



EL PROYECTO DE LEY DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LA “AUTOTUTELA”

Luis Fernando Barrios Flores

Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante

1. La protección del discapacitado.	2
1.1. Panorama general.	2
1.2. El alcance del Proyecto de Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad.	5
2. El patrimonio protegido del discapacitado.	7
2.1. Caracteres.	7
2.2. Aspectos fiscales.	9
2.2.1. Tratamiento fiscal del aportante al patrimonio protegido	10
2.2.2. Tratamiento fiscal del beneficiario discapacitado	11
2.2.3. Tratamiento fiscal del patrimonio protegido	11
3. Modificación del régimen sucesorio.	12
3.1. Indignidad para suceder.	12
3.2. Sustituciones fideicomisarias.	13
3.3. Derecho de habitación.	15
3.4. Facultad delegada de hacer mejoras al cónyuge supérstite.	15
4. Modificación en materia del contrato de alimentos.	17
5. Especial referencia a la “autotutela”.	19
5.1. La tutela.	19
5.1.1. Concepto y función.	19
5.1.2. Clases.	20
5.2. La autotutela.	21
5.2.1. La autotutela en la doctrina española.	21
5.2.2. Las discusiones legislativas de la Ley 13/1983, de 24 de octubre.	24
5.2.3. La Ley 11/1996 de Cataluña.	24
5.2.4. El Proyecto de Ley de 14 de febrero de 2003	25
5.2.5. Juicio crítico.	27
NOTAS	27

1.- La protección del discapacitado.

1.1.- Panorama general.

A nivel internacional ha sido continua en las últimas décadas la preocupación por los discapacitados¹. Sin ánimo de exhaustividad deben siquiera citarse aquí el conjunto de resoluciones aprobadas en el seno de la Organización de las Naciones Unidas sobre la materia:

- La Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971 señala que el retrasado mental ha de gozar hasta el máximo de viabilidad de los mismos derechos que los demás seres humanos (ap. 1), debiendo recibir asistencia (ap. 2). En lo que al aspecto patrimonial respecta se afirman el “derecho a la seguridad económica y a un nivel de vida decoroso” (ap. 3) y a “contar con la atención de un tutor calificado cuanto esto resulte indispensable para la protección de su persona y sus bienes” (ap. 5).

- La Declaración de Derechos de los Impedidos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975, establece el respeto de los derechos de los impedidos sin discriminación alguna (ap. 2), equiparando sus derechos a los de los demás seres humanos (ap. 4), respetando su dignidad (ap. 3), fomentando en el mayor grado posible su autonomía (ap. 5), y debiendo recibir la atención precisa (ap. 6). En el concreto aspecto económico esta Declaración dispone en sus apartados 7 y 8:

“7. El impedido tiene derecho a la seguridad económica y social y a un nivel de vida decoroso. Tiene derecho, en la medida de sus posibilidades, a obtener y conservar un empleo y a ejercer una ocupación útil, productiva y remunerativa, y a formar parte de organizaciones sindicales”.

“8. El impedido tiene derecho a que se tengan en cuenta sus necesidades particulares en todas las etapas de la planificación económica y social”.

- Los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991 recogen los derechos a: la mejor atención posible en salud mental (ap. 1.1), al respeto a la dignidad y al trato humanitario de los enfermos mentales (ap. 1.2), a la no discriminación de este tipo de enfermos (ap. 1.3), y al goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (ap. 1.5).

- Indicar asimismo el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad (PAMPD), aprobado por Resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982 y las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (NORUN), aprobadas por Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993.

Y otro tanto ha sucedido en el ámbito europeo. Baste recordar aquí, por ejemplo:

- La Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (Ratificada en el caso de España por Instrumento de 29 de abril de 1980 que en su art. 15 proclama:

“Derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, las Partes Contratantes se comprometen:

1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas.

2. A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación”.

- La Recomendación N^o R (92) 6, de 9 de abril de 1992, del Comité de Ministros del Consejo de Europa (474^a reunión de los Delegados de los Ministros), relativa a una política coherente para las personas discapacitadas -reemplaza a la Recomendación AP (84) 3- que reconoce que si bien las medidas de protección económica no son sino uno más de los elementos que componen el proceso de integración de los discapacitados, es preciso dotar a las familias con discapacitados de un tratamiento financiero especial (apartados IX.1.4 y 2.1, respectivamente). Esta Recomendación alude también a la protección jurídica de los discapacitados (apartado IX.3), de tal modo que no sean discriminados y se hallen al propio tiempo protegidos. Precisamente dentro del campo de la protección se situarían mecanismos de tutela o de asistencia jurídica, según el grado de incapacidad (total o parcial), pero teniendo presente que dicha protección ha de respetar al máximo posible la voluntad del discapacitado.

- La Resolución del Parlamento Europeo de 16 de septiembre de 1992, sobre los derechos de los deficientes mentales, que pide “una armonización del estatuto jurídico sobre la base de un equilibrio entre el derecho a la defensa de la personalidad de los deficientes y sus necesidades especiales de protección” e igualmente “pide que los derechos de los deficientes mentales sólo se limiten en la medida estrictamente indispensable”.

- La *Guía Europea de Buena Práctica* (1996), que recoge las experiencias del Programa Helios II (Decisión 93/136/CEE, de 25 de febrero de 1993) y toma como base las normas NORUN y entre cuyos principios se encuentra el fomento de una “estrategia global a favor de potenciar la determinación de la propia vida al máximo”.

- La Recomendación N^o R (99) 4, sobre los principios concernientes a la protección jurídica de los mayores incapaces, adoptada por el Comité de Ministros el 23 de febrero de 1999 (660^a reunión de Delegados de los Ministros) establece, particularmente en lo que aquí interesa, en sus principios 8 y 9:

- El principio de preeminencia del interés y del bienestar de la persona concernida, de especial importancia a la hora de instaurar una medida de protección de la misma.
- El principio de respetar los deseos y sentimientos de la persona concernida, particularmente en lo que respecta a la elección de la persona que la representa o asista.

A la vista de este panorama normativo parece evidente que en el plano internacional existe una indudable preocupación por el bienestar económico del discapacitado pero también por respetar al máximo su libertad. Precisamente este año ha sido declarado “Año Europeo de las personas con discapacidad”².

Esta preocupación también se percibe en nuestro ámbito interno. Recuérdesse como nuestra Carta Magna enuncia en el art. 49 que:

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”³.

Con este precepto, a juicio de Vida Soria, se pretende que determinados sectores tradicionalmente marginados se vieran como protagonistas de nuestro Texto Constitucional. El precepto tiene una naturaleza claramente “voluntarista”, apelando a la solidaridad social, solidaridad que solo sería posible en una determinada cultura de convivencia⁴.

Pero esta norma no puede contemplarse aisladamente, sino que ha de considerarse encardinada en el conjunto de reglas convencionalmente denominadas de “política social”⁵. En este caso en particular con los arts. 41 y 43 de la Constitución. Dichos preceptos señalan textualmente:

“Artículo 41. Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Artículo 43. 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

Por lo tanto, concluye Vida Soria, lo que se pretende con el art. 49 CE es plasmar un “deseo de singularizar, política y jurídicamente, una acción de protección social” específica, la dirigida a los discapacitados. Pero, al mismo tiempo, el legislador constitucional lo que pretendió con este precepto es socializar las técnicas a utilizar, toda vez que la experiencia ha demostrado lo insuficiente de los esfuerzos o actividad individual en este campo⁶. Bien entendido que la intervención pública no comportará suplantación de la iniciativa privada, como luego veremos.

Aún con la plasmación internacional y nacional de la mentada preocupación por el discapitado, la doctrina, asociaciones cívicas e incluso alguna institución del Estado, como es el caso del Defensor del Pueblo, no han cesado en estos años de dejar constancia, y de proponer incluso, medidas legislativas que hicieran efectivo ese anhelo –auténtica necesidad- de protección del discapitado.

Las propuestas de algunas asociaciones cívicas han sido bien elocuentes a la hora de demandar atención al colectivo de discapitados, y también a sus familias (CERMI, por ejemplo).

La preocupación del Defensor del Pueblo sobre la población que padece enfermedades, trastornos o retraso mental es sobradamente conocida⁷. El Informe monográfico del Defensor del Pueblo sobre el trato fiscal de los discapitados⁸, tras realizar una pormenorizada descripción del tema, concluye afirmando la necesidad de un “Estatuto Patrimonial del Discapitado”. Textualmente su propuesta en este sentido fue la siguiente:

“1º. Que se considere la modificación de la legislación civil en materia de gestión de patrimonio del discapitado y en materia de donaciones y sucesiones de modo que: se instrumenten mecanismos ágiles de gestión del patrimonio del discapitado a través de fideicomisarios constituidos por personas físicas y jurídicas; se flexibilice el régimen de donaciones y sucesorio incrementando en este caso los tercios de mejora y libre disposición cuando entre los causahabientes se encuentren uno o más discapitados y se excluya la posibilidad de suceder ‘ab intestato’ al heredero que nos e ocupó del causante discapitado.

2º. Que se considere una nueva regulación del instituto civil de la tutela de modo que se pueda ordenar la propia tutela futura, que de respuesta a los problemas causados por enfermedades seniles o por accidentes que provoquen minusvalía.

3º. Que se considere la reforma de la legislación procesal en cuanto a los procedimientos de declaración de incapacidad, mediante el desarrollo de juzgados especializados y la actuación de oficio del Ministerio fiscal, o a petición de los padres o representantes legales.

4º. Que se promueva la creación de un específico estatuto tributario para el discapitado beneficiando fiscalmente la generación de un patrimonio de destino y la adscripción de rentas periódicas por sus familiares que permita subvenir sus necesidades presentes y futuras”.

Tenemos aquí descrito en trazos gruesos, el contenido del Proyecto de Ley que nos proponemos a continuación comentar.

1.2.- El alcance del Proyecto de Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

El pasado día 14 de febrero el Consejo de Ministro aprobó el Anteproyecto de Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que está a la espera de iniciar su andadura parlamentaria hasta su definitiva aprobación.

En la Exposición de Motivos (ap. I) se declara que el objeto de la Ley es regular nuevos mecanismos de protección patrimonial, al ser esta área uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de los discapitados. Y en este sentido se reconoce que aunque algunos medios para cubrir las necesidades vitales de estos ciudadanos son proporcionados

por los poderes públicos, lo cierto es que otra parte no menor procede, bien de la propia persona discapacitada, bien de su familia.

Aunque el Proyecto de Ley se intitule de “protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en realidad el contenido del mismo aborda cuatro materias, creando dos nuevas instituciones jurídicas y modificando el régimen de otras dos:

- Crea una nueva institución civil, la “autotutela”.
- Crea otra nueva institución, el “patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, dictándose normas sobre constitución, administración y supervisión del mismo, y estableciendo un favorable tratamiento fiscal.
- Modifica el régimen sucesorio en favor del discapacitado.
- Modifica la regulación del contrato de alimentos.

Como puede verse, el Proyecto aborda dos cuestiones básicas, la autonomía del discapacitado y su protección patrimonial. En lo que respecta a lo primero, la autonomía de la persona discapacitada –en la medida en que ella sea posible- se suma al reciente avance en el terreno del reconocimiento del derecho del paciente (o futuro paciente) a expresar sus voluntades anticipadas (art. 11 Ley 41/2002, 14 noviembre). En lo segundo, la protección patrimonial desborda el marco del conjunto de medidas de beneficios fiscales (que, por lo demás, ya venían sucediéndose e intensificándose en los últimos años) para abordar, ahora de lleno, un elenco de reformas jurídico-civiles que abarcan aspectos contractuales, sucesorios y patrimoniales.

Obsérvese que el Proyecto utiliza el término “discapacitado”, aunque en esta temática es frecuente el uso de otros vocablos próximos. El uso de los términos deficiencia-discapacidad-minusvalía se corresponde con los vocablos ingleses de *impairment-disability-handicap*. La Clasificación Internacional de la Organización Mundial de la Salud⁹ contiene las siguientes definiciones:

- **Deficiencia:** Una pérdida o anomalía permanente o transitoria –psicológica, fisiológica o anatómica- de estructura o función.
- **Incapacidad:** Cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionados por una deficiencia, en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano.
- **Minusvalidez:** Una incapacidad que constituye una desventaja para una persona dada en cuanto limita o impide el cumplimiento de una función que es normal para esa persona según la edad, el sexo y los factores sociales y culturales.

Como reconoce el Defensor del Pueblo en su informe sobre la fiscalidad del discapacitado, el único término legalmente definido en nuestro ordenamiento es el de “minusválido”. Concretamente en el art. 7.1 de la Ley 13/1982, de 7 de Abril, de Integración Social de los Minusválidos se afirma que “se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como

consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”. Pero lo cierto es que se utiliza cada vez con más frecuencia el término “discapacitado”. Este es el término que propone, por ejemplo Vilá, por considerarlo un término más general, comprensivo de los demás citados (deficiente, minusválido)¹⁰. Y este es el término, como ha quedado dicho, que acoge el Proyecto de Ley que aquí se comenta.

2.- El patrimonio protegido del discapacitado.

2.1.- Caracteres.

A la vista del art. 1.1 y del apartado II de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, podría definirse el patrimonio protegido como: “El conjunto de bienes y derechos sin personalidad jurídica propia, aportados a título gratuito en favor de personas discapacitadas y destinado -junto a los frutos, productos y rendimientos que genere-, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares”.

Esta nueva figura jurídica se regirá por la propia Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, siendo de aplicación supletoria lo dispuesto en los títulos IX (“De la incapacitación”) y X (“De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores incapacitados”) del Libro I (“De las personas”) del Código Civil (arts. 199-201, 215-304 y 306 CC).

El titular y beneficiario del patrimonio protegido será la persona en cuyo interés se constituya (art. 2.1 Proyecto) que necesariamente será un discapacitado, entendiendo exclusivamente por tal el afectado por una minusvalía psíquica igual o superior al 33% o física o sensorial igual o superior al 65%) (art. 2.2 Proyecto), porcentaje este último idéntico al contemplado en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre de IRPF en relación con la Previsión Social Complementaria en favor de minusválidos. Dicho grado de minusvalía, obviamente, ha de ser reconocido oficialmente¹¹.

La constitución del patrimonio protegido puede tener lugar (art. 3.1 y 2 Proyecto):

- Por decisión del propio discapacitado si tuviera plena capacidad de obrar.
- Por decisión de sus padres o tutores si no la tuviera.
- Por resolución judicial.

Para esta última forma de constitución es preciso que previamente cualquier persona hubiera solicitado la constitución del patrimonio a los padres o tutores, éstos hubieran dado su injustificada negativa, el promotor hubiera acudido al Fiscal, éste a su vez lo hubiera instado del Juez y éste finalmente así lo hubiera decidido. Obsérvese que esta modalidad de constitución únicamente tiene lugar cuando se ha solicitado la creación del patrimonio protegido a los padres y tutores; es decir, no puede llevarse a cabo cuando se solicita al propio discapacitado con plena capacidad de obrar y éste se hubiera negado. La razón no es otra que salvaguardar el principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la

personalidad que afirma el 10.1 de nuestra Constitución (así se encarga de recordárnoslo la Exposición de Motivos en su ap. III).

La constitución del patrimonio protegido, sea por documento público, sea por resolución judicial, ha de tener el siguiente contenido mínimo (art. 3.3 Proyecto):

- Relación de bienes y derechos iniciales.
- Reglas de administración y fiscalización.
- Otras disposiciones sobre administración o conservación del patrimonio.

Aunque pudiera darse el caso, lo cierto es que lo más usual será que el patrimonio protegido se constituya con bienes y derechos que se van añadiendo a los preexistentes originalmente aportados. Es decir, la creación y mantenimiento de un “patrimonio protegido” tiene lugar mediante dos tipos de aportación patrimonial: la inicial y la/s posterior/es. En el momento de la constitución se hará constar en documento público “la relación de bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido” (art. 3.3.a PCC) y en momentos posteriores puede haber “aportaciones al patrimonio protegido” (art. 4). En este sentido, la analogía con la dotación inicial fundacional y la ampliación de dotaciones o las aportaciones sucesivas de las fundaciones, es evidente¹². Y es que, al igual que sucede con estas, no puede confundirse el patrimonio y la dotación¹³. Aunque ambos coinciden inicialmente, lo más usual es que aquel vaya incrementándose con el transcurrir del tiempo: con nuevas aportaciones de los constituyentes -pero también de terceros-, con las rentas y frutos generados, etc.

En cuanto a las aportaciones subsiguientes indicar que éstas están sometidos al siguiente régimen (art. 4 Proyecto):

- Se sujetan a las mismas formalidades que para el caso de la constitución.
- Cualquier persona, con el consentimiento del discapacitado si tiene plena capacidad de obrar o de sus padres o tutores en otro caso, puede aportar bienes y derechos, siempre a título gratuito, que no pueden someterse a término. En caso de negativa -solo de los padres o tutores- cabe acudir al Fiscal para que inste del Juez lo que proceda.
- Pueden los aportantes al hacer la aportación establecer un destino concreto a los bienes o derechos aportados.

Cuando un bien o derecho real, inscrito en el Registro de la Propiedad, se integre en un patrimonio protegido o pierda esa condición, dicha circunstancia se hará constar en la inscripción correspondiente (8.2 del Proyecto).

El régimen de administración y supervisión del patrimonio protegido se regula minuciosamente, como no podía ser menos, en los arts. 5 y 7 del Proyecto:

- El administrador puede ser el propio beneficiario -lógicamente si tiene plena capacidad de obrar- u otra persona. En este último supuesto con dos límites: no pueden serlo ni las personas que no puedan ser tutores, ni los padres o tutores que sin justa causa se hubiera opuesto a la constitución de un patrimonio protegido (3.2 Proyecto). En caso de que el

administrador no sea el propio beneficiario, asumirá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración del patrimonio protegido, aún sin el concurso de padres o tutor. Esta representación legal habrá de hacerse constar en el Registro Civil (art. 8.1 Proyecto).

- Las reglas que rigen la administración serán en todo caso las que consten en el documento público de constitución (3.3.b Proyecto), aunque cuando el constituyente no sea el propio beneficiario necesariamente han de prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto a los bienes del tutelado¹⁴, si bien que los constituyentes, el administrador y el propio beneficiario con plena capacidad de obrar puedan instar del Ministerio Fiscal que solicite del Juez la excepción de autorización en determinados casos.

- La supervisión de la administración corresponde al Ministerio Fiscal que tiene amplios poderes para instar del Juez lo que proceda en beneficio de la persona discapacitada (sustitución administrador, cambio de reglas de administración, medidas especiales de fiscalización, adopción de cautelas, extinción del patrimonio protegido u otra análoga). Ante el Ministerio Fiscal se rinden cuentas y será oído en cualquier actuación judicial relativa al patrimonio protegido. Como órgano de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y en la que participarán representantes de asociaciones de utilidad pública más representativas del ámbito estatal (7 del Proyecto).

La extinción del patrimonio puede tener lugar por dos razones:

- Por muerte o declaración de fallecimiento del titular-beneficiario, en cuyo caso se abre la sucesión correspondiente.

- Por dejar de tener el titular-beneficiario la condición de discapacitado, en cuyo caso seguirá siendo titular de los bienes y derechos del patrimonio protegido, sin perjuicio de la finalidad que eventualmente el aportante hubiera dado a determinados bienes y derechos o si ello no fuera posible de otra análoga.

En cualquier caso, se cancelarán las anotaciones practicadas en los supuestos de extinción del patrimonio protegido (8.3 del Proyecto).

2.2.- Aspectos fiscales.

Desde la implantación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas con la Ley 44/1978, de 8 de septiembre y posteriormente regulado en la Ley 18/1991, de 6 de junio, se han venido recogiendo beneficios fiscales a las personas con discapacidad. En esta línea la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del IRPF y otras Normas Tributarias ha venido también a introducir una serie de novedades para este colectivo de personas.

El Proyecto de Ley que aquí se comenta, contiene propuestas de modificación de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias (en adelante LIRPF), de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del

Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS) y del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante LITPAJD). Veamos los principales aspectos de la nueva regulación:

2.2.1.- Tratamiento fiscal del aportante al patrimonio protegido.

a) Si la aportación la hace el cónyuge, el encargado de la tutela o acogida o algún pariente, directo o colateral hasta el tercer grado de un discapacitado (47 sexies LIRPJD del Proyecto):

- Puede reducir el aportante de su base imponible el importe de la aportación al patrimonio protegido con el límite de 8.000 euros anuales, no pudiendo superar la cantidad de 24.250 euros anuales el conjunto de las reducciones practicadas por este concepto unidas a las efectuadas en calidad de aportación a planes de pensiones a favor de un mismo beneficiario por todas las personas.

- Lo que exceda de los límites anteriores da derecho a reducción en la base imponible de los cuatro ejercicios siguientes, hasta agotar los importes máximos de reducción.

- La disposición en el período dispositivo en que se realiza la aportación o en los cuatro siguientes de cualquier bien o derecho al patrimonio protegido obliga al contribuyente del IRPF a integrar en la base imponible del período impositivo en que tal hecho se produzca, las cantidades reducidas más los intereses de demora (47.sexies.6.a LIRPF del Proyecto).

b) Si la aportación la lleva a cabo una sociedad a favor de patrimonios protegidos de trabajadores con retribuciones anuales inferiores a 27.000 euros o de los parientes, cónyuges o personas a cargos de dichos trabajadores que estén en régimen de tutela o acogimiento (36 quáter LIS del Proyecto):

- Podrá la sociedad deducir en la cuota íntegra el 10% de las aportaciones, no pudiendo exceder dichas contribuciones empresariales de 8.000 euros por cada trabajador o persona discapacitada.

- Lo que exceda del límite anterior da derecho a practicar la deducción en los cuatro períodos impositivos siguientes, hasta agotar en su caso el importe máxima que genera el derecho de deducción.

c) En ambos casos:

- Tratándose de aportaciones no dinerarias (típico sería el caso de inmuebles, así vivienda) se toma como importe de la aportación el que resulte de lo previsto en el art. 18 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre¹⁵.

- Estarán exentas del IRPF y del IS las ganancias patrimoniales o rentas positivas, respectivamente, que se pongan de manifiesto con ocasión de las aportaciones a patrimonios protegidos (47 sexies.3 LIRPF y 36 quáter.c LIS del Proyecto, respectivamente).

- Por lo demás, las aportaciones a patrimonios protegidos de personas con discapacidad estarán exentas del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados (45.I.B.20 LITPAJC del Proyecto).

2.2.2.- Tratamiento fiscal del beneficiario discapacitado del patrimonio protegido.

Para el contribuyente discapacitado las aportaciones que se realicen al patrimonio protegido da lugar al siguiente tratamiento fiscal (17.4 LIRPF del Proyecto):

- Las aportaciones tienen el carácter de rendimientos del trabajo en la misma medida en que dan derecho a deducción, es decir, hasta un máximo de 8.000 euros anuales con una exención del doble del salario mínimo interprofesional.

- Tales rendimientos de trabajo no estarán sujetos a retención o ingreso a cuenta.

- Cuando las aportaciones las lleven a cabo sociedades a favor de patrimonios protegidos de parientes, cónyuges o personas a cargo de los empleados del aportante, solo tendrán consideración de rendimiento del trabajo para el titular del patrimonio protegido.

En el caso de que la aportación al patrimonio protegido hubiere sido hecha por una sociedad, la disposición en el período impositivo en que se realiza la aportación o en los cuatro siguientes de cualquier bien o derecho aportado al patrimonio protegido da lugar a las siguientes obligaciones (47.sexies.6.b LIRPF del Proyecto):

- Si la aportación ha sido hecha a un patrimonio protegido del trabajador, éste deberá integrar en la base imponible la cantidad que hubiera correspondido de haber percibido un rendimiento de trabajo dinerario.

- Si la aportación ha sido hecha a un patrimonio protegido de parientes, cónyuges o personas a cargo de los trabajadores en régimen de tutela o acogimiento, la obligación anterior ha de cumplirla el trabajador.

2.2.3.- Tratamiento fiscal del patrimonio protegido.

El Informe del Defensor del Pueblo sobre “Presente y futuro de la fiscalidad del discapacitado” proponía la creación de un “patrimonio de destino” que debiera tener un favorable tratamiento fiscal. A esta petición responde el Proyecto de Ley.

Los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad tendrán la consideración de entidades en régimen de atribución de rentas (Disp. Adic. 24ª LIRPF del Proyecto), lo que implica equiparar este tipo de patrimonios a las sociedades civiles, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades carentes de personalidad jurídica (10 LIRPF y 33 Ley General Tributaria).

3.- Modificación del régimen sucesorio.

El Proyecto incorpora un conjunto de medidas incardinadas dentro del Derecho de sucesiones. Una de ellas viene referida a la sucesión desde el discapacitado (causahabiente), declarando indigno de sucederle a quien no le hubiere prestado las atenciones debidas. Otras tres son regulaciones que pretenden favorecer en el orden sucesorio al discapacitado: frente a la prohibición general de que las sustituciones fideicomisarias no gravan las legítimas, se introduce la excepción de que cabe instaurar tal gravamen en beneficio de un discapacitado judicialmente declarado incapaz; se otorga un trato favorable a los legados y donaciones de derecho de habitación, creando además un derecho legal de habitación en favor del discapacitado; y, en fin, modifica el régimen de facultades del cónyuge supérstite en relación a la mejora y distribución de la herencia del cónyuge premuerto, a fin de poder tener en consideración las circunstancias del descendiente discapacitado.

3.1.- Indignidad para suceder.

El Proyecto incluye una nueva causa de indignidad para suceder, incorporando un nuevo número, el 7º, a los seis ya existentes del art. 756 CC. Se establece que las personas con derecho a la herencia que no hubieren prestado las atenciones debidas al discapacitado son incapaces de suceder por causa de indignidad.

Desheredación e indignidad son conceptos diferentes. La desheredación que, por supuesto, puede basarse en alguna de las causas de indignidad (STS 1ª, 7.3.1980, Az. 1558/1980) ha de hacerse por disposición testamentaria. No ocurre lo mismo con la indignidad, la cual no precisa de la expresión testamentaria para surtir efecto (STS 1ª, 20.2.1947, Az. 337/1947). Por tanto, el discapacitado puede desheredar en su testamento al indigno de sucederle por no haberle prestado las “atenciones debidas”, pero -sin necesidad de desheredar- quien no hubiera cumplido con tales prestaciones es indigno para suceder, por obra de la ley. O dicho en otros términos, la no adquisición de la herencia puede tener lugar tanto por decisión del causahabiente discapacitado como *ope legis*¹⁶.

Centrándonos en esta última, el art. 756 CC recogía las siguientes causas de indignidad para suceder: 1. Abandono, prostitución o corrupción de los hijos por los padres. 2. Haber sido condenado por atentado contra la vida del testador, cónyuge, descendientes o ascendientes 3. Haberse declarado calumniosa la acusación de delito grave del testador. 4. No haber denunciado el heredero mayor de edad la muerte violenta del testador en el plazo de un mes. 5. Haber amenazado, defraudado o ejercido violencia sobre el testador para hacer o cambiar el testamento y 6. Haber amenazado, defraudado o ejercido violencia para impedir al testador hacer o revocar el testamento. Además existían otras dos causas de indignidad: la no presentación del testamento cerrado por el heredero o legatario que lo tuviera en su poder (713 CC) y la exclusión de la herencia legal del hijo o sus descendientes del progenitor condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación o cuando la filiación ha sido judicialmente determinada contra su oposición (111 CC).

El Proyecto de Ley introduce, como decíamos, una nueva causa de indignidad para suceder, considerándose indigna de suceder a un discapacitado la persona que no le hubiese prestado las “atenciones debidas” de alimentos, teniendo la consideración de “atenciones debidas las reguladas en los arts. 142 y 146 CC.

Por alimentos se entiende, según lo establecido en el art. 142 CC, “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”, comprendiéndose también “la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”, e incluso se incluyen los gastos de embarazo y parto.

Esta obligación legal de alimentos que alcanza a cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos (143 CC), por este orden (144 CC), y que será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (146 CC), se reducirá o aumentará proporcionalmente según aumenten o disminuyan las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos (147 CC). Cuando la obligación recaiga sobre varias personas “se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo” (145 CC).

Especial interés tiene, a nuestros efectos, la obligación de alimentos entre hermanos. Estos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa no imputable al alimentista (quien recibe los alimentos), extendiéndose también a las necesidades de educación (143 CC). Entre hermanos es preciso que se determine la necesidad del alimentista, las posibilidades de los hermanos alimentantes y que se respeten los límites antedichos en cuando a la obligación (STS 10, 14.5.1971, Az. 2082/1971).

3.2.- Sustituciones fideicomisarias.

La sustitución fideicomisaria¹⁷ supone el nombramiento de dos o más herederos sucesivos: uno que recibe el caudal cuando fallece el causante, y otro que lo obtiene al morir el primer sustituto. En su virtud, “se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia” (781 CC).

Son tres los requisitos de este instituto: 1º) Una doble o múltiple vocación hereditaria consignada de forma expresa e inequívoca en el testamento; 2º) Un gravamen impuesto al fiduciario de conservar y entregar los bienes fideicomitidos al llamado en segundo lugar a la sucesión y 3º) El establecimiento de un orden sucesivo y cronológico para la adquisición de la herencia o legado, por el sustituido en primer lugar y el sustituto, de forma que venga uno después del otro en trance de continuidad sucesoria (SSTS 10, 13.12.1974, Az. 4677/1974 y 3.7.1963, Az. 3732/1963). Formalmente la sustitución ha de hacerse de modo expreso (783.I CC) y por medio de un testamento.

Tres son, por tanto, los sujetos actuantes:

1) El testador, también llamado causahabiente o fideicomitente. Es quien instituye u ordena la sustitución fideicomisaria al otorgar su testamento. A nuestros efectos, piénsese en los padres del discapacitado.

2) El fiduciario, que es el llamado a la herencia en primer lugar y está obligado a entregar la herencia al fideicomisario sin otras deducciones que los gastos legítimos, créditos y mejoras (782.21 CC) y que mientras vive es auténtico heredero, aunque como a veces ha sido llamado, es un “heredero intermedio”; y percibe los frutos y rentas a los que tiene derecho todo propietario (354 CC). A nuestros efectos piénsese en el hijo discapacitado.

3) El fideicomisario, que es el que adquiere el derecho a la sucesión cuando fallece el fiduciario. Es, por tanto, el destinatario final de la sustitución cuando se produzca el evento o la circunstancia (normalmente el fallecimiento del fiduciario) que determina su consolidación como heredero puro y simple. A nuestros efectos piénsese en los otros hijos no discapacitados.

En el derecho actualmente vigente “las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima” (782 CC). Y es aquí donde se introduce una modificación en favor del discapacitado al admitirse en el nuevo texto de este precepto una excepción a aquella prohibición: “salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado” (782 PCC). Obsérvese que para que pueda tener lugar la sustitución fideicomisaria en favor del discapacitado éste ha de estar legalmente incapacitado (así se menciona expresamente en los arts. 782 y 808 cuya reforma se propone en el Proyecto); en consecuencia, ha de haberse dictado una sentencia de incapacitación (199 CC).

Es decir, el Proyecto de Ley establece la posibilidad de que el testador (padre/madre) establezca testamentariamente una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta en la que son fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos (no incapacitados se entiende) (808 CC del Proyecto). O dicho en otros términos, el hijo incapacitado tendría derecho a percibir el patrimonio hereditario del que es titular y sus frutos y rentas. Solo cuando fallezca el fiduciario (el hijo incapacitado) el fideicomisario (el hijo no incapacitado) adquiriría dicho patrimonio. No obstante, si se diera el caso de que el hijo no incapacitado falleciera antes que el incapacitado, se entiende que su derecho a la sucesión ya lo había adquirido del testador y de este modo su derecho pasa a sus herederos (sus hijos por ejemplo) (784 CC).

No se oculta el interés que tiene esta reforma para casos, por ejemplo, de un hijo con síndrome de Down con expectativas de vida muy inferiores a las de otro hijo no discapacitado. El discapacitado como fiduciario se beneficia, mientras viva, por ejemplo del piso heredado -y de sus posibles rentas-. El no discapacitado heredará la vivienda al fallecer el anterior. Ahora bien si, por ejemplo, por un accidente fallece antes el no discapacitado, los hijos de éste heredarán no propiamente de su tío discapacitado sino de su propio padre que ya había adquirido el derecho a la sucesión de los testadores, sus padres -y abuelos de aquellos-, que fueron, precisamente los que establecieron en su testamento la sustitución fideicomisaria.

3.3.- Derecho de habitación.

El artículo 822 CC¹⁸ introduce otra interesante novedad de protección del discapacitado, dando un trato favorable a las donaciones o legados de derechos de habitación realizados en favor de este tipo de personas cuando sean legitimarias y convivan con el donante o testador y creando, además, un derecho legal de habitación a su favor.

El derecho de habitación es la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia”, afirma el art. 524, párrafo 21 CC. Son sus características el que su ejercicio no puede sino alegarse y ejercitarse en cosa ajena (STS 1ª, 12.5.1934, Az. 899), no pagando alquiler alguno quien ostenta tal derecho (STS 1ª, 5.3.1924, C.J.,T. 161, núm. 105).

El proyectado art. 822 CC incorpora, como decíamos, dos novedades:

- Por un lado, estableciendo que no computan a efectos de cálculo de la legítima las donaciones o legados de derechos intransmisibles de habitación sobre la vivienda habitual hechos por el titular a favor de un legitimario discapacitado, siempre que este último estuviera conviviendo con aquel.

- Por otro, creando un nuevo derecho legal de habitación en favor del legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa. Ahora bien, el titular de este derecho (discapacitado) no puede impedir la convivencia de los demás legitimarios (hermanos no discapacitados o cónyuge supérstite) en tanto éstos así lo precisen. Este derecho de habitación pretende cohesionarse con los derechos, también *ope legis*, del cónyuge supérstite que se encuentran reconocidos en los arts. 1406 y 1407 CC:

Artículo 1406.

Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:

4º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.

Artículo 1407.

En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario deberá éste abonar la diferencia en dinero”.

3.4.- Facultad delegada de hacer mejoras al cónyuge supérstite.

Según el art. 806 CC¹⁹: “Legítima es la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”. Como afirma la STS 1ª 22.11.1991 (Az. 8477/1991) con la legítima se produce “una sucesión forzosa o necesaria en el sentido de que el llamamiento tiene lugar aun contra la voluntad del causante... por disposición de la Ley, lo cual no suple la voluntad del mismo, sino que prohíbe una atribución de los bienes”.

Son herederos forzosos, según el art. 807 CC: 1º) Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes; 2º) A falta de los anteriores los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes y 3º) El viudo o viuda en la forma y medida legalmente establecida.

La legítima²⁰ de los hijos y descendientes está constituida por los 2/3 del haber hereditario, uno de los cuales puede servir para mejorar a alguno o algunos de ellos (808 CC). La legítima de los padres o ascendientes será de la mitad salvo que concurra el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo caso será de 1/3 (809 CC). La legítima del cónyuge viudo se extiende al usufructo del tercio destinado a mejora (834 CC).

Por su parte, y acudiendo a Castán, la mejora: “En sentido *amplio*, significa aquella porción de la herencia que recibe un descendiente además de la legítima y como ventaja respecto de los otros herederos forzosos; más *restringidamente*, aquella porción del segundo tercio con la que el ascendiente, o bien favorece a alguno de sus descendientes que no sean herederos forzosos, o bien la distribuye desigualmente entre los que efectivamente lo sean, incluso atribuyéndola totalmente a uno solo de ellos”²¹.

La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro (art. 830 CC), no obstante lo cual, el derecho vigente reconoce que pueda ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir a su arbitrio los bienes del difunto, mejorando a los hijos comunes, aunque debiendo respetar las legítimas y mejoras dispuestas por el causante (831 CC). El origen de esta facultad de disposición de los bienes hereditarios del causante por el cónyuge superviviente, tuvo su origen en una práctica muy difundida en los territorios forales. Como afirma García Goyena “los efectos de esta cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos, particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica”²². Desde luego, muy otra es la intención de la reforma que pretende introducir el Proyecto de Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Lo que se pretende con la misma no es la protección de la “madre viuda” sino “una forma de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad” (Exposición de Motivos, apartado VII *in fine*). Veamos cómo:

- El otorgamiento de facultades ya no tiene lugar solo entre cónyuges sino también “cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí” (831.6 CC del Pto). Parece que este otorgamiento solo entra en vigor si el matrimonio o la relación convivencia análoga subsiste en el momento de fallecer el cónyuge delegante²³.

- Esta facultad de disposición ha de otorgarse necesariamente en testamento (831.1 CC del Pto)²⁴.

- La facultad de disposición que se reconocía sólo respecto a los “bienes del difunto” de los que este no hubiera dispuesto o que integraran la legítima (831.1 CC)²⁵, o dicho en otros términos, a la total herencia intestada del premuerto, con la única limitación de las legítimas²⁶, se extiende ahora incluso “al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio

o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar” (831.1 CC del Pto).

- La disposición sobre los bienes que hasta ahora solo podía hacerse dentro del plazo de un año desde la apertura de la sucesión o desde la emancipación del último de los hijos comunes (831.II CC) se extiende en el Proyecto al plazo de dos años y además puede hacerse en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos (831.1.II CC del Pto). De este modo, como señala la Exposición de Motivos, se permite “no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad”.

- En todo caso, como antes también se reconociera, el cónyuge “deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos”, a cuyo efecto se permite incluso que para el respeto de dichas legítimas el cónyuge que ejerce las facultades de disposición pueda satisfacer las mismas con sus propios bienes. De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente el perjudicado podrá pedir la rescisión de los actos del cónyuge supérstite (831.3 CC del Pto).

- Las facultades del cónyuge supérstite no se extienden a las legítimas y otras disposiciones que el causante hubiera hecho en favor de un descendiente no común (831.4 CC del Pto).

- La administración de los bienes del testador corresponde al cónyuge supérstite (831.2 CC del Pto) si bien sus facultades sobre los mismos cesarán cuando contraiga ulterior matrimonio o entable relación de hecho análoga o cuando haya tenido hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa (831.5 CC del Pto).

4.- Modificación en materia del contrato de alimentos.

Entre los contratos aleatorios²⁷, es decir aquellos en los que el riesgo de ganancia o pérdida no se encuentra bien delimitado pues depende del *alea*, se encuentran un conjunto de figuras próximas entre sí: el contrato de renta vitalicia, el vitalicio y el violario. A estas modalidades contractuales se unirá ahora un contrato que, aunque se menciona en nuestro Código Civil, apenas se encontraba regulado. Me refiero al “contrato de alimentos”.

En efecto, los arts. 142-153 CC tratan sobre los “alimentos entre parientes”. Tratan estos preceptos de la obligación recíproca que tienen el cónyuge, los ascendientes y descendientes y, en algún caso, los hermanos de prestarse alimentos, entendiendo por tales: el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, la educación (para menores o para quienes no siéndolo no hubieran terminado su educación por causa a ellos no imputable) y los gastos de embarazo y parto, en su caso (142 CC). Bien entendido que es ésta una obligación legal, y no meramente ética²⁸. Pero al margen de la obligación legal de alimentos, el último de los preceptos aludidos, el art. 153 CC, aludía a un eventual pacto de alimentos que se regiría por lo convenido por las partes y subsidiariamente por la regulación de los “alimentos legales”. A esta otra categoría de alimentos, los “alimentos convencionales”, es a la ahora me voy a referir.

Como afirmara la STS 11.5.1897, la ley no impone la obligación de pagar alimentos a un extraño. Para que surja la obligación de dar alimentos a un extraño será precisa la celebración de una convención, el llamado “contrato de alimentos”. La doctrina fijó en algún caso su atención en esta hasta ahora apenas regulada figura contractual²⁹ y la jurisprudencia reconoció que el contrato de alimentos pudiera adoptar las formas del “vitalicio” (así en SSTs 16.12.1930, 2.4.1928, 14.11.1908, 28.5.1965)³⁰. Pero ha sido precisamente el Proyecto que aquí comentamos el que aborda la tarea, nunca acometida antes, de diseñar una regulación “sucinta pero suficiente” -dice la Exposición de Motivos- de este contrato. Se reconoce expresamente que la nueva regulación “amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad”, entre las que se cita expresamente a los ancianos. En realidad, se presta cobertura reglada a dos posibles situaciones típicas: persona mayor discapacitada que recibe para sí alimentos a cambio de la transmisión de un capital en bienes muebles o inmuebles o padres de una persona con discapacidad que transmiten al alimentante dicho capital en beneficio de un hijo con discapacidad.

El contenido normativo se ha ubicado en un grupo de preceptos (los arts. 1791-1797 CC) que habían quedado vacíos de contenido cuando la Ley 50/1980, de 8 de Contrato de Seguro vino a derogar y sustituir el contenido de dicho articulado.

Mediante el contrato de alimentos, afirma el art. 1791 CC del Proyecto “una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en bienes muebles o inmuebles”. Por tanto, el alimentante presta alimentos (vivienda, manutención y asistencia) al alimentista (anciano o hijo discapacitado) a cambio de un capital (de muebles o inmuebles) que le transfiere el otro contratante (anciano o padres del hijo discapacitado, por ej.).

El Proyecto pretende habilitar una vía para que los padres de un discapacitado puedan llevar a cabo un contrato de alimentos que contiene una “estipulación en favor de un tercero”, pues como señala la propia Exposición de Motivos “[s]u utilidad resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1257 del Código Civil”. Como señala la STS 1ª, 7.6.1976, Az. 3441, “contrato a favor de tercero es el celebrado válidamente entre dos personas pero dirigido a atribuir un derecho a una tercera persona que no ha tomado parte en su conclusión”. El tercero -hijo discapacitado, por ejemplo- tiene una acción directa para hacer efectiva la promesa por el obligado al contratante” (STS 1ª, 10.12.1956, Az. 4126); lógicamente si él no pudiera exigirla por sí - caso de hijo legalmente incapacitado- el tutor exigirá la prestación de alimentos en su nombre, ya que el tutor es “el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo” (art. 267 CC).

En cuanto al alcance de la prestación, se establece que la “extensión y calidad” de los alimentos será la establecida en el contrato. Es a las partes contratantes a quien corresponde determinar los conceptos y cualidades de la vivienda, manutención y asistencia

(1793 CC del Pto). La diferencia en este punto con los “alimentos legales” es notable. Mientras para los “alimentos legales” se establece su cuantía “será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”, en el caso de los “alimentos convencionales” tal cuantía no dependerá del caudal de uno o de las necesidades del otro, salvo pacto en contrario”. Insisto, el poder dispositivo de las partes es evidente.

Se establecen, en fin, un conjunto de disposiciones relativas a una eventual resolución del contrato (arts. 1792, 1794-1796 CC del Pto) que en lo fundamental permiten el pago de una pensión actualizable en plazos anticipados en caso de muerte del alimentante o de ruptura entre las partes, ciñen al supuesto de muerte del alimentista el cese de la obligación del alimentante, permiten al alimentista optar entre el cumplimiento o la resolución del contrato en caso de incumplimiento del alimentante y pretenden asegurar que la resolución del contrato permita al alimentista constituir de nuevo una pensión análoga para el resto de su vida.

5.- Especial referencia a la “autotutela”.

Uno de los aspectos más novedosos, y sin duda el más relevante directamente desde la perspectiva psiquiátrico-legal, es la introducción de una figura que, aún ya pensada e incluso propuesta hace décadas, nunca había alcanzado carácter jurídico-positivo, la “autotutela”.

Analicemos siquiera brevemente la figura matriz, la tutela, describiendo su concepto y la función social que desempeña para, posteriormente, entrar de lleno en la nueva institución legal.

5.1.- La tutela.

5.1.1.- Concepto y función.

Afirma García Cantero³¹ que aunque no existan referencias específicas a la tutela en nuestro texto constitucional, existe sin embargo una base constitucional indirecta pero suficientemente expresiva. Por un lado, reconociéndose en el art. 10.1 CE “el libre desarrollo de la personalidad” como fundamento del orden político y de la paz social, es obvio que no puede negarse tal desarrollo de la personalidad a menores o discapacitados que no pueden alcanzarlo *per se* por causas ajenas a su voluntad. Por otro, es necesario reconocer el derecho a la educación del 27.2 CE, con lo ello conlleva de fomento e intervención pública en la garantía de tal derecho para todos, incluso para los discapacitados. En tercer lugar, el art. 39 de la Constitución, al asegurar la protección jurídica de la familia, precisa de la creación de mecanismos adecuados para hacerla efectiva cuando falten los titulares de la patria potestad. Y, en fin, el art. 49 de nuestra Carta Magna – ya citado- viene a cerrar en sede constitucional el campo de actuación de las instituciones tutelares.

La tutela no es la única fórmula de protección del menor o incapacitado, ya que también existen la curatela y el nombramiento de defensor legal, pero sí es la forma más genuina. En cualquier caso, en lo que aquí interesa, lo que se diga de la “autotutela” es extrapolable a una eventual “autocuratela”³². De todos modos a efectos psiquiátrico-legales el interés aquí sólo se centraría en dos de los tres tipos de curatela: la “*cura furiosi*” (curatela para el enfermo mental) y la “*cura prodigi*” (curatela para el pródigo). Junto a ellas existe la “*cura minorum*” (la curatela de menores) que no es aquí objeto de nuestra atención.

Como se sabe, el art. 215 CC establece que “la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 11. La tutela. 21. La curatela. 31. El defensor judicial”³³. La reforma de 1983, afirma Díez Picazo³⁴, concibe a estos cargos tutelares “como auténticas potestades, o si se quiere, como derechos que están al servicio de una labor de protección del incapacitado, no sirven intereses de sus titulares, de manera análoga a la patria potestad”.

Dejando a un lado al defensor judicial (que es nombrado cuando surjan conflictos de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o cuando tutor o curador no desempeñen, por tal o cual razón, sus funciones), lo cierto es que la declaración judicial por la que se incapacita a una persona conlleva como consecuencia inmediata el sometimiento a la tutela o curatela, ya que, como en la actualidad prescribe el art. 760.1 LEC: “La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado,...”.

En lo que sigue nos centraremos en la tutela, la cual en palabras de Lacruz³⁵ “es la institución que sirve para la guarda, protección y representación de los menores no emancipados y de los incapacitados no sujetos a patria potestad y para la administración de su patrimonio”³⁶. La existencia de un patrimonio, de una cierta entidad, es lo que en la práctica históricamente ha abierto la vía a la tutela, un mecanismo que no ha dejado de tener su cierta complejidad³⁷.

5.1.2.- Clases.

Originariamente el art. 204 del Código Civil distinguía entre tutela por testamento, por ley y por nombramiento del consejo de familia. Tras la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, y siguiendo la exposición de Lacruz³⁸ y Saura³⁹ diferenciaríamos tres clases de tutela:

- La tutela testamentaria, es decir el nombramiento de tutor efectuado por los padres en testamento o documento público notarial (223 CC), decisión que en principio vincula al Juez “salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa” (224 CC). Facultad esta de los padres que presupone la titularidad de la patria potestad; es decir, para llevar a cabo el nombramiento de tutor de su hijo no pueden estar privados de la patria potestad (226 CC). Esta figura ya existía en derecho romano en una doble modalidad, para impúberes y para mujeres (*tutela impuberum testamentaria* y *tutela mulierum testamentaria*, respectivamente) y es conocida asimismo por nuestro derecho histórico (Partida 60, Título XVI, Ley II).

- La tutela legítima⁴⁰, que es la fijada en el orden de prelación que establece el art. 234 CC⁴¹: 1º. Cónyuge que viva con el menos o incapacitado. 2º. Los padres. 3º. La persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad⁴². 4º. Descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez⁴³.

- La tutela dativa⁴⁴, que es la que corresponde al Juez en defecto de las personas mencionadas en el art. 234 CC . En tal caso “el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo” (235 CC).

La nueva figura a la que nos vamos a continuación a referir, constituiría por tanto, un cuarto tipo de tutela, en la que el factor predominante será la autocomposición, el autogobierno, la autonomía de la voluntad de la persona afectada por una eventual discapacidad.

5.2.- La autotutela.

5.2.1.- La autotutela en la doctrina española.

Aún siendo reciente la aparición en nuestro panorama normativo de la denominada “autotutela”, lo cierto es que la doctrina española ya había deparado en la posibilidad de esta institución jurídica.

Corresponde a Sánchez Torres la introducción de este término Aautotutela⁴⁵, si bien con anterioridad Crehuet del Amo había empleado otro término, “tutela fiduciaria”⁴⁶ para designar una misma entidad. Posteriormente Rodríguez-Arias Bustamante distinguirá entre las modalidades “positiva” y “negativa” de la autodesignación, para referirse en el primer caso a la declaración sobre nombramiento de tutores y en el segundo a la declaración prohibitiva o excluyente del nombramiento de determinado/s tutores⁴⁷.

Con anterioridad a la primera regulación de la autotutela en nuestro país en 1996 – aunque ceñida al territorio catalán-, merece la pena describir el análisis que en 1921 hiciera Crehuet del Amo y las propuestas efectuadas en el estudio de 1977⁴⁸, así como dejar constancia de algunos autores que han manifestado su posición sobre el tema.

Crehuet abogó por introducir una cuarta modalidad de tutela, la que el denominó “tutela fiduciaria”, denominación que ponía la base fundamental de la misma en la confianza, de ahí su nombre (del latín *fiducia-ae*, confianza). Tal institución autorreguladora se hacía en función de la “previsión de un suceso” (eventual incapacidad) y partía de la consideración - que comparto- de que nadie mejor que el propio afectado, si aún está en condiciones para ello, para establecer el orden de prelación que haya de seguirse en el nombramiento de tutor (o curador). Nada impide, ni ningún principio ético ni jurídico es óbice, para la creación de esta institución, afirma Crehuet. Aunque establece, eso sí, una relación de personas que por su propia condición han de ser excluidas de esta institución: el menor al carecer de capacidad, los declarados pródigos ya que desconocen la imprudencia de sus actos, los condenados a pena de interdicción civil –pena que como se sabe ya no existe en nuestro ordenamiento- por la evidente ilegalidad de prever la comisión futura de hechos inmorales

que conllevan dicha pena y los sordomudos que no sepan leer y escribir, por carecer de medios de expresión de su voluntad.

Obviamente, señala Crehuet, para realizar la delación voluntaria será preciso que el sujeto en el momento en que realiza tal designación goce de plena capacidad. La delación será sólo eficaz, naturalmente, cuando una sentencia futura declare la incapacidad del sujeto afectado. En cuanto a la formalización del acto Crehuet alude a la necesidad de un “instrumento público”.

Un grupo de civilistas (Díez-Picazo, Bercovitz, Rogel, Cabanillas y Cafarena), propusieron, medio siglo después, en 1977 una modificación de la regulación civil de la incapacitación y de los cargos tutelares⁴⁹. Proponían estos autores la configuración de un sistema de “incapacitación voluntaria” especialmente pensado para un determinado tipo de sujetos: ebrios, toxicómanos, personas en avanzado estado de senilidad o con un alto grado de inexperiencia. Como se ve, son casos en los que el sujeto puede tener capacidad para designar tutor en previsión de que por su estado de progresivo deterioro o por sus conductas adictivas pueda necesitarlo en un futuro.

Obviamente el principal problema que plantearía este procedimiento, innovador en el momento en que fue planteado, sería la determinación de la concreta competencia del sujeto en el momento en que se produce su declaración.

En cualquier caso la incorporación de autotutela al texto del Código fue rechazada en la reforma de 1983. Pero, aún así, no han faltado autores que han seguido abogando por la instauración de esta figura.

Así, Badosa⁵⁰ insiste en pro de una futura asunción de esta modalidad de tutela utilizando diversos tipos de argumentos: a la vista de que el nuevo art. 200 CC incorpora una visión instrumental en función de la capacidad natural⁵¹ y debido a la inexistencia de obstáculos sustanciales a esta institución... Es más, aunque el Código no recoja expresamente este instituto, Badosa considera que bien puede aceptarse la autotutela en derecho español, mediante el uso de la potestad judicial contemplada en el último párrafo del art. 234 CC. Dicho precepto establece un orden de preferencia para el nombramiento de tutor (cónyuge, padres, personas designadas por éstos, descendientes, ascendiente y hermanos), pero “excepcionalmente” el Juez puede alterar este orden “si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere”, y la voluntad expresada anticipadamente por ese menor o incapaz podría convertirse en un argumento de peso a la hora de decir una modificación del orden de prelación.

Más recientemente, no han faltado tampoco autores que han defendido la posibilidad de la autotutela aunque tal figura no esté explícitamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. Castillo Tamarit, por ejemplo, considera que el hecho de que no esté expresamente regulada en el Código no implica sin embargo prohibición y ello bajo la siguiente cobertura:

- Al amparo del principio de libertad contractual que preside nuestro ordenamiento jurídico civil (art. 1255 CC⁵²).

- De forma análoga⁵³ a la prescripción contenida en el art. 245 CC, ya que si este precepto señala que no pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o la madre, con igual razón no debieran serlo los excluidos por el propio afectado.

- Por igual vía analógica en relación a lo dispuesto en los arts. 223, 224 y 226 CC, preceptos que aluden a la facultad que se concede a los padres para nombrar por testamento o documento público notarial tutor de sus hijos menores o incapacitados.

- Por la propia finalidad y fundamento que inspiran la autotutela. Cuando nuestro CC reconoce a los padres la posibilidad de nombrar a los tutores de sus hijos lo hace basado en la idea de protección y beneficio de los menores e incapacitados, pues nadie mejor que ellos para discernir quienes son más idóneos para desempeñar tal cargo. Pues, *mutatis mutandi* “nadie mejor que uno mismo para apreciar quién cuidará de él”, concluye Castillo Tamarit.

Y en el mismo sentido de admitir la autotutela, refutando argumentos contrarios se pronuncia Campo Guerri⁵⁴, cuando afirma:

- Que frente al argumento de que la autorregulación de la incapacidad es muy limitada al constituir una normativa de orden público, ha de tenerse presente que aunque ostente tal carácter la autotutela en nada infringe este orden, pues este ejercicio de la autonomía privada está garantizado con la decisión final a cargo del Juez.

- Que es un principio de nuestro ordenamiento que la persona capaz pueda regirse asimismo y a sus bienes libremente, y si esto es así, tal autogobierno es predicable no solo en el presente sino respecto al futuro, previendo una eventual incapacidad.

- Que si una persona -incluso incapaz- puede prever su situación e instar el correspondiente procedimiento judicial de incapacidad, no debería haber inconveniente alguno en que también pueda ordenar su propia tutela.

- Y, en fin, frente al argumento ya muy antiguo, de que admitir la autotutela comporta un riesgo de una posible captación de la voluntad del presunto incapaz, lo cierto es que este es un riesgo que afecta a todo negocio jurídico, siendo impensable descartar nuevos negocios jurídicos -en este caso la autotutela- porque puedan sufrir vicios de consentimiento.

En 2000 Couto⁵⁵ se preguntaba por las razones por las cuales el legislador estatal ignoraba -y, en consecuencia, no reconocía- la autotutela:

“¿por qué nuestro Derecho común es reactivo a admitir la legitimación de un sujeto para designar el cargo tutelar que en un futuro puede necesitar?. Si existe una presunción a favor de la plena capacidad de obrar de toda persona mayor de edad, ¿por qué se duda de la validez de una declaración hecha por un sujeto que no tiene sentencia de incapacitación que limite su actuación?”.

Y en 2001, Segura Zurbano⁵⁶ haciendo hincapié en uno de los argumentos centrales en pro de la autotutela se pregunta:

“... si yo, padre, puedo prever la tutela de mis hijos menores de edad, es porque la ley me reconoce como primer responsable y principal interesado en el bienestar de mis hijos; y si ésta es la causa de concederme tal facultad, ¿cómo no se me va a conceder la misma facultad para nombrarme tutor a mí mismo? ¿Hay alguien más interesado en mi bienestar que yo mismo?”

5.2.2.- Las discusiones legislativas de la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

Tanto en la primera como en la segunda legislatura de nuestra etapa democrática hubo propuestas en pro de regular la incapacitación voluntaria y la autodesignación de tutor.

En la I Legislatura se pretendió que la autodesignación de tutor gozara de preferencia respecto a cualquier otra (enmienda 21 del art. 225), pese a lo cual sería rechazada tal propuesta, básicamente por el peligro de captación de la voluntad del sujeto afectado.

En la II Legislatura fue aprobada la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela. Esta reforma de respuesta al mandato contenido en la Disposición final 1ª de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), en el sentido de aprobar en el plazo de seis meses un proyecto de ley que modificara la regulación de la incapacidad y sistema tutelar de las personas deficientes. En la reforma se manejaron argumentos a favor y en contra de la autotutela. En síntesis⁵⁷:

- Se esgrimió a favor de la incapacitación voluntaria y de la autodesignación del cargo tutelar: el respeto al derecho de autonomía privada de las personas máxime cuando no cabe incapacitación sino por sentencia judicial, la garantía que supone -a fin de evitar riesgos- el hecho de que la formalización del acto tenga lugar por instrumento público, la analogía con la capacidad que sí se reconoce para el nombramiento anticipado por parte de los padres.

- Se alegó en contra: la innecesariedad de este instituto a la vista de la amplia legitimación que concedía el 204 CC⁵⁸, el peligro que existía de una posible captación de la voluntad del interesado, el carácter excepcional del instituto propuesto que hace inadmisibles su generalización y la falta de una presencia social de la autotutela que “no tiene ninguna base real”, llegó a decirse.

Como sabemos, el texto definitivo de la Ley 13/1983 descartó la regulación tanto de la incapacitación voluntaria como de la autotutela.

5.2.3.- La Ley 11/1996 de Cataluña.

La primera norma legal española que recoge el instituto de la autotutela fue la Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre de tutela e instituciones tutelares de Cataluña⁵⁹. La razón de ser de esta reforma queda puesta de manifiesto en el Preámbulo de la propia Ley, a dos niveles:

- Un fundamento de principio, el respeto a la autonomía de la voluntad personal. Por eso se reconoce que las modificaciones que introduce la ley están inspiradas en “la autonomía de la voluntad”.

- Una razón de oportunidad política, pues el envejecimiento de la población con las secuelas que en orden a la afectación de la capacidad ello comporta se sienten cada vez más en nuestras sociedades desarrolladas. Y, en consecuencia, se establece que: “La presente iniciativa legislativa responde al aumento de la esperanza de vida de la población, lo cual da lugar a un sobre envejecimiento de las personas conducente a un incremento de patologías crónicas que puedan impedir el propio gobierno”.

La reforma de 1996 en lo sustancial incorpora dos tipos de regulaciones. Por un lado, modifica en buena medida la “delación voluntaria”, que a partir de ahora contempla dos modos de constitución de la tutela:

- A cargo de la misma persona que en el futuro se verá afectada por la tutela, que de este modo aprovecha su estado de plena capacidad actual “en previsión del caso de ser declarada incapaz” en un tiempo posterior. El mecanismo de constitución de esta tutela será la escritura, que de este modo se introduce en derecho catalán junto a los dos sistemas de testamento o codicilo y la resolución judicial.

- A cargo del padre o madre -no privados de potestad- en relación con los hijos menores de edad y los mayores de edad incapacitados sobre los que tengan la potestad prorrogada o rehabilitada. El mecanismo de constitución de esta tutela será bien la escritura, bien el testamento o codicilo.

Por otro, se restablece un Registro de Tutelas y Autotutelas para inscribir estos mecanismos de delación voluntaria que regula la Ley 11/1996.

La Ley catalana contempla los dos tipos de autotutela, a que hacía referencia Rodríguez Bustamante: la positiva (“Cualquier persona... puede nombrar...”) como la negativa (“u ordenar que una persona o más sean excluidas de dichos cargos”).

Con posterioridad, una vez que se aprueba el Código de Familia de Cataluña por Ley 9/1998, de 15 de julio, los preceptos de la ley 11/1996 se incorporan a dicho Código; en concreto vienen a conformar los arts. 172 y 173 aunque se introducen algunas particularidades: desaparece la figura del protutor, se mantiene el sistema de tutela familiar prevaleciendo la designación hecha por los padres, se regula la creación facultativa del consejo de tutela y se modifica la denominación del Registro de Tutelas y Autotutelas que pasa a denominarse Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios⁶⁰.

5.2.4.- El Proyecto de Ley de 14 de febrero de 2003.

Junto a las generalizadas propuestas doctrinales en aras a la regulación de la autotutela, en los últimos tiempos no han faltado asociaciones e instituciones que también han instado a una regulación de esta figura.

Así la Sociedad Española de Geriátrica y Gerontología expuso en 2000⁶¹ la conveniencia de que el art. 234 CC previera la posibilidad de que tutor fuera designado por el afectado cuando aún estuviera en pleno uso de sus facultades. Y de todos es conocido el protagonismo que en esta materia ha tenido el CERMI (Comité Español de Representantes

de Minusválidos), tanto en lo relativo a atención y protección de los capacitados como de sus familias⁶².

Y otro tanto sucede con el Informe del Defensor del Pueblo de 2000 titulado "Presente y futuro de la fiscalidad del discapacitado"⁶³. A modo de conclusiones se establecía en el mismo:

"Que se considere una nueva regulación del instituto civil de la tutela de modo que se pueda ordenar la propia tutela futura, que de respuesta a los problemas causados por enfermedades seniles o por accidentes que provoquen minusvalía".

La respuesta a esta propuesta será la modificación del art. 223 del Código Civil, que figura con la siguiente redacción en el Anteproyecto de Ley que comentamos:

"Artículo 223.

Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados. Asimismo, cualquier persona, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere el presente artículo".

Al mismo tiempo, el art. 234 CC, como consecuencia de la introducción de la autotutela por el Proyecto aquí comentado, es modificado pasando a introducir una primera instancia en el orden de prelación para el nombramiento de tutor. Y así, antes que el nombramiento realizado por el cónyuge, por los padres, por la persona o persona designada por éstos en sus disposiciones de última voluntad o por el juez entre las personas de los descendientes, ascendientes o hermanos, se preferirá "al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223". Textualmente el art. 234 CC del Proyecto señala:

"Para el nombramiento de tutor se preferirá:

1º. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.

2º. Al cónyuge que conviva con el tutelado.

3º. A los padres.

4º. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.

5º. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez".

Como "complemento de esta regulación de la tutela" según indica la E.M., se lleva a cabo la reforma del art. 1732 CC estableciéndose que la incapacitación judicial del mandante, sobrevinida al otorgamiento del mandato, no es causa de extinción del mismo siempre que el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación. No obstante lo cual por decisión judicial puede producirse la extinción del mandato en el momento de la constitución de la tutela o en un momento posterior, a instancia del tutor.

El Proyecto introduce asimismo una nueva legitimación para instar la declaración de incapacidad. Si hasta ahora se reconocía legitimación al cónyuge o persona que se encontrara en situación de hecho asimilable, a los descendientes, a los ascendientes y a los hermanos del presunto incapaz, se viene a añadir en texto propuesto la propia persona del presunto incapaz. En efecto, el art. 757.1 LEC en el listado de legitimados cita a éste en primer lugar. Podemos hablar, en suma, de una autoincapacitación.

5.2.5.- Juicio crítico.

En la actualidad estamos inmersos en un proceso de reconocimiento de la autonomía individual del sujeto enfermo o discapacitado. Y dicho proceso básicamente se fundamenta en dos pilares:

- El reconocimiento de su autonomía en orden a la toma de decisiones concernientes a su tratamiento sanitario.
- El reconocimiento de su autonomía en orden a la disposición sobre sus propios bienes.

El primer nivel ha recibido respuesta en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Su art. 11.1 señala textualmente:

“Artículo 11. Instrucciones previas.

1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”.

Es el llamado por parte de la doctrina “testamento vital”⁶⁴ término introducido por vez primera por el abogado norteamericano Louis Kutner⁶⁵, y que ha alcanzado gran predicamento en la doctrina y en el derecho positivo. Por ejemplo, en el ámbito europeo la *British Medical Association* estableció en 1994 una declaración sobre “instrucciones anticipadas” (*Advanced Directives*). Allí se afirmaba que la función de estos documentos era “proporcionar a los pacientes un medio para que puedan seguir ejerciendo su autonomía cuando han perdido la capacidad para tomar decisiones o para comunicarse”.

Al segundo plano responde la nueva regulación que introduce por vez primera en nuestro ordenamiento estatal -siguiendo la senda abierta por la legislación catalana- el Proyecto de Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, y que tiene referentes foráneos bien conocidos⁶⁶. Es el caso Ley de Modificación del Derecho de Asistencia-BtÄndG alemana, de 25 de junio de 1998, que entró en vigor el 1.1.1999, que instaura la figura del *Betreuung* (“asistente”) para la ayuda de personas mayores que por razones físicas o psíquicas no puedan ocuparse de sus asuntos y que descarta la entrada

de escena de esta figura cuando el propio afectado hubiera otorgado un poder de representación a un tercero para ocuparse de sus asuntos⁶⁷.

Por tanto, testamento vital (*instrucciones previas* en la terminología de nuestra Ley 41/2002) y autotutela son dos institutos jurídicos que responden a una misma filosofía, el respeto a la autonomía de la voluntad del paciente o eventual incapacitado, si bien cada uno de ellos se refiere a ámbitos distintos: el primero, al autogobierno físico -decisión sobre el tratamiento médico-; el segundo, al autogobierno económico o negocial.

Como afirma Segura Zurbano⁶⁸ la autotutela viene a dar respuesta a las necesidades que en el orden jurídico plantean unos sujetos con dos características distintivas:

- Que su incapacidad no se produce habitualmente, salvo casos traumáticos, en un instante, sino que generalmente es progresiva, gradual (por ej. proceso de deterioro cognoscitivo).
- Que dichos sujetos han sido capaces alguna vez, y que en tal época de lucidez han podido ejercer su autonomía de la voluntad.

Según Campo Guerri la autotutela es “el régimen que uno mismo configura para la protección de su persona y/o de su patrimonio en previsión de que pierda su propia capacidad”⁶⁹.

No existe inconveniente en que ambos tipos de autotutela, la positiva y la negativa confluyan en un mismo negocio jurídico de autotutela. Como afirma Castillo⁷⁰, es perfectamente viable que una persona designe a su tutor y que, al propio tiempo, y previendo la posibilidad de que el juez designe a otra, prohíba que determinadas personas puedan llegar a ser sus tutores. Y esta es la opción de la Ley catalana. Y aunque no se encuentre expresamente reconocido en el Proyecto de Ley, los términos amplios en los que se expresa el párrafo 2º del art. 223 CC del Proyecto: “cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor” avalan esta solución para el caso del derecho común.

En el caso de la autotutela negativa se plantean dos tipos de problemas:

- La forma de llevar a cabo la exclusión. A tenor de lo establecido en el párrafo 2º del art. 223 CC del Proyecto, necesariamente la disposición en la que se establezca el mecanismo de autotutela ha de llevarse a cabo en “documento público notarial”. En cuanto a la determinación de la persona/s designadas, Hualde⁷¹ considera que si bien no tiene por que ser motivada, sí deberá ser expresa. Es decir, no serían posibles exclusiones genéricas, aunque podría admitirse la exclusión de determinadas categorías de personas (por. ej. ascendientes).
- La vinculación del Juez a la decisión de nombramiento. Aunque nuestro CC reconoce que el Juez, en beneficio del menor o incapacitado, pueda alterar el orden de prelación de tutela o el nombramiento hecho por los padres (arts. 234 y 224 CC, respectivamente), no parece *de lege data* -afirmaba hace dos años Castillo Tamarit⁷²- que el juez pueda nombrar tutor a quien el incapaz prohibió desempeñar tal cargo. Es decir, el Juez debería respetar la

autotutela negativa, aunque no está vinculado por la positiva. Sobre este tema Segura Zurbano⁷³ considera que a no mediar un cambio fundamental de circunstancias, el Juez habría de respetar la designación del afectado; si no lo hiciera debería motivar su resolución, la cual -en todo caso- sería recurrible. A similares conclusiones llega Hualde quien por lo demás considera plenamente justificados los poderes que se otorga al Juez para no atender a la exclusión⁷⁴. Nos unimos a la opinión de estos últimos: el Juez sí podría no tener en consideración el nombramiento o incluso la prohibición de nombramiento que efectuara el eventual incapaz, ahora bien, en este caso habrá de motivar su decisión. Así lo exige una interpretación integrada de los arts. 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión) y 120.2 CE (motivación de resoluciones judiciales).

Sin lugar a dudas la autotutela es una institución necesaria en un ordenamiento jurídico como el nuestro que reconoce como valor superior del ordenamiento la libertad (art. 1.1). Libertad que se manifiesta para el discapacitado mental en instituciones asistenciales y tuteladoras, pero también se refleja en la principio de presunción de capacidad de la persona, presunción que opera en un doble plano:

- El asistencial. En la normativa vigente, el art. 10.6 de la Ley General de Sanidad establece el principio general de consentimiento del paciente, y en la normativa que entrará en vigor próximamente, el 15 de mayo, es decir, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el art. 2.2 señala: “Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”, principio que se reitera en el art 8.1 del mismo texto legal y que se complementa con lo dispuesto en el art. 9.3 conforme al cual se admite exclusivamente el consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, cuando esté incapacitado legalmente o cuando sea menor de edad.

- El patrimonial. Según el art. 199 CC: “Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley” (art. 199 CC), luego, por tanto, opera el principio indicado de presunción de la capacidad: “toda persona es capaz mientras no sea declarada judicialmente incapaz”.

La autotutela puede plantear, en fin, la cuestión de la determinación de la capacidad del tutelable. E incluso en el caso de menores no habría por qué descartar su capacidad para deferir la tutela⁷⁵. Y en el caso que aquí interesa de los futuros incapacitados hemos de tener en cuenta que:

- El futuro incapacitado, mientras permanezca como capaz, tiene los derechos de tal, luego ha de admitirse la posibilidad de autorregular su tutela futura.

- En el hipotético caso de que el capaz legal sea sin embargo un incapaz de hecho, es decir padezca una incapacidad natural, el notario autorizante habrá de prejuzgar su estado y condición, cual sucede en cualquier otro negocio jurídico en el que interviene⁷⁶. Aunque es preciso reconocer que sería más adecuado el crear un mecanismo que dé mayor fiabilidad a la comprobación de la competencia (capacidad natural o de hecho) del compareciente (por ej. mediante la emisión de un dictamen psiquiátrico).

En general, y aunque en el trámite de aprobación parlamentaria debieran introducirse algunas mejoras –así por ej. especificación de la tutela negativa y facultades que al respecto se atribuyen a la autoridad judicial o determinación del mecanismo de comprobación de la competencia en la declaración hecha ante Notario disponiendo la autotutela- el juicio que merece este Proyecto de Ley es claramente positivo, al venir a colmar la necesaria cobertura normativa de una institución obligada en una sociedad en la que la autonomía personal es un valor en alza.

NOTAS

¹ En general sobre el proceso internacional y nacional de reconocimiento de los derechos de los discapacitados vid. VILÁ, Antoni: “Los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, núm. 43, 1998, pp. 33-66.

² Decisión del Consejo de la Unión Europea de 3.12.2001. (2001/903/CE).

³ En Derecho comparado son preceptos que atienden a la misma temática el art. 38 de la Constitución italiana de 1947 y el Preámbulo (pfo. 11º) de la Constitución de la IV República francesa de 1958. Pero especialmente debe destacarse la influencia del art. 71 de la Constitución portuguesa de 26 de abril de 1976.

⁴ VIDA SORIA, José: “Artículo 49”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas*, Edersa, Madrid, 1984, Tomo IV, pp. 363-373.

⁵ VIDA SORIA, José: *op. cit.*, p. 368.

⁶ GÁLVEZ, Javier: “Artículo 49”, en GARRIDO FALLA, Fernando y otros: *Comentarios a la Constitución*, Edit. Civitas, Madrid, 1985, pp. 837-842.

⁷ Por ejemplo su Informe: *Situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España*, Publicaciones del Defensor del Pueblo, Madrid, 1991.

⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO: *Presente y futuro de la fiscalidad del discapacitado*, Madrid, 2000. Disponible en la URL: <http://www.defensordelpueblo.es>.

⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION: *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH)*, Geneve, 1980.

¹⁰ VILÁ, Antoni: *op. di5.*, p. 36.

¹¹ R.D. 1723/1981, de 24 de julio, de Reconocimiento, declaración y calificación de la condición de minusválido y Orden de 5 de enero de 1982, por la que se desarrolla el Real Decreto anterior. Asimismo R.D. 1609/1982, de 24 de septiembre, de Evaluación y declaración de las situaciones de invalidez.

¹² SERRANO CHAMORRO, M0 Eugenia: *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Civitas, 10 edic., Madrid, 2000, pp. 103 y ss.

¹³ GARCÍA-ANDRADE, J.: *La fundación: un estudio jurídico*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, pp. 133 y ss y REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI; A.: *La nueva Ley de Fundaciones*, Centro de Estudios Financieros, 1994, pp. 44-45.

¹⁴ En el caso del Derecho Civil común se estaría a lo dispuesto en los arts. 271 y 272 CC. Conforme el art. 271 CC: “El tutor necesita autorización judicial: 1º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. 2º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. 3º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado. 4º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades. 5º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes. 6º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. 7º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.

8º Para dar y tomar dinero a préstamo. 9º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado. 10º Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

Y según el art. 272 CC: “No necesitarán autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial”.

¹⁵ “Artículo 18. Base de las deducciones por donativos, donaciones y aportaciones.

1. La base de las deducciones por donativos, donaciones y aportaciones realizados en favor de las entidades a las que se refiere el art. 16 será:

a) En los donativos dinerarios, su importe.

b) En los donativos o donaciones de bienes o derechos, el valor contable que tuviesen en el momento de la transmisión y, en su defecto, el valor determinado conforme a las normas del Impuesto sobre el Patrimonio.

c) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre bienes inmuebles, el importe anual que resulte de aplicar, en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo, el 2 por 100 al valor catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo.

d) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre valores, el importe anual de los dividendos o intereses percibidos por el usufructuario en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo.

e) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre otros bienes y derechos, el importe anual resultante de aplicar el interés legal del dinero de cada ejercicio al valor del usufructo determinado en el momento de su constitución conforme a las normas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

f) En los donativos o donaciones de obras de arte de calidad garantizada y de los bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español a que se refieren los párrafos d) y e) del apartado 1 del art. 17 de esta Ley, la valoración efectuada por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación. En el caso de los bienes culturales que no formen parte del Patrimonio Histórico Español, la Junta valorará, asimismo, la suficiencia de la calidad de la obra.

2. El valor determinado de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior tendrá como límite máximo el valor normal en el mercado del bien o derecho transmitido en el momento de su transmisión”.

¹⁶ Sobre la indignidad para suceder vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Joaquín en LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, Bosch, 50 edic., Barcelona, 1993, pp. 64 y ss. También HERNÁNDEZ GIL, Félix: “La indignidad sucesoria”, *Revista de Derecho Privado*, 1961, pp. 468 y ss; del mismo autor “La rehabilitación del indigno”, *Revista de Derecho Privado*, 1962, pp. 285 y ss y “La indignidad por incumplimiento de deberes legales”, *Revista de Derecho Privado*, 1965, pp. 109 y ss.

¹⁷ Cfr. en general ALBALADEJO: “Las sustituciones fideicomisarias...”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, pp. 519 y ss y 647 y ss; MATEOS BONILLA, I.: “Estudio teórico-práctico de las figuras fideicomisarias”, *Anuario de Derecho Civil*, 1998, pp. 1179 y ss; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil. Tomo Séptimo. Derecho de sucesiones*, Trivium, 20 edic., Madrid, 2001, pp. 169-190 y bibliografía que allí se cita.

¹⁸ Este precepto ocupa el lugar que antes ocupara el ahora proyectado contenido del párrafo 31 del art. 821 CC. Por eso, el Proyecto que comentamos reforma el art. 821, aunque solo en el sentido de unificar en un solo artículo -el 821- los contenidos de los anteriores artículos 821y 822. Por tanto, nulo interés tiene este dato a nuestros efectos al ser una mera recomposición de una materia ajena a nuestra temática.

¹⁹ Téngase en cuenta que la explicación que sigue viene referida a territorios de derecho común, no foral.

²⁰ Cfr. en general VALLET DE GOYTISOLO, Juan: “Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar”, *Anuario de Derecho Civil*, XIX, 1966, pp. 3 y ss.

-
- ²¹ CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo Sexto. Derecho de Sucesiones. Volumen Segundo. Los particulares regímenes sucesorios: la sucesión testamentaria. La sucesión forzosa*, Edit. Reus, 70 edic., Madrid, 1973, p. 551.
- ²² GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Sociedad Tipográfica, Madrid, 1852, T. III, pp. 107 y ss.
- ²³ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús en LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 381.
- ²⁴ En el 831.I CC vigente se admitía también en capitulaciones patrimoniales, aunque se admitía que en tanto viviera el delegante podía disponer a su arbitrio; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús en LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 381.
- ²⁵ Como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, el cónyuge superviviente carecía de la facultad de partir o distribuir los bienes de la sociedad conyugal por sí y ante sí; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, 30 edic., Madrid, 1986, p. 597.
- ²⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús en LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 382. Lógicamente ya que de haber el fallecido hecho alguna disposición de mejora no estaríamos en presencia respecto de la misma de una parte intestada, sino testamentada de la herencia.
- ²⁷ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, Reus, 100 edic., Madrid, 1977, pp. 682 y ss.
- ²⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV*, op. cit., p. 49.
- ²⁹ Cfr. DORAL, José Antonio: “Pactos en materia de alimentos”, *Anuario de Derecho Civil*, XXIV, 1971, pp. 313-427.
- ³⁰ Cfr. DORAL, José Antonio: op. cit., pp. 332-333 y la jurisprudencia y doctrina allí citada.
- ³¹ GARCÍA CANTERO, Gabriel: “El Nuevo Régimen Jurídico de la Tutela”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. LXXXIX, núm. 4, oct. 1984, pp. 468-470.
- ³² No en vano García Goyena afirmó que “la tutela y la curaduría han sido, son y serán siempre, en su fondo y esencia, una misma cosa”; GARCÍA GOYENA, Florencio: op. cit., T. I, p. 267.
- ³³ Cfr. ROCA TRÍAS, Encarna: “Artículo 215”, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 219-226.
- ³⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, 50 edic., Madrid, 1984, 20 reimp. 1986, p. 265.
- ³⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 788.
- ³⁶ Cfr. en general sobre incapacitación, tutela y curatela tras la Ley 13/1983, MAJADA, Arturo: *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Bosch, Barcelona, 1985; SAURA MARTÍNEZ, Fernando: *Incapacitación y tuición*, Tecnos, Madrid, 1986.
- ³⁷ Así lo pone de manifiesto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *La marginación de los locos y el derecho*, Taurus, Madrid, 1976, pp. 34-35.
- ³⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, op. cit., pp. 793-797.
- ³⁹ SAURA MARTÍNEZ, Fernando: op. cit., pp. 57-63.
- ⁴⁰ Cfr. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Artículo 234” en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 298-317.
- ⁴¹ En realidad, como señala Gómez Oliveros, la tutela legítima tendría lugar en cuatro supuestos: a) si no existe nombramiento de tutor, b) cuando el nombramiento sea nulo o ineficaz, c) cuando el nombrado resulte inhábil, premuera, se excuse o sea removido de su cargo y d) cuando el Juez, al

amparo del art. 224 CC, se aparte de las disposiciones efectuadas por los padres; GÓMEZ OLIVEROS, J. M.: “Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre. 1ª Parte”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, may.-jun. 1984, p. 644.

⁴² Como señala SAURA la omisión aquí de una referencia siquiera a constitución de la tutela por documento público notarial obedece al hecho de haberse incorporado esta mención a la escritura pública en el último momento, de tal modo que sí se incluye en el 223 CC pero se produce este *lapsus* en el art. 234 CC. Es curioso como sobre esta materia llevábamos un considerable retraso histórico, pues conocida la tutela por declaración hecha ante el juez o ante notario en el Código Civil francés (arts. 392 y 398), tal figura fue rechazada en España (así por García Goyena) y aunque autores que propusieron su introducción (así Pedro de Apalategui) no se incorporaría hasta la reforma de tutela de 1983; CASTÁN VÁZQUEZ, José: “Comentario a los artículos 223 a 227”, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, p.287.

⁴³ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. op. cit.*, p. 267, sostienen que los aquí nombrados no están en un orden de preferencia sino de igualdad. Es decir, entre ellos el Juez designará quien considere más conveniente, siempre en interés del menor o incapacitado.

⁴⁴ Cfr. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Artículo 235” en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 317-320.

⁴⁵ SÁNCHEZ TORRES, Eloy: “Una nueva modalidad tutelar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928, p. 347.

⁴⁶ CREHUET DEL AMO, Diego María: “La tutela fiduciaria”, *Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, T. XXXVIII, 1921, p. 9.

⁴⁷ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: “) Existe la posibilidad de autotutela en nuestro Derecho?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1953, pp. 252 y ss.

⁴⁸ A estos efectos sigo la descripción que lleva a cabo COUTO GÁLVEZ, Rosa María de: “Algunas reflexiones sobre la legitimación para autodesignar el cargo tutelar. La >autotutela= en Cataluña”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, ene.-feb. 2000, núm. 1, pp. 18-22.

⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; CABANILLAS, Antonio y CAFARENA, Jorge: *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea y SEREM, Madrid, 1977.

⁵⁰ BADOSA COLL, Ferrán: “La autotutela”, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Bosch, 1993, pp. 923 y ss.

⁵¹ Art. 200 CC: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

⁵² Art. 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

⁵³ A tenor de lo establecido en el art. 4.1 CC: “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

⁵⁴ CAMPO GUERRI, Miguel-Ángel: “La auto protección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado*, abr.-jun. 2000, p. 24.

⁵⁵ COUTO GÁLVEZ, Rosa María de: *op. cit.*, p. 28.

⁵⁶ SEGURA ZURBANO, José M.: “Las diferentes incapacidades: necesidad de una diferente regulación legal”, *Revista Jurídica del Notariado*, abr.-jun. 2001, p. 238.

⁵⁷ COUTO GÁLVEZ, Rosa María de: *op. cit.*, pp. 23-24.

⁵⁸ El 204 CC aprobado por Ley 13/1983 afirma: “Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación”. Este precepto ha sido derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, si bien el art. 757.3 de esta ley procesal incorpora el contenido de aquel.

⁵⁹ Cfr. sobre el régimen tutelar en Cataluña SANCHO GARGALLO, Ignacio: *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 237-312.

⁶⁰ COUTO GÁLVEZ, Rosa María de: *op. cit.* p. 27.

⁶¹ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA: *La atención sociosanitaria a las personas mayores en España*, Informe, 2000, pp. 27-29.

⁶² Sobre esto último vid. por ejemplo COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI): *Plan del CERMI para la protección de las familias con personas discapacitadas*, Madrid, febrero 2003. Accesible en la URL: <http://www.cermi.es>.

⁶³ DEFENSOR DEL PUEBLO: *Presente y futuro de la fiscalidad del discapacitado*, Informes Monográficos, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2000.

⁶⁴ Cfr. BETANCOR, Juana Teresa y ARNAU, Josep: “Eutanasia, Testamento vital y el nuevo Código Deontológico de Catalunya”, *Quadern Caps*, núm. 26, 1997; ANDRUET, Armando S.: “Breve exégesis del llamado *Testamento vital+”, *Derecho y Salud*, Vol. 10, núm. 2, jul.-dic. 2002, pp. 183-195; PALOMARES BAYO, Magdalena y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier (Coord.): *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial*, Comares, Granada, 2002.

⁶⁵ KUTNER, Louis: “Due Process of Euthanasia: The Living Will, a Proposal”, *Ind. L. Rev.*, núm. 44, 1969, p. 539.

⁶⁶ En derecho anglosajón existe la figura del “Enduring Power of Attorney” (EPA), regulada por la Enduring Powers of Attorney Act 1985 en el caso del Reino Unido, que es un acta legalizada o poder que autoriza a una o varias personas (*attorney*) para regir los asuntos financieros y negociales de otra (*donnor*). El apoderado en este caso tiene potestad para utilizar los bienes del disponente (*donnor*) para pagar deudas y comprar y vender, incluso la vivienda de éste. No puede, por el contrario, disponer a título gratuito. Para el supuesto de discapacitados que no dispusieran del nombramiento de apoderados las funciones de éstos son asumidas por la Public Trust Office (PTO). Un EPA puede ser efectuado por todo mayor de edad (mayor de 18 años) que sea aún mentalmente capaz o al menos conserve la capacidad de entender el significado de este acto declarativo de voluntad.

⁶⁷ Cfr. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: *La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo*, Actualidad Civil, núm. 21, 24 a 30 May. 1999, pp. 556 y ss y SANTOS MORÓN, María José: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidación e imagen*, Escuela Libre Editorial (Fundación ONCE), Madrid, 2000, pp. 17 y ss.

⁶⁸ SEGURA ZURBANO, José M^o: *op. cit.*, p. 233.

⁶⁹ CAMPO GUERRI, Miguel-Ángel: *op. cit.*, p. 23.

⁷⁰ CASTILLO TAMARIT, V. José: “Tutela. Autotutela. Protección de menores”, *Revista Jurídica del Notariado*, jul.-sep. 2001, p. 41.

⁷¹ HUALDE SÁNCHEZ, José Javier: “Artículo 245” en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 386.

⁷² CASTILLO TAMARIT, V. José: *op. cit.*, p. 43.

⁷³ SEGURA ZURBANO, José M^o: *op. cit.*, p. 238.

⁷⁴ HUALDE SÁNCHEZ, José Javier: *op. cit.*, p. 386.

⁷⁵ CAMPO GUERRI, Miguel-Ángel: *op. cit.*, p. 25.

⁷⁶ Según el art. 145 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado “el Notario no sólo deberá excusar su Ministerio, sino negar la autorización notarial cuando, a su juicio, todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan”. El Notario, por tanto,

debe apreciar por sí mismo que quien ante él comparece para otorgar una escritura pública no está incurso en una causa de incapacitación; SANCHO GARGALLO, Ignacio: *op. cit.*, p. 245. Y recuérdese que de conformidad con el art. 200 CC: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.