

TÍTULO

CAUSA Y MOTIVO DE LA INCAPACITACION CIVIL UNA REFLEXIÓN SOBRE EL ARTÍCULO 200 DEL CÓDIGO CIVIL

Fernando Santos Urbaneja
Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba
Coordinador del Foro Andaluz del Bienestar Mental

© *Fernando Santos Urbaneja*
2004

fsurbaneja@telefonica.net
<http://fernandosantosurbaneja.blogspot.com/>

**Publicado en: Fundación Aequitas – Colección La Llave – Jornadas
sobre la “Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad” –
Madrid - 8 y 9 de Marzo de 2004**

<p style="text-align: center;">CAUSA Y MOTIVO DE LA INCAPACITACIÓN CIVIL UNA REFLEXIÓN SOBRE ART. 200 DEL CÓDIGO CIVIL</p>

LA CAUSA

La causa de la incapacidad está expresada en el Art. 200 del C. Civil

“Son causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

Durante años, para realizar el juicio sobre la incapacidad de una persona, hemos atendido y evaluado sólo la primera parte del Art. 200 del C. Civil

“Padecer enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico”

Este dato, nos lo proporciona un certificado médico que contiene el diagnóstico y características del padecimiento.

Se trata de una información abstracta que toma como base las clasificaciones de enfermedades y trastornos comúnmente aceptadas y publicadas por Instancias Médicas y Organismos Oficiales.

Hasta ahora ha sido muy común asociar automáticamente “diagnóstico” a “incapacidad civil” y dar por supuesto que toda anomalía psíquica o trastorno mental persistente impide necesariamente a la persona gobernarse por sí misma

Esto, en la mayoría de los casos, no responde la realidad.

Para determinar si existe causa de incapacidad es preciso que nos fijemos también y muy especialmente en la segunda parte del enunciado del artículo 200 C.C.

“ Si el padecimiento impide a la persona gobernarse por sí misma”

Debemos analizar a la persona concreta en sus circunstancias particulares porque LA INCAPACIDAD CIVIL ES ALGO MAS QUE UN DIAGNOSTICO, ES FUNDAMENTALMENTE UN CONCEPTO INDIVIDUAL Y CIRCUNSTANCIAL.

No se puede establecer una equivalencia genérica entre diagnóstico y falta de autogobierno pues cada caso es distinto.

Esta falta de sintonía entre diagnóstico y autogobierno es aún mayor en nuestros días pues el apoyo familiar, el aprendizaje, los avances médicos, el auxilio de medios técnicos, etc... han dotado de habilidades o posibilidades de gobierno a muchas personas que padecen discapacidad o trastornos mentales de modo que, teniendo el mismo diagnóstico, en virtud de estas circunstancias unas personas alcanzan un alto grado de autogobierno y otras no.

LA NOCIÓN DE AUTOGOBIERNO

El juicio de valor sobre si una persona tiene o no suficiente capacidad para gobernar su persona y sus bienes ha de realizarse en mi opinión tras el siguiente análisis

1º.- Determinar qué es lo que la persona necesita ordinariamente hacer.

2º.- Qué es lo que puede decidir y “hacer por sí misma”.

3º.- Qué es lo que puede decidir y “procurarse por sí misma”

Lo primero que hay que hacer es analizar a la persona en sus circunstancias concretas y determinar es **LO QUE LA PERSONA NECESITA HACER ORDINARIAMENTE** para atender sus asuntos, para sentirse bien, para autorealizarse, para ser feliz.

Hay personas que cuentan con un abultado patrimonio que hay que gestionar, otras sólo con una pequeña pensión; Unas viven en los pueblos, otras en las ciudades; Algunas viven con la familia, otras viven solas, etc....

Lo segundo, es determinar **LO QUE PUEDE DECIDIR Y HACER POR SÍ MISMA** para conseguir estos objetivos

Es frecuente que en los procedimientos advirtamos situaciones como la que a continuación se relata.

Se instó la incapacitación de una mujer aquejada de un trastorno mental. Pudo apreciarse en el procedimiento que la mujer vivía con sencillez y se desenvolvía en su restringido ámbito de modo satisfactorio.

El informe emitido por el Psiquiatra del Equipo de Salud Mental fue muy elocuente:

“Dolores lleva una vida sencilla y de relativo aislamiento en la cual se maneja satisfactoriamente y, pese a las limitaciones, está capacitada con una mínima ayuda para gobernar su persona, así como para la correcta administración de los modestos bienes que posee (hace buen uso de la pensión mensual que recibe)”

La demanda fue desestimada.

Lo tercero que hay que establecer es aquello que la persona, aunque no lo pueda llevar cabo personalmente, sí PUEDE DECIDIR Y PROCURARSE POR SÍ MISMA acudiendo a terceros a quien se encarga, encomienda o apodera.

Realmente las cosas que las personas denominadas normales podemos hacer por nosotros mismos son muy pocas. Para las cosas que necesitamos y no podemos o no sabemos hacer buscamos quien nos las haga.

El mercado ofrece toda clase de servicios y de profesionales para remediar estas necesidades.

Para algunas cosas (realización de gestiones, negocios, etc...) el otorgamiento de poderes puede resultar útil.

A veces los impedimentos no se pueden solucionar (falta de recursos, barreras arquitectónicas, etc...) entonces se produce un déficit de autogobierno.

Es importante destacar también que *“la conciencia de la propia incapacidad es un gran factor de autogobierno y de resolución razonable de las necesidades”*. Las situaciones de riesgo se producen en quien no es consciente de su falta de capacidad.

En definitiva, al objeto de establecer si la persona que padece una anomalía o trastorno mental conserva o no suficiente autogobierno para atender su persona y sus bienes, habría que plantearse

QUÉ NECESITA ORDINARIAMENTE ESTA PERSONA

QUÉ PUEDE DECIDIR Y HACER POR SÍ MISMA QUÉ PUEDE DECIDIR Y PROCURARSE POR SÍ MISMA

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba en Sentencia de fecha 23 de Septiembre de 1997 recoge esta doctrina en los siguientes términos

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Impugna el recurrente la sentencia de instancia alegando error en la apreciación de la prueba por el Juzgador de Instancia puesto que, afirma aquél, a la vista de la minusvalía y de la enfermedad que padece la demandada, es evidente que la misma debe ser declarada incapaz.

El motivo debe ser totalmente desestimado y ello por cuanto, como afirma el Ministerio Fiscal, en modo alguno puede equipararse diagnóstico con incapacidad, o lo que es lo mismo, es claro que no puede sin más establecerse una simple relación de causalidad entre el padecimiento de una determinada enfermedad y la consiguiente declaración de incapacidad de la persona que la sufre.

SEGUNDO. Es por ello que debe de partirse, con carácter general a la hora de indagar sobre la incapacidad de la personas, de las siguientes premisas:

a) Que partiendo de la esencial dignidad de toda persona consagrada en el Art. 14 de la Constitución Española, es claro que toda restricción de la capacidad de obrar (concepto éste más amplio que el tradicional de ser titular de derechos y sujeto de deberes), debe ser interpretada de forma restrictiva, por lo que en definitiva, primero, la capacidad se presume, segundo; sólo puede destruirse tal presunción por pruebas concluyentes de contrario y tercero; toda restricción de la capacidad tiene como finalidad primordial la protección del incapaz.

b) en segundo lugar y derivado de lo anterior, es preciso tener presente; Primero, que la enfermedad no puede interesar per se o por su causa, sino por el efecto que produce en la persona; Segundo, que por tanto, la enfermedad sólo puede se causa de la incapacitación si impide a la persona autogobernarse o, lo que es lo mismo, es esa inaptitud para el gobierno y no la enfermedad en sí la causa de la incapacidad. Tercero; Que la finalidad última de la incapacidad es la protección del presunto incapaz.

TERCERO: En definitiva, es claro que el concepto de incapacidad debe ser circunstancial, puesto que deviene, como resume el Ministerio Fiscal, de dar respuesta a tres cuestiones:

- a) Que es lo que hace ordinariamente el incapaz.**
- b) Que es lo que necesita hacer.**
- c) Que es lo que no puede hacer por sí mismo.**

Además, la prueba debe ser plena y no dejar margen de duda sobre tales extremos.

En el caso que nos ocupa, a la vista de los informes obrantes en autos y del resto de la prueba practicada, se desprende con meridiana claridad; Primero, que D^a. Carmen no tiene afectada de forma importante su capacidad de conocimiento, por lo que es capaz de gobernar su persona y bienes y si a ello unimos que el actor no ha demostrado la necesidad de tener que suplir la capacidad de la misma en alguna concreta y especial faceta de su actividad, es evidente que debe confirmarse íntegramente la resolución de instancia.

En suma; si existe/n alguna/s cosa/s que la persona enferma, discapacitada o senil necesite ordinariamente hacer y no pueda resolver porque no la puede llevar a cabo ella misma ni se la puede proporcionar un tercero a su instancia o por su mandato, esta será su zona de falta de autogobierno, su zona de incapacidad.

LOS MOTIVOS DE LA INCAPACITACIÓN

Hasta ahora los Tribunales sólo se han preguntado por la causa, en definitiva si la persona demandada tiene o no suficiente autogobierno para atender sus necesidades. En caso de que lo tenga, la demanda será rechazada; En caso de que carezca de autogobierno o se encuentre disminuido procederá la incapacitación total o parcial y el nombramiento de un representante que cubra ese déficit de capacidad.

Los Tribunales no han pasado del análisis de la causa porque la ley, en concreto el Art. 200 no alude para nada a los motivos, sin duda por presumir que todos son aceptables. Pero eso no es así en todos los casos.

Lo que yo propongo es que no se detenga el análisis en el elemento "causa" y se extienda a "los motivos", cosa que si bien es cierto que no está expresamente prevista en el tenor literal de la ley, no solo no está prohibida sino que es de puro sentido común.

No cabe duda de que toda demanda de incapacidad se interpone con un motivo pero no todos los motivos son queridos por la ley. Si no preguntamos e investigamos el verdadero motivo de la demanda corremos el riesgo de que la institución de la incapacitación se utilice para todo lo contrario de lo que la ley pretende.

En algunas ocasiones los Tribunales han detectado y resaltado estos abusos.

Ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 5 de Febrero de 2002

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.- Ante el Juzgado se llevó a cabo prueba cuyo resultado no podía ser otro que la desestimación de la demanda, pues, cual reseñó el Ministerio Fiscal "no se puede sostener con un mínimo de objetividad que los demandados sean personas que padezcan enfermedad mental alguna, y que precisen de una limitación de sus actividades por su propio bien, o que hayan de ser auxiliados, ni siquiera asistidos, para cualquiera de los actos de la vida de relación.

...//...

La Sra médico-forense D^a. Berta R. dictamina que D. Jesús M. G. y D^a. María Victoria B. G. no presentan "deficiencias ni enfermedad mental" y que sus funciones psíquicas superiores cognitivo-volitivas se encuentran lo suficientemente conservadas como para comprender y querer el alcance de sus actos, manteniendo un adecuado juicio crítico de la realidad;

...//...

Para la Sala no es que no esté acreditado motivo legal de incapacidad; es que, sin ambages, no lo hay.

La Sala dice que no hay motivo refiriéndose al motivo legal pero, evidentemente, la demanda tenía un motivo.

El motivo querido por la ley no puede ser otro que el beneficio e interés de la persona que se pretende incapacitar, un incremento en su protección.

Este beneficio puede ser:

- * **La consecución de mejores condiciones de vida en cuanto a recursos y prestaciones sociales, sanitarias, etc...**
- * **Poner fin a situaciones de riesgo personal o patrimonial.**
- * **Poner fin a situaciones de desamparo.**

Toda persona declarada incapaz debe estar más y mejor protegida después de la sentencia que antes, o tener unas mejores expectativas tras la declaración de incapacidad, pues, si no es así, ésta carecería de razón de ser.

La incapacitación, en cuanto procedimiento, es siempre una perturbación y en algunas ocasiones es vivida con gran aflicción por los enfermos, discapacitados o seniles. Este sufrimiento sólo estaría justificado por la consecución de un bien o ventaja superior.

Ocurre, sin embargo, que en muchas ocasiones la utilidad principal de la incapacitación no es para el enfermo o discapacitado, sino para terceros (Ej: que tienen necesidad de vender que el incapaz comparte en condominio con los hermanos, etc...) y en otras muchas ocasiones la consecución de lo pretendido no requiere la declaración de incapacidad (Asistencia social, sanitaria, etc...)

Si tomamos como ejemplo la situación de un anciano que se encuentra en la última fase de Alzheimer, perfectamente atendido por su familia que le proporciona todo lo que necesita, nadie podrá negar que existe **“causa”** de incapacitación, en cuanto que concurren todos los requisitos del Art. 200 del C.Civil (padecimiento mental persistente y falta de autogobierno), sin embargo la demanda carecería de **“motivo”**, porque tras la sentencia la situación del anciano permanecería invariable en lo tocante a su protección real convirtiéndose la declaración de incapacidad en un mal innecesario.

En suma, sólo procedería la declaración de incapacidad cuando “la causa” fuera acompañada de “un motivo”.

Pero no vale cualquier motivo, este debe ser:

Aceptable

Tener cierta concreción

No existirá cuando la protección deseada no requiera para nada la incapacitación o aquélla se pueda lograr acudiendo a otras alternativas.

El motivo debe ser aceptable

En cuanto que repercuta en protección y bienestar del presunto incapaz y sea conforme a sus intereses

Son inaceptables los que buscan su perjuicio.

Es alarmante el incremento de demandas motivadas por desacuerdos entre padres e hijos o entre hermanos sobre cuestiones patrimoniales, conflictos que pretenden resolverse neutralizando la oposición de quien se dice es un “presunto incapaz”, mediante su declaración de incapacidad.

No es infrecuente que en estos casos no se aporte con la demanda ningún principio de prueba o éste sea poco significativo.

El proceso, en sí mismo, se convierte en una presión para doblegar al voluntad del demandado.

Veamos el siguiente ejemplo:

Dos hijos interponen demanda de incapacitación contra su padre porque no están de acuerdo con la nueva relación que mantiene.

Reproduzco el contenido del Acta de examen del presunto incapaz:

A preguntas de S.S^a. D. Diego responde:

Que se levanta a las ocho de la mañana, se viste, desayuna y se va al Hogar del Pensionista que es la actividad que más le gusta.

Que no sabe leer ni escribir.

Que el se viste sólo. Que aunque tiene 92 años, va sólo al médico, al Hogar del Pensionista y a la Farmacia. Que Francisca sólo le ayuda a bañarse.

Que también vota sólo en las elecciones

Que las cuentas las tiene a su nombre y al de Francisca y van juntos a realizar las gestiones de los Banco.

Que al Banco va voluntariamente con Francisca y no porque ésta le fuerce.

Que es pensionista y tiene en el Banco dos millones de pesetas.

Que actualmente la pensión es de 56.000 pts.

Que le paga a Francisca 90.000 pts mensuales porque le da la gana.

Que desea continuar con Francisca porque se encuentra convenientemente atendido, incluso en exceso y que se encuentra mejor con ella que con sus propios hijos.

El Juez en la sentencia hace, entre otras, las siguientes consideraciones:

A tenor de la exploración efectuada por el Juzgador, no cabe sino afirmar que la percepción recibida del demandado es de una persona lúcida, que manifiesta sus propias aficiones e intereses, con capacidad para adoptar decisiones como la que ha venido discutiendo el actor en esta litis y con capacidad para establecer sus propias relaciones afectivas en su entorno según su propia voluntad, llegando a afirmar que está muy contento con Francisca, pues le trata como si fuera una hija.

En definitiva, Diego es capaz para regirse y las mermas que padece son propias de su edad y no son obstáculo en su vida ni en sus relaciones con el resto de la sociedad, dentro como es lógico de la edad que tiene.

Así lo ha entendido el Fiscal en su escrito de conclusiones.

Luis M^a.DELGADO LÓPEZ en su trabajo "Algunas cuestiones relativas al proceso de incapacitación y al expediente de tutela en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil" señala:

"El derecho cuenta con la familia para proteger al incapaz. Acontece con frecuencia, sin embargo, que los familiares se protegen a sí mismos. En lo patrimonial sobre todo, porque, como el incapaz tiene que morir y ellos heredarlo, preferirán gastar el menor dinero posible en sus atenciones para que sea mayor su herencia.."

...//...

“Recibe el Fiscal presiones (para interponer la demanda de incapacitación) por motivos económicos que los familiares maquillan como beneficiosos para el enfermo, cuando en realidad lo son para ellos mismos.

Los hermanos divididos en bloques, cada uno de los cuales quiere administrar el patrimonio de uno cuya enfermedad afirman con el sólo apoyo de que en alguna lejana ocasión le atendió un psiquiatra”

El motivo debe tener cierta concreción

Debe estar conectado a una situación de necesidad presente o sobre la que sea verosímil que pueda plantearse en un plazo no muy lejano.

Incapacitar *“por si acaso surge la necesidad”*, cuando ésta se juzgue poco probable no es una buena práctica.

Sin embargo las demandas ocultan los motivos. A veces de modo consciente, otras debido al abundantísimo empleo de formularios inexpresivos que no contienen más que frases vacías o rituales.

Es muy común que el relato de hechos del escrito de demanda comience de la siguiente manera:

“Mi mandante se halla legitimado activamente para promover la presente demanda por ser (familiar) de D./

A pesar de la esmerada asistencia facultativa que se la ha prestado, D./ se encuentra aquejado de una persistente enfermedad que le impide valerse y gobernarse por sí mismo, incapacidad de obrar que de no ser legalmente subsanada podría irrogar graves perjuicios al propio enfermo, a sus intereses y a la sociedad en general”

No existirá motivo cuando la protección deseada no requiera para nada la incapacitación o se pueda lograr acudiendo a otras alternativas

No deja de sorprenderme la insistencia en incapacitar a las personas. Parece que lo primero que se le ocurre a algunos familiares, autoridades y organismos respecto del discapacitado, el enfermo mental o el senil, es incapacitarle.

Parecería que todo se arregla con la incapacitación.

Lo que los discapacitados, enfermos mentales y seniles necesitan en primer lugar no son sentencias de incapacitación, sino afecto, recursos sociales, sanitarios, educacionales, ocio, cultura, etc... y que las intervenciones judiciales busquen la efectividad y la protección con la menor intromisión en sus derechos y su dignidad.

A.- NO ES NECESARIA LA INCAPACITACIÓN

Para obtener una plaza en un Centro o Residencia.

Para obtener pensión por minusvalía

Para internar a una persona que no esté en condiciones de decidir por sí misma

B.- ALTERNATIVAS MÁS SENCILLAS Y EFICACES

Propongo utilizar las posibilidades que ofrecen:

La "Guarda de Hecho"

Las Medidas Cautelares Previas del Art. 762 de la LEC

Los Poderes Preventivos

UTILIZAR LAS POSIBILIDADES DE LA INSTITUCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO

PLANTEAMIENTO

La institución de la Guarda de Hecho es tan antigua como el hombre pues en todo tiempo han existido personas desvalidas que han sido cuidadas y amparadas por otras de modo espontáneo y natural, sin haber sido formalmente investidas de la condición de tutor.

Hasta el momento en que se produce la Codificación, el Derecho no había tratado de modo muy distinto al tutor investido y al tutor de hecho.

A partir del momento en que el Derecho se codifica y se sistematiza lo que queda fuera del sistema no se toma en cuenta, llegando incluso a ser objeto de reprobación. Así se explica que las únicas menciones que el Ordenamiento hacía a la figura del Guardador de hecho se encontraban en el Código Penal a efectos de agravar las penas en relación con determinados delitos (corrupción, abandono, etc...).

A pesar de ello, bien debido a la ignorancia o a la desconfianza tradicional a la Administración de Justicia y a los procedimientos legales, las situaciones de Guarda de hecho eran en la práctica muy numerosas y las pretensiones que se suscitaban se resolvían en torno a la figura de la gestión de negocios ajenos sin mandato.

Puede afirmarse que al inicio de la década de los ochenta existían muchas decenas de miles de personas en situación de Guarda de Hecho.

La reforma del Código Civil operada en virtud de la Ley 13/1983 de 24 de Octubre que dedica un capítulo a esta figura, supone una reconciliación entre el Derecho y la realidad.

A partir de este momento esta figura no puede seguir llamándose en puridad “Guarda de hecho”. Se le puede llamar “Guarda informal” dado que no precisa de investidura ni procedimiento porque nace directamente de la ley, o se le puede denominar “Guarda Provisional” porque lo natural es que desemboque en la constitución formal de la tutela, pero no parece correcto hablar de “Guarda de hecho” cuando cuenta con idéntico respaldo legal que las Instituciones clásicas de Guarda.

RÉGIMEN LEGAL

La regulación de la Guarda de Hecho se encuentra en el Capítulo V del Título X del Libro I del Código Civil (Arts. 303, 304 y 306).

Sobre un Proyecto inicial más amplio, finalmente la regulación de esta institución se plasmó en tan sólo tres artículos.

La regulación es fragmentaria e inconexa y en ella puede advertirse una doble corriente, Por un lado la regulación revela desconfianza (Art. 303) y por otro aprobación (Arts. 304 y 306)

Su relativa novedad y la precariedad de la regulación explica que se haya hecho muy poco uso de esta institución que creo está llamada a jugar un papel de extraordinaria importancia en el futuro sistema de protección de las personas denominadas incapaces.

Art. 303 del Código Civil

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la Autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

La referencia al artículo 203 del Código Civil (derogado en virtud de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil) debe entenderse hecha actualmente al artículo 757-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Art. 304 del Código Civil

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

Art. 305 del Código Civil

“Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor”

Dispone el Art. 220 del Código Civil que:

“La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa de su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento”

VALIDEZ DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL GUARDADOR

El Art. 304 recoge el sencillo estatuto del Guardador en esta materia estableciendo una presunción general de validez de los actos realizados por el Guardador siempre que se hayan realizado en beneficio y utilidad del guardado, pudiendo no obstante ser impugnados y, en su caso, anulados por quien pretenda que tal beneficio no ha existido.

Este precepto otorga validez a los miles de actos que diariamente realizan los guardadores en beneficio de sus guardados: (Ej: Solicitar asistencia médica, adquisición de productos, contratos de prestación de servicios, etc....)

En las cosas cotidianas no se le presentan problemas al guardador, pero sí cuando trata de realizar actos más relevantes (Ej. matricular al discapacitado en un curso, disponer de la cuenta corriente cuya titularidad corresponde al anciano enfermo, vender un bien, solicitar un préstamo, interponer una demanda, renunciar a una herencia, etc....

En teoría no debería haber problema en tanto que el Art. 304 concede la legitimación y las facultades para llevar a cabo estos actos. El problema es la acreditación, por un lado, de la misma situación de guarda de hecho y por otro, de que el acto que se pretende realizar reporta realmente un beneficio para el guardado.

Cuando alguna persona o institución (Director del Banco, Notario, Médico, Director del Colegio, Organismos Públicos diversos, etc...) cuestiona alguna de estas realidades es preciso que el Guardador las acredite.

La acreditación podría lograrse interponiendo una demanda de incapacitación para obtener una sentencia en la que se declare la situación de incapacidad y se establezca formalmente la figura de guarda (Patria potestad prorrogada o rehabilitada, tutela, curatela)

Esta es la solución a la que generalmente se acude pero considero que la mayor parte de las veces es una solución inadecuada, excesiva e innecesaria.

Es inadecuada, porque la declaración de incapacidad y la autorización correspondiente se obtendrá generalmente no antes de seis meses, mientras que lo que se necesita quizá no pueda esperar tanto.

Es excesiva e innecesaria porque no debe acudirse a un remedio extremo cuando se puede obtener la protección por medios más livianos.

Lo que propongo es que se acredite la existencia de la situación de Guarda de hecho y la bondad para el guardado del acto que se pretende realizar a través de un sencillo procedimiento de jurisdicción voluntaria.

El procedimiento tendría los siguientes trámites:

a) Escrito dirigido al Juzgado de 1ª Instancia correspondiente al domicilio del guardado

No es necesario Abogado ni Procurador puesto que la pretensión trae causa de una situación regulada dentro del Título X del Código Civil y la eventual oposición de un tercero no supondría el archivo del expediente, sino que se analizaría dentro del mismo. (Disposición Adicional Tercera de la L.O. 1/1996 de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor)

b) Práctica de la prueba (Reconocimientos, audiencias, documentos, periciales, etc...)

c) Informe del Ministerio Fiscal

d) Auto del Juez

Tras la acreditación en su caso de lo alegado, el Auto por el que el Juez declara que existe la situación de Guarda de hecho y habilita al guardador para llevar a cabo lo pretendido por estimar que el beneficioso para éste, representa un título que presentar al Director del Banco, al Director del Centro, al Notario, al Médico, etc....

Esta solución esta funcionando bien para determinadas actuaciones que no tienen trascendencia registral. Los Notarios y los Registradores no están admitiendo la legitimación del Guardador de Hecho para otorgar escrituras y exigen la sentencia de incapacidad, lo que obliga a iniciar cientos de procedimientos de incapacidad sólo por este motivo que generalmente no se vuelve a presentar en la vida del discapacitado, del enfermo mental o del senil.

OTROS PRECEPTOS

Queda por analizar una cuestión, diversos preceptos parecen obligar, tanto a las Autoridades como a los familiares cercanos, a iniciar el procedimiento de incapacitación en cuanto tengan conocimiento de la existencia de una persona que afectada por discapacidad, enfermedad mental o senilidad que no se encuentra judicialmente incapacitada.

A este grupo de preceptos pertenece:

El Art.757 de la LEC establece que:

1.- La declaración de incapacidad pueden promoverla, el propio incapaz, el cónyuge el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes o los hermanos del presunto incapaz. (Redacción Ley 41/2003 de 18 de Noviembre)

2.- El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado.

3.- Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación.

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.

El Art. 229 del Código Civil que establece que:

“Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieren el hecho que la motivare, los pariente llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de daños y perjuicios causados”

Cabe señalar al respecto lo siguiente:

Primero: Que a pesar de la literalidad del Art. 753-2 de la LEC (*El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado*), la adecuada interpretación de este precepto lleva a conclusiones menos drásticas.

La Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado sobre “*Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*” señala:

“La puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación, realizada por cualquier otra persona conforme a lo previsto en el Art 757.3, no obliga al Fiscal a interponer automáticamente la demanda de incapacitación, sino que deberá analizar las circunstancias del caso y en función de las mismas determinar si procede o no la interposición de la demanda.”

Esta conclusión queda confirmada “a fortiori” por el Art. 762-1, que dispone que el Fiscal, cuando la Autoridad Judicial haya puesto en conocimiento la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, podrá promover la incapacitación “si lo estima procedente”

2º.- Que habrá que valorar en cada caso, a efectos de lo dispuesto en el Art. 229 del C. Civil, los posibles daños o perjuicios que podría ocasionar la no incapacitación y si éstos son mayores o menores que los derivados del propio procedimiento de incapacitación.

En definitiva, si existe o no motivo para interponer la demanda.

LA UTILIZACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS EN EL ART. 762 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Establece el Art. 762-1 de la L.E.C. que:

1.- 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.

2.- El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.

Aunque el Art. 762-2 limita la legitimación para solicitarlas al Ministerio Fiscal, entiendo que también tendrían legitimación los familiares y guardadores.

Según dispone el Art. 730-2 II de la L.E.C., en caso de que se hayan solicitado medidas cautelares antes de la demanda, quedarán sin efecto si ésta no se presenta en los veinte días siguientes a su adopción ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas.

Entiendo que esta regla general no es aplicable a la demanda de incapacitación dado que según dispone el Art. 762-1 LEC. solo habrá de interponerse “si se estima procedente”.

No será procedente cuando la protección que la persona necesitaba se ha obtenido a través de la medida cautelar (Ej: Autorización para intervención quirúrgica urgente, habilitaciones a familiares o guardadores para formular denuncia, repudiar una herencia con pasivo mayor que el activo, realizar gestiones urgentes, etc...) y no se aprecie ya motivo que justifique la interposición de la demanda de incapacidad.

LOS PODERES PREVENTIVOS

La Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad da una nueva redacción al Art. 1732 y ha creado una institución a mi juicio de enorme trascendencia para el colectivo de la Tercera Edad y de los enfermos mentales en la medida que permite, mientras se conservan las facultades mentales, nombrar un representante para el caso de que lleguen a perderse, hecho éste (he aquí la novedad) que no implicaría la revocación del poder.

Se puede evitar de este modo, en caso de pérdida de autogobierno, el tener que nombrar un representante a través del procedimiento de incapacitación y nombramiento de tutor.

Dispone el Art. 1732 del Código Civil:

“El mandato se extinguirá también por la incapacidad sobrevenida del mandante, a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a los dispuesto por éste.

En estos casos el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”

Además de nombrar representante, puede el mandante establecer en el poder las directrices a que ha de ajustarse el mandatario.

EN CONCLUSIÓN

Antes de interponer demanda de incapacitación de una persona habrá que determinar si existe CAUSA (falta de autogobierno) y MOTIVO (beneficio efectivo y concreto para la persona que no pueda conseguirse por otros medios).

La institución de la Guarda de Hecho, las Medidas Cautelares Previas y los Poderes Preventivos pueden ser instrumentos muy útiles para proporcionar la protección jurídica deseada sin tener que acudir al procedimiento de incapacitación.

