



THE FAMILY WATCH
INSTITUTO INTERNACIONAL DE
ESTUDIOS SOBRE LA FAMILIA

En colaboración con



REAL ACADEMIA DE **JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN**

Informe sobre la Jornada de Discapacidad y Familia

Proyecto de Investigación:

**Entre la guarda y el apoyo en el ejercicio de la capacidad: la reforma del sistema legal
de atención a personas con discapacidad y a menores**

Universidad de Zaragoza.

Mayo 2015

Índice

1. RESUMEN EJECUTIVO.....	3
2. REFORMA DE LA INCAPACITACIÓN Y DE LAS ACTUALES FIGURAS DE GUARDA LEGAL: HACIA UN SISTEMA DE PROVISIÓN DE APOYOS	5
3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LAS FUNDACIONES TUTELARES	10
3.1. Responsabilidad de la fundación tutelar como tutora.....	10
3.2. Responsabilidad de la fundación tutelar como fundación: en concreto, la responsabilidad de los patronos	17
3.3. El problema de la retribución y la financiación: el contraste entre la gratuidad y la exigencia de responsabilidad	20
4. LA FIGURA DE LA ASISTENCIA EN CATALUÑA	24
4.1. Primer caso: x tiene una discapacidad del 35%, pide el nombramiento de asistente para:	25
4.2. Segundo caso: x tiene un grado de discapacidad psíquica del 40 %.....	26
4.3. Tercer caso.- x tiene una discapacidad del 38%, persona insegura, tímida, inadaptada y solitaria según informe de los servicios sociales	27
4.4. Cuarto y quinto caso	28
4.4.1. Comienzo por esta última: una interpretación correcta.....	28
4.4.2.- Continuo con el segundo caso de este segundo grupo: una persona con inteligencia límite. 65%	30
5. ANEXO. ARTÍCULOS DEL LIBRO II DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA SOBRE LA ASISTENCIA ..	33
6. OTRAS RECOMENDACIONES	35

1. Resumen Ejecutivo

El día 18 de mayo de 2015 tuvo lugar, en la sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, una Reunión de Expertos sobre 'Discapacidad Intelectual y Familia', organizada por The Family Watch en colaboración con la Universidad de Zaragoza. La jornada contó con la activa participación de expertos universitarios, asesores legales de fundaciones tutelares, miembros de asociaciones de familiares de personas con discapacidad intelectual, y representantes de la Administración Pública. Las ponencias y el debate se centraron sobre todo en las cuestiones que hacen referencia a la toma de decisiones en relación con la esfera personal y patrimonial de las personas afectadas por una discapacidad intelectual, y a los mecanismos legales generales de apoyo o protección a estas personas. Y eso, en dos momentos: 1) mientras son atendidas por sus familiares más directos, pero sobre todo una vez han alcanzado ya la mayoría de edad (a esto se ha referido la primera mesa redonda); 2) pero también cuando los familiares más cercanos faltan, o no están en condiciones de prestar el apoyo y atención que la persona con discapacidad intelectual precisa (a eso se ha referido la segunda mesa redonda, centrada en las Fundaciones Tutelares).

La Jornada ha servido para que, a partir de la experiencia proporcionada por las entidades dedicadas a la atención a las personas con discapacidad intelectual, se pusieran sobre la mesa los problemas que se plantean y las soluciones que ofrece la ley actualmente, y las que cabría ofrecer para mejorar esa atención. A partir de ahí, pueden destacarse, en un breve resumen, las siguientes cuestiones:

1. Se ha puesto de relieve la necesidad de romper inercias, y aprovechar al máximo las posibilidades y mecanismos que ofrece la legislación vigente, destacando aquí la posibilidad ya existente de graduar las limitaciones judiciales a la capacidad legal de obrar, y la flexibilidad de la configuración de las instituciones de guarda, de forma que unas y otras se adapten a las posibilidades reales de actuación de cada persona con discapacidad intelectual. En este aspecto se han subrayado también las amplias posibilidades de actuación que ofrece la aplicación conjunta de los artículos 216 y 158 del Código civil.
2. Se ha insistido en la necesidad de reformas legales que, en la línea establecida por la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, modernicen la respuesta jurídica a la discapacidad intelectual. En este punto se valoró favorablemente el modelo de la asistencia existente en el Derecho catalán, y se planteó la conveniencia de unificar las diversas figuras de guarda en una sola, de configuración y contenido flexibles, que permita al Juez (cuya intervención sigue pareciendo conveniente) adaptarla a la situación de cada persona.
3. Se suscitó la necesidad de crear un "entorno legal amistoso" para las entidades que se ocupan de apoyar a las personas con discapacidad intelectual, y más específicamente de las Fundaciones Tutelares, destacándose en este punto los problemas derivados del vigente régimen de responsabilidad civil, que hace responder a los tutores de forma objetiva por los daños producidos por el tutelado, lo que puede llegar a suponer un perjuicio considerable para unas entidades que están realizando una encomiable labor social.
4. Se apuntó la posibilidad de explorar nuevos mecanismos de atención a las personas con discapacidad intelectual, como por ejemplo el acogimiento familiar, que tan importante papel ha desarrollado entre las instituciones de protección de menores.

5. Por último, la conveniencia de reformar la Ley Electoral para eliminar la mención que se hace a la privación del derecho al voto de las personas que han visto modificada judicialmente su capacidad de obrar, de forma que quede más claro todavía que únicamente si el juez le priva expresamente de ese derecho, la persona con capacidad de obrar modificada quedará sin él.

A petición de uno de los ponentes, se ha propuesto la posibilidad de sacarle más partido al art. 158 CC utilizándolo para incorporar un mecanismo de funcionalidad semejante a la "asistencia" del Derecho catalán, aunque la figura no esté tipificada en el Derecho del CC.

6. Reforma de las reglas sobre incapacitación y guarda de las personas afectadas por una discapacidad intelectual, contenidas básicamente en el Código civil, para adecuarlas a la Convención de Derechos de las Personas con discapacidad: se planteó la conveniencia de unificar las diversas figuras de guarda actualmente existentes (básicamente tutela y curatela) en una sola, de configuración y contenido flexibles, que permita al Juez (cuya intervención sigue pareciendo conveniente) adaptarla a la situación de cada persona. Al hacerlo será necesario tener en cuenta que esa reforma afectaría también a las instituciones de guarda y protección de menores, que deberían ser igualmente reformuladas.

7. Introducción en el sistema diseñado por el Código civil, pero ahora ya de forma expresa, y para que no sea preciso recurrir al genérico artículo 158 Cc, de una figura similar a la asistencia del Derecho catalán, que permitiera ofrecer apoyos suficientes para personas respecto a las cuales la modificación judicial de la capacidad de obrar no es conveniente, por excesiva.

2. Reforma de la incapacitación y de las actuales figuras de guarda legal: hacia un sistema de provisión de apoyos*

Carlos Martínez de Aguirre

Catedrático de Derecho civil. Universidad de Zaragoza

1. Me corresponde hacer esta mañana, algunas reflexiones más bien teóricas sobre los mecanismos legales de atención a las personas afectadas por una discapacidad intelectual. Para eso, me voy a guiar por los principios rectores de esta materia, finalizando con algunas reflexiones sobre las posibles reformas legales.

2. Antes, una idea que me parece importante. La discapacidad puede afectar a las capacidades intelectuales, a las capacidades sensoriales, o las capacidades físicas de una persona. Estas discapacidades no son equiparables entre sí en muchos aspectos. Así, las discapacidades intelectuales (o psíquicas, en general) determinan la necesidad de disponer de mecanismos de apoyo y protección, porque son las que afectan a las posibilidades de participar activamente en la vida jurídica: efectivamente, el problema de un discapacitado físico, o en la inmensa mayoría de los casos de un discapacitado puramente sensorial, no es el de tomar decisiones libres y conscientes, jurídicamente eficaces, sobre su persona y su esfera de relaciones e intereses, sino más bien problemas de eliminación de barreras, de accesibilidad, y en el caso de los discapacitados sensoriales, de la predisposición de los mecanismos que permitan el pleno desarrollo de una inteligencia y una voluntad cuyas potencialidades son comparables a cualquier otra; pero justamente ese es el problema de los discapacitados intelectuales, y a eso es a lo que el Derecho debe dar respuesta.

3. La cuestión es, pues, en qué medida una persona con discapacidad intelectual puede tomar decisiones conscientes y libres, en lo relativo al gobierno de su persona e intereses. Quizá este pueda ser el momento oportuno para introducir una idea que me parece significativa, y que alude a la diferencia que hay, desde el punto de vista de su efectividad, entre las medidas de apoyo o eliminación de barreras en el caso de los discapacitados físicos o sensoriales, y los mecanismos de protección de los discapacitados intelectuales. Quizá un ejemplo me ayude a explicarme: la construcción de una rampa, o la instalación de un ascensor, permite a determinados discapacitados físicos subir a lugares a los que de otra forma no podrían llegar: el resultado, en este caso, es que son ellos mismos los que están allí arriba; la publicación de una novela en braille permite a un discapacitado visual leerla, y es él quien la lee y disfruta personalmente de su contenido; pero vayamos ahora con los discapacitados psíquicos, aunque sea adelantando conceptos (que por otro lado son sobradamente conocidos): supongamos que un discapacitado intelectual profundo es titular de un bien, que es preciso vender, o hipotecar, para atender a sus necesidades: el problema es que él, por su discapacidad, no puede entender que quiere decir ser propietario, o vender, o hipotecar, o no puede expresar un consentimiento porque no puede formarlo... para resolver este problema (lo que no puede hacer) se precisan de mecanismos que completen lo que falta a su capacidad natural, o incluso que la sustituyan por completo, de forma que es otro quien contrata en su nombre; en este último caso, este mecanismo no permite que sea el discapacitado quien

* Intervención en la mesa redonda sobre *Reforma de la incapacitación y de las actuales figuras de guarda legal: hacia un sistema de provisión de apoyos* (TFW, Madrid 18 de mayo de 2015).

contrate, o quien decida contratar y otro ejecute la decisión: es otro quien toma la decisión y es otro quien contrata, e imputamos esa decisión y ese contrato al discapacitado, eso sí, en su propio beneficio: hacemos como que ha decidido, y como que ha contratado. Pero, con las matizaciones que haré más adelante, ya que no puede ser de otro modo. Esta es una de las diferencias significativas entre los discapacitados físicos y los meramente sensoriales, por un lado, y los discapacitados intelectuales, por otro.

4. La regulación de la capacidad de obrar de los discapacitados intelectuales, y con ella de las figuras de apoyo y protección de las que pueden beneficiarse, viene determinada en nuestro sistema por algunos principios rectores, dimanados tanto de la Constitución española –CE– (especialmente de sus arts. 10 y 49) como de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –CONUDPD– (arts. 3 y 12). Tales principios rectores podrían ser los que se recogen a continuación.

5. En primer lugar, como punto de partida, la dignidad humana que corresponde a los discapacitados, igual que a quienes no lo son, conforme al art. 10 CE y al art. 3 a) CONUDPD. Esa dignidad (ser valiosos por sí mismos) depende de la naturaleza humana, y no de la mayor o menor capacidad en cualquier ámbito: no se es más digno por tener más capacidades, ni menos, por carecer de ellas. Y esto es predicable especialmente de los discapacitados intelectuales, aun los más profundos, porque la dignidad humana tampoco está ligada a la posibilidad de ejercitar autónomamente las facultades intelectuales y volitivas características del ser humano: tanta dignidad tiene un bebé, como un discapacitado intelectual, como una persona en plenamente capaz, como un afectado de alzheimer. Es más: la igual dignidad, unida a la especial debilidad derivada de la falta de capacidad natural de conocer y querer, les hace acreedores en justicia de una especial protección.

6. El segundo principio, parte del derecho de los discapacitados intelectuales a participar plena y efectivamente en la vida social, plenitud que incluye por tanto el derecho a tomar parte en la vida jurídica –art. 3 c) CONUDPD–: este es el principio de **autonomía**. La particularidad de las personas afectadas por una discapacidad intelectual (como la de los menores de edad, sobre todo en los primeros años de su vida) es que permitirles participar por sí mismos y por sí solos en la vida jurídica, o bien sería impracticable (piénsese en el caso del bebé), o bien sería perjudicial para el menor o el discapacitado. De ahí que para que esa participación pueda llevarse a efecto por un lado, pero por otro no sea perjudicial, se establecen mecanismos dirigidos a complementar o suplir su capacidad, en función de dicha limitación: y esta es la necesidad de protección, que es el otro polo que vertebra el sistema legal de atención a la discapacidad psíquica. A esto se refiere el art. 12.3 CONUDPD, cuando obliga a los Estados partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad.

La limitación jurídica de la capacidad de obrar del discapacitado psíquico, y la simultánea sujeción a un régimen de representación o complemento de capacidad son como las dos caras de una misma moneda, y se dirigen a ofrecer un sistema de protección completo, con un contenido negativo (limitación de la capacidad de obrar) y otro positivo (establecimiento de un régimen de protección). Mediante el primero, se trata de impedir que la actuación de quien carece de capacidad natural pueda perjudicarlo: si se le limita la capacidad de obrar es para evitar que tome decisiones perjudiciales. Mediante el contenido positivo se establecen mecanismos jurídicos dirigidos, a proteger la persona y bienes del discapacitado, lo que incluye la posibilidad de actuar en su nombre, y la obligación de hacerlo en su beneficio: véase, por

ejemplo, el art. 216 Cc.–. En este sentido, se ha hablado de la incapacitación como capacitación: es el mecanismo que permite a un discapacitado psíquico participar en la vida jurídica (por más que en muchos casos esa participación sea ficticia, por imposibilidad real de hacerlo).

7. En relación con lo anterior, cabe añadir otro principio rector (el cual sería ya el tercero), que es el de proporcionalidad: ha de existir una correspondencia razonable entre la capacidad natural de conocer y querer, la limitación jurídicamente establecida (en función de ese dato) de la capacidad de obrar, y el régimen o figura de guarda al que se le sujeta, sobre todo –en lo que ahora nos interesa–, por lo que respecta al sistema de sustitución o complemento de capacidad. Este principio encuentra su fundamento constitucional en el art. 10 CE (principio de libre desarrollo de la personalidad), en el art. 49 CE (que obliga al Estado a amparar a los discapacitados para que puedan disfrutar de sus derechos), y en el art. 12.4 CONUDP (que exige que las medidas legales relativas al ejercicio de la capacidad de obrar de los discapacitados sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona).

Aplicado esto estrictamente a la CE, quiere decir que los principios de protección a los discapacitados (art. 49) y de libre desarrollo de la personalidad (art. 10) se complementan y, a la vez, se limitan mutuamente, determinando el equilibrio que debe encontrar la regulación civil, de forma que no caiga en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad, ni dé a éste tanta amplitud que acabe por establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente en perjuicio del propio discapacitado.

8. Sentado que el reconocimiento de capacidad de obrar a quien tiene suficiente capacidad natural de conocer y querer es manifestación destacada del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, de ahí se deriva que la limitación de la capacidad de obrar deba estar sujeta a cautelas dirigidas a asegurar que la limitación solo se produce cuando es procedente, y en beneficio del propio sujeto cuya capacidad de obrar se ve limitado. Eso se traduce, en nuestro sistema, por un lado en el principio de legalidad (las causas y consecuencias de esas limitaciones deben estar establecidas por ley ordinaria), y por otro en la necesidad de intervención judicial en el establecimiento de tales limitaciones. De este modo, la declaración judicial se basa no en razones meramente funcionales (seguridad del tráfico, conveniencia de fijar el contenido y límites de la limitación de la capacidad de obrar, determinación de la figura de guarda legal), sino sobre todo en la necesidad de garantizar que nadie va a ver limitada arbitrariamente su capacidad de obrar.

Esta necesidad de establecer sistemas de control independientes e imparciales de las limitaciones de la capacidad de obrar plantea un nuevo problema de equilibrio, entre las garantías fijadas a tal efecto, y la rigidez y lentitud en los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar que puedan derivar de la existencia de esas garantías: la rigidez, la lentitud y la complejidad de tales procedimientos desincentivan que se acuda a ellos, y tiene como consecuencia, si no necesariamente la radical desprotección del discapacitado psíquico, sí la proliferación de situaciones de guarda de hecho, es decir, a la posibilidad de que puedan actuar en nombre y beneficio del discapacitado intelectual o mental terceras personas que les cuidan y atienden, pero que carecen de título legal que les faculte para hacerlo: a lo que entiendo, la guarda de hecho no conflictiva (es decir, que no entraña toma de decisiones en nombre del discapacitado) no plantea graves problemas, pero sí aquella que puede incorporar, a veces legalmente, la posibilidad de tomar decisiones respecto a la persona y bienes de dicho discapacitado, ya que ello supone introducir un factor de heteronomía que limita las

posibilidades de actuación del discapacitado intelectual: es habitual señalar que las limitaciones a la capacidad de obrar de una persona (menor, incapacitado) provienen tanto de la restricción de su autonomía como de la habilitación a otras personas para que actúen eficazmente en su nombre (el mencionado factor de heteronomía). En este caso, como he apuntado, ese factor de heteronomía se produciría sin control judicial acerca de la capacidad natural de conocer y querer del discapacitado, de la idoneidad de la persona que va a actuar en su nombre, y de los actos para los que puede hacerlo: por tanto, sin controles ni garantías de ningún tipo, lo que no me parece conforme con las previsiones de la Convención.

9. Para finalizar, expondré brevemente algunas reflexiones sobre la reforma del sistema legal español de atención a las personas con discapacidad intelectual.

a) Parece oportuno aproximar el papel legal de la guarda de hecho a su relevancia sociológica, permitiendo así que siga desarrollando su eficacia protectora, pero sin llegar a considerarla como el eje del sistema de protección, precisamente por su falta de garantías. En este sentido, no me parece conveniente atribuirle funciones de representación legal, pero sí mantener el vigente sistema de convalidación de la actuación del guardador de hecho: el recurso a este precepto sería, además, un importante indicador de la necesidad de formalizar la situación de la persona con discapacidad psíquica con guardador de hecho. A estos efectos, creo que obligaciones legales de promover o acordar la constitución de la tutela –o mejor, de proceder a la evaluación formal de la capacidad, con sus eventuales consecuencias–, como las contenidas en los arts. 228 y 229 Cc, deberían o desaparecer, o quedar constreñidas a los casos en los que la intervención legal parece necesaria, bastando para la generalidad de los casos con una amplia legitimación como la concedida por el art. 230 Cc para poner en conocimiento del Juez las situaciones de guarda de hecho, dejando que sean el Juez quien decida si es conveniente o no formalizar esa situación.

b) Debe establecerse un mecanismo judicial de evaluación formal de la capacidad natural de conocer y querer, como mecanismo previo para toda intervención legal en relación con las personas con discapacidad psíquica. Su finalidad, una vez determinada esa capacidad, es establecer, cuando proceda, los pertinentes sistemas de apoyo en la toma de decisiones (lo que debe incluir la posibilidad de actuaciones representativas por parte del guardador), y simultáneamente, cuando sea preciso, figuras de protección personal y patrimonial. Esta evaluación, así como sus consecuencias, deben ser revisables en cualquier momento a instancia de parte, pero también han de serlo periódicamente de oficio por el Juez, a fin de garantizar su procedencia, así como su adecuación a la capacidad natural de la persona con discapacidad.

La opción de política legislativa no es si debe o no haber una intervención judicial relativa a la capacidad de obrar de las personas afectadas por una discapacidad intelectual o mental: tal intervención viene aconsejada, por no decir exigida, porque en todo caso estamos hablando de la adopción de medidas que afectan a su libertad (y eso solo puede hacerse, a lo que entiendo, por decisión judicial), y por la necesidad de evitar los aspectos negativos que han sido puestos de relieve. En mi opinión, la opción debe plantearse entre medidas que entrañan una limitación previa y general de la capacidad de obrar (aunque sea de intensidad variable), y aquellas que no afectan formal y genéricamente a la capacidad de obrar de la persona, así como sobre la existencia o no de un mecanismo de evaluación formal general de la capacidad natural. Sobre lo cual me gustaría añadir algunas consideraciones ulteriores. En efecto, la ausencia de una limitación previa y general de la capacidad de obrar no significa

necesariamente que aumente la autonomía real del discapacitado intelectual, porque tal discapacitado tiene la capacidad natural limitada (si no la cuestión no se plantearía), y ello tiene consecuencias relevantes de cara a la actuación jurídicamente eficaz de esa persona: de acuerdo con las reglas generales relativas a la actuación voluntaria, para que sea jurídicamente eficaz un acto voluntario quien lo realiza debe tener un mínimo de capacidad natural de conocer y querer, de modo que si carece de tal capacidad natural en el momento de realizarlo, el acto no es válido. La diferencia es que en un caso para obtener la invalidez basta con justificar la existencia de una limitación judicial a la capacidad de obrar (lo que es fácilmente comprobable), mientras que en el otro quien alegue la falta de capacidad natural en el momento de realización de acto impugnado debe probarla, y probar también que su intensidad es suficiente para justificar la invalidez.

c) La existencia de una limitación formal general de la capacidad de obrar no es imprescindible. Puede ser suficiente establecer una limitación refleja, ligada a los actos para los que el Juez considere necesaria la asistencia o representación en la toma de decisiones.

d) El mecanismo de protección y apoyo en la toma de decisiones debe estar dotado de flexibilidad suficiente como para adaptarse a las características y necesidades de cada persona con discapacidad. A tal fin, puede ser suficiente establecer una única institución de protección y apoyo, atribuyendo al Juez amplias facultades de configuración de su alcance y contenido. De esta forma se evitarían eventuales problemas de solapamiento o colisión entre las diferentes figuras, así como de vacíos legales (tierras de nadie entre dos instituciones).

e) Parece conveniente incluir mecanismos y previsiones legales que permitan desarrollar un papel relevante, dentro de los límites de su capacidad natural, a la voluntad de las personas con discapacidad psíquica, tanto en la configuración de los mecanismos de protección, asistencia y toma de decisiones, como en la concreta toma de decisiones. También parece oportuno introducir una previsión específica respecto a los actos corrientes de la vida ordinaria, a fin de permitir que el la persona con discapacidad psíquica, o en su caso el guardador de hecho, puedan realizarlos sin que su validez se vea afectada.

3. La responsabilidad civil en el ámbito de las fundaciones tutelares

Sofía de Salas

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Zaragoza

Las fundaciones tutelares españolas desarrollan un papel fundamental, con perspectivas de ampliarse en el futuro, pero se encuentran con algunas dificultades en el desempeño de su labor.

Como todas las personas (físicas o jurídicas) que asumen una función de guarda legal, se hallan, en este momento, en la encrucijada de la adaptación del sistema a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad, cuestión sobre la que las fundaciones tutelares, avaladas por su experiencia en este campo, han elaborado un documento de reflexión que puede consultarse en

<http://fundacionestutelares.org/difusion-reflexion-convencion/>

Un aspecto muy relevante, y que plantea no pocos problemas, es el de la responsabilidad de la fundación tutelar por daños causados por las personas tuteladas y a las personas tuteladas.

En este punto ha de diferenciarse la responsabilidad de la fundación en sí: como fundación (y como persona jurídica que es, y que por tanto puede ser acreedora y deudora, etc.) y como guardadora legal que es.

3.1. Responsabilidad de la fundación tutelar como tutora

Como guardadora legal (fundamentalmente si es tutora) hay o debería haber especialidades derivadas de su condición de persona jurídica, aunque realmente no hay un régimen peculiar: responde por el régimen de los arts. 229 Cc, debe prestar fianza conforme al art. 260 Cc, etc. Una de las pocas especialidades es que no puede excusarse de continuar ejerciendo una tutela ya en marcha, según el art. 254 Cc.

La responsabilidad por daños causados a y por la persona con discapacidad sometida a tutela presenta perfiles complejos, de los que aquí sólo puedo trazar las líneas fundamentales.

El tutor responde, según el 1903 Cc, pues el régimen de responsabilidad civil previsto con carácter general en el art. 1902, “es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”. En esa medida, “Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. ...La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Por tanto, para que responda el guardador legal por daños causados a terceros por la persona sometida a tutela, es necesario que “habe en su compañía” y que el tutor “no pueda demostrar que ha empleado toda la diligencia en evitar el daño”. Lo cual supone que el tutor responde por hechos ajenos, pero por una culpa propia, que es la culpa in vigilando (por eso sólo se exige a los tutores que conviven con los tutelados) aunque en teoría se pueden liberar demostrando que pusieron toda la diligencia debida (vía 1903 Cc).

La responsabilidad civil del tutor también está regulada en el Código penal, para los casos en que el hecho dañoso causado por el tutelado constituya delito, distinguiendo entre si el autor es imputable penalmente (art. 120 Cp) o no (art. 118 Cp).

El art. 118, referido a los inimputables penales, dispone que “la exención de la responsabilidad criminal ...no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes: 1.ª En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables”. Por tanto, si son inimputables penalmente, se prevé la responsabilidad directa y solidaria del inimputable penal pero imputable civilmente, junto con la de su guardador legal o de hecho, pero siempre, en el caso de los guardadores, que haya habido culpa o negligencia por su parte. En este caso de concurrencia de sujetos responsables, “Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos”.

Si son imputables penalmente, el art. 120 Cp, establece que “Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 1.º Los ...tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los ...sujetos a su ...tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia”. Luego se trata de una responsabilidad subsidiaria, que se da solo si viven con el tutor y por parte de éste hay culpa o negligencia. No responde en este caso el guardador de hecho.

El requisito de “habitar en compañía del tutor”

Tanto en el ámbito civil (art. 1903.3 Cc) como en el penal, en el caso de los tutelados imputables penalmente, se exige el requisito de la convivencia con el tutor, para que este responda de los hechos del tutelado. La convivencia, entiende el legislador en ambos casos, es lo que permite la vigilancia y justifica, por tanto, la posible culpa in vigilando fundamento de esta responsabilidad.

La sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en un caso reciente sobre responsabilidad civil de la Comunidad de Madrid por el incendio provocado en Galicia por un adulto bajo su tutela (STS 16/2015, de 20 de enero), aclara —con unas consecuencias ciertamente discutibles en el caso concreto— el requisito de la convivencia en los casos en que la tutora sea una persona jurídica, aunque no pueda ser “literalmente interpretado en forma análoga a la que tendría lugar con respecto a personas físicas, tampoco resulta eludible, sino ... (que) deberá ser entendida como una situación de residencia bajo el control y cuidado del organismo público competente”.

Si el tutor es una fundación tutelar, y se sigue el aconsejable criterio antes expuesto de deslindar los papeles de guardador legal y de gestor de la residencia, será frecuente que el tutelado no “habe en compañía del tutor” porque viva de forma permanente en centros de titularidad diferente.

En este caso se incumpliría el primero de los requisitos y la responsabilidad por daños se traspasaría a quien asume la condición de “guardador de hecho”, que sería precisamente la residencia.

Entiéndase que entonces se habla de una guarda de hecho estable, no de una mera guarda ocasional u horariamente limitada. Se trata, en definitiva, de que el tutelado “vive con” otra persona distinta del tutor, al margen de que, en cualquier caso (viva con quien viva), pueda pasar parte del día, o algunos días aislados, con terceras personas.

El problema que se plantea es que el Código civil no alude al guardador de hecho cuando regula la responsabilidad civil.

Sí que aparece como responsable, como hemos visto, en el caso de la responsabilidad civil derivada de delito regulada en el Código penal; si tenemos en cuenta que esta responsabilidad, aunque derivada de delito no deja de ser civil, el criterio contenido en el Código penal, de redacción mucho más cercana en el tiempo en este punto que el del art. 1903.3 Cc, es indicativo de la tendencia legislativa.

Con independencia de ello, si nos ceñimos al Código civil son muchas las opiniones que se pueden dar en un sentido u otro, pero parece que la responsabilidad del guardador de hecho en este punto (recordemos, por daños causados por el tutelado) se puede apoyar en una interpretación extensiva del art. 1903, de modo que en la expresión “tutor” pueda comprenderse también a aquél.

La jurisprudencia actual, aunque no se pronuncia sobre el caso concreto del guardador de hecho, sí que abre un portillo a esta postura al proclamar reiteradamente, siquiera sea para otros fines, el carácter no exhaustivo de dicho artículo. Además, y yendo al fondo del asunto, en las relaciones entre guardador de hecho e incapaz natural se dará normalmente, a mi entender, la jerarquía o subordinación guardador-guardado que —se ha entendido— estructura este artículo y justifica la responsabilidad de aquél por hechos de éste. Por otra parte, los preceptos sobre responsabilidad civil, como dije al principio de la exposición, no tienen una finalidad sancionadora, sino reparatoria, y de cara a la víctima ¿cuál será el régimen más apropiado? Le convendrá optar por el régimen del art. 1903 Cc., que le exime de probar la culpa y además, en su versión “jurisprudencialmente objetivada”, le garantiza una segura indemnización. Establecer diferencias de régimen entre uno y otro, y concretamente imponer al guardador de hecho el régimen más liviano que supone el art. 1902 Cc., supondría desincentivar todavía más, la constitución de guardas legales, lo cual no parece deseable.

Además, el propio art. 1903 Cc. contiene un supuesto de modalización o traspaso de la responsabilidad de los guardadores legales, en nuestro caso de los tutores, a otras personas. En concreto, la responsabilidad de los titulares de los centros docentes (en las condiciones y límites temporales del 1903.5º) desplaza la del tutor, al haber, “delegado” éstos sus funciones de guarda y custodia en el centro educativo. No tengo duda de que el régimen del art. 1903.5º se puede aplicar a los incapacitados mayores de edad que acuden a sus centros educativos especiales, pues el mayor de edad incapacitado va a ser tratado de modo análogo al menor no emancipado. Se trataría de centros que desarrollan una labor educativa, ejerciéndose, por tanto, las correspondientes funciones de guarda y vigilancia, con un nivel de diligencia más elevado que el de los centros para personas con capacidades normales. Y también debería poder aplicarse, en mi opinión, este régimen a los centros asistenciales o especializados, no propiamente educativos, a los que acuden los incapacitados en régimen de día. Si no, no se entendería bien que tal desplazamiento de responsabilidad se operara hacia los centros docentes de menores capaces, y no hacia los de centros dedicados a la atención de incapaces, sobre los cuales hay que ejercer un deber de vigilancia igual o mayor.

En cualquier caso, tal extensión de régimen, sólo puede hacerse cuando el traspaso de responsabilidad se opere, mediante contrato o acuerdo, y a título permanente, es decir, sólo a los casos en que, en principio y de modo habitual, el incapaz acude a dichos centros, aunque no resida en ellos. Si reside en ellos, con más motivo.

Por tanto, ya sea con apoyo en estos últimos argumentos, ya por la vía de su condición de guardador de hecho, las residencias en las que habiten los tutelados por las fundaciones tutelares, generalmente especializadas, al asumir el cuidado o guarda asumen la responsabilidad por los hechos dañosos causados por este.

Tratándose de una residencia psiquiátrica es comúnmente admitido que responden de los daños causados frente a terceros con un grado de diligencia elevado, basado en el especial deber de vigilancia que asumen estos centros, no sólo en beneficio del incapaz sino de toda la sociedad. Recuérdese, por lo demás, que el ingreso, necesitará autorización judicial ex art. 763 Lec, régimen que funciona con independencia del dato de la incapacitación.

Si se trata de un internamiento en residencias geriátricas, centros especializados en enfermos de Alzheimer, centros especiales para personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, etc. —en las que el ingreso habrá precisado que el tutor solicite correspondiente autorización judicial, según disponen los arts. 271.1 CC— no podemos olvidar que una de las pautas en la gestión de estas residencias, ha de ser la vigilancia y el tratamiento “individualizados”.

Evidentemente, cuando estamos hablando de responsabilidad de las personas jurídicas que ejercen la tutela o de los centros residenciales que ejercen la guarda de hecho, damos por sentado que unas y otros necesariamente actúan a través de personas físicas, que son los auténticos sujetos de la culpa in vigilando: si las personas jurídicas responden es por que el Código civil también presupone que los empresarios o empleadores responden por los daños causados por los dependientes (los trabajadores) precisamente por su falta de diligencia en la vigilancia y cuidado de los tutelados.

Esta articulación de responsabilidad se basa en el carácter —entendido en sentido amplio— de empresario o de empleador de la persona jurídica, y viene recogido en el art. 1903.4 Cc: “Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. ...La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

El fundamento de esta responsabilidad del empresario es la culpa in vigilando o in eligendo pero, esta vez, respecto a sus propios trabajadores (de hecho se podría exonerar ex art. 1903 in fine). Por eso es una responsabilidad directa, por esta culpa. Ha de constatarse, sin embargo, en la práctica solo se exonera probando que no era “dependiente” o se ha extralimitado en sus funciones. A veces la jurisprudencia le ha imputado culpa propia (art. 1902 Cc) por incumplimiento de las condiciones de seguridad, salubridad, limpieza, atención médica, etc. que debe tener el centro. Y en ocasiones, se le imputa directamente, sin necesidad siquiera de señalar quién es el empleado concreto, con lo que se demuestra, que la atribución de la culpa al empresario de lo que suceda en el ámbito de acción de su empresa, en teoría es por culpa, pero en la práctica es objetiva.

Para que se dé, es necesario que: 1) haya una relación de “dependencia”, aunque sea entendida en sentido amplio; 2) que se aprecie culpa del dependiente (trabajador), lo cual supone que también se le puede demandar a él directamente por la vía del 1902 Cc, y 3) que el daño se produzca en el desempeño de las funciones encomendadas.

El sistema se completa con la acción de regreso (art. 1904 Cc), en el caso de que sólo se hay demandado al empresario y no al empleado pero en la conducta de éste se aprecie culpa «El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho»¹.

En este punto es especialmente pertinente la cita de la STS de 5 de octubre de 1995, Sala 1ª (RJ 1995/7020), en la que el Tribunal Supremo apreció una relación de dependencia entre la tutora (en este caso, una Administración pública: la Diputación Foral de Guipúzcoa) y una asociación de educadores especiales, con la que firma un convenio a virtud del cual ésta ejerce la guarda de un niño que fallece en unas colonias de verano que organizaba dicha asociación.

El recurso de la Diputación foral de Guipúzcoa se fundaba en la aplicación indebida del art. 1903.3º Cc al entender que, por una parte, aunque se aplique la doctrina de la culpa in vigilando o in eligendo, la culpa fue exclusiva de los monitores y, por otra, que el art. 1903 se basa en el presupuesto indispensable de una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa o entidad a quien se exige la responsabilidad, la cual no se da en este caso.

El Tribunal Supremo, desestimando su recurso, admite que “ciertamente, cuando se desempeña o presta un servicio con autonomía y no existe esa relación jerárquica o de dependencia no se traslada la culpa al comitente, pero no lo es menos que en las propias sentencias que la recurrente cita, se hace la siguiente salvedad: ...a menos que el comitente se hubiera reservado la injerencia o participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o dirección... o cuando se reserva la supervisión...; y como la Diputación no puede trasladar los riesgos del cometido de tutela, guarda, custodia y formación del menor que desempeña, es llano que la propia doctrina jurisprudencial que alega se vuelve en su contra, pues tanto la asociación de educadores especiales, como los monitores de la granja “Los niños” de Fuentes de Ropel quedaban en todo momento sometidos a su supervisión, instrucciones, vigilancia y dirección, sin que pudiera renunciar a ello por pactos privados dirigidos a modificar su responsabilidad en algo que participa de la naturaleza de orden público por su importancia social, cual ocurre con la patria potestad, de cuyo contenido se le trasladó un haz de facultades y deberes, como tales intrasmisibles, ya que en otro caso habría que privar a la Diputación de dichos derechos-deberes, cual se hizo con los propios padres, en bien del menor y dado el carácter tuitivo que les corresponde”.

Cosa distinta es que con base en esta concurrencia de culpas (en el caso concreto de la propia víctima, de 15 años)², la responsabilidad de la tutora se modere, reduciéndose el

¹ De hecho, si no se acepta la responsabilidad del centro residencial por su condición de guardador de hecho, también podría articularse la por la vía de considerar a aquél como un “empleado dependiente” del tutor, quien respondería en primera instancia, y que posteriormente ejercería la acción de regreso contra el centro residencial.

² Se aprecia “culpa concurrente de la víctima pues, si bien es cierto que el menor fallecido pidió y se le concedió autorización para cruzar el río Esla, sin que se le advirtiera de los posibles peligros de ahogo, dada la anchura y profundidad irregular, no es menos cierto que dicho joven tenía quince años de edad,

quantum indemnizatorio para cada uno de los actores.

Con independencia de lo expuesto, responde el tutor o el guardador legal, aunque el Código civil no lo diga expresamente, el autor de los hechos si tiene un mínimo de “imputabilidad civil” —concepto acuñado por la doctrina— también responde directa y solidariamente (vía 1902 Cc), y el juez debería fijar la proporción en la aportación para la indemnización del daño de uno y otro. Evidentemente, y de acuerdo con los criterios generales en materia de responsabilidad civil, se rompería el nexo causal y el tutor no respondería si el daño se produce por caso fortuito o fuerza mayor. Si hay culpa de la víctima se puede modular la aportación a la indemnización en proporción a la concurrencia de culpas, e incluso, si se apreciara culpa exclusiva de la víctima, se podría exonerar al tutor de la obligación de indemnizar.

Cuestiones conexas, que exceden de esta exposición, serían la de la responsabilidad por daños causados al tutelado por incumplimiento de la *lex artis* del personal que los atiende en los centros en los que están internados (en principio de carácter contractual). En los términos antes vistos, cabría apreciar responsabilidad del centro: 1) si es privado, por la vía de responsabilidad del empresario, y 2) si es público, por responsabilidad de las Administraciones Públicas). Todo ello a su vez, compatible con la responsabilidad directa del facultativo o del trabajador. Es frecuente que la demanda se plantee frente a ambos (centro y empleado).

El requisito de haber empleado toda la diligencia debida para evitar el daño

Analizado, en el caso de las fundaciones tutelares, el requisito de “habitar con”, se ha de examinar la concurrencia del segundo de los requisitos: la culpa in vigilando. Recordemos, que es responsable el tutor (o guardador de hecho, según lo expuesto) “no pueda demostrar que ha empleado toda la diligencia en evitar el daño”.

Parece consolidada la línea jurisprudencial especialmente rigorista en la interpretación de este requisito, que hace prácticamente imposible su prueba, acercándola de hecho a la responsabilidad objetiva.

Aunque es un caso de un tutor de menor, es conocida —y trasladable plenamente al caso de tutor de los incapacitados—, la STS 15 de febrero de 1975 que afirma que el hecho de que un tutor tenga prohibido a su pupilo ir de caza no conlleva la irresponsabilidad de aquél por el accidente fortuito producido al “disparársele al menor” la escopeta: se declara responsable principal al menor y subsidiario al tutor.

Esta responsabilidad cuasi-objetiva no puede tener otro fundamento que la protección de la víctima del daño, evitando que ésta quede sin indemnizar. Buena explicación (repetida en otras sentencias posteriores) es la ofrecida por la STS de 7 de enero de 1992 (también de pérdida de ojo de un menor a causa de un disparo con escopeta de aire comprimido realizado por otro menor), en el sentido de que la “responsabilidad dimana de culpa propia del

con suficiente raciocinio para, si no estaba avezado en la actividad de la natación, no realizar un acto que escapaba de sus posibilidades. Por otro lado, constan los testimonios de los otros compañeros que afirman que iban todos sobre flotadores e Ignacio -la víctima- abandonó sin causa aparente el flotador. Todo lo cual revela una cierta falta de diligencia en una persona que, si bien no es mayor de edad civil sí tenía el suficiente juicio para, primero, no atravesar el río a nado si no sabía o no era muy experto y, segundo, una vez que había comenzado la tarea de cruzarlo no separarse del flotador que llevaba junto con sus compañeros”.

guardador por omisión de aquel deber de vigilancia, sin que exonere de responsabilidad el dato de no hallarse presentes el padre o la madre cuando se comete el hecho ilícito o que aquéllos tengan que trabajar o no puedan, por razón de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores de edad, ya que de seguirse otro criterio, como dice la Sentencia de 29 de diciembre de 1962, se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad, quebrantándose criterios de equidad de dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y salud importantes daños... ” .

La SAP Toledo, de 14 de mayo de 1992 (AC 1992\742) —nuevamente en caso de un menor, pero la línea argumental es plenamente aplicable— explica que de las sentencias en esta materia se desprende “una responsabilidad cuasi objetiva, más que de las personas, de los patrimonios, acorde con el mundo de creación de riesgos en que nos movemos, atribuyendo el perjuicio al patrimonio del titular más culpable³... de forma que no cabe aducir inimputabilidades de los agentes materiales, pues la responsabilidad se hace depender de manera directa de la culpa propia de los padres o tutores, por omisión de un deber de vigilancia, sin relación con la culpabilidad psicológica del tutelado, y frente a estas manifestaciones el principio de la «culpa in vigilando» «strictu sensu», queda mediatizado al de responsabilidad inherente a los poderes de patria potestad o tutela, que llevan evidentemente la obligación de vigilar a los menores, y sólo cesa por causa extraña a los límites de control normales, cuando un hecho ajeno a lo que es el deber de vigilancia «lato sensu», interfiere en el desarrollo de la acción, pues de otro modo, bastaría la alegación de ausencia del padre o tutor para sustraer a la responsabilidad patrimonial cualquier daño causado por los que no obstante ser menores, y por ello inimputables o irresponsables, gozan de una más que cierta autonomía en la esfera de acción, siendo en definitiva en esa misma concesión paterna de autonomía donde reside en muchas ocasiones la base de la responsabilidad de quien la otorga, procediendo en consecuencia la confirmación de la sentencia recurrida”.

Un caso reciente, y en esta ocasión de tutela (nuevamente de una Administración pública: la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos) es el de la ya citada STS de 20 de enero de 2015. Lo llamativo del mismo es que cuando se comete el hecho delictivo (incendio de un bosque), la Agencia sólo ostentaba la condición de defensora judicial de la persona sujeta al proceso de incapacitación, y de hecho asumió la tutela dos días después del hecho delictivo. Durante el tiempo anterior alega que “no existían elementos que evidenciaran la urgencia de acometer cualquier decisión sobre el tutelado y además al no existir tiempo material para que cualquier decisión se hubiera ejecutado en ese escaso plazo de dos días. La sentencia de incapacitación no ordenó adoptar ninguna medida urgente (ingreso por ejemplo)”.

Así y todo, la Sala de lo penal, considera que el requisito del “control y cuidado del organismo público competente, ...habrá de entenderse concurrente siempre que tal asistencia sea precisada por el incapacitado, pues otra inteligencia llevaría a entender que no existiría, ni

³ Y cita las SSTS de 24-3-1953 (RJ 1953\913), 25-3-1954 (RJ 1954\1001), 11-3-1971 (RJ 1971\1234), 10-5-1972 (RJ 1972\2305) y 14-4-1977 (RJ 1977\1654), que introducen un matiz objetivo en la responsabilidad de padres y tutores, hasta llegar a la de 10-3-1983 (RJ 1983\1469) que establece «una presunción de culpa congruente en quien desempeña la patria potestad, con inversión de la carga de la prueba, de manera que la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso ha sido entendida en tonos de una marcada severidad exigiendo una prueba rigurosa de la diligencia empleada...».

tampoco la consiguiente responsabilidad que se establece, si el incapacitado queda por completo al margen de la protección derivada de la tutela en su más amplio contenido. Especialmente significativa en el caso de autos, donde el incapaz, cuando es encontrado, varios días después de la comisión delictiva, es ingresado en la unidad de agudos del servicio de psiquiatría del Complejo Hospitalario Universitario de Vigo, donde presenta un cuadro delirante de perjuicio, es diagnosticado de esquizofrenia paranoide y no se autoriza el alta para traslado a su Unidad de referencia hospitalaria hasta cinco días después”.

Es decir, dado que de hecho posteriormente hay que ingresar al autor, la Sala presume que el deber de cuidado comienza en ese periodo previo. Jurídicamente no deja de ser sorprendente este razonamiento, dado el carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación. Mucho más correcto y justificable es, como antes apuntaba, la protección de la víctima, pero como digo, esta solución es más que dudosa pues no sólo aplica la línea cuasi-objetiva ya citada sino que la proyecta sobre un plazo en el que jurídicamente no existía esa obligación de guarda y custodia. Repárese, además, que no se ha ido por vía de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que hubiera sido posible, y que sí hubiera justificado el pretendido carácter objetivo, sino por la vía penal.

3.2. Responsabilidad de la fundación tutelar como fundación: en concreto, la responsabilidad de los patronos

Como ya hemos visto, es la fundación la que, como tutora, puede responder por daños causados a o por sus tutelados.

Pero junto a esto, una cuestión que suele preocupar bastante es, justamente, la responsabilidad de los patronos. Esta responsabilidad (civil) se focaliza en los daños causados a la fundación por la mala gestión de los patronos, aunque uno de ellos puede ser precisamente, el perjuicio económico que se produce para la fundación por las indemnizaciones que tenga que pagar en los supuestos anteriormente descritos; sin olvidar los daños morales que en la reputación de la fundación puedan sufrir a consecuencia de dichas acciones⁴.

Desde esta perspectiva, leeremos el art. 17 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LF), que establece que “2. Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley o a los Estatutos, por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”.

El sistema de imputación de responsabilidad es culpabilístico, basado en el incumplimiento de las obligaciones asumidas por quien ejerce las facultades de gestión y representación de la persona jurídica⁵. En concreto, el estándar exigible parte de que el art. 17.1 LF les impone la obligación genérica de desempeñar el cargo con la diligencia de un “representante leal”.

⁴ Derecho al honor de las personas jurídicas....

⁵ La normativa autonómica de Andalucía, Canarias, Castilla y León y Galicia contiene previsiones sustancialmente idénticas (art. 25 Ley 10/2005, art. 16 Ley 2/1998, art. 16 Ley 13/2002 y art. 22 Ley 12/2006, respectivamente).

Los parámetros de diligencia se aprecien, entre otros factores, en función de las circunstancias objetivas de cada caso, del tipo y magnitud del fin que constituya el objeto fundacional e incluso según el peculiar estatuto o posición de un miembro del órgano de gobierno.

La configuración de las fundaciones actuales, y en concreto, el rigor en la exigencia de responsabilidad a los patronos, exige diferenciar entre las fundaciones que no realizan una actividad económica y las que la realizan.

Como se ha dicho⁶ “las primeras, que podemos calificar como las fundaciones “dotacionales”, se suelen caracterizar por el hecho de que los rendimientos derivan de la dotación patrimonial de su fundador y eventualmente de donativos que reciben. En este tipo de fundaciones, el patronato se reúne normalmente tan sólo una vez al año para aprobar la gestión, las cuentas y el presupuesto.

En las segundas, que podemos calificar como fundaciones “empresariales”, el cargo de patrono implica una dedicación importante de su tiempo, la adopción de decisiones financieras de trascendencia, la asunción de responsabilidades parecidas a las de los administradores de sociedades de capital, y, si bien es cierto que los cargos son gratuitos, cada vez es más frecuente la percepción de una retribución por parte de aquellos patronos que prestan a la fundación servicios distintos de los que implica el mero desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del patronato”. Y en cualquier caso se trataría de una obligación de medios, y no de resultado.

Las fundaciones tutelares españolas responden al perfil de fundación dotacional, lo que hace que no pueda exigirse el mismo deber de diligencia que a los patronos de una fundación empresarial.

No obstante, el actual art. 17 LF ha endurecido, con carácter general, el régimen de responsabilidad aplicable a los patronos, restringiendo las causas de exoneración de responsabilidad e introduciendo su carácter solidario, al igual que ocurre en las sociedades de capital. En efecto, para la actual LF no basta con no intervenir en la adopción del acuerdo para la exoneración de responsabilidad: la no intervención ha de seguirse de oposición desde el momento en que se tiene conocimiento de dicho acuerdo. No es suficiente, por tanto, la no asistencia a la reunión ni la abstención, lo determinante es el desconocimiento del acuerdo dañoso. Así, por ejemplo, cuando un patrono actúe por cuenta de otro por representación en un sentido contrario a la Ley o a los estatutos, o sin la diligencia debida, el patrono representado, que no tenía conocimiento del acuerdo adoptado, deberá, al menos, manifestar expresamente su oposición al mismo en cuanto éste llegue a su conocimiento⁷.

Respecto al modo de hacer efectiva esta responsabilidad, el art. 17.3 LF contiene una acción de responsabilidad o acción en interés de la fundación (similar a la acción social de responsabilidad propia de las sociedades de capital, regulada en los arts. 238-240 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de capital, TRLSC, Decreto Legislativo 1/2010) que se entablará ante la autoridad judicial y en nombre de la fundación,

⁶ José SORIA SORJÚS, “La responsabilidad de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia”, <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2995/documento/joseSoria.pdf?id=2757>

⁷ SORIA SORJUS, op. cit.

(i) por el propio órgano de gobierno de la fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado,

(ii) por el Protectorado, como organismo encargado de velar por el funcionamiento de las fundaciones

(iii) por los patronos disidentes o ausentes, así como por el fundador cuando no fuere patrono, lo que constituye una novedad en la Ley 50/2002 respecto a la legislación anterior.

Estas acciones, como acabamos de ver, se atribuyen a quien de un modo u otro está integrado en la estructura o ámbito fundacional.

La pregunta entonces es si los terceros y en concreto, los acreedores —en el caso que nos interesa, de indemnizaciones por daños causados por el anormal funcionamiento de la fundación—, podrían tener legitimación para ejercitar dichas acciones.

Partimos de que el tercero (acreedor de la fundación) puede ejercitar acciones contra la Fundación por responsabilidad de ésta como persona jurídica, y ello, por vía contractual o extracontractual. La cuestión es si el tercero puede ejercitar acciones contra los patronos, por actos ilícitos en el ejercicio de sus funciones en el órgano de gobierno de la fundación.

Nada impide que ejercitaran la acción subrogatoria del art. 1111 Cc a cuya virtud los acreedores de la fundación podrían, cumpliendo los requisitos allí establecidos, accionar contra los patronos reclamando en nombre propio por los perjuicios ocasionados a la fundación. Es más, en el Anteproyecto de nueva Ley de fundaciones⁸, se otorga legitimación a “los acreedores de la fundación, siempre que el patrimonio fundacional resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos”, sin que además, a diferencia del propio sistema de la acción del 1111 Cc o de lo dispuesto en el art. 240 TRLSC, tenga carácter subsidiario, es decir, se condicione a la falta de ejercicio de la acción por la sociedad o los socios.

Lo que no contiene la LF actual ni tampoco el Anteproyecto es una acción individual directa por daños contra los patronos que pueda ser ejercitada por terceros, similar a la contemplada para las sociedades de capital en el art. 241 TRLCS “Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos”. Acción, que en sede de fundaciones sí que sí se contempla expresamente en la legislación catalana sobre personas jurídicas: el art. 332.11.5 del Código civil catalán (CCC) dispone que “5. La acción de responsabilidad por daños a la fundación es independiente de la que corresponda a cualquier persona por actos u omisiones de los patronos que hayan lesionado sus derechos e intereses. Esta acción prescribe a los tres años, contados de acuerdo con lo que establece el art. 121-23”⁹.

Algunos autores piensan que cabe la aplicación analógica del art. 241 TRLSC pues se dan

⁸ Se puede consultar en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados>

⁹ En igual sentido, la normativa de Galicia preveía expresamente a través del derogado Decreto 248/1992, junto a la acción fundacional de responsabilidad, la existencia de una acción de individual de responsabilidad que podían entablar terceros por los actos del órgano de gobierno o de sus miembros que lesionen directamente sus derechos o intereses legítimos (art. 15). La normativa de Galicia actualmente no contempla esta previsión.

los requisitos de la analogía del art. 4.1 Cc¹⁰, especialmente si se trata de fundaciones desarrollen actividades económicas.

En contra, y como es habitual en los debates doctrinales acerca de una laguna legal, cabe aducir que si el legislador, pudiendo haberlo hecho (no olvidemos que la LF es de 2002, y el Anteproyecto, de 2014) no lo ha introducido, ha sido conscientemente, como consecuencia de una política legislativa determinada, que desea mantener un régimen específico de responsabilidad de los patronos¹¹.

3.3. El problema de la retribución y la financiación: el contraste entre la gratuidad y la exigencia de responsabilidad

La limitada o inexistente retribución del tutor

Como en todos los aspectos que puedan ir surgiendo, el análisis de los mismos debe hacerse desde la doble coordenada de su condición de guardadora legal y de su forma fundacional.

En ambos casos, nos encontramos con la gratuidad: el ejercicio de las funciones tutelares es sólo limitadamente retribuido (sea una persona física o jurídica quien lo ejerza) y el cargo de patrono es gratuito, lo cual contrasta en no pequeña medida con las exigencias de responsabilidad que acabamos de analizar.

El cargo de tutor es limitadamente retribuido y frecuentemente gratuito

El art. 274 Cc dispone que “El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por ciento ni exceda del 20 por ciento del rendimiento líquido de los bienes”.

La discusión sobre este punto se ha centrado en si, en el caso de que el rendimiento líquido de los bienes sea exiguo o inexistente, la retribución se podría fijar sobre el capital (caso de tenerlo el tutelado). Los argumentos en contra se centran en el peligro de descapitalización del tutelado, que le impidiera emprender en caso de recapitación una vida

¹⁰ Según RIVERO HERNÁNDEZ, hay un supuesto de hecho específico no contemplado por la norma aplicable (leyes de fundaciones); hay semejanza entre el supuesto regulado (responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima, en su ley) y el problemático (la de los patronos de la fundación), y cabe apreciar identidad de razón en la solución, pues no debe ser distinto el régimen de responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital que la de los patronos para sus relaciones con terceros perjudicados; Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, "Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros", RCDI, nº 664, 2001, pp. 721-757.

¹¹ Así lo entendió la STS de 16 de marzo de 2000 para una asociación sin ánimo de lucro, en el sentido de que el régimen de las sociedades de capital no se puede trasladar sin más a las entidades sin ánimo de lucro: “precisamente por la peculiar naturaleza de la SGAE no puede compartirse sin más la aplicabilidad a su funcionamiento de la normativa sobre las sociedades anónimas, prototipo de las sociedades de capital...”. En esta misma dirección, la STSJ Cataluña de 17 de septiembre de 2009 esta vez en un caso patronos en fundaciones, afirmando que “no cabe la aplicación analógica del sistema de responsabilidad de los administradores de la legislación de sociedades, porque, precisamente, el ordenamiento jurídico en su conjunto ya articula un sistema de responsabilidad (civil, penal, concursal, etc.) de los patronos de las fundaciones que hacen innecesario la aplicación analógica de las acciones de responsabilidad societarias a los gestores de estos entes.

independiente. A favor de dicha posibilidad, el hecho de que entonces el tutor quedaría postergado al resto de los acreedores del tutelado, lo cual no parece que tenga mucha justificación, y añadido, la desincentivación aún mayor a la asunción de este oficio de Derecho privado (la tutela): de hecho, los jueces cada vez encuentran mayores dificultades para encontrar a personas físicas que puedan y quieran asumirlo. De ahí —entre otros motivos— el colapso de las entidades públicas de tutela que tienen que acabar asumiendo muchas de ellas por no encontrar nadie en el entorno familiar dispuesto a aceptar el cargo¹².

En la mayoría de las tutelas asumidas por fundaciones privadas (y por supuesto, por las entidades públicas de tutela), se trata de tutelados con un patrimonio inexistente o muy reducido, porque la realidad es que en los casos de patrimonios sustanciosos es frecuente que no falten familiares dispuestos a cuidar de ellos¹³.

Las fundaciones realizan una encomiable y generosa labor con muy pocos medios, pero la pregunta de fondo es si acaso el Estado no debería satisfacer, con cargo a sus presupuestos, una retribución en el caso de que el tutelado no tenga medios. En el debate parlamentario de la aprobación de la Ley que reformó el Código civil en materia de tutela hubo algunas enmiendas de grupos parlamentarios en esta dirección, que finalmente no prosperaron. La consecuencia, como se ha dicho, es que una tutela sin remunerar es una tutela de la que poco cabe esperar¹⁴.

Además la tutela no es una mera administración de un patrimonio grande o pequeño, sino que fundamentalmente requiere una dedicación personal que a la postre se traduce, aunque no exclusivamente sí de forma real, en tiempo y en dinero.

Las fundaciones tutelares han recibido algún tipo de subvenciones y de donaciones privadas en estos años, además, por supuesto de la desinteresada y generosa dedicación de los voluntarios.

Sin embargo, las actuales circunstancias económicas, están empujando a que muchas de ellas estén próximas a desaparecer por falta de medios y a ser sustituidas únicamente por las entidades públicas de tutela, saturadas y sin medios. Reconociendo, por supuesto, el esencial papel de estas (con una dedicación comprometida en el caso de la mayoría del personal, funcionario o contratado, a su servicio), se ha demostrado en estos años que entidades tutelares públicas y privadas pueden coexistir sanamente, cumpliendo cada una su papel. Las fundaciones tutelares, por su cercanía y conocimiento de la persona, generalmente con periodos de la llamada pretutela, pueden prestar un auténtico servicio social como alternativa al apoyo que pueden ofrecer los familiares, mediante el ejercicio de la tutela de una forma profesionalizada a la par que cercana, cuando el Juez no encuentra entre aquellos quien pueda asumir este papel.

No es fin propio de una fundación tutelar el ejercicio de actividad económica o mercantil alguna. Es más, como ya hemos dicho, es un criterio más que recomendable para evitar

¹² Los argumentos a favor y en contra se hallan expuestos en el comentario al art. 274 de ORDÁS ALONSO en *Comentarios al Código civil* (Bercovitz Rodríguez-Cano, coordinador), pp. 451 y 452 y en “El derecho a una retribución al tutor en el ejercicio de su cargo”, de Juan José REYES GALLUR, en <http://www.icamalaga.es/portalMalaga/archivos/ficheros/1239025238526.pdf>

¹³ REYES GALLUR, *op. cit.* p. 50.

¹⁴ En este sentido, ORDÁS ALONSO, *op. cit.* p. 52 y opiniones allí citadas.

conflictos de intereses y en definitiva, ser juez y parte, el no ocuparse de la gestión de los centros en los que eventualmente residan sus tutelados. Por este motivo, las vías para allegar recursos económicos para el mantenimiento de la fundación en sí, y de los sujetos a su guarda legal (muchos de los cuales precisan a su vez de los recursos económicos que la fundación tutora le proporciones), son muy reducidas.

Una de ellas es precisamente la recepción de herencias y legados. Sin haberse aún extendido todo lo deseable, asistimos a la promoción del llamado legado solidario¹⁵, que obviamente no se deja a personas concretas, sino a personas jurídicas que asumen el compromiso de destinar esos recursos a dichos colectivos. Las fundaciones tutelares deberían ser unas de las principales destinatarias, precisamente por la limitación apuntada en cuanto a la exclusividad de sus funciones, y también por la prohibición que sigue pesando sobre ellas de recibir disposiciones mortis causa del propio tutelado.

Soy partidaria de un replanteamiento valiente de la prohibición del art. 753 Cc (“Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador del testador, salvo cuando se haya hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no tuviese que rendirse éstas, después de la extinción de la tutela o curatela. Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor o curador que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador”) cuando el sometido a tutela tiene capacidad para la testamentifacción activa. La prohibición presume iuris et de iure la mala fe del tutor, que va a manejar la voluntad del tutelado para conseguir que teste a su favor. No es éste el escenario actual: es más, precisamente lo que hoy ha de incentivarse es la asunción de una responsabilidad, que como vamos a ver en este trabajo es el doble de la normal, y ello sin contraprestación. El control a que está sometida la fundación y el hecho de que el patronato sea un órgano colegiado parecen garantías en principio suficientes para evitar tales actuaciones ilícitas. Y sobre todo, en este caso la herencia o el legado son para la persona jurídica tutora, no para las personas físicas que integran el patronato o los órganos de gestión. Por eso, este sería un caso en el que estaría más que justificado el levantamiento de la prohibición. No olvidemos que “las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”, es decir se trata de una función en la que prima por completo (en teoría y en general en la práctica) la dimensión de servicio y no de beneficio. Los únicos beneficios que en su caso pueden obtenerse son los de satisfacción moral pues todo emolumento recibido por el tutor tiene únicamente una misión de compensar daños. Por otra parte, puestos a prohibir, debería extenderse la prohibición a la persona del delegado tutelar (voluntario), o porqué no, a los cuidadores profesionales, que son quienes realmente tienen contacto en el día a día con el tutelado y quienes más posibilidades tienen de manipular su voluntad.

El cargo de patrono es gratuito

Desde el punto de vista de la legislación en fundaciones se observa, si bien quien asume la tutela es la fundación en sí misma, los responsables últimos acaban siendo los patronos (no en el sentido de asumir las deudas de la fundación, pero sí en el de responder por decisiones erróneas que perjudiquen al tutelado o por supuesto, a la propia fundación).

Pues bien, en este caso el art. 15.4 LF dispone que “4. Los patronos ejercerán su cargo

¹⁵ <http://www.legadosolidario.org/>

gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados en el ejercicio de su función. No obstante lo establecido en el párrafo anterior y salvo que el fundador hubiese dispuesto lo contrario, el Patronato podrá fijar una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato. La asignación de retribución será objeto de previa autorización o comunicación al Protectorado en los supuestos y en la forma que legal y reglamentariamente se determinen”.

Pero con independencia de estos casos en los que un patrono haya celebrado un arrendamiento de servicios o de obra, es decir, preste unos servicios especiales —para lo que habrá que tener en cuenta las normas sobre autocontratación del art. 28 LF— la realidad es que el cargo de patrono puro es gratuito, pues la compensación de gastos no es retribución.

Junto a estos problemas, una de las cuestiones que se advierten, en la teoría y la práctica, es que las fundaciones tutelares carecen de una normativa adaptada a sus necesidades específicas. Las fundaciones tutelares no son homogéneas en cuanto a su volumen de tutelados, ciertamente, pero la normativa en materia de fundaciones piensa en otro tipo de entidades, y desde luego no deja de ser sorprendente que haya un doble control, como tutoras por el juez, y como fundaciones por el Protectorado, sin que haya, por parte de los poderes públicos, un decidido apoyo de su función. Sin este apoyo, algunas fundaciones (y esto es ya una realidad) están abocadas a desaparecer, pese a la importantísima función que desempeñan.

4. La figura de la asistencia en Cataluña

Antonio Ferrer

*Asesor Legal de la **Fundación Tutelar SOM FUNDACIÓ** de Barcelona*

En una jornada sobre familia y discapacidad hay que resaltar la importancia básica que tiene la familia en el cuidado de las personas afectadas por una discapacidad para ayudar a que ésta sea lo menos incapacitante posible.

En la práctica se observa que cuando una familia se ha involucrado con el discapacitado, éste tiene muchos más recursos personales que le ayudan a vivir mejor que los que no han contado con estas ayudas.

La asistencia, puede tener su ámbito natural de crecimiento en la familia que en general no es partidaria del procedimiento de incapacitación o de modificación de la capacidad. La información sobre recursos de apoyos al discapacitado es fundamental para encontrar ese traje medido del que tanto hablamos. Pero en cualquier caso, cualquier traje a medida necesita de unas pruebas, e ir adaptándolo con el tiempo a los cambios.

La alerta debería ser para las familias y para los que trabajamos para y con los discapacitados, una actitud vital.

Les hablaré desde la perspectiva de la discapacidad intelectual que es, la que por mi trabajo, intento conocer más cada día. Teniendo en cuenta que en algunos casos de esta discapacidad es muy difícil saber lo que la persona quiere y habrá que seguir tomando decisiones en su nombre

La figura de protección Asistencia, a la que me refiero, permite como veremos ayudar a la persona sin necesidad de pasar por el procedimiento de incapacitación o de modificación de la capacidad, bastando un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que es cierto que no evita una visita como mínimo al Juzgado para el reconocimiento judicial y forense, pero tiene la gran ventaja que es el discapacitado es quien pide, debiendo saber lo que pide, y los trámites por los que tiene que pasar para conseguirlo.

La concienciación de la persona discapacitada, que ha de ser conocedora de sus limitaciones y de en qué actividades necesita del apoyo del asistente, es básica.

El martes mismo participé en la vista de una apelación interpuesta por una persona sometida a curatela que solicitaba la recuperación de la plena capacidad denegada en primera instancia que mantuvo la incapacitación parcial inicial: el informe forense previo y pese a ser la petición personal, manifestó la falta de conciencia de los efectos de sus limitaciones físicas, lo que comportó que el Ministerio Fiscal pidiera y nosotros como Fundación defendiéramos que la capacidad no variara. Una conciencia de esos efectos, hubiera permitido abogar por la extinción de la incapacitación parcial, solicitando una régimen de asistencia para las decisiones sobre residencia y económicas que son el caballo de batalla de la persona en cuestión.

En la asistencia será necesario que la persona interesada lo solicite, siendo consciente de aquello en lo que no puede o no sabe conducirse: como veremos la declaración de la renta, los papeles del Ayuntamiento, la herencia de sus padres, la comunidad de vecinos, el derecho de usufructo sobre una vivienda que tiene desde que falleció su cónyuge, la gestión de unos

préstamos, su salud, su lugar de residencia, unas operaciones financieras que ha realizado porque se las ha recomendado un amigo de la familia y todavía no acaba de entender, etc.

La Ley parte de una discapacidad que puede no ser incapacitante, y que permite a la persona atendiendo a su capacidad jurídica tomar decisiones sobre su propia vida, en este caso que otra persona le apoye para determinados actos que como consecuencia de su discapacidad se presume que le superan

4.1. Primer caso: x tiene una discapacidad del 35%, pide el nombramiento de asistente para:

1. Orientarme a efectos de otorgar testamento y el documento de voluntades anticipadas, ayudándole en la preparación de estos documentos antes de su otorgamiento.
2. Que intervenga con ella en las siguientes actuaciones patrimoniales: la confección de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, i el seguimiento de sus depósitos bancarios.
3. Que preste el consentimiento informado y las manifestaciones de última voluntad en el caso de no poder realizarlo yo, de acuerdo con mis instrucciones verbales, si antes no he podido otorgar un documento de voluntades anticipadas que explique lo que deseo en el supuesto de llegar el momento de tomar decisiones de este tipo.
4. Que me oriente en situaciones de angustia en las relaciones con las demás personas.

El Juzgado de primera Instancia, razona en el Auto de nombramiento de asistente:

“La Fundación, tendrá como asistente básicamente un contenido de administración de bienes, pero deberá velar también por su bienestar personal, respetando siempre su voluntad en cuanto a sus preferencias personales.

Al ser la función del asistente de carácter patrimonial deberá rendir cuentas anuales conforme al artículo 226.6 del Código Civil de Cataluña y cualquier transacción que efectúe la asistida sin el consentimiento del asistente será anulable.”

En su parte dispositiva dice:

“Se declara la asistencia de x por la Fundación, para administrar sus bienes y para velar por sus necesidades personales”, nada dice sobre el asesoramiento en materia testamentaria, entendiendo que se podría realizar. Lo indicamos porque un Juzgado diferente, nos niega esa posibilidad de intervención por entender que es un mero asesoramiento que no necesita de petición especial y atendiendo al carácter personalísimo del testamento.

“El asistente, decidió el Juzgado, rendirá cuentas anuales al juzgado del contenido de la asistencia”: entendemos que obliga a hacer una, aunque sea breve, indicación a su situación personal y de las novedades que en este aspecto se hayan producido durante el ejercicio al que se refiere el rendimiento de cuentas.

“Remítase, una vez firme esta resolución testimonio de la misma para su inscripción en el registro Civil, y posteriormente, cítese a las partes para formalizar el inicio de la asistencia”, hay que notar que no se habla de aceptación de cargo, sino de inicio de una actuación de asistente

El juzgado respetó la voluntad manifestada por la persona solicitante que pidió que fuera la
Discapacidad Intelectual y Familia - 25

Fundación, la entidad que le asistiera.

Aquí se nos exigió formalizar inventario.

Hasta ahora tenemos una persona con discapacidad, sin la capacidad modificada o incapacitada como quiera llamársele, y con los apoyos que ella ha solicitado.

La práctica hasta ahora va demostrando que la persona interesada, cuando tiene algún problema lo consulta, facilita trimestralmente los extractos de sus cuentas, no se observa nada extraordinario en relación a aquello que la persona ha explicado desde el principio, y dice que está más tranquila porque sabe dónde acudir si tiene algún problema que entra en el ámbito de la asistencia.

4.2. Segundo caso: x tiene un grado de discapacidad psíquica del 40 %

Pide:

- 1 También ser orientada a los efectos de otorgar testamento siendo aconsejada en su preparación antes del otorgamiento, se explicita en la petición que la interesada es titular de un derecho de usufructo sobre un piso
2. Que el asistente intervenga con la persona en las siguientes actuaciones: la declaración de la renta de las personas físicas, las relaciones con la Administración Pública sea tributaria o de cualquier otro tipo.
3. Que intervenga con ella en la firma de contratos de alquiler y de trabajo, y en su ejecución, vigilando que sus derechos no sean vulnerados, designando al asistente como interlocutor.
4. Que intervenga con ella en la búsqueda y mantenimiento de las prestaciones públicas a las que pudiera tener derecho
5. Que intervenga con ella en la organización del pago de las deudas pendientes

Parte dispositiva:

Se declara la asistencia de por la Fundación, que administrara los bienes de la asistida.

El asistente rendirá cuentas anuales al Juzgado.

El contenido de esta asistencia está siendo más complicado por los temas que afectan a la usuaria: alquileres, etc., pero se está centrando mucho en el tema patrimonial, y en la gestión de deudas que es lo que ella pidió; puede costar que de su brazo a torcer respecto la inutilidad de algún gasto en el que incurra.

En este caso, la posibilidad de alguna actuación contraria a las facultades de administración del asistente, que pudiera suponer un cambio de régimen a otro de mayor control, lleva a X a explicar los temas, y a colaborar en la efectividad de la decisión adoptada respecto, por ejemplo, de cómo devolver una fianza de un piso que tenía alquilado, o cómo pagar una deuda con una financiera de unos grandes almacenes.

Sin embargo, en el momento de preparar mi intervención, la persona asistida, según nos informan des del CET ha firmado un contrato de alquiler de un piso por importe de 200,00€. El piso tiene un precio de alquiler en el mercado de como mínimo 500,00€. La firma se ha

celebrado con una compañera de trabajo. Hemos tenido que empezar a actuar rápidamente, advirtiendo de la nulidad del contrato y de la inexistencia de un título válido para el inquilino, lo que permitirá una actuación judicial inmediata

Vamos viendo, o me gustaría que mi exposición permitiera hacer ver, que la asistencia requiera de diálogo previo con el protegido.

Este diálogo previo puede ir desde aprovechar el reconocimiento por la persona a proteger, de una falta de facultades propias para adoptar una decisión correcta hasta el intentar hacer consciente a la persona con discapacidad de la existencia de ésta, y siempre con la intención de pretender una ayuda legal lo menos invasiva posible.

Los dos casos reales que he comentado hasta tienen un origen diferente. El primero vive ayudado por un servicio a domicilio que presta una entidad, el segundo un Centro Especial de Trabajo.

En los dos casos, las entidades prestadoras de los servicios son absolutamente contrarias al procedimiento de incapacitación y ha buscado quien pudiera apoyar a sus usuarios. La intención de estas entidades es la misma que plantean muchas familias ante el procedimiento de incapacitación: largo, duro, y fundamentalmente desagradable.

En la puesta en común seguro que hablaremos de cómo podría encajarse hoy mismo una figura como la asistencia en cualquier Juzgado de España.

4.3. Tercer caso.- x tiene una discapacidad del 38%, persona insegura, tímida, inadaptada y solitaria según informe de los servicios sociales

1. Orientarle a los efectos de otorgar testamento, ayudándome en su preparación
2. Prestar el consentimiento informado, caso de no poder hacerlo, de acuerdo con SUS instrucciones verbales, si antes no he otorgado un documento de voluntades anticipadas que explique lo que desea, caso de llegar el momento de tomar decisiones de este tipo.
3. Que intervenga conmigo en las siguientes actuaciones: la declaración de la renta de las personas físicas, las relaciones con la Administración Pública sea tributaria o de cualquier otro tipo
- 4.- Que intervenga conmigo en la firma de contratos de trabajo, en la ejecución de estos, vigilando que mis derechos no sean vulnerados, designando al asistente como mi interlocutor en las relaciones con el empresario o con la entidad en que presto mis servicios cuando considere que no entiendo el procedimiento o la situación en concreto
5. Que intervenga conmigo en la búsqueda y mantenimiento de las prestaciones públicas a las que pueda tener derecho

Un Juzgado diferente de los dos casos anteriores decidió que el asistente las facultades necesarias para realizar las funciones siguientes:

- 1) Prestar consentimiento informado, en caso de no poder hacerlo el solicitante, de acuerdo con sus instrucciones verbales, si antes no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas, de acuerdo con la normativa legal aplicable y en el ámbito de lo que constituye el

objeto de dicho tipo de documentos.

2) Intervención junto al solicitante en la declaración de renta de las personas físicas y en las gestiones y actuaciones ante las Administraciones Públicas de cualquier tipo, de acuerdo con la normativa legalmente aplicable.

3) Intervención junto al solicitante, en la solicitud de las prestaciones y ayudas públicas a que pueda tener derecho el mismo, y en cuantas gestiones y actuaciones se deriven de las mismas o sean precisas para su actualización, mantenimiento o renovación.

Dijo que no requería pronunciamiento expreso el tema de la petición para la ayuda en la preparación del testamento mismo antes del otorgamiento", atendido el carácter personalísimo del testamento como acto de última voluntad y el hecho de que para el asesoramiento no es precisa la designación como asistente, que se refiere solo a la realización de funciones y actuaciones de relevancia jurídica, en representación o junto a la persona asistida no a lo que se pretende, para lo que no se requiere pronunciamiento judicial alguno.

El ejercicio de esta asistencia se está ciñendo a lo solicitado, con la ayuda de la entidad que presta el servicio Me voy a casa, esta entidad y la Fundación suscribieron un convenio por el que los casos que fueran susceptibles de asistencia la Fundación redactaría la petición, con lo que las conversaciones del área social y jurídica de esta Fundación con el posible usuario de la asistencia son numerosas antes de la redacción de la demanda y durante la tramitación del procedimiento.

4.4. Cuarto y quinto caso

Presento dos casos que fueron denegados, considerando el Juzgado que estábamos en dos supuestos de incapacitación y no de asistencia.

Su análisis puede ser conveniente como aprendizaje de los requisitos que, hoy, puede exigir una interpretación restrictiva pero que existe del ordenamiento jurídico vigente, en uno de ellos, y una interpretación adecuada, desde mi punto de vista.

4.4.1. Comienzo por esta última: una interpretación correcta:

Servicios Sociales nos deriva una situación de persona discapacidad del 36% con un factor social de 7%. Servicios sociales para intentar para evitar el procedimiento de incapacitación a un usuario que tenía problemas con la posible aceptación de la herencia de sus padres. Existía un tratamiento psiquiátrico y farmacológico subsiguiente que en principio el usuario, cumplía.

Una vez realizadas conversaciones y el seguimiento que permitía la situación, se solicitó de acuerdo con las conversaciones y observando la realidad, una asistencia que comprendiera tanto el aspecto patrimonial como el personal, para tomar con el usuario las siguientes decisiones:

- 1.- Toma de decisiones y otorgamiento del consentimiento informado para cualquier intervención o tratamiento médico, con especial atención al sometimiento a tratamiento psiquiátrico y/ psicológico, y el farmacológico, incluido el internamiento sanitario.
- 2.- Toma de decisiones relativas a mi actividad laboral
- 3.- La realización de las actuaciones necesarias para la aceptación de la herencia de mis padres.

La resolución judicial fue demoledora, negó la asistencia pero en este caso, creo que con razón y motivadamente, señalando:

De los preceptos del libro II del Código Civil citados se deriva que para la solicitud deben concurrir en el solicitante tres requisitos:

- 1) Ser mayor de edad.
- 2) Que le sea necesario para el cuidado de su persona o intereses.
- 3) Que la disminución que sufra (que es lo que determina el requisito de la necesidad, no proceda de la concurrencia de una causa de incapacitación de las comprendidas en el concepto legal fijado por el artículo 200 del Código civil español.

Voluntad del solicitante es determinante:

Considera el Auto que la voluntad del solicitante y futuro asistido, es vinculante y determinante no solo en el inicio, desarrollo, determinación del alcance, y extinción puesto que causa de extinción es su voluntad que debe respetarse siempre.

La voluntad solo se forma adecuadamente cuando se conservan las funciones superiores de cognición y volición, lo que supone tener un grado suficiente de captación inteligente de la realidad, de valoración de la misma y de exteriorización ejecutiva autónoma, todo lo cual no se da cuando nos hallamos ante una persona susceptible de ser declarada legalmente incurso en causa de incapacidad, sea parcial o total.

En este caso, las manifestaciones hechas en la entrevista demuestran que está en manos de terceros al promover la solicitud, que no comprende en su integridad, los efectos de la misma, que se limita a repetir lo que se le ha dicho" usando la expresión "asistente personal" – denominación si no estoy equivocado de la Ley de Dependencia, y a recalcar que da plena confianza a los verdaderos autores de la solicitud, pero sin poder explicar reflexivamente lo que dice.

Contenido de la solicitud.

La solicitud (no concretada por el interesado al ser preguntado), que afecta incluso a consentimientos relacionados con la salud (en todos los casos no solo en los excepcionales supuestos en que el asistido pueda no estar en condiciones de ser consultado), y a la vida laboral, para comprender que el alcance de lo pedido supone de hecho el reconocimiento de falta de capacidad efectiva.

Se antoja imposible que el solicitante pueda controlar y efectuar las manifestaciones de voluntad motivada, que debe estar en condiciones de efectuar según los preceptos legales citados reguladores de la institución novedosa recogida por el Código Civil de Cataluña

Se intentó la asistencia, hoy el usuario está incurso en procedimiento de incapacitación, con un informe forense que propone una incapacitación parcial

Reflexión

En cualquier caso, los razonamientos del Auto, a mi como profesional del Derecho me parecen adecuados, hay demasiada petición de protección sin que en la citada petición se haga

referencia a la voluntad del tutelado porque la evolución que esa persona estaba presentado no era de estabilidad sino de empeoramiento de su discapacidad, para no tratarse de una disminución incapacitante y por tanto no susceptible de asistencia.

Lo que sí que demuestra este caso es la necesidad de preparar bien al interesado, y no tanto para el juicio cuanto para que la asistencia: una petición que sea adecuada a sus necesidades y a su concienciación.

4.4.2.- Continuo con el segundo caso de este segundo grupo: una persona con inteligencia límite. 65%

Es diferente el siguiente caso; una usuaria del servicio domiciliario indicado, de acuerdo con las entrevistas iniciales realizadas según el protocolo pactado, se deduce conciencia de problemas derivados de la adquisición con tarjeta de crédito de cosas absolutamente inútiles, y una relación especial con el progenitor sobreviviente que vive con su segundo cónyuge, y al que el posible asistido debe mantener informado pese a su mayoría de edad y reside residir los dos en diferentes poblaciones alejadas una de otra

Se pidió:

- 1.- Orientarme a los efectos de otorgar mi testamento y el documento de voluntades anticipadas, ayudándome en su preparación.
- 2.- Que intervenga conmigo en las siguientes actuaciones patrimoniales: la confección de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y en la aceptación de la herencia de su padre.
- 3.- Intervenir en la gestión y pago de mis deudas.
- 4.- Intervenir conmigo en la solicitud de las prestaciones sociales a las que pueda tener derecho

El Auto, discrepando de las conclusiones del informe médico forense y de la petición del Ministerio Fiscal, que estimaban que debía nombrarse asistente, considera que la persona que aparece como solicitante en el escrito inicial, está incurso en causa de incapacitación por carecer de grado de inteligencia suficiente para captar las consecuencias de sus decisiones : controlar sus intereses, tanto en lo relativo a persona, especialmente en cuanto a control de su salud, como en lo relativo a la administración y disposición patrimonial.

El órgano judicial considera que:

- 1) El informe forense no es concluyente, ya que afirma que existe una disminución intelectual que califica de inteligencia límite, pero lo hace basándose en su reconocimiento y en el dictamen valoración del Departamento (Consejería) de Bienestar Social el cual no hace referencia alguna a coeficientes intelectivos, apreciando un grado de discapacidad para establecer el grado de dependencia que estima en el cincuenta y cinco por ciento.

Por tanto no se ha practicado ni aportado test de inteligencia alguno de cara al informe que se valora, lo que minimiza la seguridad de sus conclusiones.

Reflexión

La necesidad de profesionales especialistas en los Juzgados, tanto médicos, como sociales que
Discapacidad Intelectual y Familia - 30

hablen con la persona que va a tener que ser apoyada es imprescindible. Si queremos un traje a medida, este necesita pruebas hasta acabar de confeccionarlo

El mismo informe forense, indicó que "no se aprecia un grado de disminución que oriente a su incapacidad", necesitando soporte puntual en algunas cuestiones.

Pero como el médico forense no indicó si la persona interesada distinguía lo que era un soporte de una suplencia de capacidad, el juzgado no acepta la Asistencia

El órgano judicial decide que en el caso no es soporte sino suplencia de falta de capacidad: sin entrar en retóricas en la asistencia existe una discapacidad pero no incapacitante, y aquí a mi modesto entender ni siquiera se intentó salvar la proposición de asistencia.

2) El informe del Ministerio Fiscal examinado en su conjunto, según el Auto, parece incurrir en una cierta contradicción, puesto que por una parte indica, con base en el informe forense, que no hay causa de incapacitación y la persona está en condiciones de pedir por sí el nombramiento de asistente, pero por otra pide que se amplíen las funciones del asistente a nombrar por entender, que la instante no puede atender, a la administración de su patrimonio.

Tal petición no se estima acorde con la norma legal. El art. 226-2-3 dice claramente que solo se pueden conferir funciones de administración del patrimonio "a petición de la persona asistida", lo que supone una manifestación de voluntad por parte de esta que, de una parte aquí no se da puesto que el objeto está delimitado en la solicitud, y de otra supone un conocimiento y una capacidad de comprensión, cuya ausencia parece ser la causa por la que el Fiscal pide que se encarguen de su administración, ya que ella no es apta.

En una palabra, la petición fiscal coincide con lo que se pide normalmente en una demanda de incapacitación parcial.

3) La conclusión de que el interesado carece del grado de inteligencia necesario para considerarlo capaz y por tanto legitimado para la petición inicial, se sustenta en el resultado de la entrevista que mantuvo, dice el Juez, con el demandante de asistencia el pasado día , a la que no se hace referencia alguna en el informe Fiscal.

De ella se extraen dos apreciaciones, una que su déficit intelectual está más cerca de un retraso mental leve que de una inteligencia límite.

En la inteligencia límite la apreciación de causa de incapacitación depende de otras posibles circunstancias concurrentes por ejemplo el soporte familiar que tampoco consta concurra en este caso, por lo tanto no es clara.

El Juez dice que en el retraso mental leve concurre siempre causa de incapacitación, mientras que la exposición de motivos de la Ley que aprueba la asistencia dice que esta es aplicable entre otros a las personas afectadas por un retraso mental leve.

El Auto juzga el grado de comprensión de lo que se pedía y de sus consecuencias de vago e insuficiente, por eso no supo explicar con claridad lo que se le preguntaba al respecto de las facultades que confiere la solicitud.

(De ahí la necesidad de la concienciación por parte del interesado)

El Auto continúa: Consta contrajo deudas sin saber bien lo que hacía, por desconocimiento de las consecuencias que se derivan de la utilización de una tarjeta de crédito, concepto que no comprende suficientemente, cuya utilización formal puede hacerla por sí, pero no captar los efectos de cara a devoluciones, plazos e intereses.

Dice el Auto, que cuando se le pregunto qué tipo de ayuda quería, se refirió como asistente no a la fundación sino "a " persona a la que conoce y que con seguridad está supliendo sus deficiencias, lo que supone una contradicción entre lo que pide el escrito y lo que pide la persona a asistir, contradicción que respalda la afirmación de falta de capacidad para comprender en todas su implicaciones.

Y concluye: comparativamente el grado de capacidad intelectual de la persona aquí valorada, se ha estimado tributario en ocasiones anteriores, en aquellos supuestos con plena conformidad pericial y fiscal, por lo que se considera que concurre causa de incapacitación y no se completan los requisitos legales antes referidos para conceder la asistencia.

5. Anexo. Artículos del Libro II del Código civil de Cataluña sobre la asistencia

226.1 Nombramiento de asistente

1. La persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, de acuerdo con lo establecido por el presente capítulo, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria.
2. La autoridad judicial debe respetar la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia.

Artículo 226-2. Contenido de la asistencia

1. En la resolución de nombramiento, la autoridad judicial determina el ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses de los que debe cuidar el asistente.
2. En el ámbito personal, el asistente debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales. En particular, corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento a que se refieren, respectivamente, los artículos 212-1 y 212-2, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas.
3. En el ámbito patrimonial, el asistente debe intervenir, junto con la persona asistida, en los actos jurídicos relacionados con las funciones de la asistencia. A petición de la persona asistida, la autoridad judicial también puede conferir al asistente funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta de realizar actos de esta naturaleza por ella misma.

Artículo 226-3. Anulabilidad de los actos de la persona asistida

Los actos jurídicos que la persona asistida realice sin la intervención del asistente, si esta intervención es necesaria, son anulables a instancia del asistente o de la persona asistida. También lo son a instancia del tutor, si se constituye la tutela, y de los herederos de la persona asistida, en el plazo de cuatro años a contar de la puesta en tutela o el fallecimiento de esta.

Artículo 226-4. Modificación de la asistencia

1. A instancia de parte, incluida la persona asistida, la autoridad judicial debe acordar la reducción o ampliación del ámbito de funciones del asistente si es necesaria dadas las circunstancias.
2. Si el asistente tiene conocimiento de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia o la modificación de su ámbito de funciones, debe comunicarlo a la autoridad judicial.

Artículo 226-5. Extinción de la asistencia

1. La asistencia se extingue por las siguientes causas:
 - a) Por el fallecimiento o declaración de fallecimiento o de ausencia de la persona asistida.

b) Por la desaparición de las circunstancias que la determinaron.

c) Por la incapacitación de la persona asistida.

2. En el supuesto del apartado 1.b, la autoridad judicial, a instancia de parte, debe declarar el hecho que da lugar a la extinción de la asistencia y debe dejar sin efecto el nombramiento del asistente.

Artículo 226-6. Régimen jurídico

En la medida en que sean compatibles con la función de asistencia, se aplican al asistente las normas del presente código en materia de aptitud, excusa y remoción de los tutores, así como las relativas a la rendición de cuentas si el asistente tiene atribuidas funciones de administración ordinaria del patrimonio de la persona asistida.

Artículo 226-7. Publicidad registral

1. La asistencia, mientras no se inscriba en el Registro Civil, no es oponible a terceros.

2. La toma de posesión del cargo de asistente debe inscribirse en el Registro Civil del domicilio de la persona asistida mediante la comunicación de la resolución judicial.

6. Otras recomendaciones

Se recoge a continuación, brevemente, un resumen del contenido de otras intervenciones.

En palabras de **Mercedes Guzmán, Directora de la Fundación Götze** (Discapacidad Intelectual), sería muy recomendable generar un código de buenas prácticas para el ejercicio de la tutela en cada una de sus formas, que no sólo se centre en la elemental necesidad de honradez desde el punto de vista económico, sino también en el respeto a las creencias y valores que la persona tutelada haya demostrado a lo largo de su vida o la que haya supuesto el sistema de valores de la familia en la que creció.

La necesidad de ser muy riguroso en la toma de decisiones que atañen a la vida de las personas tuteladas, no permitir la ligereza en asuntos que a veces son para toda la vida o que marcarán mucho a esa persona y las que la rodean en el futuro.

Marina Pérez, Profesora de la Universidad de Zaragoza, puntualizó como en el Derecho alemán, en 1990 se eliminó la figura de la incapacitación (reservando la tutela y curatela para los menores de edad) y, con la finalidad de mejorar la situación en particular de las personas mayores, para facilitar el libre desarrollo de su personalidad y fortalecer su libertad, se delimitó la figura de la asistencia ("Betreuung") en los parágrafos 1896 a 1908i BGB. Se prevé el nombramiento de un asistente ("Betreuer"), que se efectúa por el tribunal tutelar a petición de la propia persona o de oficio en los casos en que una persona mayor de edad no pueda valerse por sí. Representa legalmente al asistido en los actos que el juez determina, pero la persona asistida conserva su capacidad de obrar.

Esta figura de protección, sin antecedentes directos en los Derechos civiles españoles, se ha regulado en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (arts. 226-1 a 226-7 ss.). En concreto, esta materia se regula en el capítulo VI, intitulado "La asistencia" y se integra en el Título II, dedicado a las Instituciones de Protección de la Persona.

Así, el Código civil de Cataluña regula con detalle la asistencia, figura que podrá ser, en su caso, de gran interés para las personas de edad avanzada. Ciertamente, se está mostrando su utilidad en la realidad práctica de Cataluña.

Rafael Armesto, Asesor legal de la Fundación Tutelar Futubide en Bilbao, explicó cómo:

1.- Hace ya más de seis años, tuvo lugar la entrada en vigor en España de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de Diciembre de 2006 (BOE 21.04.2008). Antes de la Convención, la reforma de la tutela del Código Civil (Ley 13/1983) y la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de Enero), en vigor desde el día 8 de Enero de 2001, ya permitían la graduación de la capacidad y la fijación de apoyos. Sin embargo, hemos vivido una inercia en esta cuestión, y fruto de la tradición, nos hemos limitado a solicitar modificaciones de capacidad sin entrar en grandes detalles, como se hacía antes de la reforma de 1.983. Tenemos que hacer un examen de conciencia, especialmente Jueces, Fiscales, Abogados y Médicos forenses. Tenemos que cambiar nuestros viejos hábitos, y adaptar nuestras demandas y nuestras sentencias a la Convención. Desde el Foro de Asesores Jurídicos de la Asociación Española de Fundaciones Tutelares, insistimos siempre en que, para que haya una buena sentencia, es necesaria una buena demanda. Para conseguir una sentencia ajustada a las verdaderas necesidades de la persona, hay que conocer con

detalle su realidad: sus capacidades y habilidades, sus deseos, sus sueños, sus anhelos, su proyecto de vida; en definitiva, su búsqueda de la felicidad... No se puede generalizar, como se ha venido haciendo hasta fechas recientes, en que las sentencias eran tan estereotipadas, que en la mayoría de los casos se limitaban a incapacitar absolutamente, sin más matizaciones. Con todo esto, debemos repensar el proceso sobre la modificación de capacidad, para adaptarlo a la realidad actual que nos marca la Convención.

2.- Las Fundaciones Tutearles, en el ejercicio de su labor, y siguiendo el mandato del artº 269.3 del Código Civil, deben de revisar las Sentencias, y valorar la posibilidad de iniciar trámites de reintegración de capacidad (Artº 761 LEC). Muchas Sentencias contienen declaraciones estereotipadas, prohibitivas del ejercicio de derechos, concretamente del derecho de sufragio, del derecho a contraer matrimonio y del derecho a otorgar testamento:

2.1.- Prohibición para ejercicio del derecho de sufragio. El Artº 3.2 de la L. O. 5/1985, de 19 de Junio, dice que los Tribunales que juzguen sobre la capacidad de las personas tienen que pronunciarse sobre su capacidad para votar. Con la Convención, las personas con discapacidad tienen derecho a “participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás” (Artº 29). El derecho a votar debe ser la regla general, no la excepción. El Comité de Naciones Unidas de seguimiento de la Convención, en recomendación para España de fecha 11.10.2011, propugna “que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás.”

2.2.- Prohibición para contraer matrimonio. No debe de realizarse nunca con carácter general, debiendo acudir a lo prevenido en el Código Civil (Artº 56) y en la legislación sobre Registro Civil, que determinan que será el Juez encargado de autorizar el matrimonio, previo examen médico, quien que valore la aptitud de la persona en dicho momento.

2.3.- Prohibición para otorgar testamento. El pronunciamiento sobre la posibilidad de otorgar testamento tampoco debe de ser automático. El Artículo 665 del Código Civil determina que “siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.”

3.- Las familias deben de ser informadas de las posibilidades que les ofrece el artº 223 del Código Civil, que establece que “los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que han de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados”. Trabajando con las Fundaciones Tutelares, en fase de pre-tutela, se puede efectuar una planificación razonable con disposiciones que no sólo afecten a la economía, sino a otros órdenes de la vida.