

# INTRODUCCIÓN

## ¿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 obra. La **capacidad de obrar** la tienen todas las personas mayores de edad mientras no sean privadas de ella, total o parcialmente, mediante la incapacitación. Por los menores de edad actúan quienes ostenten la patria potestad. Las personas 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.

**Concepto:** ¿Qué significa desde el punto de vista jurídico incapacidad? (art. 200 C.c.)

Lo primero es no olvidar nunca que **la enfermedad o la deficiencia de carácter físico o psíquico no es, en sí misma, criterio de valoración para determinar que una persona deba ser incapacitada judicialmente**. Quede claro, por tanto, que no todas las personas con discapacidad tienen necesariamente que ser declaradas incapaces porque **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.

## Necesidad de acudir a un proceso de incapacidad

La segunda cuestión a tener muy clara es que cuando pensemos en la necesidad o no de incapacitar a una persona analicemos antes y con mucho cuidado si el problema que presenta se resuelve incapacitándola puesto que existen muchas **creencias erróneas en torno a la incapacitación**. La principal equivocación es que, en demasiadas ocasiones, se tiende a equiparar indebidamente incapacitación con internamiento no voluntario en centro

pensando, además, que incapacitando judicialmente se tendrán más facilidades para acceder a una plaza residencial. La incapacitación no facilita el internamiento de una persona a un centro, ni el acceso a una residencia pública, no nos adelanta en la lista de espera, no obliga a las entidades públicas a la atención del discapacitado, ni es requisito para la obtención de ayudas o pensiones. Y si una persona (incapacitada o no) se niega a ingresar en centro se acudirá al juez para solicitar autorización (que no orden) de internamiento involuntario como algo extraordinario en la medida que el enfermo no pueda desarrollar su vida en su medio ni cuente con los apoyos comunitarios necesarios o estos sean insuficientes. Como tampoco podemos pretender la incapacitación como medio de represión o control de un familiar de carácter ingobernable o con un estilo de vida extravagante. Ni siquiera creer que el nombramiento de un tutor va a ser solución única a problemas de patologías coincidentes como el alcoholismo, la ludopatía, etc.

## **2.-RESPONSABILIDAD PENAL DE INCAPACES**

### **¿Cuáles son las consecuencias de que un incapaz cometa una infracción penal (delito o falta)?**

La responsabilidad penal es consecuencia jurídica –otra es la civil- de la realización de una infracción criminal.

Es importante destacar que el art. 25 del Código Penal establece que a efectos penales 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. En principio la comisión de una infracción penal conlleva siempre la imposición de una pena a su autor. Ahora bien, lo que el juzgador habrá de determinar es si esa persona comprende la ilegalidad de la infracción o si es consciente de tal ilegalidad porque si determina que el incapaz no ha podido controlar ni evitar la comisión de la infracción, dicha persona carecerá de responsabilidad penal o ésta se atenúa según el grado de afección padecido.

En este sentido se tiene en cuenta el concepto de **inimputabilidad**, es decir ha de determinarse si el sujeto es incapaz de conocer el significado antijurídico de su comportamiento o de poder orientar su conducta conforme a ese conocimiento; en este caso estamos ante la ausencia de culpabilidad, esto es, ante la falta de la capacidad para ser culpable de la infracción criminal.

### **Aunque no procediera la imposición de una pena por exención de responsabilidad penal ¿el Juez puede acordar alguna otra medida?**

Sí, el Juez puede acordar la aplicación de una medida de seguridad.

En atención a la intensidad de los efectos psicológicos de la alteración psíquica el Código Penal dispone de distintas consecuencias: caso de incapacidad total (aplicación de las eximentes del art. 20.1 y 20.3 del C.P., según sea el supuesto), si no es total pero sí la limita considerablemente (se aprecia la eximente incompleta del art. 21.1 del C.P.) y si hay una menor intensidad en la

imputabilidad por su menor incidencia (se aplica la atenuante analógica del art. 20.6 del C.P.).

Ello conlleva distintos efectos a la hora de imposición o no de pena y medida de seguridad: exención de pena y posibilidad de medida de seguridad en el primer caso, atenuación privilegiada de pena y posibilidad de medida de seguridad en el segundo y sólo atenuación de pena sin posibilidad de medida de seguridad en el tercero.

Las medidas de seguridad pueden ser de dos tipos:

1. Medidas de seguridad privativas de libertad, como el internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado a la enfermedad padecida.

2. Medidas de seguridad no privativas de libertad. El Código Penal contempla un amplio abanico de estas medidas, entre las que destacan la sumisión a tratamiento médico externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario, la obligación de residir en un lugar determinado, el sometimiento a custodia familiar, la prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, sometimiento a programas de tipo formativo, de educación sexual, etc.

### **¿Cuánto pueden durar esas medidas?**

La duración de las medidas es variable, ya que durante la ejecución de las mismas, el Juez mediante un procedimiento contradictorio en el que se valorarán los informes de los facultativos y demás profesionales que asisten al sometido a la medida, podrá:

\_ Sustituir la medida acordada por otra que estime más adecuada.

\_ Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido, si bien la suspensión quedará condicionada a que no vuelva a delinquir.

\_ Acordar el cese de la medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal de la persona sometida a la misma.

### **¿Cuál sería la Responsabilidad Penal del tutor?**

Si en el ejercicio de sus funciones el tutor incurriera en alguno de los delitos tipificados en el Código Penal sí que puede exigírsele responsabilidad ante la jurisdicción penal.

En este caso estamos ante el incapaz como sujeto pasivo del delito, contemplándose en el C.P. como infracciones de que puedan ser objeto los incapaces por sus tutores las siguientes: delitos contra la libertad e indemnidad sexual (arts. 187.1, 188.3, 189 C.P.), delitos contra los derechos y deberes familiares (arts. 223, 224, 229,230, 231,232 C.P.), delitos de fraudes y

exacciones ilegales (art. 440 C.P.) y otros tipos penales: delitos de violencia doméstica (art. 153.2 en relación con art. 173.2, ambos del C.P.), delito de lesiones (art. 153.2 C.P.) y falta de quebrantamiento de resolución judicial (art. 622 C.P.).

### **3.-RESPONSABILIDAD CIVIL DE INCAPACES**

#### **¿Cómo se determina si un incapaz debe responder por los daños que origine?**

Para determinar la responsabilidad del incapaz hemos de acudir a **criterios de imputabilidad**, es decir, de la capacidad de una persona para discernir la trascendencia de sus actos y prever sus posibles consecuencias, hallándose además en condiciones de actuar de acuerdo con dicho entendimiento para evitar el daño previsto, en definitiva, si tiene una suficiente madurez de juicio para entender lo que significa dañar a otro.

La apreciación de esa madurez de juicio para entender lo que significa dañar a otro debe de ser apreciado por el juez en cada caso concreto. En definitiva el hecho de que una persona esté incapacitada o sea incapaz no supone «per se» que sea inimputable a los efectos de responsabilidad civil y ello porque los límites entre los diversos estadios de la capacidad son difusos y variados, siendo compatible la declaración de incapacidad con la responsabilidad civil del incapaz por sus actos, por lo tanto **va a depender del grado de incapacidad u de madurez de juicio lo que va a determinar su responsabilidad civil por sus actos.**

#### **¿Cuál sería la responsabilidad civil derivada de ilícitos penales?**

Nuestro ordenamiento jurídico regula de forma distinta la responsabilidad civil nacida del delito y la meramente civil.

Hay que advertir que la responsabilidad penal por delito o falta conlleva también la responsabilidad civil que pueda aparejarse de la conducta ilícita.

El Código Penal vigente hace a este respecto dos menciones importantes, en cuanto a la responsabilidad civil respecto de guardadores legales o de hecho, así como de padres o tutores, refiriendo como posibles responsables directos no sólo a los que tienen la patria potestad o guarda legal, sino también a los guardadores de hecho, es decir, personas o entidades que se encarguen, aunque sea con carácter temporal del incapaz.

De este modo se fija la responsabilidad directa de padres y tutores, la cual puede ser solidaria o conjunta con la responsabilidad civil directa de los incapacitados exentos de responsabilidad criminal.

En estos casos **quien asume la guarda del incapaz es quien debe responder por culpa** (falta de vigilancia que ocasiona daño). Así en los casos en que el tutor no tiene al incapaz en su compañía y la guarda del mismo se

encomienda a un centro donde reside y recibe tratamiento, no es exigible responsabilidad civil derivada de delito o falta al tutor y sí al guardador.

Por otro lado, en cuanto a los supuestos de patria potestad prorrogada o rehabilitada y tutela de mayor edad, la ley exige como requisito indispensable para la exigencia de responsabilidad civil, con carácter subsidiario, que el incapaz mayor de edad conviva con el padre o tutor.

Aquí, a diferencia de la anterior, la responsabilidad es subsidiaria, actuando sólo en el caso de que el incapaz carezca de bienes. Asimismo frente al supuesto anterior, esta afecta sólo a los mayores incapacitados que hayan sido declarados total o parcialmente imputables.

### **¿Cuál sería la responsabilidad civil de los tutores respecto a los actos realizados por los incapaces?**

El Código Civil regula la responsabilidad por hecho ajeno, es decir, que la causa directa del daño es consecuencia de un hecho no propio, sino atribuible a las personas de las que se debe responder. Debe buscarse entonces un título de imputación para esta **responsabilidad por hecho no propio**, siendo la solución clásica la de acudir al recurso de la culpa in vigilando o in educando. Así la exigencia de responsabilidad a los tutores, no es simplemente un modo subsidiario de obtener la indemnización, sino que se fundamenta en un título distinto, en una culpa propia de naturaleza autónoma, distinta e independiente de la impuesta al autor material de los hechos.

El artículo 1903 del C. Civil recoge en su párrafo tercero «que los tutores son responsables de los daños causados por menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía».

El citado artículo in fine recoge: «La responsabilidad de que se trata en este artículo cesará cuando las personas mencionadas prueben que emplearon toda diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

**Dos son, por tanto, los requisitos** que recoge el citado artículo para que surja la responsabilidad de los tutores por los actos realizados por la persona incapaz sometida a su tutela:

**1.- Que el incapacitado esté bajo la autoridad y habite en compañía del tutor.** Este requisito supone que para que responda el tutor, es necesario que el tutelado esté bajo la autoridad de aquél y habite en su compañía, por lo que se va a exigir la convivencia del causante del daño con el tutor para que éste responda.

Es preciso por tanto que el incapaz resida en compañía del tutor, pues difícilmente puede éste controlar personalmente y supervisar la actuación del que tiene bajo su tutela si no comparte el mismo domicilio.

## **2.- Que se aprecie falta de diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.**

La responsabilidad del tutor de los daños ocasionado por el tutelado es una responsabilidad por culpa del tutor por el incumplimiento de su obligación de velar por sus tutelados.

**La culpa** del tutor respecto de los actos de sus tutelados **es una culpa presunta u objetiva** por lo que les obliga a probar que actuaron con la diligencia de un buen padre de familia para evitar o prevenir el evento dañoso. En definitiva, **los tutores responden porque** con su culpa in vigilando o in educando **ha contribuido, generalmente por omisión, a la producción del resultado lesivo.**

Se ofrecen tres posibilidades en cuanto a la responsabilidad civil:

\_ Guardador legal que no observa la diligencia debida y el autor incapacitado inimputable civilmente, la responsabilidad es exclusiva del guardador legal.

\_ Guardador legal que no observa la diligencia debida y el autor incapacitado imputable civilmente, concurrencia de responsabilidades entre el incapaz y guardador legal.

\_ Guardador legal que observa la diligencia debida y el autor incapacitado inimputable civilmente, exoneración de la responsabilidad civil.

Como vemos, el código civil impone al tutor la obligación de velar por el sometido a tutela, por ello, el incumplimiento de este genérico deber de velar, puede dar lugar a responsabilidad frente al propio interesado que sufre las consecuencias de tal incumplimiento, pero para que provoque la concreta obligación de indemnizar a terceros por daños causados por el tutelado, tal incumplimiento debe darse la circunstancia de que el tutor conviva con el tutelado, si no se vive con el tutelado, no puede exigirse una estricta obligación de vigilancia y posiblemente no habría fundamento subjetivo de responsabilidad suficiente.

## **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.

La Autotutela 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.- 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, 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.- Otorgar mandato para el caso de incapacidad del mandante.- Se introducen cambios en la regulación del contrato del mandato, haciendo posible que el poder dado por una persona capaz a favor de otra subsista, aún cuando quien lo hubiera otorgado sea incapacitado con posterioridad, siempre que el mandato contenga esta disposición de manera expresa.

3.- 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. Si carece de bienes suficientes para iniciar el juicio, puede solicitar el beneficio de Asistencia Jurídica Gratuita.

### **¿Qué son los Poderes Preventivos?**

La Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad crea esta institución de enorme trascendencia, en la medida que permite, mientras se conservan las facultades mentales, nombrar un representante para el caso de que lleguen a perderse. Se puede evitar de este modo, en caso de pérdida de capacidad, el tener que nombrar un representante (tutor) a través del procedimiento de incapacitación. Supone una importante novedad por cuanto, que la incapacidad del mandante, no implicaría la revocación del poder.

## **OTRAS ACTUACIONES EN BENEFICIO DEL INCAPAZ**

Una de las mayores inquietudes de los padres y demás familiares de personas discapacitadas, es qué ocurrirá con éstas en el futuro cuando ellos falten. La preocupación se centra en garantizar al hijo incapacitado unos cuidados personales, y los suficientes recursos materiales para que pueda mantener una buena calidad de vida.

La Ley ofrece a los progenitores varios modos de alcanzar esta finalidad de protección y previsión. Veamos cuáles:

### **1.- EL TESTAMENTO**

Es conveniente que las personas que tienen hijos discapacitados hagan testamento. A través de las disposiciones testamentarias, se permite a los padres adoptar decisiones que amparen al descendiente incapaz en el aspecto personal y en el patrimonial.

En la **esfera personal** los progenitores pueden:

- Establecer disposiciones respecto a la forma de vida y cuidados de su hijo, su salud, educación, formación o residencia.
- Designar tutor de su hijo a una persona física o a una institución, excluir a alguna persona, órganos de fiscalización de la tutela, etc.

Esta decisión debe tenerse en cuenta por el juzgado al constituir la tutela, salvo que el beneficio del incapaz aconseje otro nombramiento.

En la **esfera patrimonial** tienen facultades para:

- Ampliar la legítima del descendiente incapaz, con el tercio de mejora y/o el de libre designación, a fin de que pueda atender sus necesidades económicas.
- 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. Este derecho de habitación se atribuirá por *ministerio de la ley* al legitimario discapacitado que lo necesite y estuviera conviviendo con el fallecido, salvo que el testador disponga otra cosa o lo excluya expresamente. En este caso no es necesario que el beneficiario esté incapacitado judicialmente.
- Legar al discapacitado el usufructo de determinados bienes, dejando la nuda propiedad para los hermanos. Mientras vive el incapaz obtiene los frutos y rentas que produzcan los bienes, pero no puede venderlos.
- Establecer la forma de administrar los bienes, normas, condiciones o recomendaciones para la persona que se haga cargo de la tutela, o para el resto de herederos.

## 2.- EL CONTRATO DE ALIMENTOS

En el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a otra persona durante su vida, a cambio de obtener la transmisión de un capital compuesto por cualquier clase de bienes y derechos.

## 3.- LA LEY DE PATRIMONIO PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

¿Qué es un patrimonio protegido?

Es una nueva solución que ofrece la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, para la protección económica de las personas con discapacidad. Consiste en la posibilidad de agrupar un conjunto de bienes, dinero y derechos, formando un



patrimonio, del que sólo puede ser beneficiaria la persona que se encuentre afectada por una discapacidad física mayor del 65%, o por una discapacidad psíquica mayor del 33% (según certificado administrativo acreditativo del grado de minusvalía), con independencia de que haya sido o no judicialmente incapacitada, y con la finalidad de satisfacer sus necesidades vitales.

### **¿Quién puede constituir el patrimonio protegido?**

La propia persona discapacitada que vaya a disfrutar del patrimonio podrá constituirlo, siempre que conserve su capacidad de obrar. También pueden constituirlo sus padres, tutores, curadores, o guardadores de hecho. En todo caso, se requiere una aportación inicial de dinero, u otra clase de bienes o derechos, a título gratuito. Una vez constituido, cualquier persona puede efectuar aportaciones al mismo, siempre a título gratuito.

### **¿Qué régimen fiscal se aplica a los patrimonios protegidos?**

Por último, la Ley modifica determinadas normas fiscales estableciendo una serie de medidas para favorecer las aportaciones a los patrimonios protegidos a título gratuito. En concreto, se reforma la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la Ley del Impuesto sobre Sociedades y la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, con la finalidad de regular el régimen tributario aplicable al discapacitado, titular del patrimonio protegido, por las aportaciones que se integren en éste; y a las personas que aportan al patrimonio por las disposiciones que realicen.

## **TRÁMITES**

### **¿Cómo se determina que una persona es incapaz?**

La incapacidad es una situación, provocada por el padecimiento de una enfermedad o deficiencia física o psíquica, de carácter permanente, que priva a algunas personas de su capacidad de obrar. Para proteger a estos individuos que no poseen una voluntad consciente y libre, ni suficiente discernimiento para adoptar las decisiones adecuadas en la esfera personal, y/o en la de administración de sus bienes, la Ley ha previsto la declaración de incapacidad.

Al tratarse de un asunto tan grave y, con consecuencias tan trascendentes, el ordenamiento jurídico impone que la **incapacitación sólo puede declararla un Juez mediante Sentencia**, tras haberse tramitado el oportuno procedimiento judicial.

El Código Civil no determina las enfermedades o deficiencias que dan lugar a la incapacitación, pero exige como requisitos ineludibles que las mismas sean persistentes en el tiempo, no meramente temporales, y que impidan a la persona gobernarse.

En todo caso, la incapacitación hay que entenderla en un sentido positivo, pues tiene por finalidad posibilitar que personas sin capacidad, o con su capacidad

disminuida, puedan actuar a través de sus representantes legales, o con la debida asistencia buscando siempre la protección jurídica de los mismos.

## **1.- EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE INCAPACIDAD**

El procedimiento de incapacitación debe iniciarse ante el Juzgado de 1ª instancia, del lugar en que reside la persona presuntamente incapaz.

### **¿Quién inicia el proceso?**

Conviene distinguir dos supuestos:

El menor presuntamente incapaz.- Mientras una persona es menor de edad está amparada por la patria potestad que, normalmente, será ejercida por ambos progenitores. Los padres actúan por sus hijos menores, supliendo su falta de capacidad. Al cumplir los dieciocho años, la persona adquiere la plena capacidad de obrar. Por ello, cuando sea previsible que el menor continúe siendo incapaz aún después de alcanzar la mayoría de edad, es aconsejable iniciar el procedimiento de incapacitación mientras sea menor.

En este caso, iniciarán el proceso quienes ejerzan la patria potestad, o en su caso, la tutela, con el efecto de quedar la guarda automáticamente prorrogada en beneficio del menor.

El presunto incapaz mayor de edad.- En esta situación puede promover la declaración de incapacidad el presunto incapaz, su cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz.

Además, el Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas anteriormente no existieran, o no la hubieran solicitado.

El procedimiento puede iniciarse:

1. Mediante solicitud dirigida a la Fiscalía del domicilio de la persona presuntamente incapaz.- Según establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, cualquier persona puede poner en conocimiento del Fiscal los hechos que determinan la incapacitación. En el caso de las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de una posible incapacidad en una persona, la Ley establece la obligación de manifestarlo al Ministerio Fiscal. De este modo, será el Ministerio Fiscal, a la vista de los informes y documentos facilitados, quien interponga la demanda, si considera que existen indicios suficientes.

2. Mediante abogado y procurador que interpondrán directamente la demanda ante el Juez competente.- Si se carece de bienes suficientes para iniciar el juicio, o para defenderse en el proceso, puede solicitarse el beneficio de Asistencia Jurídica Gratuita.

## ¿Cómo se interpone la demanda y se practican las pruebas?

El procedimiento se inicia mediante un escrito de demanda, en el que se pone en conocimiento del Juez la existencia de una persona con presunta falta de capacidad, y en el que también puede solicitarse que se le nombre un representante legal.

La demanda se notifica a la persona que se pretende incapacitar en su domicilio, para que pueda contestarla en el plazo de veinte días. Si el presunto incapaz deja transcurrir este tiempo sin realizar gestión alguna, el Fiscal solicitará que se le nombre un defensor judicial que le represente en el juicio mediante procurador, y asuma su defensa a través de abogado. Las pruebas que se practican en el proceso básicamente son:

Prueba Documental: consistente en los documentos que en su día se aportaron con la demanda, para acreditar la falta de capacidad: certificado literal de nacimiento, informes médicos, informes sociales, certificado de minusvalía; y cualquier otro que pueda tener relevancia para decidir sobre la incapacitación.

Audiencia de los parientes más próximos o con especial relación con el presunto incapaz: que serán preguntados sobre la situación del presunto incapaz, y sobre la persona que consideran idónea para ejercer las funciones de tutor o curador.

Exploración del presunto incapaz por el Médico Forense: que emitirá un Informe sobre la enfermedad o deficiencia que presenta el interesado, y la incidencia de estos padecimientos en su capacidad de obrar. Examen del presunto incapaz por el Juez: que antes de decidir sobre la incapacidad solicitada, se entrevistará con el interesado formándose una primera opinión sobre su estado. Examen que también puede realizarse en el domicilio si hay certificado médico que avale dificultades para su traslado.

## ¿Qué efectos produce la Sentencia de Incapacitación?

Practicadas todas las pruebas y celebrado el acto de la vista, el Juez dictará Sentencia en la que determinará la extensión y límites de la incapacidad solicitada, y establecerá el régimen de guarda al que el incapaz debe quedar sometido.

La Sentencia declarará la **incapacidad total**, en el caso de que se aprecie que el demandado no es capaz de cuidar de su persona, ni de administrar sus bienes.

La Sentencia declarará la **incapacidad parcial**, cuando se estime que el demandado puede realizar determinados actos por sí solo, y que es capaz de adoptar algunas decisiones que atañen a su persona; pero que, para actos de mayor trascendencia o complejidad necesita el auxilio de otra persona. En este supuesto. La Sentencia debe especificar qué actos puede el incapaz realizar por sí mismo, y para qué actos necesita asistencia.

Como puede apreciarse, la Sentencia de incapacitación debe adecuarse a la protección que necesita cada individuo, a sus especiales condiciones, insuficiencias y necesidades de apoyo. Asimismo, la incapacitación deberá inscribirse en el Registro Civil y, si es necesario, en el Registro de la Propiedad.

Por último, la Sentencia determinará la persona o institución que va a ejercer la guarda del incapaz, nombrando tutor o curador al interesado, o bien, prorrogando o rehabilitando la patria potestad de sus progenitores.

### **¿Si una persona está incapacitada significa que ya no puede hacer nada?**

La incapacitación 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 incapacitación 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.

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.

### **¿La incapacitación declarada por el Juez es para siempre?**

La Ley permite que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda iniciarse un nuevo proceso con el objeto de dejar sin efecto la incapacitación, o modificar el alcance de la establecida.

Esto significa que la incapacitación, en principio, no tiene por qué perdurar toda la vida. Sin embargo, no es habitual que una persona recupere su capacidad,

pues ello implicaría que han desaparecido las enfermedades o deficiencias persistentes, físicas o psíquicas, que determinaron la declaración de incapacidad.

Más abundantes son los casos en que se declara una incapacidad parcial, y al agravarse los padecimientos con el transcurso del tiempo, se inicia un nuevo proceso para que se declare la incapacidad total.

### **¿Hay que esperar a la Sentencia para obtener la protección del presunto incapaz?**

Existe un procedimiento específico para conseguir la inmediata protección de la persona y/o de los bienes del presunto incapaz, sin tener que esperar a que se dicte la Sentencia de incapacitación. Se trata de la posibilidad de solicitar del Juez, la adopción de las **medidas de protección** que resulten imprescindibles. En ocasiones, será el propio Juzgado quien adopte estas medidas si lo estima necesario.

Entre estas medidas podemos citar la de internamiento no voluntario en centro médico-psiquiátrico, el seguimiento de un tratamiento médico adecuado, el nombramiento de un administrador provisional de los bienes del presunto incapaz, la indisponibilidad de las cuentas bancarias, el depósito de bienes muebles o valores mobiliarios en un establecimiento destinado al efecto, la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad, etc.

Hay que tener presente que estas medidas cautelares estarán vigentes, mientras se decide el proceso de incapacitación. Una vez concluido el proceso, la Sentencia deberá pronunciarse sobre el mantenimiento o extinción de las medidas cautelares, o bien, su sustitución por otras más oportunas.

## **1.- 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.

## 2.- 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.

La tutela está pensada para aquellos casos en que se determine una incapacidad total y también para los supuestos en que no proceda la curatela, debiendo indicarse expresamente en este caso a qué actividades alcanza la institución protectora.

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. También puede concederse para determinadas actividades concretas como las de someter al discapaz a determinado tratamiento o evitar sus fugas, etc.

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. (S.A.P. Córdoba 11-12-2000).

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 este sentido S.T.S. 15-12-1991).

### **¿Cuál es el procedimiento para el nombramiento de tutor?**

Ya hemos señalado que será en el propio proceso de incapacitación, donde se solicite el nombramiento de un tutor. También es posible pedirlo en un proceso posterior e independiente, este sistema se utilizaba hasta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no supone ventaja alguna para la persona incapacitada.

### **¿Quiénes están sometidos a tutela?**

- \_ Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.
- \_ Los incapacitados, cuando la Sentencia lo haya establecido.

\_ Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.

### **¿Quiénes ser tutores?**

La tutela puede ejercerse por cualquier **persona física** que tenga capacidad de obrar, y esté en pleno uso de sus derechos civiles y, subsidiariamente, u alquier **persona jurídica** que no tenga finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de incapaces.

#### **No podrán ser tutores:**

- \_ Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad.
- \_ Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior.
- \_ Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena.
- \_ Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.
- \_ Las personas con imposibilidad absoluta de hecho.
- \_ Los que tuvieran enemistad manifiesta con el incapacitado.
- \_ Las personas de mala conducta o que no tuvieran manera de vivir conocida.
- \_ Los que tuvieran importantes conflictos de intereses con el incapacitado, tengan un juicio contra él, o le adeuden sumas de dinero considerables.
- \_ Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona.
- \_ Los excluidos expresamente por los padres en testamento o escritura pública, salvo que el Juez estime otra cosa en beneficio del incapacitado.

### **¿A quién se prefiere para el cargo de tutor?**

Conforme establece el Código Civil, 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 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.

### **¿Cómo llega una persona jurídica a asumir la tutela de un incapaz?**

De manera general la asunción de un cargo tutelar por parte de una persona jurídica es un hecho extraordinario de último recurso y siempre **subsidiario** es decir, cuando falte persona física que pueda asumir su ejercicio de forma adecuada bien por la no existencia de familiares o personas con especial relación, por inhibición de estos o por no idoneidad.

Una vez nombrada tutora el **titular de la tutela** es esa persona jurídica y no ningún miembro u órgano de la misma. Aunque, como es lógico, las funciones tutelares habrán de ser realizadas por personas físicas pertenecientes a esa entidad

### **¿Dónde está el origen de que una persona jurídica asuma cargos tutelares?**

Está en la reforma del Código Civil conforme a la Ley 13/ 1983, de 24 de Octubre, de reforma en materia de tutela. Esta reforma hizo posible que *el ejercicio de los nombramientos tutelares se realice no sólo por personas físicas sino también por Entidades, tanto públicas como privadas*. Su base normativa se encuentra en el artículo 242 C.C.

### **¿Qué entidades pueden ser tutoras?**

Pueden ser tutores personas jurídicas públicas o privadas siendo en primera instancia y en virtud del reparto de competencias que recoge el texto constitucional, la Comunidad Autónoma la llamada al ejercicio del cargo tutelar. Pero también pueden ser tutores Diputaciones y Ayuntamientos en tanto tienen atribuidas competencias en materia de servicios sociales.

En este sentido hay determinadas Administraciones Públicas que han articulado mecanismos de protección jurídica de personas incapacitadas creando *organismos específicos dedicados al ejercicio de los distintos cargos tutelares*. Sin embargo, la gran mayoría de las administraciones autonómicas y entidades privadas lo que han hecho ha sido promover la constitución de personas jurídicas de carácter privado como son las fundaciones.

**La Fundación, por tanto, ha sido la forma jurídica más utilizada para el ejercicio tutelar por parte de personas jurídicas;** posiblemente por su especial naturaleza jurídica con un patrimonio afecto a la actividad, la posibilidad de acceso a subvenciones y beneficios fiscales, su estabilidad y, sobre todo, por el control ejercido por el Protectorado correspondiente.

### **¿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.

### **¿Qué debe primar a la hora de elegir un tutor para un incapaz?**

A la hora de designar un tutor lo que debe primar sobre todo es el **interés del incapaz y su máximo beneficio**.

### **¿Es obligatorio el cargo de tutor?**

Una vez que el juzgado nombra a una persona tutor, existe la obligación de ejercer las funciones que le son propias. Después del nombramiento, el tutor debe acudir al juzgado a tomar posesión de su cargo, firmando que lo acepta.

### **¿Puede un llamado a ejercer la tutela o un tutor excusarse del cargo?**

Esto podrá hacerse 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. Es necesario probar con documentos, testigos, etc la razón de la excusa y proponer o indicar la persona, que siendo de parecidas condiciones pudiera sustituirle. Mientras se resuelve acerca de la excusa, el que la haya propuesto estará obligado a ejercer la función. No haciéndolo así, el Juez nombrará un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada.

### **¿Qué funciones tiene el tutor?**

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.

Estas funciones se ejercen bajo la supervisión del Juez y del Ministerio Fiscal. De este modo, 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 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 oirá 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.

## ¿Qué obligaciones asume el tutor?

Para evitar que el tutor pueda adoptar decisiones arbitrarias, o que perjudiquen al tutelado, se le imponen las siguientes obligaciones:

\_ **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, y 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.

## ¿Qué derechos tiene el tutor?

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

Asimismo, el tutor tiene derecho 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.

## ¿Cuándo termina la tutela?

La tutela concluye:

\_ 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.

## ¿En qué casos pueden a uno destituirlo como 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.

### **3.- CURATELA**

La curatela es la institución de guarda que se establece cuando se declara la **incapacidad parcial** de una persona. La incapacidad parcial supone que la persona conserva cierto grado de autogobierno o autonomía, que le permite adoptar las decisiones más sencillas sobre su persona y/o bienes.

#### **¿Cuál es el procedimiento para su nombramiento?**

Es el mismo que el de la tutela, determinándose en la sentencia de incapacitación el sometimiento del incapaz a curatela, en atención al porcentaje de capacidad que mantiene.

#### **¿Quiénes están sometidos a curatela?**

- \_ Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley.
- \_ Los que obtuvieron el beneficio de la mayor de edad.
- \_ Los declarados pródigos.
- \_ 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.

#### **¿Quiénes pueden ser curadores?**

En cuanto a las personas e instituciones que pueden ser curadores, las causas que impiden ser curador, las excusas para el ejercicio de la curatela, y las obligaciones y derechos que conlleva el cargo, son las mismas que para el tutor.

#### **¿Qué funciones tiene el curador?**

El curador, a diferencia del tutor, no es el representante legal del incapacitado. La misión del curador es **asistir al incapaz y complementar** su capacidad, en aquellos actos que no pueda realizar por sí mismo.

Los actos en que se considera necesaria la intervención del curador, deben quedar delimitados en la sentencia que haya establecido la curatela. Cuando la sentencia no especifica el alcance de la curatela, se entiende que el curador tiene que asistir a su pupilo en los mismos actos que el tutor necesita autorización judicial (Ver apartado: ¿Qué funciones tiene el tutor?)

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 cuartelado 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. Las dificultades surgen cuando la persona no tiene conciencia de su enfermedad (como ocurre en algunas personas con enfermedad mental), o simplemente, cuando se niega a tomar la medicación.

En el caso de existir discrepancias entre el sometido a curatela y el curador, en un asunto en que éste último deba intervenir, tendrá que solicitarse el auxilio judicial.

### **¿Cuándo termina la curatela?**

El Código Civil no establece nada al respecto, sin embargo, podemos señalar que la curatela concluirá:

- \_ Cuando el menor de edad cumple 18 años, salvo que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.
- \_ Por la adopción del menor de edad sometido a curatela.
- \_ Por fallecimiento del curador y/o de la persona sometida a curatela.
- \_ Al dictarse la resolución judicial que ponga fin a la incapacitación, o que modifique la sentencia de incapacitación sustituyendo la curatela por la tutela.

## **4.- 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.

### **¿Cuál es el procedimiento para su nombramiento?**

Es el Juez quien nombrará un defensor judicial, previa la tramitación del oportuno procedimiento, cuando lo considere conveniente para la protección de la persona incapaz y/o de sus bienes.

### **¿Cuándo es necesario nombrar un defensor judicial?**

Pueden distinguirse las siguientes circunstancias:

1. Cuando en algún asunto exista un conflicto de intereses entre el incapacitado y sus representantes legales –padres o tutor-, o el curador.

2. Cuando el tutor, o el curador, haya sido destituido de su cargo, mientras se nombra a otra persona para desempeñarlo.
3. Cuando 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.

### **¿Quiénes pueden ser defensores judiciales?**

Si se trata de la guarda ejercida por ambos padres, y el conflicto de intereses existe sólo con uno de ellos, corresponderá al otro representar y amparar al incapacitado por Ley, sin necesidad de que lo nombre el Juez.

En los demás casos, las personas e instituciones que pueden ser defensores judiciales, las causas que impiden ser defensor judicial, las excusas para el ejercicio de la defensa judicial, y las obligaciones y derechos que conlleva el cargo, son las mismas que para el tutor y el curador.

Así pues el Juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, a instancia del menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo.

### **¿Es lo mismo defensa judicial que defensa técnica?**

No necesariamente. El cargo de defensor judicial puede recaer en cualquier persona física, no siendo imprescindible que sea técnica en derecho, nombrada por Juez para ejercer las funciones de amparo y representación de los menores e incapacitados de forma transitoria en ciertos casos.

Durante el proceso judicial de incapacitación, el Ministerio Fiscal actúa como defensor judicial del presunto incapaz, 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 le nombra un defensor judicial que le represente en el juicio mediante procurador, y asuma su defensa a través de abogado.

La defensa judicial en este caso puede recaer en un letrado, en cuyo caso coinciden defensa judicial y defensa técnica en el procedimiento, o

bien en otra persona quien se asiste de letrado y procurador para su defensa y representación en el proceso.

### **¿Qué funciones tiene el defensor judicial?**

El defensor judicial tendrá las funciones que le haya asignado el Juez, dependiendo de las necesidades que motivaron su nombramiento.

Puede que su actuación sólo sea necesaria para un asunto concreto, por ejemplo, la firma de una escritura pública. O que sea requerido para ejercer la administración provisional de los bienes del incapaz. En el supuesto de que sustituya transitoriamente al tutor, asumirá la guarda de la persona incapaz y de sus bienes.

### **¿Cuándo termina la defensa judicial?**

Cuando concluya el cometido para el que fue designado, o cuando se nombre tutor o curador al incapaz tras aceptarse el cargo, según los casos. El defensor judicial debe rendir cuentas de su gestión al Juez una vez finalizada.

## **5.- LA 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.

### **¿Qué funciones tiene el guardador de hecho?**

El guardador de hecho no es el representante legal del presunto incapaz, no puede sustituirlo en negocios patrimoniales ni actuar por él en actos personales.

En el ámbito personal, cuando el presunto incapaz lo precise, el guardador de hecho tiene el deber de cuidarlo, preocupándose de su alimentación, asistencia médica, formación y, en la medida en que sea posible, promoviendo la adquisición o recuperación de su capacidad.

En el ámbito patrimonial, administra los bienes del presunto incapaz, pero no puede venderlos, ni arrendarlos, ni realizar ningún otro acto de disposición sobre los mismos. Sí puede efectuar pagos ordinarios como los suministros de agua, luz o gas, o el coste de la estancia en un centro, preferiblemente a través de una domiciliación bancaria.

La guarda de hecho se ejerce de forma gratuita. Sin embargo, el Juez puede reconocer el derecho del guardador a ser indemnizado por los gastos y perjuicios que se le hubieran ocasionado, con cargo a los bienes del presunto incapaz.

### **¿Qué obligaciones asume el guardador de hecho?**

Cuando el Juez conozca la existencia de un guardador de hecho, puede requerirle para que informe sobre la situación de la persona y de los bienes del presunto incapaz, y de su actuación respecto a los mismos. De este modo, aún cuando no existe la obligación de practicar inventario y rendir cuentas anuales, como ocurre en la tutela, será conveniente que el guardador de hecho haya confeccionado un inventario de los bienes del presunto incapaz, y lleve su administración clara y ordenadamente.

Si bien esta figura de la Guarda es compleja y más cuando C. Civil ni lo define ni especifica sus funciones, sólo constata esta actividad protectora que se da en la realidad. Esta escasa y deficiente regulación jurídica (ya que realmente existe aunque no haya resolución jurídica que lo reconozca) siempre crea una incómoda sensación de desamparo a los guardadores.

Por el momento y hasta mejor clarificación y regulación lo idóneo es que sea una situación provisional llamada a acabar en una tutela formal.

### **¿Cuándo termina la guarda de hecho?**

- \_ Cuando el presunto incapaz recupere su razón.
- \_ Por la muerte o declaración de fallecimiento del guardador de hecho o del presunto incapaz.
- \_ Cuando la autoridad judicial sustituya al guardador de hecho, bien transitoriamente por un defensor judicial, bien de modo definitivo por un tutor o curador.