

LA INCAPACITACIÓN DE PERSONAS MAYORES

**Victoria Camino Garrido
Abogada**

LA INCAPACITACIÓN DE PERSONAS MAYORES.

*** Por Victoria Camino Garrido (Abogada)**

Establece el artículo 200 del Código Civil que son causas de incapacitación las deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Es comúnmente sabido que la persona mayor puede sufrir alguna disminución en su capacidad cognoscitiva y en sus facultades para ejercer derechos y cumplir obligaciones. Desde esta perspectiva cuando hay una disminución de la capacidad de querer y entender, podemos establecer un criterio que distinga al anciano de los demás. Cuando no tenga problemas de entendimiento y voluntad, se presume que es una persona mayor plenamente capaz de prestar un consentimiento válido. La capacidad se presume por Ley mientras no se demuestre lo contrario por sentencia judicial.

La incapacitación tiene como finalidad principal proteger a la persona y se justifica por esta ausencia o disminución de discernimiento, bien se trate por enfermedad mental que impida el autogobierno de su persona y sus bienes (estaríamos hablando de una incapacidad total o parcial), bien únicamente para la protección del interés económico familiar (incapacitación por prodigalidad).

Conforme al tenor del artículo 200 del Código Civil, cuando se trate de la incapacidad (total) en principio ha de tratarse de deficiencias no meramente temporales, sino con una continuidad en el tiempo, que **impidan a la persona gobernarse por sí misma**, lo que viene a excluir igualmente situaciones en que las deficiencias dificulten el autogobierno.

Incapaz únicamente es el que ha sido declarado como tal por una sentencia firme, sentencia que en tanto, amparada por la legalidad de un procedimiento judicial y amparada por la salvaguarda debida de las garantías constitucionales que asisten a los justiciables, debe establecer la extensión y límites de la incapacidad.

* **Pérez-Camino Abogados**- Plza. Sta. Catalina de los Donados, nº 3.- 3º

Tfno.: 91 547 86 91 Fax: 94 547 37 54

Correo electrónico: pfernandez2@mimadritel.es

Sin embargo, siendo ésta la regla general, podemos encontrar alguna salvedad en nuestra legislación, por la que en algún aspecto concreto, puede considerarse incapaz a la persona mayor a criterio médico. Es el caso contemplado en la reciente Ley 41/2002 de 14 de enero sobre Autonomía del paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, la cual al tratar del consentimiento informado del paciente para determinadas intervenciones quirúrgicas, permite que el mismo sea tomado por representación(al margen de que el paciente esté declarado incapaz), cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

¿Quiénes están legitimados para promover la incapacidad de un anciano?

En cuanto a las personas que pueden promover la declaración de incapacidad, el Código Civil relaciona las personas que están obligadas a hacerlo. Esta relación de sujetos está establecida en el Código Civil con un orden de preferencia en cuanto a las personas llamadas a promoverla en virtud del interés afectivo y de los lazos familiares :

En primer lugar llama a la familia directa:

*Cónyuge y descendientes.

*Ascendientes o hermanos

Si estas personas no existieran o no promovieran la declaración de incapacitación, el **Ministerio Fiscal** está obligado a hacerlo cuando tenga conocimiento de la existencia de un presunto incapaz. Tal como se señala en la disposición legal, (Art. 203 del Código Civil) la obligación de Ministerio Público es subsidiaria, sólo está obligado a hacerlo cuando los familiares relacionados no existieran o no promovieran la declaración de incapacidad. Ahora bien, dado que seguramente el Ministerio Fiscal conocerá al presunto incapaz o meramente su existencia, y no la relación de familiares del mismo, debe promoverlo de inmediato en cuanto conozca la existencia de un presunto incapaz.

Se establece igualmente la obligación de las **Autoridades o Funcionarios públicos**, de comunicar de inmediato al Fiscal la existencia de un presunto incapaz cuando conozcan estos hechos en virtud del ejercicio de sus funciones públicas.

Estaríamos hablando de personal sanitario, asistentes sociales, funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía...

Por último, se establece una cuarta posibilidad para promover la declaración de incapacidad, al señalar que **cualquier persona** está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacidad. Al referirse a cualquier persona, se faculta evidentemente al supuesto incapaz, para que el mismo pueda recabar el auxilio del ministerio fiscal para la iniciación del procedimiento de incapacitación.

¿Qué efectos produce la declaración de incapacitación?

Como hemos indicado, la incapacitación sólo puede establecerla la Autoridad Judicial en virtud de sentencia, en la cual establecerá los límites en la capacidad de obrar de la misma y la extensión de los actos que no pudiendo realizar el incapaz por sí mismo deberán estar sujetos a tutela. Puede declararse la incapacidad de una persona en términos absolutos para gobernarse, o bien declarar en la sentencia la imposibilidad de realizar determinados actos jurídicos los cuales deberá de aclarar, referidos a su persona y/o bienes. En este último caso estaríamos ante la declaración de prodigalidad.

La sentencia o resolución que declare la incapacidad de una persona se remitirá de oficio al registro civil para que sean anotadas en el mismo.

En líneas generales el hecho de la declaración de la incapacidad de una persona no impide que posteriormente, si sobrevienen nuevas circunstancias, pueda dejarse sin efecto esta declaración o modificar el alcance y extensión de la incapacitación ya declarada. Lo que ocurre, es que de hecho, en caso de personas mayores, es difícil que en atención a la edad puedan sobrevenir circunstancias que hagan que sea revisable el estado de incapacidad.

LA DECLARACIÓN DE PRODICALIDAD.

No se establece en el Código Civil la definición de pródigo, pero conforme a la definición dada a lo largo de los años por la jurisprudencia, se trataría de una persona con una conducta socialmente reprochable que de modo habitual pone en riesgo su patrimonio en perjuicio de su familia más cercana (cónyuge o quien esté en una situación de hecho asimilable, ascendientes o descendientes). O en términos más gráficos, se trataría del malgastador que habitualmente pone en peligro el

patrimonio familiar. No se piensa en la persona que por encima de sus posibilidades invierte en la educación de sus hijos, o que realiza una fuerte inversión en lograr la curación de un familiar enfermo, o que ocasionalmente realice una mala inversión dando a la quiebra un negocio.... Se trata en suma de quien malgasta sin un fundamento que socialmente sea aceptado como válido, y que perjudique a los familiares que están en situación de recibir o reclamarle alimentos.

¿Quiénes deben promover la acción de prodigalidad?

Pueden pedir la declaración de prodigalidad , en principio, el cónyuge (o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable) , los descendientes o ascendientes que reciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos, y los representantes legales de cualquiera de ellos.

También, e igualmente con carácter subsidiario, al menos de forma teórica, puede solicitarla el Ministerio Fiscal si no lo hicieran estos familiares o si alguno de ellos fuera menor o incapaz.

Hay que reseñar, en cuanto a la relación de familiares que pueden pedir esta declaración de prodigalidad, que la enumeración es taxativa, por cuanto quien no tiene familiares a su cargo puede dilapidar su fortuna de la manera que la parezca más conveniente. Estas personas que pueden solicitar la declaración de prodigalidad, han de tener una dependencia actual de percepción de alimentos del presunto pródigo y que efectivamente esté obligado a prestarlos (o que tengan pendiente una reclamación judicial por la prestación de los mismos) por lo que no basta con tener una mera expectativa, sino que ha de ser una situación real y actual.

LA TUTELA.

Se trata de una institución que puede afectar a los mayores, tanto como sujetos activos como pasivos, esto es, tanto en posición de tutores de un menor o un incapaz, como en situación de tutelados por haber sido incapacitados, por lo que se tratará esta cuestión desde la perspectiva amplia del nombramiento, capacidad, obligaciones en el ejercicio del cargo, y su extinción.

Es un cargo retribuido, eso sí siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Será el Juez el que fije la cuantía de la retribución, procurando que no baje del 4 por cien ni ascienda del 20 por cien del rendimiento líquido de los bienes.

La tutela se ejerce siempre bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, quien, como hemos indicado, tiene entre una de sus funciones velar por la protección de menores e incapaces.

En cuanto a la función del Juez respecto al ejercicio de la tutela, el mismo tiene igualmente unas funciones muy amplias, en el sentido de que no sólo decidirá en cualquier situación que se presente conflictiva o en cualquier situación trascendental que afecte a la persona y bienes del tutelado, sino que también como autoridad pública independiente que es, detenta la facultad de control de la tutela.

Nombramiento de Tutor.

En términos generales, puede ser nombrado por los padres del menor o incapaz en disposición testamentaria o en documento público notarial. En el caso en que ambos padres designasen tutelas distintas cuyo ejercicio simultáneo fuera incompatible, decidirá el Juez cómo debe establecerse la tutela.

Estas disposiciones son vinculantes para el Juez, salvo que considere que perjudiquen al menor, en cuyo caso podrá disponer otra cosa en resolución motivada.

También puede ser nombrado por el Juez de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal cuando tengan conocimiento de una persona que deba ser sometida a tutela, ya sea un menor o un incapaz sobre el que se haya seguido el correspondiente procedimiento de incapacitación

Para el nombramiento de tutor, la Ley establece un orden de preferencia, el cual no es vinculante para el Juez, ya que éste puede alterar este orden en beneficio del menor o incapacitado:

- 1.- Cónyuge que conviva con el tutelado.
- 2.- Padres.
- 3.- Personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.
- 4.- El descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez.

La tutela se ejercerá siempre por un solo tutor, salvo en los casos en que la Ley admite que sean varios (Artículos 236 a 238 del Código Civil) o el Juez lo considere conveniente.

La denominada autotutela.

Se han indicado anteriormente las diversas formas de nombramiento de tutor recogidas en nuestro Derecho Común, ¿ es posible que una persona designe a una o varias personas para que ejerzan el cargo de tutor para el caso en que la misma pueda llegar a una situación de incapacidad?

Este aspecto no viene regulado en nuestro Código Civil, pero sí lo está en el Código de Familia catalán (Ley 9/98 de 15 de julio) , al tratar del nombramiento de tutor (delación de la tutela), en su artículo 172, cuyo tenor literal es el siguiente:

Delaciones hechas por uno mismo

1. Cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva.

2. Los nombramientos y las exclusiones pueden ser impugnados por las personas llamadas por la Ley para ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión.

Capacidad para ser tutor.

Pueden ser tutores las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurren alguna de las causas de inhabilidad establecidas por la Ley (las cuales veremos más adelante).

Igualmente pueden ser tutores las personas jurídicas sin finalidad lucrativa y cuyo objetivo sea la protección de menores e incapacitados, y tienen el deber de hacerse cargo de ellos cuando los mismos se encuentren en situación de desamparo.

El cargo de tutor es obligatorio para quien sea nombrado como tal, pero excusable. Esto significa que si bien por mandamiento legal, la persona que fuera nombrada tutor de un menor o un incapaz debe asumir la tutela y no puede renunciar a ella, sí que puede excusarse del cargo en virtud de las causas de excusa que determina la ley, y que debe hacer valer en los quince días siguientes al conocimiento del nombramiento o en cualquier momento del ejercicio de la tutela si la causa de excusa le sobreviniera en el ejercicio del cargo. Las causas de excusa derivan de razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, falta de vínculos con el tutelado o cualquier otra causa por la que resulte muy gravoso el ejercicio del cargo.

Inhabilidad para ser tutor.

La Ley viene a establecer una serie de causas por las que se considera que una persona no es hábil para el ejercicio del cargo tutelar. Estas causas las enumera el Código Civil como sigue:

- 1º.- Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente en los derechos de guarda y educación, por resolución judicial.
- 2º.- Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior.
- 3º.- Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena.
- 4º.- Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.
- 5º.- Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.
- 6º.- Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.
- 7º.- Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.
- 8º.- Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.
- 9º.- Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela sea únicamente de la persona.
- 10º.- Tampoco podrán ser tutores las personas excluidas expresamente por el padre o la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el juez, estime conveniente otra cosa en beneficio del menor o incapacitado.

Obligaciones del tutor:

1º.- Ser el representante del menor o incapaz para aquellos actos que no pueda realizar el menor o incapaz por sí sólo, según lo que disponga la Ley o la Sentencia de incapacitación.

2º.- Tratándose de tutor persona física, deberá prestar fianza si lo acuerda el Juez, y será en la forma y cuantía que éste determine. Las entidades públicas que ejerzan esta función, están exentas de prestar fianza.

3º.- Formar inventario de los bienes del tutelado en el plazo de sesenta días (excluyendo el día de la toma de posesión), en el cual deberá dar cuenta de los bienes que recibe y el estado en el que están.

4º.- Velar por el tutelado, entendiendo por tal, la prestación de alimentos, educación y formación del menor, promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su inserción en la sociedad, la información anual al Juez sobre la situación del menor o incapacitado la rendición de cuentas anual de su administración.

5º.- Solicitar autorización judicial para la realización de determinados actos de carácter dispositivo sobre bienes y derechos del tutelado: Internarle en un centro de salud mental o de formación o de educación especial; para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos, valores mobiliarios, celebrar contratos o realizar actos de carácter dispositivo que sean susceptibles de inscripción. Para aceptar herencia sin beneficio de inventario, o repudiar la herencia o sus liberalidades. Para hacer gastos extraordinarios en los bienes. Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo que sean asuntos urgentes o de escasa cuantía. Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años. Para dar y tomar dinero a préstamo. Disponer a título gratuito de bienes y derechos del tutelado. Para ceder a terceros créditos que el tutelado tenga contra él o adquirir a título oneroso créditos de un tercero contra el sujeto a tutela.

6º.- Cuando llegue el momento de la extinción de la tutela, deberá llevarse a efecto una rendición de cuentas final.

La extinción de la tutela.

El cargo tutelar puede extinguirse por distintas causas o por la concurrencia de ciertos acontecimientos que lo hagan innecesario.

1º.- Por remoción:

Pueden ser removidos en el cargo tutelar los que después de establecida la tutela incurran en alguna de las causas legales de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño del cargo de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados.

La remoción del tutor o tutores se iniciará a instancias del Juez, el Fiscal, del propio tutelado o de otra persona interesada. En tanto se tramita este procedimiento, el Juez puede suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado un defensor judicial.

2º.- Si se trata de un menor de edad, la tutela se extingue por la mayoría de edad del tutelado, a no ser que anteriormente hubiera sido incapacitado judicialmente.

3º.- Por la adopción del tutelado menor de edad.

4º.- Por el fallecimiento de la persona sometida a tutela.

5º.- Por concesión al menor del beneficio de la mayor edad.

6º.- Cuando la tutela hubiera tenido su origen en la privación o suspensión de la patria potestad, al recuperarse ésta.

7º.- Al revisarse la incapacitación, al declararse el cese de ésta, o se modifique la sentencia de incapacitación, sustituyendo la tutela por curatela

LA CURATELA.

Se trata de una institución cuya finalidad principal es la de prestar asistencia al incapaz para la realización de determinados actos jurídicos, sea por que se le haya declarado una capacidad limitada pero no incapacidad absoluta, por que se le haya declarado pródigo, o en el caso de los menores cuando estos tuvieran el beneficio de la mayoría de edad o estuvieran emancipados y sus padres no pudieran asistirles por impedimento de hecho o legal o fallecimiento.

No se trata, como en el caso de la tutela de suplir la voluntad de una persona por que se considere que la misma es incapaz de llevar a cabo determinados actos jurídicos, sino que se trata de una complemento de su capacidad, la cual es limitada.

En el caso de ancianos sometidos al régimen de curatela, la cuestión es que se trate de personas mayores a los que se les ha declarado pródigos por considerar que son incapaces de gestionar su patrimonio o que la correspondiente sentencia de incapacitación considere que no son absolutamente incapaces de gobernarse por sí mismos, sino que se considera que su capacidad de obrar es limitada y que pueden realizar por sí mismos determinados actos, y otros no, los cuales, evidentemente se harán constar en esta sentencia. Ahora bien, si esta sentencia no hubiera especificado en qué actos es necesaria la intervención de curador, se entiende que la curatela es necesaria para los mismos actos en los que en relación a la tutela, el tutor necesita recabar autorización judicial. (enumerados ya en relación a los actos de administración y disposición de bienes).

En cuanto a la figura del curador, vale lo dicho respecto a los tutores, pues son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores.

Ya que se trata fundamentalmente de un cargo pensado para la protección del patrimonio del incapaz o pródigo, evidentemente, no pueden ser curadores los quebrados o concursados no rehabilitados.

Para el caso en que se lleve a cabo una revisión de la declaración de incapacidad, si el sometido a curatela hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa.

En cuanto a los efectos de la curatela, como hemos dicho, declarada necesaria la intervención de un curador, éste deberá asistir al incapaz para los actos que la sentencia determine, de tal forma que los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela. Los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa.

PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN Y DE DECLARACIÓN DE PRODIGALIDAD.

Está regulado en los artículos 748 a 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (En adelante LEC), con carácter general y especialmente en cuanto a los procesos de incapacitación en los artículos 756 a 763 de la LEC.

La **competencia** será la del Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia de la persona cuya declaración de incapacitación o prodigalidad se solicite.

En cuanto a las **partes**, serán parte quien o quienes insten el procedimiento de incapacitación o de declaración de prodigalidad, el presunto incapaz o pródigo, los cuales deberán ser asistidos de abogado y representados por un procurador, (siempre que no sean defendidas por el Ministerio Fiscal) y el Ministerio Fiscal, que siempre será parte en estos procedimientos, bien como solicitante de la declaración de incapacitación o prodigalidad o como defensor del presunto incapaz o pródigo, o bien en el propio ejercicio de sus funciones salvaguardando el interés del incapacitado.

En cuanto a las **personas que deben promover la declaración de incapacitación**, éstas han sido señaladas anteriormente y son, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz, el Ministerio Fiscal con carácter subsidiario y cualquier persona para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación, además de la obligación ya referida que tienen autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, para ponerlo en conocimiento del Fiscal

Tal como se ha indicado anteriormente, la declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.

En cuanto a la posición en el proceso del presunto incapaz o pródigo, éste puede comparecer por sí mismo en su propia defensa y representación. Si no comparece le defenderá el Ministerio Fiscal si no hubiera sido él mismo el promotor de la incapacitación. En este último caso, el Juez debe nombrar un defensor judicial

Pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación

En los procesos de incapacitación, además de las pruebas aportadas y solicitadas por las partes y las que el Juez considere oportunas realizar, hay determinadas pruebas que la Ley señala como necesarias practicar, y su falta puede motivar la nulidad del procedimiento:

- 1º. El examen del presunto incapaz.
- 2º. La audiencia de los parientes más próximos.
- 3º. Dictamen pericial médico. Podríamos calificar esta prueba como “Prueba reina”, pues es la que va a determinar si el anciano o el presunto incapaz sufre realmente una merma en sus capacidades volitivas y cognitivas que obligue a declararle incapaz.

La Ley permite el nombramiento de tutor o curador en el mismo proceso de incapacitación cuando expresamente se hubiera solicitado en la demanda, y sobre esta cuestión el Juez está obligado a oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que considere oportuno.

En cuanto a la sentencia que venga a poner fin al procedimiento. Ésta debe contener unos pronunciamientos básicos que conforma la Ley: debe contener la extensión y límites de la incapacitación, el régimen de guarda o tutela al que quedará sometido el incapaz, se pronunciará sobre la necesidad de internamiento, nombrará a la persona o personas que hayan de asistirle o representarle, y, tratándose de sentencia por prodigalidad, deberá determinar los actos que el incapaz no puede realizar sin la asistencia del curador.

Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación

Como se ha indicado anteriormente, la declaración de incapacidad no impide que, si sobrevienen nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso de revisión de la capacidad para reintegrar ésta total o parcialmente.

A ello está obligado el tutor o curador del incapaz, las personas ya indicadas que deben promover el procedimiento de incapacitación, el Ministerio Fiscal y puede hacerlo el propio incapaz. Si se hubiera privado al incapaz de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo.

La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta.

Medidas cautelares

Dentro de esta finalidad protectora y de salvaguarda del presunto incapaz, cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación. Estas medidas pueden ser acordadas igualmente a instancias del Ministerio Fiscal.

Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación.

Estas medidas pueden resultar de gran utilidad, para evitar situaciones de abuso en ancianos, por ejemplo atendiendo a las futuras consecuencias sucesorias de la persona en cuestión de la que ha de estudiarse su capacidad o para evitar desplazamientos patrimoniales del anciano a terceros desaprensivos, etc.

Pensemos en el espinoso caso, ya tradicional, del anciano viudo (en términos generales, masculino o femenino) y con descendencia que tiene intención, o lo hace efectivamente, de contraer matrimonio y los hijos no lo consienten por pensar que el mismo sufre demencia senil y que la persona con la que va a contraer matrimonio o que ya es su esposo/a busca un enriquecimiento actual o al momento de suceder al anciano en detrimento, según piensan los hijos, de la futura masa hereditaria.

Aquí, las cuestiones jurídicas principales que se sugieren, serían las siguientes:

- 1º.- Si el anciano cuenta con capacidad suficiente para prestar consentimiento matrimonial válido.
- 2º.- Si el matrimonio sería anulable una vez que lo contrajeran, a instancias de los descendientes.
- 3º.- Si en el caso en que dispusiera de bienes una vez casado, a favor de la esposa, el anciano está capacitado para llevar a efecto esa disposición, o si por el contrario el mismo es incapaz.

4º.- Si está capacitado para otorgar testamento.

5º.- Una vez fallecido dejando testamento, si el mismo es válido.

Para dar respuesta a todas estas cuestiones partimos de un presupuesto básico, que es la presunción de capacidad en tanto no haya una sentencia que declare lo contrario.

Respecto a la primera cuestión, las personas interesadas en que el anciano/a no contraiga matrimonio, deberán intentar promover la acción de incapacitación. Si el anciano se cree con capacidad suficientemente para contraer matrimonio deberá comparecer por sí mismo aportando cuantas pruebas considere necesarias con el fin de evitar su incapacitación. El Fiscal actuará en defensa del anciano para velar por sus intereses. El Juez valorará todas las pruebas y decidirá en beneficio del anciano. Puede declararle perfectamente capaz para regir su persona y sus bienes, considerando completamente infundada la demanda interpuesta por lo hijos, o puede declararle capaz para contraer matrimonio o adoptar ciertas medidas de protección de su patrimonio, no para evitar el desplazamiento patrimonial al cónyuge en sí, sino por entender que de las pruebas que se han aportado debe deducirse que el anciano es un pródigo. O finalmente puede declararle incapaz, y el anciano no puede contraer matrimonio ni disponer de su patrimonio.

Todo dependerá del acervo probatorio que se traiga a la causa.

Respecto a la segunda cuestión, una vez contraído matrimonio, ¿el mismo sería anulable a instancia de los hijos?

Volvemos a la cuestión que previamente habría que resolver: Si el anciano es incapaz en el momento actual y si puede deducirse que al momento de contraer matrimonio el mismo era ya incapaz. Se trata igualmente de una cuestión compleja, pues ofrece mayor dificultad el probar la incapacidad en tiempo pasado, pero esto mismo puede beneficiar al anciano si se considera capaz. Si del oportuno procedimiento se dedujese que el anciano era incapaz al tiempo de contraer matrimonio, sí estarían legitimados los hijos para instar la nulidad del matrimonio de su padre o madre, alegando falta de consentimiento.

Respecto a las cuestiones tercera y cuarta, nuevamente nos encontramos con que es fundamental lo que se declare en el correspondiente proceso de incapacitación, y será el Juez atendiendo a todas las pruebas el que decidirá si el anciano es capaz o incapaz para todos los actos o para algunos sólo. Aunque en el caso de la cuestión tercera (la disposición de bienes a favor de la esposa), la cuestión de la incapacidad tendría que ser muy evidente, notoria y valorable en

conjunto con otras circunstancias como sería acreditar un propósito de perjuicio a los hijos de tal magnitud intencionado e injustificado que viniese a privarles de la legítima, pues el vínculo matrimonial existente favorece la disposición de bienes sin que pueda deducirse por ello la incapacidad de quien dispone.

La quinta cuestión es sumamente peliaguda pues igualmente ha de reseñarse que una persona es incapaz desde el momento en que una sentencia le declara como tal. Respecto a los actos anteriores, una vez fallecida la persona incapaz es altamente improbable que el testamento se considerase nulo por esta causa. Pero otra cosa que puede hacerse, si el testador priva a sus descendientes de las cuotas que por ley les corresponden sin causa justificada, es intentar la nulidad del testamento sólo en cuanto a hacer valer sus derechos como herederos legitimarios, y sólo en cuanto a las porciones que la ley les reserva en razón de su parentesco.

LA ASUNCIÓN DE LOS CARGOS TUTELARES POR PERSONAS JURÍDICAS.

Haciendo una breve referencia a esta cuestión, ya hemos indicado que el ejercicio del cargo tutelar puede llevarse a cabo por personas jurídicas sin ánimo de lucro y entre cuyos fines figure la protección de menores y ancianos.

Partimos del marco establecido en la Constitución en la cual se establece la obligación de los Poderes Públicos de establecer y promover formas eficaces de protección a la infancia y a los incapaces, y en concreto, el artículo 50, que establece la obligación de los poderes públicos de promover el bienestar de los ciudadanos de la tercera edad, y de lo dispuesto en los artículos 1 y 3.2 de la Ley 13/1982 de 7 de abril sobre integración social de los minusválidos, en los cuales establecen igualmente la obligación de los Poderes Públicos de prestar todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos de los minusválidos y en especial en caso de disminuidos psíquicos garantizar su tutela en caso de necesidad.

La asignación de estas funciones a personas jurídicas es un complemento indispensable con el fin de evitar situaciones de desamparo de personas incapacitadas, ahora bien, el Juez y el Ministerio Público no deberán olvidar que esta función tiene un carácter subsidiario, pues no se establecerá este tipo de

tutela cuando las circunstancias permitan que se nombre tutor a una persona física que resulte idónea para tal cargo, dado que la tutela viene a tener un carácter cuasi familiar, con la carga de afectividad que ello implica , y que lógicamente una persona jurídica no podrá aportar. En cualquier caso el Juez podría acordar un sistema mixto de tutela en el que algunos familiares se corresponsabilizaran de alguna forma, tratando siempre de actuar en beneficio del incapaz.

Como requisitos que en principio establece el Código Civil están la ausencia de ánimo de lucro y que las mismas cuenten entre sus finalidades la protección de menores e incapacitados.

En cuanto a las personas jurídicas públicas, se encargarán los poderes públicos correspondientes de dotar de estas características al organismo correspondiente para el ejercicio de estas funciones.

No existe un organismo estatal que tenga asumidas las competencias de tutela sobre los incapacitados, pero en la práctica algunas Comunidades Autónomas y Diputaciones Provinciales, tienen asumido el ejercicio de estas competencias y han creado organismos especiales para llevar a cabo estos fines, entre otras, podemos citar:

- Cataluña: Código de Familia L9/1998 de 15 de Julio
- Principado de Asturias: L7/1991 de 5 de abril de Asistencia y Protección al anciano. “Letrado defensor del Anciano”
- Comunidad de Madrid: L4/1995, de 21 de marzo, de creación de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos.
- Comunidad de Castilla La Mancha: “Comisión de Tutela”.
- Canarias: “Comisión Tutelar del Mayor legalmente incapacitado”
- Diputación Privincial de Almería : Instituto Almeriense de Tutela
- Generalitat Valenciana, Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados

También puede establecerse la función tutelar a favor de entidades de carácter privado siempre que cumplan a su vez los requisitos en el Código Civil. Estas entidades deberán acreditar que reúnen estos requisitos con carácter previo a la asunción del cargo, pudiendose tratar de asociaciones de alcohólicos, de ayuda a indigentes, o a ancianos, por poner diversos ejemplos, siempre que su principal finalidad o una de ellas sea la tutela de personas adultas.