graves se nombra un tutor con facultades de administración y disposición de los bienes del incapaz y gobierno de su persona.

- Tutela parcial sobre bienes (u otros). Casos en los que el tutor se limita a REPRESENTAR económicamente al tutelado (actos de disposición o administración) conservando éste la capacidad de gobernar su vida personal.

Conviene indicar que la tutela parcial es diferente de la curatela. La tutela parcial (ej. tutela sobre bienes) está prevista para aquellos supuestos en que la persona puede regir su persona, pero en cuanto a la administración de sus bienes la curatela se muestra como mecanismo protector insuficiente, decretándose en estos casos la tutela plena restringida solo sobre el patrimonio del incapaz.

- La curatela es fundamentalmente una institución de ASISTENCIA y no de representación y supone un complemento de la capacidad de aquellas personas que sin ser totalmente incapaces no alcanzan la plena capacidad. Aparte de ello la intervención del curador está limitada a aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido.

En ocasiones la curatela se ciñe a la administración de los bienes. En estos casos, el curador asistirá al incapaz en la administración ordinaria y, también, en la realización de negocios jurídicos que el incapacitado por sí, no puede efectuar. Esto supone que para firmar escrituras públicas o suscribir contratos, debe intervenir el curador junto con el incapacitado, impidiendo así que otras personas puedan aprovecharse de su impericia.

Otras veces, la curatela se refiere a la esfera estrictamente personal, y requiere del curador la asistencia, por ejemplo, para el seguimiento del tratamiento médico por parte del incapacitado.

Tiende a someterse a esta clase de curatela a las personas que padecen enfermedades, que si bien a priori las incapacitan, pueden controlarse a través de un tratamiento farmacológico permitiéndoles llevar una vida normal.

- Defensor Judicial

El defensor judicial es una figura de guarda que se caracteriza por su actuación provisional y transitoria. Su cometido es representar, o en su caso, asistir al incapaz en situaciones en que no pueden hacerlo sus progenitores, el tutor o el curador, o cuando éstos no existen.

Lo nombrar el Juez, cuando

1 Conflicto de intereses entre el incapacitado y sus representantes legales padres o tutor-, o el curador.

2. Destitución del tutor, o el curador, , mientras se nombra a otra persona para desempeñarlo.

3. el tutor, o el curador, haya alegado alguna causa de excusa para no seguir ejerciendo la guarda, mientras se nombra a otra persona que lo sustituya.

4. Durante el proceso judicial de incapacitación, el Ministerio Fiscal actuará como defensor judicial del presunto, asumiendo su representación y defensa. En los casos en que el propio Ministerio Fiscal inicia el pleito, si el presunto incapaz no comparece a defenderse en el plazo establecido, se nombrará un defensor judicial que le represente en el juicio mediante procurador, y asuma su defensa a través de abogado.

- Guarda de hecho

La guarda de hecho pretende regular la situación que se produce cuando una persona distinta de los progenitores u otra en el caso de mayores de edad, sin estar designada para ello por el juzgado, asume la protección de la persona y bienes de un menor o de un presunto incapaz.

No todas las personas afectadas por una discapacidad deben necesariamente ser incapacitadas judicialmente y sometidas a tutela o curatela, pero sí que pueden necesitar de la asistencia de otra persona.

La realidad nos muestra que muchas de estas personas se encuentran al cuidado de un familiar, de un vecino, de un amigo o de un centro asistencial que, en la práctica, ejercen las funciones de un tutor o curador.

Teniendo presente que no es posible, ni en ocasiones oportuno, incapacitar a todos los discapacitados se hace necesario establecer la figura de la guarda de hecho. La guarda de hecho posibilita que el Juez fiscalice la actuación de personas que ejercen la guarda de un menor o incapaz, aún sin haber sido nombradas tutor o curador.

14.- Nombramiento de tutor o curador

Si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, es decir, procederá al nombramiento de tutor o curador en la propia sentencia de incapacitación, siempre que esta designación se hubiera solicitado en la demanda, sin necesidad de acudir a otro procedimiento para constituir la tutela a favor de la persona judicialmente declarada incapaz.

En caso contrario, el nombramiento de tutor o curador puede efectuarse, también, con posterioridad, en procedimiento de jurisdicción voluntaria.

En todo caso, en la constitución de la tutela o curatela, debe primar, ante todo, el interés de la persona incapacitada, por encima de cualquier otra consideración.

15.- ¿A quién se prefiere para el cargo de tutor o curador?

Para el nombramiento de tutor se preferirá:

- Al designado por el propio tutelado, antes de declararse su incapacidad, en escritura pública notarial.

- Al cónyuge que conviva con el tutelado.

- A los padres.

- A la persona o personas designadas por los padres en su testamento.

- Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez.

El juez, siempre, tiene potestad para alterar este orden de preferencia, y puede incluso prescindir de todas las personas mencionadas, si con ello se beneficia a la persona incapacitada.

- Asimismo, puede nombrarse tutor a las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, entre cuyos fines figure la protección de las personas incapacitadas.

16.- ¿Puede nombrarse más de un tutor para un solo incapaz?

La tutela solo puede ejercerse por un solo tutor salvo en los siguientes supuestos (tutela plural):

- Cuando se nombre un tutor para la persona y otro para los bienes, por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio que aconsejen separar en cargos distintos el de tutor de la persona y de los bienes, actuando cada uno de los cuales independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.
- Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, de modo análogo a la patria potestad.
- Cuando se designa a alguna persona como tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela.
- En supuestos de designación testamentaria, cuando el juez nombre como tutores a las personas que los padres del tutelado o éste mismo hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente.

El cargo de tutor es obligatorio, pero el nombrado puede excusarse por justa causa debidamente acreditada ante el Juzgado (edad, enfermedad, residencia lejana, falta de relación entre tutor y tutelado, etc.) en el momento del nombramiento o posteriormente, cuando se de esa causa.

17.- Funciones tiene el tutor

Es el REPRESENTANTE legal de la persona tutelada. Esto significa que el tutelado puede suscribir escrituras, concertar contratos, solicitar prestaciones, o realizar cualquier otro acto con trascendencia jurídica, siempre que actúe a través de su tutor que firmará en su nombre. Por lo tanto, los actos que efectúe el incapaz sin la asistencia de su tutor serán nulos y carecerán de validez legal.

La tutela se extiende: A la protección personal del tutelado, promoviendo la adquisición o recuperación de su capacidad, y su mejor inserción en la sociedad. Cuando sea menor se le procurará una educación y formación integral.

El tutor debe también velar por el tutelado y procurarle alimentos. Pero esto no significa que el tutor deba llevarse al tutelado a su casa, ni que tenga que alimentarlo con cargo a su patrimonio personal. Se trata de que el incapaz no le falte lo necesario, atendiendo a sus circunstancias económicas personales, cuidando que tenga una calidad de vida digna.

A la administración del patrimonio del tutelado, como lo haría un buen padre de familia y siempre en beneficio exclusivo del incapaz.

El tutor tiene que solicitar autorización judicial previa para:

Internar al tutelado en un centro de salud mental, o de educación o formación especial.

Vender o gravar bienes inmuebles (fincas, casas), establecimientos mercantiles o industriales (tiendas, comercios, fábricas), objetos preciosos (joyas, obras de arte) y valores mobiliarios (acciones o participaciones en empresas), excepto el derecho de suscripción preferente de acciones.

Celebrar contratos en nombre del tutelado, o actos que deban inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Renunciar derechos, transigir o someter a arbitraje cuestiones en las que el tutelado estuviese interesado.

Aceptar sin beneficio de inventario (NO HEREDA DEUDAD) o repudiar una herencia u otras liberalidades.

Hacer gastos extraordinarios en los bienes.

Interponer una demanda en nombre del tutelado, salvo que el asunto sea urgente o de escasa cuantía.

Ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a 6 años.

Dar y pedir dinero a préstamo.

Disponer a título gratuito, o lo que es lo mismo sin recibir nada a cambio, de bienes o derechos del tutelado.

Ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra el tutor, o adquirir a título oneroso, es decir, mediante pago, los créditos de terceros contra el tutelado.

Antes de autorizar estas operaciones el Juez solicitará informe del Ministerio Fiscal, y oír al tutelado si lo estima oportuno.

Las particiones de herencia y la división de la cosa común realizadas por el tutor, deben presentarse al Juez para su aprobación.

17.- Obligaciones del tutor

Hacer inventario de los bienes del tutelado, en los 60 días siguientes a aquel en que aceptó la tutela. Este inventario debe ser aprobado por el Juez, y contendrá todos los bienes y derechos propiedad del tutelado, así como las deudas y cargas de las que deba responder.

Informar anualmente al juzgado de la situación personal y patrimonial del tutelado.

Rendir la cuenta anual de su administración. En cualquier momento el juzgado puede exigir del tutor, que informe sobre la situación del incapaz.

Rendición final de cuentas que deberá presentarse ante el juzgado al cesar en las funciones de tutor, en el plazo de los 3 meses siguientes.

18.- Derechos del tutor

La persona tutelada debe respeto y obediencia al tutor, que puede solicitar el auxilio de la autoridad en el ejercicio de su cargo.

Retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Es el Juez el que, previa solicitud del interesado, determina el importe de la remuneración dependiendo del trabajo que el tutor deba realizar, y del valor y rentabilidad de los bienes del tutelado.

A ser indemnizado por los daños y perjuicios que sufra en el ejercicio de la tutela, sin culpa por su parte, con cargo a los bienes del tutelado.

19.- Extinción de la tutela

Cuando el menor de edad cumple 18 años, salvo que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.

Por la adopción del tutelado menor de edad.

Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad.

Cuando se hubiera originado la tutela por la suspensión o privación de la patria potestad, y el titular de ésta la recupere.

Por fallecimiento del tutor y/o de la persona sometida a tutela.

Al dictarse la resolución judicial que ponga fin a la incapacitación, o que modifique la sentencia de incapacitación sustituyendo la tutela por la curatela.

20.- Destitución del tutor

Pueden ser destituidos de la tutela los que, con posterioridad a su nombramiento, incurren en alguno de los casos en los que no se puede ser tutor 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 destitución, llamada remoción, solo podrá hacerse por el Juez que nombrará entonces un nuevo tutor.

21.- La Curatela del incapacitado civilmente

La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido y le será aplicable todo cuando se ha dicho respecto del tutor, sobre nombramiento, destitución o remoción, aceptación del cargo obligatoria y excusas, extinción, derechos y obligaciones, etc.

22.-La Autotutela

Se conoce con el nombre de «Autotutela» a la oportunidad que tiene una persona capaz de obrar, para adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación. Se introduce en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, con la pretensión de mejorar el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad.

En este sentido, se modifica la legislación civil estableciendo las siguientes posibilidades:

1.- Otorgar documento público notarial, adoptando cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor o curador o asistente.- Es decir, cualquier persona con capacidad de obrar puede acudir al Notario y dejar dispuesto en una escritura pública quién quiere que sea su tutor o curador o asistente, dónde quiere ser asistido o residir, o cómo deben administrarse sus bienes, en el supuesto de que resulte incapacitado.

Esta posibilidad puede resultar muy importante, sobre todo en el caso de enfermedades degenerativas.

2.- Designar a la persona que ha de ser su tutor o curador o asistente.- Se modifica el orden de preferencia para el nombramiento de tutor, estableciendo en primer lugar al designado por el propio tutelado en escritura pública. El Juez podrá prescindir de la persona designada, cuando hayan sobrevenido nuevas circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación, y así convenga al interés del incapacitado.

El Notario comunicará de oficio la existencia de estos documentos públicos al Registro Civil, para que quede indicado su otorgamiento en la inscripción de nacimiento del interesado.

Cuando se inicia un proceso de incapacitación el Juez recabará certificación del Registro Civil, a fin de comprobar si existen esta clase de escrituras públicas.

3.- Otorgar mandato para el caso de incapacidad del mandante o Poderes Preventivos. - El poder dado por una persona capaz a favor de otra subsiste, aún cuando quien lo hubiera otorgado sea incapacitado con posterioridad, siempre que el mandato contenga esta disposición de manera expresa.

4.- Promover el juicio de incapacitación por el propio interesado.- El presunto incapaz podrá iniciar el proceso a través de procurador que lo represente, y abogado que lo defienda.

23.- Reintegración de la capacidad civil

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.

Si en la sentencia por la que se concluye el nuevo proceso de revisión de la incapacitación de una persona se dispone la reintegración de su capacidad, se produce la extinción de la tutela, o su sustitución por la curatela, si en la nueva sentencia se dispone la modificación del alcance de la capacidad y ello resultase lo más conveniente a la situación del incapacitado.

24.- Legitimación para promover la reintegración de la capacidad

La legitimación para iniciar el nuevo proceso corresponde:

- Al cónyuge de la persona incapacitada o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable.
- A los descendientes.
- A los ascendientes.
- A los hermanos de la persona incapacitada.
- A quienes ejercieran cargo tutelar o tuvieren bajo su guarda al incapacitado, conforme a los arts. 228 y 269.3 CC.
- Al Ministerio Fiscal.
- Al propio incapacitado, que deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo, si se le hubiera privado, en la sentencia de incapacitación, de capacidad para comparecer en juicio.

Si la reintegración de la capacidad o la modificación del alcance de la incapacitación se solicitase respecto de un menor de edad incapacitado, la legitimación correspondería tan sólo a quienes ejerciesen la patria potestad o la tutela.

La doctrina ha recalcado la necesidad de que el Juez facilite al máximo el inicio de este proceso revisorio, dada la relevancia de los derechos fundamentales en juego, así como ha subrayado que no se trata de un proceso corrector de las deficiencias acaecidas en el proceso de incapacitación, para lo cual existen mecanismos específicos de control, sino de un nuevo proceso, incoado con la finalidad de reintegrar a una persona en su primigenio estado civil o de adaptar mediante, resolución judicial, la posición de la persona incapacitada a las nuevas circunstancias acaecidas desde la sentencia de incapacitación.

