

Soraya CALLEJO CARRIÓN
Abogada

• ENUNCIADO:

A, B y C son tres hermanos que acuden a un despacho de abogados con el objetivo de hacer una consulta y asesorarse acerca de qué es lo que tienen que hacer ante el problema que se les plantea.

Todos son hijos de D y E. Su madre D falleció hace cuatro años.

Su padre E vive todavía, y aunque cuenta en la actualidad con 70 años de edad, físicamente presenta un aspecto envidiable.

Psíquicamente, sin embargo, su salud está notablemente deteriorada al padecer una grave enfermedad mental degenerativa.

E muestra un comportamiento desordenado, extraño y desorientado. Es propietario de dos viviendas y titular de tres cuentas bancarias, en las que tiene ahorrados, respectivamente, 18, 2 y 5 millones de ptas.

Su estado empeora progresivamente hasta el punto de no reconocer a sus propios hijos y no poder vivir solo por no estar facultado para cuidar de sí mismo.

• CUESTIONES PLANTEADAS:

- 1.^a ¿Qué vía legal tiene A, B y C para atajar esta situación?
- 2.^a ¿Qué efectos se derivan de la Sentencia de incapacitación?
- 3.^a ¿Son válidos los actos de disposición realizados por E antes de la demanda y de la propia sentencia de incapacitación?
- 4.^a ¿Puede decretarse su internamiento?
- 5.^a ¿Qué papel tendría el Ministerio Fiscal en este tipo de procedimiento?
- 6.^a ¿Se le podría declarar pródigo?

• SOLUCIÓN:

1.^a Cuestión.

Dada la situación planteada, el abogado asesora a A, B y C, aconsejándoles que incapaciten formalmente a su padre. Esto únicamente puede hacerse en virtud de sentencia judicial (art. 199 del CC), a través de un procedimiento contradictorio.

El supuesto que se nos presenta entra de lleno en el ámbito de aplicación del proceso de incapacitación, pues tal y como dispone el artículo 200 del Código Civil (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 procedimiento es muy sencillo. Debe iniciarse necesariamente con la presentación de una demanda ante el Juez de Primera Instancia del lugar en que reside E. Asimismo, el abogado les dice, puesto que los tres hermanos están de acuerdo, que son ellos quienes tienen que presentarla dado que tienen legitimación activa para ello en virtud de lo establecido en el artículo 757.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) 1/2000, y que deben acudir al proceso, obligatoriamente, asistidos de abogado y representados por procurador.

Este proceso que se seguirá por los trámites del juicio verbal presenta una especialidad procedimental muy importante en relación al tema de la prueba, consistente en que además de la prueba que soliciten las partes (en este caso los hijos del presunto incapaz, y, en su caso, el Ministerio Fiscal), o la que se acuerde de oficio, el legislador impone al Juez, en el artículo 759 de la LEC 1/2000, la práctica de tres diligencias indispensables porque sin ellas no puede dictarse la sentencia de incapacitación. Se trata de la audiencia de los parientes más próximos de la persona cuya incapacitación se pretende, examen del incapaz y obtención de dictamen médico-pericial.

Tras la práctica de la prueba en el acto de la vista, el procedimiento termina con sentencia que tiene carácter constitutivo, pues genera un nuevo *status*, el estado civil de incapacitado, y contra la que cabe interponer recurso de apelación.

2.ª Cuestión.

La incapacitación de una persona existe y produce sus efectos por y desde la sentencia judicial que la declara (a salvo, naturalmente, el concepto de incapaz que postula el CP en su art. 25, según el cual, a los efectos de este Código, se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma). Esta sentencia, según estipula el artículo 760 de la LEC 1/2000, determinará la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela y guarda a que deba quedar sometido el incapaz.

En el caso que nos ocupa, se solicita que sea A, por ser el hijo mayor, y tener menos cargas familiares, nombrado tutor de la persona y bienes de su padre.

En relación a la institución tutelar, considerar, muy a grandes rasgos, y al dictado de lo manifestado en el artículo 216 del CC que las funciones tutelares constituyen un deber y se ejercerán en beneficio del tutelado, y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, que podrá acordar de oficio o a instancia de cualquier interesado las medidas necesarias para asegurarle alimentos o proveer a las necesidades, o para evitarle daños o apartarle de peligros, todo ello en perfecta consonancia con lo estipulado en el artículo 158 del mismo texto legal.

La tutela es paralela a la patria potestad, pues tiene la misma finalidad y cumple el mismo objetivo, aunque con una diferencia esencial, y es que mientras la ley confía plenamente en la patria potestad, y le da un amplio margen de libre arbitrio, no lo hace plenamente en las instituciones tutelares y las somete a control judicial.

Tanto es así que se puede decir que la tutela es subsidiaria a la patria potestad, respecto de menores de edad, y semejante a la misma respecto de incapacitados.

Es al Juez a quien corresponde el nombramiento del tutor, que puede serlo una persona física o una persona jurídica que no tenga finalidad lucrativa, y entre cuyos fines figure la protección de menores o incapacitados. También pueden serlo, sin embargo, conjuntamente dos personas como cotutores, e incluso se podría designar a más de dos personas, previniendo en este caso el CC que en dicho ejercicio se aplicará el principio de solidaridad, y en caso de desacuerdo entre los tutores, decidirá el Juez.

La aceptación del cargo de tutor lleva implícitas una serie de obligaciones, que bien podrían resumirse en la idea de cuidar, velar y proteger los intereses y la persona del tutelado, pero se traducen igualmente en la asunción de ciertas responsabilidades, baste reseñar en este sentido lo dispuesto en el artículo 1.903 del CC según el cual «los tutores son responsables de los perjuicios causados por los incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía», aunque su responsabilidad cesa cuando prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Por último matizar que no puede confundirse el concepto de tutela con el de curatela. Esta última se entiende por la doctrina mayoritaria que es una institución de menos trascendencia, dado que el curador no cuida de la persona, ni de su patrimonio, tampoco le representa, simplemente complementa su capacidad. Su función se limita, por tanto, a que el curador presta un complemento de capacidad en aquellos actos que el sometido a curatela no puede realizar por sí solo. Aunque como toda institución tutelar, está sometida a control judicial.

Por la sentencia de incapacitación, que produce sus efectos *ex nunc*, E se ve privado de su capacidad de obrar, mientras que su capacidad jurídica permanece intacta.

Tiene carácter constitutivo, pues con ella surge el estado civil de incapacitado.

3.ª Cuestión.

Con respecto a los actos realizados por E, antes de presentar la demanda de incapacitación, y con carácter general, puede argumentarse, que si no se acredita su falta de capacidad natural, el acto jurídico anterior será completamente válido.

Ahora bien, si se realiza un acto o negocio jurídico y carece totalmente de capacidad física mental, al negocio le faltará la mínima declaración de voluntad necesaria, y será, por tanto, inexistente, por falta de un elemento básico en cualquier negocio jurídico, como es el consentimiento.

Si por el contrario, la falta de conciencia y voluntad no es tan absoluta que provoque la ausencia total de declaración de voluntad como elemento del negocio, entonces éste será anulable por defecto, que no ausencia de capacidad, bajo el régimen de los artículos 1.300 y siguientes del CC.

Con relación a los actos verificados en el período de tiempo que va desde la presentación de la demanda hasta que se dicta sentencia declarando la incapacitación, el planteamiento es básicamente el mismo, si bien hay que tener en cuenta que el inicio del procedimiento puede suponer la adopción de medidas cautelares que podrían invalidar los actos realizados.

4.ª Cuestión.

Puesto que E padece un trastorno psíquico grave, y no está en condiciones de decidir por sí mismo, puede decretarse su internamiento previo a la autorización judicial.

Ésta es la única medida cautelar que regula expresamente la LEC. Lo hace en el artículo 763, y de su texto y de la doctrina consolidada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, deriva la exigencia de una serie de presupuestos necesarios para poder adoptar dicha medida.

La existencia de estos presupuestos debe fijarse judicialmente, y son los que se citan a continuación:

- 1.º Perturbación mental, real, grave y trascendente.
- 2.º De carácter importante por no poder el individuo vivir libremente en sociedad.
- 3.º Que no exista otra alternativa.

Incluso, tal y como lo contempla el artículo 763 de la LEC 1/2000, podría decretarse con carácter previo el internamiento, cuando razones de urgencia lo aconsejen, dando cuenta inmediatamente al órgano judicial competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de 24 horas, para posterior ratificación de la medida en el plazo máximo de 72 horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del órgano jurisdiccional.

Ésta es la medida más importante que puede adoptarse en el curso del procedimiento de incapacitación (o incluso al margen del mismo), por lo que tiene de afectación de un derecho fundamental de las personas como es el derecho a la libertad que consagra el artículo 17 de la Constitución Española de 1978. Con todo, no es la única. Con carácter general, el artículo 762 de la LEC confirma que 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.

Significar, no obstante, que aunque a estas medidas se les suele calificar como cautelares, no son propiamente tal, pues su finalidad no consiste en garantizar las resultancias de un juicio, sino en proteger tanto la persona como el patrimonio del presunto incapaz, son, por consiguiente, medidas de protección, y no cautelares en sentido técnico-procesal.

5.ª Cuestión.

En este tipo de procedimiento su intervención es siempre preceptiva, artículo 749 de la LEC:

- a) Promoviendo él mismo el procedimiento, como parte activa, cuando los familiares legitimados activamente para ello (art. 757 de la LEC) no existen o simplemente no lo hacen.
- b) Asumiendo la defensa del presunto incapaz, siempre que no haya sido promotor del expediente, y no compareciese en juicio con su propia defensa y representación.

En conclusión, el Ministerio Fiscal siempre será parte, aunque no haya sido promotor ni deba, conforme a la ley, asumir la defensa de alguna de las partes.

6.ª Cuestión.

En este caso, no parece lo más procedente. El concepto de prodigalidad es aplicable a la persona «manirrota que desperdicia y consume su hacienda en gastos inútiles, sin medida ni razón».

Genera un estado civil de incapacidad parcial, lo que supone que el pródigo puede, porque tiene capacidad para ello, realizar determinados actos con el consentimiento del curador. Al pródigo tan sólo se le restringe la capacidad patrimonial *inter vivos*. Queda incólume su capacidad en la esfera personal, familiar pura y patrimonial *mortis causa*.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Código Civil, arts. 199, 200 y 201.**
- **Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, arts. 748 a 763.**
- **Temas de Derecho Procesal Civil. Carrera Judicial. Edita el CEF.**
- **Compendio de Derecho Civil. Tomo I, parte general. Xavier O'Callaghan, edic. 1992.**
- **Compendio de Derecho Civil. Tomo IV, Derecho de Familia. Xavier O'Callaghan, edic. 1996.**
- **STS de 4 de abril de 1984.**