

## Jornada Informativa sobre cambios legislativos que afectan a la modificación de la capacidad de obrar

**Ponente: María José Ruano Barroso**

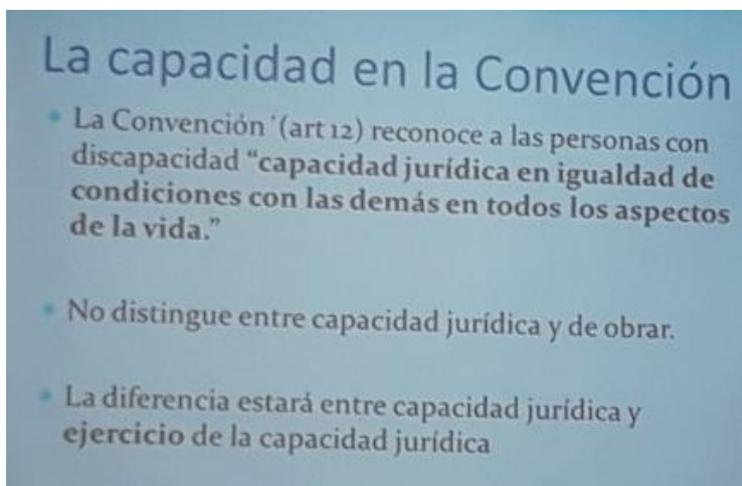
**Viernes 13 de septiembre de 10:00 a 12:00 horas en la sala de Fundación GMP en el Centro Empresarial Parque Norte (C/ Serrano Galvache, 56)**

A continuación, se exponen notas tomadas en la charla, por lo que deben tomarse con reserva ya que puede haber algún error de transcripción o interpretación.

- El anteproyecto supone un cambio muy importante sobre el procedimiento de la capacidad, con una visión diferente a la actual sobre todo en el momento de la toma de decisiones.
- Viene motivado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU:
- <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Términos capacidad e incapacidad legal
  - o Inadecuación de los términos incapaz, incapacidad.
  - o Cambio terminológico de acuerdo a la convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.
  - o Actualmente, existe el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar.
  - o La propuesta: procedimiento de determinación de apoyos.
- Capacidad jurídica
  - o La tiene toda la persona desde el momento de su nacimiento, al ser titular de derechos y obligaciones.
- Capacidad de obrar
  - o Aptitud para el ejercicio de los derechos que le otorga la capacidad jurídica.
  - o Posibilidad de realizar actos jurídicos.
  - o Esta capacidad es la que se limita con el procedimiento de incapacitación, al nombrar a una persona que la ejerza.
  - o La Convención de la ONU no distingue entre capacidad jurídica y de obrar.
  - o Se respeta el derecho, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad.
- Desaparecen los términos incapaz, incapacitación, incapaz y similares.
- Las figuras de apoyo serán:
  - o La guardia de hecho.
  - o Curatela.
  - o Defensor judicial.
- Desaparece la prórroga de la patria potestad.
- El principal método de apoyo es la curatela, que tendrá carácter asistencial.
- Puede haber casos en la curatela sea representativa.

- En casos graves, esa representación puede tener carácter general.
- La nueva regulación estudiará no solo a temas patrimoniales sino también personales como domicilio, salud o comunicación.
- Preferencia a las decisiones de la persona frente a lo que pueda decir un juzgado.
- Todas las sentencias anteriores en lo referente a la incapacitación tendrán que adaptarse a la nueva ley en el espacio de dos años.
- Se refuerza la figura de guardador de hecho que deja de ser algo provisional para pasar a figura jurídica de apoyo.
- Se establece la figura del defensor judicial para cubrir situaciones de apoyo ocasional o cuando pueda haber conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la persona que le presta apoyo.
- Las sentencias van a ser más individualizadas indicando los apoyos que va a necesitar la persona.
- Cuando no exista oposición al procedimiento de apoyos, se tramitará el expediente como jurisdicción voluntaria.
- Si hay oposición al procedimiento, el procedimiento se tramitará como contencioso (juicio oral).
- Se establece la revisión periódica de las medidas de apoyo en un periodo máximo de tres años.
- Se creará un libro único informatizado en el Registro de la Propiedad para dar publicidad a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo.

A continuación, se muestran algunas diapositivas expuestas en la charla



#### ARTICULO 12 CONVENCIÓN

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 afectan a los derechos e intereses de las personas.

- Supone un profundo cambio en la legislación existente hasta el momento en materia de discapacidad, al proponer el paso de un sistema basado en la sustitución y representación, con figuras como la tutela y la patria potestad prorrogada o rehabilitada, a otro en el que el eje fundamental es el **respeto a la voluntad y preferencias** de las personas con discapacidad, quienes, por regla general, serán las encargadas de tomar sus propias decisiones con los apoyos que precisen en cada momento.

- Se eliminan del ámbito de la discapacidad la tutela (que queda solo para situaciones de minoría de edad) y la patria potestad prorrogada y rehabilitada. Es decir, que desaparece la posibilidad de que se establezca judicialmente, respecto a los hijos con discapacidad solteros que vivan en compañía de los padres, la prórroga o rehabilitación de la patria potestad

- El procedimiento de provisión de apoyos, que es como pasa a denominarse, terminará con una resolución judicial que determinará los actos para los que la persona con discapacidad precisara apoyo, pero no con una declaración de "incapacitación", término que se erradica, ni con una privación de derechos personales, patrimoniales o políticos.

Próximamente, la Fundación Gil Gayarre organizará charlas sobre este tema tan importante para nuestro colectivo.

Con el fin de tener una idea aproximada de los términos que se han venido comentando, se hace una breve descripción de las expresiones tutela, curatela y prorroga de la patria potestad.

## **CURATELA**

La **curatela** es una institución civil de protección del patrimonio de las personas sin plena capacidad de obrar. Se define la capacidad de obrar como la facultad de desplegar efectos jurídicos frente a terceros.

Todas las personas mayores de edad tenemos plena capacidad de obrar, salvo que esta sea limitada mediante un proceso (judicial) de modificación de la capacidad jurídica. Dicho de otro modo, **tanto los menores de edad como los [incapacitados judicialmente](#) tienen ciertas limitaciones en el tráfico jurídico**. Y para proteger sus intereses existen las figuras de la [tutela](#), la curatela y el defensor judicial.

### **Qué es la curatela**

La curatela es una **institución de protección del patrimonio** del menor o del incapacitado judicialmente. También puede aplicarse a los declarados pródigos.

Una persona sometida a curatela requerirá de la participación de su curador para realizar determinados actos. Así, mientras que el [tutor](#) sustituye al tutelado en determinados negocios jurídicos, el curador se limita a complementar la capacidad de obrar del sometido a curatela, autorizándole para realizar determinados actos.

### **Cómo se instituye la curatela**

La curatela se instituye **por medio de resolución judicial**. Por tanto, es la autoridad judicial quien debe determinar para qué actos necesitará autorización la persona sometida a curatela y quién será su curador.

La función de la autoridad judicial no termina aquí ya que, como en el caso de la tutela, **el Juez supervisará las funciones del curador**. Y es que tales funciones deben ejercitarse en beneficio de la persona cuya capacidad se complementa.

Hay que tener en cuenta que la institución de curatela se produce de oficio, si bien los parientes cercanos del parcialmente inhabilitado o menor están obligados a promover el procedimiento de designación de curador. Además, cualquier persona podría poner en conocimiento del Juez o el Ministerio Fiscal la existencia de otra persona que necesita ser sometida a curatela.

## **TUTELA**

La **tutela** es un mecanismo de protección de las personas que no gozan de plena capacidad de obrar. Nos referimos a los menores o a los [incapacitados judicialmente](#), cuyas facultades jurídicas están limitadas y se complementan mediante la intervención de su [tutor](#).

Esta institución se regula en los artículos 222 y siguientes del [Código Civil](#), y es imprescindible conocerla antes de iniciar un proceso de modificación de la capacidad jurídica (incapacitación). Tales procesos de incapacitación suelen promoverse respecto a personas mayores o con patologías que afecten a su capacidad para vivir autónomamente.

### **Tutela y capacidad de obrar**

La **capacidad de obrar** se define como la facultad de las personas para desplegar efectos jurídicos con su actuación. En determinadas situaciones las personas no ostentan plena capacidad de obrar. Por ejemplo, los menores de edad no pueden realizar por sí mismos determinados negocios jurídicos. Lo mismo ocurre con las personas incapacitadas judicialmente.

Para posibilitar que una persona pueda desarrollar su vida en sociedad pese a estas limitaciones jurídicas existe la institución de la tutela. **El tutor intervendrá en todos aquellos aspectos donde la persona tutelada no puede actuar por sí misma**, dada la limitación a su capacidad de obrar.

La tutela es una institución muy similar a la [curatela](#), aunque representa un tipo de protección mayor. Así, mientras el curador se limita a complementar la voluntad del curado (autorizando sus actos y careciendo por tanto de iniciativa), el tutor realiza por sí los actos del tutelado, sustituyéndolo.

Existen **dos tipos de tutela**:

1. **Tutela familiar.** Se trata de un sistema donde el tutor pertenece al ámbito familiar del tutelado. En este sentido la institución de la tutela resulta comparable a la [patria potestad](#). De hecho, se puede considerar que la tutela es uno de los componentes de la patria potestad. Así, los menores tutelados son aquellos no sometidos a patria potestad ni [emancipados](#).
2. **Tutela institucional.** Se trata de un sistema donde el tutor, que puede pertenecer o no al ámbito familiar del tutelado, actúa bajo control de las autoridades.

Nuestro sistema es de corte institucional, ya que es el Juez quien nombra y controla al tutor. Sin embargo, presenta rasgos familiares, ya que el Código Civil determina la prioridad de elección de tutores que guardan un vínculo de parentesco con el menor o incapacitado.

En definitiva, la tutela constituye una **institución de defensa del interés del menor y el incapacitado**. Por eso, constituye un elemento esencial en los procesos de modificación de la capacidad jurídica.

## **Patria potestad prorrogada**

A la patria potestad prorrogada se refiere el artículo 171 del Código Civil que, prevé la continuación automática de la patria potestad en relación con los hijos menores de edad incapacitados, cuando alcanzan la mayoría de edad. Al respecto el artículo 171 primera proposición establece que “la patria potestad sobre los hijos que hubiera sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la ley, al llegar aquéllos a la mayoría de edad”. Conforme al artículo 201 del Código Civil “los menores de edad podrá ser incapacitados cuando concurren en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá al alcanzar el hijo la mayoría de edad”. La patria potestad se prorroga porque la ley así lo establece.

En lo relativo a la rehabilitación de la patria potestad del hijo soltero –mayor de edad- que viviera con sus padres el artículo 171 segunda proposición dispone que: “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 fuere menor de edad”. La exigencia de soltería del hijo se debe a que, en caso de haber contraído matrimonio o de contraer matrimonio correspondería la tutela al cónyuge (artículo 234.1 del Código Civil).

Tanto la prórroga como la rehabilitación de la patria potestad precisan de declaración judicial de incapacitación. Si bien, en los casos de prórroga de la patria potestad ésta continúa, pese a que el hijo alcance la mayoría de edad, pues a aquél se le ha incapacitado durante la minoría de edad, al entenderse que la causa de incapacitación persistirá al alcanzar el hijo la mayoría de edad –hijo con síndrome de down-; mientras que, en el caso de la rehabilitación la patria potestad extinguida ésta por alcanzar el hijo la mayoría de edad, la patria potestad resurge de nuevo debido ante la declaración de incapacitación de aquél; la declaración de incapacitación y la patria potestad rehabilitada opera sobre un hijo mayor de edad, cuya patria potestad estaba ya extinguida.

El Código Civil establece como regla para el ejercicio de la patria potestad prorrogada o rehabilitada que, ésta se ejercerá conforme a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación y subsidiariamente a las reglas del título relativo a la patria potestad (artículo 171 último inciso del Código Civil). Por lo que, se atenderá en primer lugar a la sentencia de incapacitación (artículo 760 LEC) y; subsidiariamente, a efectos de complemento a los artículos 154 y siguientes del Código Civil.

En cuanto a las causas por las que termina la patria potestad prorrogada o rehabilitada el artículo 171 segundo párrafo establece las siguientes:

1. Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo;
2. Por la adopción del hijo;
3. Por haberse declarado la cesación de la incapacidad;
4. Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

En todo caso, conviene precisar que, los supuestos de muerte de los padres y matrimonio del incapacitado no dejan sin efecto la incapacitación, sino que se somete al incapacitado a una institución tutelar. De ahí que, el artículo 172 *in fine* del Código Civil establezca que si al cesar la patria potestad prorrogada o rehabilitada “subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda”. Asimismo, en relación a la posible adopción de mayores de edad, resulta difícil en relación a los mayores de edad sometidos a patria potestad prorrogada en atención a lo establecido por el artículo 175.2 del Código Civil, pues, por excepción será posible la adopción de un mayor de edad o menor emancipado, cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere asistido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos, de al menos un año; lo que no parece tener lugar en este supuesto.

En fin, teniendo en cuenta que, la patria potestad prorrogada o rehabilitada excluye la tutela, el nombramiento de los padres como tutores a la vista de lo establecido en el artículo 171 del Código Civil podrá tener lugar en los casos en que fuera incapacitado un hijo mayor de edad soltero que, no viviera con sus padres.