

LA INCAPACITACIÓN JUDICIAL: UNA FORMA DE PROTEGER A NUESTROS HIJOS

1.- ¿QUÉ ES LA CAPACIDAD?

Hay que diferenciar entre "*capacidad jurídica*", que la tienen todas las personas por el mero hecho de ser personas (incluyendo las personas jurídicas) y que supone la facultad de ser titular de derechos y obligaciones y la "*capacidad de obrar*", que no la tienen todas las personas, sino los mayores de edad, y que supone la facultad de ejercitar derechos, cumplir obligaciones, celebrar negocios jurídicos y realizar actos jurídicos por sí mismos. Las personas que carecen de capacidad de obrar (niños, incapaces) actúan en el Derecho asistidos o representados de sus padres o tutores.

Todo mayor de edad es capaz salvo que una Sentencia Judicial determine la incapacidad para obrar: «Artículo 199 del Código Civil: *Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*». La capacidad está vinculada a la autonomía de la voluntad, reconocida en el artículo 10 de la Constitución como expresión de la dignidad de la persona «*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*».

2.- ¿POR QUÉ INCAPACITAR A MI HIJO/A O FAMILIAR DISCAPACITADO?

Porque para el Derecho, el Estado, las Administraciones públicas, nuestro hijo, al cumplir los dieciocho años, es una persona con plena capacidad de obrar, con todo tipo de facultades y obligaciones, por imperio de la Ley. Con la incapacitación, adecuamos la realidad fáctica a la realidad jurídica. Es una medida de protección frente a sí mismo, frente a terceros, de protección de intereses económicos y permite realizar determinados actos jurídicos en beneficio de nuestros hijos.

3.- ¿QUÉ ES "INCAPACITACIÓN"?

Incapacitar es adecuar la capacidad de obrar de la persona discapacitada a las concretas características de su patología. Hay grados de incapacitación al igual que existen grados de discapacidad, pero ni todos los discapacitados pueden ser incapacitados ni todos los incapacitados son "minusválidos" en sentido físico.

Artículo 200 del Código Civil: «*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma*».

4.- ¿QUIÉN PUEDE SER INCAPACITADO?

- ✓ **Cualquier mayor de edad** afectado de una patología que le impida el AUTOGOBIERNO.
- ✓ **Cualquier menor de edad** «*cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad*» (Artículo 201 Código Civil).

Tanto en uno como en otro caso, la patología debe ser **GRAVE, PERSISTENTE, FÍSICA Y/O PSÍQUICA** y que **IMPIDA EL AUTOGOBIERNO**.

5.- “PROCESO DE INCAPACITACIÓN”

El proceso de incapacitación debe ser entendido como el proceso judicial para la PRIVACIÓN PLENA y ABSOLUTA de TODA o PARTE de la capacidad de obrar, que permite destruir la presunción de capacidad que la mayoría de edad otorga a todas las personas físicas. La terminología correcta debería ser “proceso de determinación de la capacidad” en lugar de “proceso de incapacitación” porque realmente hay GRADOS de INCAPACIDAD. Al igual que hay grados de incapacidad, hay distintas figuras de protección: la Tutela, la Curatela y la Prórroga de la Patria Potestad

Hay que tener en cuenta que el proceso de determinación de la capacidad o proceso de incapacitación es un proceso judicial “contencioso” no de “jurisdicción voluntaria”, lo que significa que, formalmente, es un proceso judicial civil con dualidad de partes (demandante-demandado), contradicción (uno frente a otro) y prueba. Se finaliza con Sentencia de Incapacitación cuyo “fallo” puede “condenar a estar y pasar” por una “declaración” de incapacitación, si bien la sentencia ES CONSTITUTIVA DE UN ESTADO CIVIL.

Uno de los escollos a los que se enfrentan los padres o familiares a la hora de acometer un proceso de incapacitación es el temor a “demandar” a su propio hijo o ser querido. Esto ha sido objeto de críticas en la doctrina científica, la cual aboga por un cambio en la terminología: “solicitud” o “petición” en lugar de “demanda”; “solicitante”, “peticionario” o “promotor” frente a “demandante; o “beneficiario” o “afectado” frente a demandado. Sin embargo, en la actualidad, no ha habido cambio alguno de terminología, cuando en otro tipo de procesos civiles sí se ha cambiado. Ello obedece a que los procesos contenciosos garantizan mayores derechos a quienes no se pueden defender. Hay que pensar que las palabras son solo eso: palabras. Demandar a nuestros hijos no les perjudica, les beneficia a corto plazo.

A) ¿Qué juzgado es competente para conocer de la demanda de incapacitación?

El Juzgado de Primera Instancia (de lo civil) del partido judicial donde RESIDA HABITUALMENTE el presunto incapaz, que no tiene por qué coincidir con el lugar de empadronamiento. La residencia del presunto incapaz determina SIEMPRE la competencia judicial, por lo que si en medio del proceso se cambia de residencia al afectado, el juzgado también cambiará cuando se cambie de partido judicial.

B) ¿Quién PUEDE presentar demanda de incapacitación? (Artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil):

En el caso de los MAYORES DE EDAD, cualquiera de los siguientes, sin orden de prelación:

- El presunto incapaz
- Su cónyuge, caso de haberlo
- Pareja de hecho del presunto incapaz
- Descendientes
- Ascendientes
- Hermanos
- Ministerio Fiscal

En el caso de los MENORES DE EDAD: SOLO PADRES O TUTORES

No obstante lo anterior, para proteger al presunto incapaz, el Derecho permite que cualquiera pueda acudir al Fiscal a poner en su conocimiento que existe un presunto incapaz cuya incapacitación no ha sido promovida por sus familiares, los cuales pueden estar interesados en que no se le incapacite, por las razones que sean: *«Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que sean determinantes de la incapacitación»* (artículo 757.3 Ley de Enjuiciamiento Civil).

C) ¿Quién DEBE poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos determinantes de la incapacitación de una persona?:

Además, para garantizar aún mayor protección, el Derecho, además de facultar a cualquiera para poner en conocimiento del Fiscal la existencia de un caso de incapacitación no promovida, a determinados sectores les OBLIGA a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal esta circunstancia, hasta el punto de que podrían llegar a tener responsabilidad por omisión: *«Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal»* (artículo 757.3 *in fine* Ley de Enjuiciamiento Civil). Estas personas son, por ejemplo: maestros, médicos, policías, jueces, asistentes sociales, Directores de Centros de Día, Directores de Centros de Educación Especial...etc.

D) Requisitos de la demanda de incapacitación

-Los requisitos generales de la Ley: identificación de demandante y demandado, datos de localización, forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento civil.

-Ha de estar presentada con abogado y procurador

-Ha de contener expresamente una solicitud de Incapacitación con expresión del grado de incapacitación solicitado

-Ha de contener una propuesta de tutor, curador o prórroga patria potestad

-No necesita tasas

-Ha de recoger un listado con la identificación de todos los familiares directos del incapaz

E) Documentos a presentar

-Certificado literal de nacimiento del presunto incapaz

-Fotocopia del DNI del presunto incapaz

-Informes médicos acreditativos de la discapacidad

-Certificado de empadronamiento si no está en DNI

F) ¿Presentamos NOSOTROS la demanda o se lo comunicamos al MINISTERIO FISCAL?

La demanda de incapacitación frente a nuestro hijo o familiar puede ser presentada tanto por nosotros directamente como por el Ministerio Fiscal. En este último caso, deberíamos acudir a la Fiscalía de Área a rellenar un impreso y adjuntar la documentación con el fin de que el Fiscal sea el que demanda. Si no, siempre podremos acudir a un Abogado para que la presente en nuestro nombre.

Existen varios factores para tomar esta decisión:

-Economía: La demanda presentada por el Ministerio Fiscal, **no supone coste alguno para la familia**. Es totalmente gratuita.

-Rapidez: la demanda presentada por nosotros mismos con abogado y procurador hace que el tiempo de pendencia del proceso se acorte significativamente. Fiscalía tiene muchas demandas que presentar, mientras que nuestro abogado solo la misma.

-Información: Nuestro abogado siempre nos dará más información de la que nos pueden procurar en fiscalía.

Por tanto: nuestra decisión dependerá de nuestra capacidad económica y la prisa que tengamos.

G) Continuación del proceso:

Una vez presentada la demanda, el Juez dicta un AUTO de admisión de la demanda y acuerda: “Emplazar al presunto incapaz” (significa que le van a comunicar la demanda para que conteste si quiere, no será habitual que lo haga, al no estar capacitado para decidir por él mismo si contestar, nosotros no podemos hacerlo en su nombre); emplazar al Ministerio Fiscal (el Fiscal SIEMPRE acudirá al juicio y será parte, tanto si demanda él como nosotros); nombrar un “Defensor Judicial” (alguien que garantice los derechos del presunto incapaz, puede ser un familiar, una administración pública, un abogado....etc.); acordar el examen del presunto incapaz por Médico Forense (el médico del juzgado examinará la documentación médica y verá personalmente al incapaz); la “Exploración” judicial del presunto Incapaz (el juez tiene que ver al presunto incapaz por sí mismo, no le basta con lo que le digan los médicos); y que los parientes directos sean oídos.

Tras todo lo anterior, se celebrará juicio, con una dinámica parecida a la de cualquier juicio. Al juicio no será necesario que llevemos a nuestro hijo si no nos lo piden desde el juzgado. El Juez y el Forense han visto al incapaz antes del juicio.

F) SENTENCIA JUDICIAL: Declara la incapacidad, grado de incapacitación, tipo de complemento de la capacidad, persona que ostentará la tutela, y ordenará que se remitan oficios: al Registro Civil (para que se anote marginalmente la demanda de incapacitación), al Registro Mercantil (para los casos en los que se incapacita a un empresario), y a la Oficina del Censo Electoral (al privársele del derecho de voto).

6.- ¿Y AHORA QUÉ?

Una vez firme la Sentencia, se inicia el expediente de Jurisdicción voluntaria de Nombramiento y Aprobación del Tutor. No hace falta cuando estamos en una prórroga de patria potestad, porque los padres, simplemente, siguen siendo padres, no hace falta que juren el cargo.

Una vez inscrita marginalmente en el Registro Civil la incapacitación del afectado, CUALQUIER ACTO JURÍDICO CELEBRADO CON EL CONSENTIMIENTO DEL INCAPACITADO PERO SIN CONOCIMIENTO Y CONSENTIMIENTO DEL PADRE, TUTOR O CURADOR ES NULO (no “anulable” sino nulo de pleno derecho).

7.- EXPEDIENTE DE TUTELA

El juez del partido judicial donde resida el incapacitado (puede ser distinto juez que el que acordó la incapacitación si se ha producido un cambio de residencia), llamará al tutor nombrado en la sentencia de incapacitación para que acepte ante el Juez el cargo de tutor. Una vez aceptado, el juez dicta un Auto de nombramiento de tutor, del cual se remite copia al Registro Civil del lugar donde resida el incapaz, para su inscripción registral.

Una vez designado el tutor, se le requerirá para que presente inventario de bienes, derechos y obligaciones de su tutelado en el plazo de 60 días. Repito que esto no es necesario en el caso de prórroga de patria potestad.

Cuando el tutor presente su propuesta de inventario, se remitirá al Ministerio Fiscal para que informe. Tras el informe, recaerá auto aprobando o denegando el inventario. Una vez se apruebe el inventario de bienes, el tutor deberá proceder a rendir cuentas anualmente del patrimonio del incapacitado, con justificación de las operaciones económicas practicadas durante el ejercicio. Cada rendición de cuentas, que es obligatoria, deberá pasar por el juzgado, con audiencia del Ministerio Fiscal y aprobación anual de las cuentas.

8.- ¿QUIÉN PUEDE SER TUTOR?

Hablamos de quien puede ser tutor, no de quien debe. El cargo de tutor no es obligatorio, más allá de los deberes familiares que los mayores de edad tienen entre sí.

Todo mayor de edad no incapacitado con el siguiente orden de preferencia del artículo 234 Código Civil:

1º- El designado por el propio tutelado

2º- El cónyuge

3º- Los padres

4º- Tutor testamentario (ojo: el hecho de poner a alguien en el testamento para que sea el tutor de nuestros hijos, no le confiere automáticamente tal facultad. Todo tutor debe aceptar el cargo, que no tienen por qué asumir de forma imperativa, y el juez debe examinar su idoneidad en el momento de la constitución. El juez suele aceptar que sea el designado por los padres, pero puede no aceptarlo, si con la decisión de los padres se perjudican los derechos del incapacitado o menor).

5º- Ascendiente, descendiente o hermano

6º- Tercero designado por el Juez

7º- Organismos de tutela de las CC.AA.

9.- CLASES DE TUTELA

-Tutela: suple en todo la capacidad de obrar del incapacitado

-Curatela: complementa la capacidad de obrar del incapacitado parcialmente en aquellos actos jurídicos que no pueda realizar por sí mismo según sentencia judicial.

-Tutor de los bienes y tutor de las personas: el cargo de tutor puede ser unipersonal o pluripersonal. Y dentro de este último caso, puede dividirse entre tutor para los bienes y tutor

para la persona. Cuando sean varios los tutores, se debe establecer si la tutela es solidaria (todos pueden decidir por sí mismo en beneficio del incapaz) o mancomunada (se precisa la voluntad de todos los tutores para realizar algún acto del incapaz).

10.- LÍMITES AL EJERCICIO DE LA TUTELA

El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.

Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica.

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.

11.- OBLIGACIONES DEL TUTOR

- ✓ Velar por el tutelado
- ✓ Procurarle alimentos.
- ✓ Educar al menor incapacitado y procurarle una formación integral
- ✓ Promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.
- ✓ Informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.

12.- ¿QUÉ PUEDE HACER EL TUTOR SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL?

- ✓ Realización de actos de administración del caudal del tutelado
- ✓ Realización de actos de administración de su persona
- ✓ Partición de la herencia
- ✓ División de la cosa común
- ✓ Todo aquello que conlleve un beneficio objetivo y cierto para el incapacitado

13.- ¿CUÁNDO NECESITA AUTORIZACIÓN JUDICIAL EL TUTOR?

- ✓ Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.
- ✓ Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.
- ✓ Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

- ✓ Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.
- ✓ Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.
- ✓ Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- ✓ Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.
- ✓ Para dar y tomar dinero a préstamo.
- ✓ Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.
- ✓ Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

14.- RESUMIENDO....

- La incapacidad se declara SIEMPRE en beneficio del incapaz
- Requiere sentencia judicial
- Interviene el Ministerio Fiscal y un Defensor Judicial
- La incapacidad es graduable
- La incapacidad es reversible
- Produce efectos frente a todos
- El cargo de tutor es fiscalizado por el Juez con audiencia del Ministerio Fiscal

ATENPACE

Natalia Velilla Antolín

Magistrada-Juez

mayo de 2014