

13

Protección Jurídica

13.1 PROTECCIÓN PATRIMONIAL

Normativa

-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 (BOE nº 277, de 19 de noviembre de 2003).

-Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad (BOE nº 32, de 6 de febrero de 2004).

-Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE nº 73, de 26 de marzo de 2009).

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, permite regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad centrados en un aspecto esencial de esa protección cual es el patrimonial.

Es una realidad hoy en día que los hijos e hijas con discapacidad sobreviven a sus padres y madres, haciendo aconsejable que la asistencia económica a esos/as hijos/as no se haga sólo con cargo al Estado o a la

familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar su futuro para costear los gastos que deban afrontarse.

Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones y sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad.

Las personas con discapacidad beneficiarias de este patrimonio estarán afectadas por una discapacidad psíquica en un grado igual o superior al 33%, o por una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, acreditada mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme, no siendo necesario que estén judicialmente incapacitadas.

El patrimonio puede constituirlo la persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo, o en el caso de no tener capacidad de obrar suficiente, sus padres, sus madres, tutores, curadores o guardadores de hecho, en el caso de personas con discapacidad psíquica, así como cualquier persona con interés legítimo. En ambos casos, debe existir una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para este fin.

El patrimonio se constituye en escritura pública, que ha de ser inscrita en un registro creado al efecto. Contendrá como mínimo el inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido y la determinación de reglas de administración y fiscalización.

La gestión del patrimonio puede realizarla la persona interesada, las y los profesionales designados por los padres y las madres o entidades sin ánimo de lucro que atiendan a personas con discapacidad. El control o la supervisión de la gestión corresponde al Ministerio Fiscal, existiendo una Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad cuya función es la de apoyar y auxiliar al Ministerio Fiscal. Esta Comisión está regulada en el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero. Posteriormente a la constitución del patrimonio cualquier persona con interés legítimo puede aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Quienes aportan al patrimonio podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes una vez extinguido el patrimonio protegido.

El patrimonio se extingue por la muerte del beneficiario/a o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad.

No podrá acceder a la herencia de una persona con discapacidad quien no le haya prestado las atenciones debidas en vida, entendiéndose por tales los alimentos regulados por el Título VI del libro I del Código Civil, y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlas.

El patrimonio no genera impuestos y goza de un tratamiento fiscal ventajoso para quienes aportan al patrimonio.

13.2 AUTOTUTELA

Es una realidad que en cualquier momento de la vida, a raíz de un accidente, de una enfermedad o por el deterioro propio de la edad, todas las personas pueden perder la capacidad de obrar y necesitar un tutor o tutora.

La modificación del artículo 223 y 224 del Código Civil por 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, permite a cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor o tutora a través de un documento público notarial.

Llegado el caso de necesitar la persona ser incapacitada judicialmente, se preferirá para el nombramiento de tutor/tutora al designado con anterioridad por el propio tutelado o tutelada.

El notario o notaria comunicará de oficio al Registro Civil el documento público referido para su inscripción en la partida de nacimiento del interesado/a. En los procedimientos de modificación judicial de la capacidad, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso del registro de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.

13.3 MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y ENTIDADES TUTELARES

13.3.1. Normativa

- Código Civil, Títulos IX y X.
- Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. (BOJA nº 191, de 4 de Octubre de 2017).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Título I del Libro IV (BOE nº 7, de 8 de enero de 2000).
- Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE nº 310, de 27 de diciembre).
- Decreto 279/2003, de 7 de octubre, por el que se crea el Registro de Fundaciones de Andalucía y se aprueba su reglamento de organización y funcionamiento (BOJA nº 228, de 26 de noviembre de 2003).
- Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de fundaciones de competencia estatal (BOE nº 279, de 22 de noviembre de 2005).
- 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 (BOE nº 277, de 19 de noviembre de 2003).
- Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE nº 73, de 26 de marzo de 2009).
- Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA nº117, de 16 de junio de 2005).
- Decreto 32/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA nº 44, de 4 de marzo de 2008).
- Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicada en España en el BOE nº 96, de 21 de abril de 2008, vigente desde el 3 de mayo de 2008

- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

Una vez alcanzada la mayoría de edad, todas las personas adquieren por ley la capacidad legal plena de obrar, que les permite gobernarse por sí mismas: abrir una cuenta bancaria, firmar un contrato laboral, manejar un patrimonio, hacer testamento, firmar un consentimiento informado para una operación quirúrgica, votar en las elecciones, etc.

Es un hecho que no todas las personas al alcanzar la mayoría de edad (o a lo largo de la vida), debido fundamentalmente a una enfermedad psíquica, pueden gobernarse por sí mismas con garantía plena. Con el fin de proteger a esas personas el Código Civil prevé la modificación judicial de su capacidad de obrar y el nombramiento de un/a tutor/a o curador/a que sustituye al tutelado/a en todos o en algunos de esos actos. Esa modificación de la capacidad sólo puede realizarse por sentencia judicial, previa solicitud de un familiar o del Fiscal cuando existan indicios de incapacidad.

Hasta el año 1983 la tutela sólo podía ejercerla una persona física, y como ejercerla exige responsabilidad, no siempre había personas dispuestas a aceptarla y el juez se encontraba con imposibilidad de nombrar un tutor/a una vez incapacitada legalmente la persona, de ahí la necesidad de contar con Entidades Tutelares. Se trata de entidades sociales sin ánimo de lucro que, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil, desempeñan la tutela o curatela de aquellas personas incapacitadas total o parcialmente, sin familiares que puedan hacerse cargo de ella.

13.3.2. Delimitación conceptual

Capacidad jurídica

Es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Por ejemplo, ser propietario de un bien inmueble y estar obligado al pago de impuestos. Todos podemos ser propietarios y sujetos de derechos y obligaciones. Los menores e incapaces también.

Capacidad de obrar

Es la facultad para realizar actos con eficacia jurídica. Por ejemplo, vender un bien inmueble. Los menores y las personas incapacitadas no pueden vender inmuebles por sí mismos

Modificación judicial de la capacidad o incapacitación

Es la modificación de la capacidad de obrar de una persona a causa de enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, que impiden a la persona gobernarse por sí misma

Es una medida tan limitadora de derechos que sólo se puede llevar a cabo con las necesarias garantías judiciales. Esto es, nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial, en virtud de las causas establecidas en la Ley. Será la sentencia que declare la modificación judicial de la capacidad la que determine la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometida la persona incapacitada.

13.3.3. Reglas comunes

Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de la curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil.

Las funciones tutelares son un deber, se ejercen siempre en beneficio del tutelado, bajo la supervisión de la autoridad judicial

Dice el art 215 del Código civil que la protección de la persona y los bienes de las personas cuya capacidad ha sido modificada se puede realizar mediante:

- Tutela
- Curatela
- Y defensor judicial

Aunque en realidad, esta protección también se dispensa con otras dos figuras: los supuestos en que la patria potestad de los padres se ve prorrogada o rehabilitada, y los casos de guarda de hecho

13.3.4. La Tutela

Institución por la cual se encomienda a una persona (el tutor) la representación de otra (el incapaz), para la guarda y protección del tutelado y de sus bienes

Preferencias a la hora de nombrar tutor. Para el nombramiento de tutor se preferirá:

- 1º. Al designado por el propio tutelado
- 2º. Al cónyuge que conviva con el tutelado
- 3º. A los padres
- 4º. A la persona/personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad.
- 5º. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez

Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados.

Como vemos, existe también la posibilidad de que los padres nombren al tutor en su testamento o ante notario. Incluso, la persona que va a ser incapacitada en el futuro, si tiene la capacidad de obrar suficiente, en previsión de su incapacitación futura, puede designar tutor en documento notarial.

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 tutela también es excusable. De esta manera, se puede excusar el desempeño de la tutela si, por razones de edad, enfermedad, ocupaciones, falta de vínculos u otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo

En el caso de las personas jurídicas, pueden excusarse si carecen de los medios suficientes para su desempeño. Plazo: 15 días desde la notificación del nombramiento. Lógicamente, también es posible aceptar el cargo y que, pasado el tiempo, se produzca la causa sobrevenida de la excusa, aunque no para las personas jurídicas.

Obligaciones del tutor

- Hacer inventario de los bienes del tutelado. El tutor es el representante de la persona cuya capacidad ha sido modificada, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo. Y hay actos personalísimos en los que ni siquiera el tutor puede suplir al tutelado (hacer testamento, derecho al sufragio, matrimonio, etc)

- El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:

1º A procurarle alimentos.

2º A educar al menor y procurarle una formación integral.

3º A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.

4º A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.

- 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.

Aunque el tutor es el que se encarga de la gestión de los bienes y la guarda y protección de la persona tutelada, necesita autorización del juez para algunas cosas. Por ejemplo:

- Internar al tutelado

- Enajenar o gravar bienes inmuebles, objetos preciosos, etc

- Hacer gastos extraordinarios
- Ceder bienes en arrendamiento por más de 6 años

El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Es el juez el que fijará su procedencia, importe y modo de percibirlo. En la medida de lo posible, la horquilla de la retribución estará entre el 4% y el 20% del rendimiento líquido de los bienes del tutelado

En teoría, la modificación judicial de la capacidad no tiene por qué ser algo inamovible ni que dure toda la vida. Del mismo modo que una sentencia la declara, otra sentencia puede, si se dan las circunstancias adecuadas, modificarla, e incluso, anularla y rehabilitar en la persona la capacidad de obrar perdida.

13.3.5. La Curatela

La curatela es como una tutela light, una institución dirigida también a salvaguardar los intereses de la persona que tiene limitada su capacidad de obrar, pero con un ámbito más restringido que el de la tutela. La curatela sólo exige que se complemente la capacidad del curatelado para aquellas actuaciones concretas que diga la sentencia con la asistencia del curador. Por ejemplo, para retirar dinero del banco y gastarlo a partir de una cantidad determinada. Está pensada para supuestos de una merma leve en las capacidades de autogobierno.

Lógicamente, la regla básica en la curatela es que los actos jurídicos realizados por el curatelado, sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancias del curador o de la persona sujeta a curatela.

Se aplican a la curatela las mismas reglas sobre nombramiento o excusa que se aplicaron en relación a la tutela.

13.3.6. El Defensor Judicial

El defensor judicial es otra figura de guarda y protección de las personas. Se nombra por el Juzgado cuando se considera conveniente para la protección de sus intereses.

Es necesario su nombramiento:

- Cuando hay conflicto de intereses entre la persona incapacitada y sus representantes legales
- Mientras se nombra un tutor o curador excusado o destituido
- Cuando se tenga conocimiento de que una persona respecto a la que debe constituirse la tutela o curatela, precise la adopción de medidas para la administración de sus bienes, hasta que recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento.

13.3.7. La Guarda de hecho

La Guarda de hecho es otra de las instituciones de protección de las personas. Es la que se da cuando una persona presta espontáneamente a otra (presuntamente desvalida) los cuidados y atenciones que necesita sin que medie sentencia o resolución administrativa que así lo disponga.

La guarda de hecho, por ejemplo, es la que se produce cuando una persona se hace cargo de su hermano, con discapacidad intelectual, al no poder hacerlo los padres por fallecimiento, edad avanzada u otra circunstancia.

Lo normal en estos casos es que no se pida la modificación judicial de la capacidad si no se considera necesaria. El código civil dice al respecto que:

"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 presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, PUDIENDO establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas"

Es decir, si las cosas transcurren por su cauce normal, la existencia de una guarda de hecho no tiene por qué provocar ninguna suspicacia por parte

de la autoridad judicial. En caso contrario, actuará.

De hecho, el Código civil añade:

"Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad."

13.3.8. La patria potestad prorrogada y rehabilitada

Las de la patria potestad prorrogada y rehabilitada son las dos últimas figuras de protección dentro del marco jurídico de la tutela de las personas.

En ambos casos se trata de encomendar a los padres la tutela de sus hijos, más allá de los 18 años, mediando una resolución judicial que certifica y legaliza la situación.

Cuando el hijo presenta una situación, por ejemplo, de discapacidad intelectual y se presume que así va a ser de forma indefinida, si los padres instan judicialmente este procedimiento de modificación de la capacidad de obrar antes de cumplir los 18 años, al llegar la persona a esta edad, los padres seguirán ostentando la patria potestad de la persona a través de lo que se conoce como la patria potestad prorrogada.

Si el procedimiento se insta cuando la persona ha cumplido ya los 18 años, también serán los padres los elegidos como tutores, pero ahora se habla de patria potestad rehabilitada.

13.3.9. Procedimiento de modificación de la capacidad de obrar

El procedimiento (judicial) de modificación de la capacidad de obrar ha experimentado recientemente una importante modificación de la mano de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil, sin que exista controversia que deba

sustanciarse en un proceso contencioso. Y el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar es uno de ellos.

Ya no es preceptiva la intervención de Abogada/o ni Procurador/a, salvo en el procedimiento relativo a la remoción del tutor/a o curador/a en el que será necesaria la intervención de Abogada/o.

Es competente para el conocimiento de estos expedientes el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona cuya capacidad se quiere modificar.

El mismo órgano judicial que haya conocido de un expediente de tutela será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y medidas posteriores, mientras la persona interesada resida en la misma circunscripción.

El expediente se inicia mediante solicitud del promotor expresando los hechos que a su juicio motivan la constitución de la tutela o curatela, acompañando:

- Los documentos acreditativos de su legitimación
- Los parientes más próximos
- Certificado de nacimiento del presunto incapaz
- En su caso, testamento de los padres o documento de últimas voluntades o, incluso, del propio afectado, haciendo previsiones sobre su tutela.

En la comparecencia se oirá al promotor, al posible tutor, a aquel cuya tutela o curatela se quiere constituir (si es mayor de 12 años), a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a cuantas personas se considere oportuno

El Juez y el Fiscal actúan de oficio, en interés de la persona cuya capacidad se va a modificar, pidiendo y adoptando las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas

Practicadas las diligencias acordadas, el designado aceptará ante el Secretario Judicial la obligación de cumplir con los deberes del cargo conforme a las leyes, y éste le dará posesión del mismo, con las facultades

establecidas en la resolución judicial que acordó su nombramiento. Uno de los grandes cambios producidos en este procedimiento de modificación de la capacidad de obrar ha sido, precisamente, el aumento de competencias que se aprecian a favor del Secretario Judicial, en consonancia con una descarga de funciones por parte del Juez que, de esta manera, verá una disminución importante en su carga de trabajo.

El tutor debe hacer inventario de los bienes del tutelado en el plazo de sesenta días.

Anualmente, desde la aceptación del cargo, el tutor o curador deberá presentar dentro de los veinte días siguientes de cumplirse el plazo, un informe sobre la situación personal de la persona con capacidad modificada judicialmente y una rendición de cuentas de la administración de sus bienes, si procediera.

13.3.10. Más información

-“Protocolo de actuación de las entidades tutelares en Andalucía” de la Dirección General de Personas con Discapacidad.

Esta guía se puede consultar en la siguiente página web: <http://juntadeandalucia.es/organismos/igualdadsaludypoliticassociales/areas/discapacidad/publicaciones/paginas/planes-protocolos-discapacidad.html>

-“Guía práctica sobre la incapacidad judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas con discapacidad”, FUNDACIÓN JIENNENSE DE TUTELA, (Tercera Edición corregida y aumentada). Jaén, Diciembre 2007.

Esta guía se puede consultar en la siguiente página web de la Diputación de Jaén: <http://www.dipujaen.es/conoce-diputacion/areas-organismos-empresas/areaE/programas/tutela/guia-tutela.html>

-“Guía de intervención en procesos de jurisdicción civil relativos a personas con discapacidad derivadas de distintos tipos de problemas psíquicos”, DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ (Primera Edición). Sevilla, 2009.

Esta guía se puede consultar en la siguiente página web del Defensor del Pueblo Andaluz:

http://www.defensorand.es/informes_y_publicaciones/otras_publicaciones/otros_documentos/informe_0014/Descargas/GUIA_LINK_Y_MARCADOR.pdf

-Protocolo General de colaboración entre la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía, la Federación Andaluza de Municipios y provincias, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Defensor del Pueblo Andaluz, y CERMI Andalucía, para la mejora de la coordinación y atención a personas con discapacidad en situaciones de dificultad y apoyo de las mismas en los procesos de incapacitación.

<http://juntadeandalucia.es/organismos/igualdadsaludypoliticassociales/areas/discapacidad.html>