

# La constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Elementos subjetivos<sup>1</sup>

**TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS**  
Profesora Ayudante Doctora  
Universidad Complutense de Madrid

## RESUMEN

*La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, creó la figura del Patrimonio protegido de las personas con discapacidad (PPD), como masa de bienes inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado, aislada del resto del patrimonio personal del mismo, y sujeta a un régimen de administración y supervisión específico. La constitución del PPD, regulada en el art. 3, parte de la consideración de la suficiencia o insuficiencia de capacidad del discapacitado para tal constitución, debiendo entenderse como suficiente la plena capacidad de obrar, dada la naturaleza dispositiva que reviste el acto de constitución. En defecto de tal capacidad, se prevé la constitución por los padres, tutores o curadores, de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por el ordenamiento jurídico. No obstante, los padres, no sólo en cuanto titulares de la patria potestad, sino en cuanto ostenten una autoridad paterna de hecho sobre el discapacitado, mayor de edad, que es incapaz natural, podrán constituir el PPD con bienes del hijo, sin perjuicio del deber de promover la constitución de la tutela. Tanto en este caso, como en el de actuación de los representantes legales, dichas personas quedan sujetas a la obtención de la autorización judicial previa, dada la naturaleza dispositiva del acto de la constitución, lo cual permitirá al MF tomar conocimiento del PPD que se está constituyendo, facilitándose así la supervisión de oficio del mismo. El art. 3 prevé también la legitimación para la constitución del guardador de hecho del discapacitado psíquico, con los bienes que los padres o tutores de éste le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en las que hubiera sido designado beneficiario el discapacitado. Pero tal legitimación no parece viable dado que la puesta en marcha de los mecanismos para la acreditación de la guarda y constitución del PPD, conducen de modo casi inexorable, precisamente, a la extinción de tal guarda y a la constitución de la tutela, resultando así una apo-*

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación de la Universidad Antonio de Nebrija «Familia y Derecho: un enfoque multidisciplinar».

*ría legal, que impide constatar la guarda a los efectos de la constitución, siendo posible, eso sí, que en el seno del procedimiento de incapacitación, el MF o el defensor judicial, en cuanto tutores provisionales o el administrador judicial, si se le atribuyó esa facultad, procedan a la constitución, siempre que concurran las circunstancias de urgencia y excepcionalidad exigibles respectivamente en cada caso. En cuanto a los terceros, la ley no les legitima para la constitución pero pueden instarla siempre que ostenten un interés legítimo, diverso del simple ánimo de liberalidad y que se presume en los parientes en línea recta o colateral hasta el tercer grado inclusive del discapacitado; su cónyuge y aquéllos que lo tienen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento familiar.*

### PALABRAS CLAVE

*Discapacitados, patrimonio protegido, capacidad de obrar suficiente, acto dispositivo, representantes legales, curador, guardador de hecho, promoción de la constitución por terceros con interés legítimo.*

### ABSTRACT

*Law 41/2003 of 18 November created the concept of Disabled Persons' Protected Property (PPD), as a property mass that is immediately and directly linked to meeting the disabled person's essential needs, as distinct from the rest of his/her property, and subject to a specific régime governing its administration and supervision. The creation of PPD is governed by article 3, and the first consideration is whether or not the disabled person has the necessary capacity for this purpose. Sufficient capacity is deemed to be full capacity for performing legal acts, given the dispositive nature of the act of creating PPD. Should the said capacity be lacking, creation of PPD may be delegated to the parents, tutors, or guardians, in accordance with the general mechanisms for the exercise of a person's legal capacity by a proxy, as governed by the relevant legal provisions. However, the parents, not just in their capacity as such, but also in their capacity as holding de facto paternal authority over an adult disabled person who is naturally incapable, may set up PPD with their child's property, without prejudice to the duty to seek the creation of tutorship. Both in this case and in the case of intervention by the legal representatives, the said persons are first required to obtain authorization from the courts, given the dispositive nature of the creation of PPD, which will allow the Public Prosecutor's Office to be informed of the PPD that is being created, and thus enable it to supervise the PPD. Article 3 also provides the legal basis for setting up the de facto custodian for mentally handicapped persons, with such property that the parents or tutors of the said person may have bequeathed him/her, or that the said person may receive as a result of pension funds set up by his/her parents or tutors, where the disabled person has been designated as beneficiary. However the said legal basis would appear not to be viable given that initiating the procedures for proving custody and setting up the PPD lead precisely*

*and almost inexorably to the termination of the said custody and to the creation of tutorship, and as such is a legal loophole, which prevents custody from being determined for the purpose of setting up PPD, and yet it is possible for the Public Prosecutor's Office or the judicial defence, in their capacity as provisional tutor, or the judicial administrator, where this power has been conferred thereon, to proceed to the creation of the PPD during the incapacitation process, provided that the conditions of urgency and exceptional circumstances are met in each case. With regard to third parties, the law does not provide them with any authority to set up PPD but they may apply for said authority subject to their being able to establish a legitimate interest, other than a simple desire for generosity, and which is presumed in favour of direct-line or collateral family members up to the third degree including the disabled person, his/her spouse, and those who are responsible for the disabled person by way of tutorship or family care.*

## KEYWORDS

*Disabled people, protected property, sufficient legal capacity, dispositive act, legal representatives, guardian, de facto custodian, seeking the creation thereof by third parties with a legitimate interest.*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El beneficiario del patrimonio protegido.*—III. *Constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Legitimados para la Constitución:* 1. El propio discapaz con capacidad de obrar suficiente. 2. Los padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente. 3. El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica. 4. La posible legitimación del defensor judicial y del Juez, en el proceso de incapacitación. 5. Constitución a iniciativa de tercero solicitante con interés legítimo: 5.1 El tercero no es constituyente del PPD. 5.2 El tercero ha de ostentar un interés legítimo. 5.3 El tercero ha de ofrecer una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para el fin de la constitución. 5.4 Aceptación y negativa a la constitución del PPD.

## I. INTRODUCCIÓN

El 20 de noviembre de 2003 entró en vigor la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad (en adelante, LPPD), la cual creaba la figura del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad (en adelante, PPD).

Como se señalaba en la Exposición de Motivos «el objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, ... la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma.

Los bienes y derechos que forman este patrimonio que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico...

Beneficiarios [y titulares] de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía...»

Dadas estas afirmaciones de la Exposición de Motivos, cabe preguntarse si, ante el PPD, estamos en presencia de un patrimonio separado o de un patrimonio de destino. La propia Exposición parecería decantarse por esta última alternativa puesto que afirma: «Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares». Sin embargo, es característica de los patrimonios de destino la provisionalidad, el carecer transitoriamente de un titular actual, y el que la unidad del conjunto de relaciones jurídicas que lo forman se base en la destinación común al titular futuro, notas que no están presentes en el patrimonio protegido creado por la Ley 41/2003. Por el contrario, el adscribir la masa patrimonial a un fin especial, que se considera preferente respecto de ciertos bienes, sobre los fines generales a cuya satisfacción sirve el patrimonio personal normal, es lo propio de un patrimonio separado. En éste, por disposición legal, de la totalidad de relaciones que forman el patrimonio de una persona se separa un grupo que queda aislado del patrimonio personal normal, ingresando o saliendo de cada uno (patrimonio personal normal y patrimonio separado) respecto al exterior, los derechos y obligaciones que correspondan al sector que abarquen respectivamente. Si a ello sumamos que puede ser propio de un patrimonio separado el quedar sujeto a un régimen de administración especial, diverso del régimen general a que queda sujeto el patrimonio personal normal<sup>2</sup>, que su composición tiene que quedar perfectamente delimitada (necesidad de hacer inventario), que en él rige la subrogación real y que está abocado a su desaparición una vez que termina la causa que justifica la separación, parecería, en un pri-

<sup>2</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español común y foral*. Tomo 1.º Vol. 2.º Reimpresión de la 14.ª edición, revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. Reus, S.A. Madrid, 1987, pp. 646 a 660. ALBALADEJO, M. *Derecho Civil I*. 15.ª edición puesta al día de legislación y jurisprudencia. Librería Bosch, S.L. Barcelona, 2002, pp. 506 a 511.

mer momento, que podría concluirse que el PPD es un patrimonio separado. Sin embargo, tal cosa no es tan clara. Se ha objetado (p.e. por Martín Romero, Serrano García<sup>3</sup>) que el patrimonio protegido queda sujeto a la responsabilidad patrimonial universal del titular, pues en ningún momento resulta de la ley que ese patrimonio se mantenga a salvo de las acciones de los acreedores del titular<sup>4</sup>, y que es propio de un patrimonio separado el tener un régimen especial de responsabilidad, separado del régimen del patrimonio personal. En consecuencia, el PPD no sería un patrimonio separado. Ahora bien, frente a esta objeción podría aducirse que esta nota no es esencial en el patrimonio separado como entiende un importante sector doctrinal (Castán, Albaladejo, Díez-Picazo y Gullón, De los Mozos, Pereña Vicente). En cambio, para Ferrara si es nota esencial.

Sea, o no, nota esencial de los patrimonios separados la separación de responsabilidades, lo cierto es que ésta no ha sido admitida por la Ley. Prueba de ello son los datos siguientes. Hubo dos enmiendas en el Congreso presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista y por el Grupo Parlamentario Catalán acerca de las responsabilidades de este patrimonio. Decía el GPS: «*Los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido sólo responderán de las obligaciones contraídas por su titular o sus representantes, para la satisfacción directa de las finalidades que determinaron su constitución con el carácter de patrimonio separado*». Y el GPC, que «*El patrimonio protegido de las personas incapacitadas sujetas a tutela responderá exclusivamente de las obligaciones contraídas por el administrador de dicho patrimonio*». Sin embargo, en la sesión de la Comisión con competencia legislativa plena, no se defendió la enmienda por el Diputado Sr. Sánchez Garrido, y por lo que se refiere a la presentada por el GPC, ni siquiera compareció nadie del grupo enmendante, razón por la cual no se incorporó al articulado dicha separación de responsabilidades<sup>5</sup>. Por otro lado, actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria un proyecto de ley de «Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos y de la Ley 41/2003,

<sup>3</sup> Cfr., SERRANO GARCÍA, I. «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre» en: *Estudios de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*. Coord.: Teodora TORRES GARCÍA. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial. Universidad de Valladolid. Valladolid, 2004, pp. 105 y 106.

<sup>4</sup> Por otro lado, tampoco las deudas nacidas de las obligaciones generadas por el patrimonio protegido gravan exclusivamente el mismo, sino que los acreedores de los créditos nacidos por la satisfacción de las necesidades vitales tienen la posibilidad de accionar, no sólo contra esa masa de bienes protegida, sino también contra los bienes del patrimonio personal normal, como ha señalado SERRANO GARCÍA.

<sup>5</sup> Cfr., SERRANO GARCÍA, I. «Discapacidad e incapacidad...», *op. cit.*, pp. 105 y 106.

de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC, de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad<sup>6</sup>. El Grupo Parlamentario Popular ha propuesto una enmienda de adición al art. 1.1.2.º de la Ley 41/2003 que tendría el siguiente texto: «Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad. Existe separación de responsabilidad entre las obligaciones derivadas del patrimonio personal y las del patrimonio protegido que incluya dichos bienes y derechos»<sup>7</sup>. El hecho de que se esté postulando actualmente tal enmienda, muestra que la Ley no acogió tal separación de responsabilidades.

Retomando la cuestión de la naturaleza del PPD, hemos de hacer notar que Martínez Díe coincide en señalar que el patrimonio protegido no es un patrimonio de destino pero por razones diversas de las apuntadas. Para este autor «un patrimonio o masa patrimonial sólo puede considerarse de destino si queda vinculado y afecto *con vocación de perpetuidad* a la consecución de un determinado fin». Sin embargo, esta característica no se daría en la figura que nos ocupa, en la que la masa patrimonial estaría sujeta a un período de caducidad indeterminado pero cierto: la vida de la persona con discapacidad (mientras no perdiese la condición de discapacitado o se produjese la decisión que resuelva su extinción a instancia del Ministerio Fiscal. Art. 6.1 y 7.1 de la LPPD)<sup>8</sup>. En cambio, Serrano García, que coincide con Martínez Díe en la determinación de lo que es un patrimonio de destino, sí que considera que el PPD puede calificarse de tal<sup>9</sup>. Lo mismo entiende Entrena Palomero<sup>10</sup>.

Por su parte, Díaz Alabart da las siguientes razones para entender que estamos en presencia de un patrimonio autónomo (o separado, o especial): Su creación está prevista por la ley (la creación de patrimonios autónomos está fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad); una vez creado, existe una neta separación jurídica entre el patrimonio personal y el patrimonio protegido [que no llega a la separación de responsabilidades]; constituido el patrimonio protegi-

<sup>6</sup> BOCG. VIII Legislatura. Serie A, 24 noviembre 2006, n.º 113-1.

<sup>7</sup> Enmienda 9. BOCG. VIII Legislatura. Serie A, 29 octubre 2007, n.º 113-32.

<sup>8</sup> MARTÍNEZ Díe, R. «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Coord.: GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVIEL, J. M. T. II. Bosch, S.A, pp. 159 y 160.

<sup>9</sup> SERRANO GARCÍA, Ignacio. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. 1.ª Edición. Iustel. Madrid, 2008, pp. 378 y 379.

<sup>10</sup> ENTRENA PALOMERO, Blanca. *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*. En: «Los derechos de las personas con discapacidad». Coord.: José Luis Terreros. CGPJ. Madrid, 2007, p. 993.

do e identificados los bienes que pertenecen al mismo, cuando uno de ellos sale de éste, el bien que le sustituye se coloca en la misma situación jurídica que el bien anterior, pasando a formar parte del patrimonio autónomo y no del personal (mecanismo de la subrogación real<sup>11</sup>); con independencia de quien administre el patrimonio personal del discapacitado (éste si tiene capacidad suficiente o sus representantes legales, si no), se designará un administrador para el patrimonio protegido; el patrimonio protegido es responsable de las deudas procedentes del mismo, sin que ello implique que no pueda hacerlo de las que procedan del patrimonio personal del discapacitado cuando éste sea insuficiente para ello<sup>12 13</sup>.

Finalmente, en contraposición a las posiciones expuestas a favor de la consideración del PPD como patrimonio separado, dice Herbosa Martínez que, a pesar de la terminología tan explícita, no parece que esta masa de bienes especialmente protegida que contempla la Ley 41/2003 se pueda incluir dentro de la figura tradicional del *patrimonio*. Además de faltar la nota, para ella esencial, de poseer un ámbito de responsabilidad autónoma, la existencia de un patrimonio separado implicaría la posibilidad de establecer relaciones jurídicas entre éste y el patrimonio general e implicaría también la no existencia de confusión, ni consolidación, etc. Pero ninguna de estas figuras jurídicas está presente en el caso que ahora nos ocupa. Se trata simplemente de una masa de bienes sujetos a un régimen especial de gestión y al que se le otorgan determinados beneficios de orden fiscal en razón de la protección que se pretende otorgar a las personas que adolecen del grado de discapacidad que la Ley concreta<sup>14</sup>.

Expuestos unos y otros argumentos y contraargumentos y sea una u otra la posición acertada, lo que es indudable es la novedad que supone para el Derecho Civil la figura del patrimonio protegi-

<sup>11</sup> Consiste en que los bienes que se adquieran a cambio de otros pertenecientes al patrimonio separado, o como consecuencia del ejercicio de un derecho integrado en el mismo, o a causa de la pérdida, daño o privación de bienes de éste, pasan a formar parte de dicho patrimonio separado.

<sup>12</sup> DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)* Ibermutuamur. Madrid, 2004, pp. 94 a 97. También puede verse esta obra en [www.ibermutuamur.es/ibertalleres/web\\_jurídica/Cap\\_3/38.htm](http://www.ibermutuamur.es/ibertalleres/web_jurídica/Cap_3/38.htm).

<sup>13</sup> Como dice SERRANO GARCÍA, «cuando se trate de embargos por deudas que no procedan de la atención de las necesidades vitales, se advertirá enseguida que hay una mención (dice el art. 8 LPPD) en el Registro de la Propiedad de la condición del bien como integrante de un patrimonio protegido, y podrá recabarse del acreedor que señale otros bienes que formen parte del patrimonio personal, y habrá que dirigirse primero contra éstos. Pero si con ellos no hay suficiente para pagar el crédito, podrán resultar afectados también los bienes del patrimonio protegido». (SERRANO GARCÍA, Ignacio. *Protección patrimonial...*, *op. cit.*, p. 371)

<sup>14</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, I. «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Actualidad Civil*, n.º 16. Septiembre, 2005, p. 1928.

do, al introducir en el mismo el concepto de discapacitado<sup>15</sup>. Se ha dicho además, que con la constitución del PPD se abre una vía independiente y alternativa de la incapacitación. Ciertamente, no es preciso estar incapacitado para disfrutar del PPD, aunque en la mayor parte de los casos, tal y como resulta de la interpretación de las reglas de capacidad para la constitución establecidas por la LPPD que propugnamos, será precisa la previa incapacitación para que el representante legal del discapaz psíquico, en su calidad de tal, pueda constituir el PPD. En cuanto a considerar el PPD como alternativa a la incapacitación, entendemos que no es adecuado por los siguientes argumentos. Únicamente la constitución *podría parecer una alternativa* a la incapacitación en el caso de constitución por los padres *durante la minoría de edad de un discapaz psíquico, que llegada la mayor de edad es incapaz natural*<sup>16</sup> y podrá disfrutar de una masa de bienes afecta a la satisfacción de sus necesidades, administrada por la persona que hubiesen designado sus padres (lo más lógico es que sean ellos mismos). Se trata de una situación que, si bien no proporciona la protección plena que supone la incapacitación, sí proporciona el beneficio de que el incapaz natural vea sustraídos los bienes afectos al patrimonio protegido a su libre disponibilidad, asegurándose su vinculación a la satisfacción de sus necesidades y permitiéndose al mismo tiempo, *siempre que ello redunde en beneficio del discapaz*, un sistema de administración y disposición de los mismos más flexible que la tutela<sup>17</sup> <sup>18</sup>. No

<sup>15</sup> MUÑIZ ESPADA, Esther. «Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*. González Porras y Méndez González (Coord.). CRPME. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2004, p. 3436.

<sup>16</sup> Según lo que exponemos más adelante, podría parecer que también se constituye el PPD como alternativa de la incapacitación en el caso de que los padres de un discapaz psíquico no lo hayan constituido durante la minoridad del hijo, y llegada la mayoría de edad, continuando la situación de incapacidad natural y ejerciendo ellos una patria potestad de hecho, decidan constituirlo. Sin embargo, la puesta en marcha de los mecanismos para la constitución del PPD (acreditación fehaciente de la situación de patria potestad de hecho, solicitud de autorización judicial...) darán lugar, normalmente, a que el MF incoe el procedimiento de incapacitación. Si no se incoase, según las circunstancias, los padres tendrían o no obligación de promoverlo, Art. 229 CC.

<sup>17</sup> Cfr.: AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capacidad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006, pp. 83 a 86.

<sup>18</sup> El art. 5.2 LPPD establece que cuando el constituyente del patrimonio no sea el propio beneficiario, las reglas de administración establecidas en el documento público de constitución deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los arts. 271 y 272 CC, o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de Derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables. Ahora bien, conforme al art. 5.3, y aquí radica la flexibilidad del sistema de administración del patrimonio protegido respecto de la administración por el tutor, es posible que los constituyentes o el administrador insten al Ministerio Fiscal que solicite del Juez competente la excepción de la autorización judicial en ciertos

obstante, esta solución que podrían arbitrar los padres tampoco es el estatuto más deseable para el discapaz pues en ningún modo ofrece el PPD al discapaz la protección que podría otorgarle la patria potestad prorrogada o la tutela (no hay más que ver que las obligaciones de los padres o del tutor respecto del incapacitado son mucho más amplias y completas que las obligaciones del administrador respecto del discapaz, puesto que aquellos deben *velar por el incapacitado*. (Art. 171.1.º CC en relación con el Art. 154 CC y art. 269 CC) <sup>19</sup>. De ahí que, salvo el caso de familias bien avenidas en que los padres sigan ostentando la patria potestad de hecho, y no resulte necesario tener un representante legal para el patrimonio personal o la realización de actos de contenido personal, lo procedente es que se incoe el procedimiento de incapacitación y la constitución de la correspondiente guarda legal, al llegar el discapaz a la mayor edad si no se hizo durante su minoridad. A ello están obligadas las personas mencionadas en el art. 229 del CC (padres incluidos).

Sería muy de lamentar que recurriendo los progenitores a la constitución del PPD durante la minoridad de su hijo, se desentendieran del mismo al llegar a la mayoría de edad, so pretexto de que ya han constituido un PPD en su favor que cubre sus necesidades vitales y está administrado adecuadamente. Una fría gestión patrimonial llevada a cabo por el administrador del PPD, tal vez un extraño, no se puede entender sustitutiva ni alternativa del cuidado de la persona que proporciona la guarda legal. Por ello entendemos que no debe plantearse en la doctrina ni en la práctica jurídica la constitución del PPD como *alternativa a la incapacitación*, olvidando que el estado conveniente para el discapaz es el que le proporciona la guarda legal (el PPD solo aminora los efectos negativos que pueda tener el hecho de que la persona no esté incapacitada, pero no los suprime). De todo lo cual deben ser ampliamente informados los padres, por Abogados y Notarios, cuando proyecten

---

supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales del beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza. Lógicamente esta disposición hay que entenderla en el sentido de que la excepción de autorización puede solicitarse en esas circunstancias, siempre que concurra el presupuesto previo de *exigir el bien del discapaz tal excepción*. De manera que si el MF no apreciase la concurrencia de este presupuesto previo, debería abstenerse de solicitar del Juez la excepción de la autorización. Si el MF tiene particularmente encomendada la protección de menores e incapaces, desde la LPPD hay que entender que también tiene encomendada la protección del discapaz, en todos los asuntos que puedan ventilarse relativos al PPD. El administrador al que se exceptione la necesidad de autorización judicial deberá ser solvente y el juez por aplicación analógica del art. 260 CC podrá exigirle la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma.

<sup>19</sup> Por otro lado, el discapaz puede precisar realizar actos de carácter personal para los que no estaría capacitado él, ni tampoco legitimado el administrador del PPD.

constituir el PPD durante la citada minoridad del discapaz, indicándoles que lo conveniente ahora, para el futuro de su hijo discapacitado, y obligatorio al alcanzar el discapaz la mayor edad, es promover la incapacitación.

El discapacitado no cambia de estado civil mediante la constitución del patrimonio protegido (por ello no tiene acceso al Registro civil como tal, sino únicamente a través de la representación legal) pero hay un cambio en el *status* patrimonial de la persona. «Al crear el PPD la persona pasa a tener una condición jurídica diferente, de modo que a la hora de establecer relaciones jurídicas con ella habrá que ver si estamos en el caso de un bien integrante de una masa patrimonial o de otra diferente, en las que se divide su patrimonio. Por ejemplo, el caso de la «representación legal doble», es decir, cuando sean distintos su representante legal ordinario (padres, tutores o curadores) y el representante especial del PPD, habrá que tener en cuenta, a la hora de celebrar un negocio jurídico, con cual de ellos hay que entenderse»<sup>20</sup>.

Todos los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido (art. 5.4 LPPD). Se establece así una afección o vinculación de tales bienes a la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado, que no puede obtener por sí solo, todos los recursos necesarios para la vida, o al menos, no todos los que le son precisos.

«Si bien la ley establece que el patrimonio protegido tiene por fin satisfacer las necesidades vitales de su titular, no hay inconveniente –dice Marín Calero– en que tenga un fin más concreto dentro de ese fin general, que se adecue mejor a las necesidades del beneficiario o a los deseos del constituyente o aportante. Así, el constituyente podrá crear un patrimonio, por ejemplo, para sufragar una vivienda tutelada o la puesta en marcha de un negocio. Ese fin deberá constar en el acto constitutivo. Si no se expresa ninguno habrá que entender que el fin del patrimonio protegido es el marcado por la Ley. ... En cuanto a los sucesivos aportantes posteriores podrán establecer fines especiales para los bienes que entregan, siempre que no contradigan los propios del patrimonio protegido en cuestión. La finalidad del patrimonio protegido vinculará al órgano de administración.»<sup>21</sup>. Sin embargo, esta posi-

<sup>20</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, I. «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Actualidad Civil*, n.º 16. Septiembre, 2005, p. 1927.

<sup>21</sup> MARÍN CALERO, C. «Comentarios a la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, en relación con el patrimonio protegido de las personas con discapa-

bilidad de que el constituyente o el aportante delimite fines más concretos para el PPD, dentro de los previstos por el legislador, no es beneficiosa para el discapacitado porque complica en demasía la administración, pudiendo encontrarse el administrador con que determinados bienes deben destinarse a subvenir tal o cual necesidad concreta, y que otras muchas quedan sin cubrir porque los bienes existentes sólo pueden dedicarse a lo prefijado por el constituyente o aportante. Asimismo puede darse la circunstancia de que la necesidad que el aportante quiso subvenir con su aportación, la vea cubierta el discapacitado por otras vías (p.e. la aportación tenía por fin adquirir una vivienda, pero él ha heredado de sus padres otra), con lo que ya no tiene sentido dedicar aquellos bienes al fin predeterminado, pero el administrador nada puede hacer para emplearlos de manera diferente porque en su gestión está vinculado por tal finalidad. Discrepamos, pues, de Marín Calero y entendemos que toda aportación queda sujeta al fin genérico estipulado por el legislador, pudiendo sólo los constituyentes o aportantes señalar un fin preferente pero no excluyente del fin general, si las necesidades del discapacitado así lo exigen. Los órganos de supervisión deben velar por que la actuación del administrador se ajuste a dichas finalidades.

Es importante también destacar que, como señala la E de M de la LPPD «la existencia de este patrimonio y el especial régimen de administración al que se somete el mismo, en nada modifican las reglas generales del Código Civil, o en su caso, de los derechos civiles autonómicos [*sic*]<sup>22</sup> relativas a los distintos actos y negocios jurídicos». Esto es, la existencia del PPD es concordante con todo lo relacionado con atribuciones patrimoniales a título gratuito, o sea, con las normas de la donación y la sucesión, a las que en nada altera. De manera que cuando un tercero haga una aportación a un PPD mediante donación, ésta podrá rescindirse por haber sido realizada en fraude de acreedores, revocarse por superveniencia o supervivencia de hijos del donante o podrá reducirse por inoficiosa. Lo mismo cabría predicarse respecto de

---

cidad», en *Jornadas sobre la nueva Ley de protección patrimonial de discapacitados*. Colegio Notarial de Valencia. Valencia, 2005, pp. 44.

<sup>22</sup> Como bien sabe el lector, la Constitución no prevé la existencia de derechos civiles autonómicos, sino la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales, allí donde existan, al tiempo de promulgarse la Constitución. Art. 149.1.8.º. Ello significa que solo un número reducido de territorios de España podrán tener especialidades civiles forales, no pudiendo, por lo tanto, denominarse derecho autonómico a tales especialidades, al no ser común la existencia de especialidades a todas las CCAA. Expuestas así las cosas, el legislador habría cometido un craso error de denominación que podría llevar a las equívocas ideas de que en España es posible un Derecho Civil propio en cada CCAA o que las CCAA con Derecho Civil especial o foral, pueden tener un Derecho Civil propio más allá de los límites que la Constitución previó para la subsistencia del Derecho Civil foral.

una aportación hecha en testamento: tal aportación no podrá perjudicar las legítimas<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> La regulación del PPD respeta plenamente el sistema de legítimas del CC. Han sido otras normas contenidas en la misma LPPD (Capítulo II, arts. 9 a 14) las que han alterado sustancialmente tal régimen. Así el artículo 10 de la LPPD ha modificado los arts. 782, 808 y 813 CC, en el sentido de permitir que la sustitución fideicomisaria grave la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado y el art. 822 CC, en el sentido de que las donaciones y legados de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual hecha por su titular a un discapaz legitimario no se computarán para el cálculo de las legítimas, si en el momento del fallecimiento, ambos, donante o testador y discapaz estuvieran conviviendo en ella. El mismo artículo 10 ha establecido que «tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades vitales de sus hijos o descendientes con discapacidad.» Estas normas, en cuanto su mera existencia ya supone un beneficio para el discapacitado o incapacitado y en cuanto limitan los derechos de los legitimarios, deben ser de interpretación restrictiva y favorable al legitimario según aquel adagio que afirma que lo odioso debe restringirse y lo favorable ampliarse. Así, por ejemplo, señala SERRANO GARCÍA que hay que inclinarse por una interpretación restringida de la figura de la sustitución fideicomisaria de modo que cause el menor perjuicio posible a los colegitimarios. Indica que esta sustitución es una excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima, pero no es un cauce para alterar la intangibilidad cuantitativa. Es una excepción, una salvedad a la regla de que no caben gravámenes sobre la legítima. Pero las excepciones que además implican restricción de derechos (aplazamiento del cobro de la legítima por los colegitimarios) deben de ser de interpretación restrictiva por lo que *no parece que resulte de aplicación el art. 781 CC ni tampoco la forma de residuo. El fiduciario, por lo tanto, no podría disponer ni tampoco distraer la cuarta trebeliánica.*

ANTONIO RIPOLL SOLER entiende que el art. 782 CC, en su nueva redacción, se refiere a un fideicomiso de residuo con facultades de disposición para caso de necesidad del incapacitado. La disposición estaría condicionada a la necesidad y sometida a autorización judicial. Dice que esta solución es coherente con la regulación del patrimonio protegido en el que el tercero constituyente determina el destino del remanente cuando decae el mismo. SERRANO GARCÍA, muy acertadamente insiste en que «la posibilidad nueva de los arts. 782, 808 y 813 CC es de interpretación restrictiva, siguiendo en vigor el principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima. Hay sólo una excepción por lo que se refiere a la intangibilidad cualitativa: los colegitimarios recibirán su legítima pero *no en el momento del fallecimiento del causante... sino aplazadamente* cuando fallezca o... recupere la capacidad del fiduciario. Cualquier forma que pueda adoptar el fideicomiso de residuo, incluso la posibilidad de enajenarlos justificadamente en caso de necesidad, no son admisibles, porque aceptarlas equivaldría a desheredar a los colegitimarios.»

Por lo tanto, concluimos nosotros, habría que entender que no es posible constituir testamentariamente un PPD (por ejemplo, por uno de los padres, con bienes privativos suyos) atribuyendo los bienes al discapacitado judicialmente incapacitado en calidad de heredero fiduciario y gravando su institución de heredero fiduciario la legítima estricta de sus hermanos, porque el único medio de hacer compatible dicha institución como heredero fiduciario con la posterior vida del PPD, sería por la vía de crear una sustitución fideicomisaria de residuo, y ya hemos dicho, que esta posibilidad estaría vetada para no desheredar a los colegitimarios.

En cuanto al objeto de la sustitución fideicomisaria, según LEÑA, la ley permite que el tercio de legítima estricta pueda ser gravado en su totalidad o en parte, ya que la norma (art. 808 CC) dice, literalmente, «sobre el tercio de legítima estricta». Para que sólo grave la legítima de los colegitimarios del fiduciario será preciso que lo haya señalado expresamente el testador en el testamento. De lo contrario, el fideicomiso gravará el tercio íntegro, incluida la cuota legitimaria del fiduciario incapacitado judicialmente. Como dice MANUEL ESPEJO, el legislador habría autorizado que los demás legitimarios no perciban su legítima de modo inmediato a la muerte del causante, a cambio de poder recibir más bienes en el futuro.

Pero dice SERRANO GARCÍA, con gran acierto, que estamos ante una excepción a las reglas generales en materia de legítima, pero sólo *en el aspecto cualitativo*, no *en el cuantitativo*. Por lo tanto, la porción legitimaria del descendiente incapacitado debe ser recibida

## II. EL BENEFICIARIO DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

De acuerdo con el art. 2.1 de la Ley «el PPD tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular.» Dicha persona es el discapacitado<sup>24</sup>. Señala la Exposición de Motivos de la Ley que «beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad *afectadas por unos determinados grados de minusvalía*, y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el art. 200 CC y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas». Los grados de minusvalía de que habla la E de M son concretados en el art. 2.2 de la Ley en, al menos, un 33 % de minusvalía psíquica o un 65 % de minusvalía física o sensorial. De acuerdo con el art. 2.3 «el grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por *resolución judicial firme*». De lo expuesto, se desprende:

1. Que los conceptos de discapacitado e incapacitado judicialmente no son coincidentes. No todo discapacitado presenta una imposibilidad de autogobierno que justifique su incapacitación, si bien sí que podrá afirmarse que todo incapacitado judicialmente y sometido a tutela tendrá la consideración de discapacitado psíquico, pues padecerá una minusvalía psíquica de al menos un 33 %, *aunque no le haya sido reconocida administrativamente*. Como el grado de minusvalía puede acreditarse mediante resolu-

---

por éste libre de gravamen, en pleno dominio. No es preciso para que se produzca este efecto que lo prevea el testamento, aunque dadas las diferencias de opinión, sí conveniente. A la opinión de MANUEL ESPEJO responde diciendo que cabría preguntarse lo siguiente «¿si el incapacitado fiduciario tiene hijos, éstos se verían privados de la porción legítimaria de su padre, por el establecimiento de una sustitución fideicomisaria que beneficiaría, en su perjuicio, a sus tíos o primos?». Este resultado no parece aceptable.

Respecto de esta nueva normativa en materia de sustitución fideicomisaria ha dicho SERRANO GARCÍA que la intención final del legislador puede ser otra muy diferente que nada tiene que ver con la discapacidad y que tiene relación con la opinión que considera que hay que modificar el ordenamiento civil en orden a la supresión de las legítimas. (SERRANO GARCÍA, Ignacio. *Protección patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 433 y ss.).

<sup>24</sup> El número de discapacitados en España, según la Encuesta realizada por el INE con la colaboración del IMSERSO y de la Fundación ONCE en 1999, asciende a 2.285.000 personas. Según dicha encuesta, «la primera causa de discapacidad se refiere a las deficiencias osteoarticulares (más de la cuarta parte de las discapacidades registradas). La siguen en importancia las deficiencias visuales y auditivas (alrededor del 18 % de las discapacidades registradas) Y vienen a continuación las mentales (alrededor del 11 %). El grupo de personas con discapacidad para alguna de las actividades de la vida diaria suma algo más de 2.285.000 personas» (SERRANO GARCÍA, I. «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre», en *Estudios de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*. Coord.: Teodora Torres García. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial. Universidad de Valladolid. Valladolid, 2004, pp. 96 y 97).

ción judicial firme (en este caso, la sentencia de incapacitación), la conclusión que puede extraerse, es que cabe constituir un PPD en beneficio de un sujeto a tutela, que no tiene certificación administrativa de minusvalía, aunque la Ley no lo afirme directamente<sup>25</sup>. Discrepamos así de la posición de Gallego Domínguez, quien interpreta, ajustándose en exceso a la letra de la ley, el término «únicamente» del art. 2.2, sin relacionarlo con el art. 2.3, entendiendo que beneficiario es sólo el discapacitado *con certificado de minusvalía*, si bien propugna, de *lege ferenda*, una reforma, para que se entienda que es beneficiario también el simplemente incapacitado judicialmente<sup>26</sup>. En la línea expuesta anteriormente, Seda Hermosín<sup>27</sup>.

En el caso de que el incapacitado esté sujeto a curatela, como la minusvalía que motivó la constitución de ésta pudo ser inferior a un 33 %, no podrá considerársele automáticamente como discapacitado psíquico sino que será preciso acreditar por medio de la correspondiente resolución administrativa, ante el Notario o ante el Juez que constituya el PPD, que se padece la minusvalía psíquica de un 33 %. Si bien podría ocurrir que el propio Juez constituyente de la curatela determinase el grado de minusvalía sin tener que acudir a la Administración<sup>28</sup>.

El hecho de que un incapacitado esté sujeto a tutela o a curatela no impide que se constituya un PPD en su beneficio. «Si el incapacitado precisaba de un representante legal, pueden coexistir [si se designa administrador del PPD a persona distinta de quien ostenta la guarda legal del discapacitado: *padre o tutor*] dos: uno encargado de la esfera personal y el patrimonio general del discapacitado (tutor o padre), y otro (el administrador) encargado exclusivamente del PPD. Ello no choca con las reglas de la tutela, sino todo lo contrario, puesto que presenta algunas concomitancias con la tutela dual del art. 236.1.º CC y con la disposición de bienes, a título gratuito, a favor de incapaces, en los términos establecidos por el 227 CC, a tenor de los cuales el disponente puede establecer las reglas de

<sup>25</sup> Sin embargo, la Ley del IRPF sí que establece una equiparación de la incapacitación judicial con una minusvalía igual o superior al 65 %.

<sup>26</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio. «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. Dirigido por José Pérez de Vargas Muñoz. La Ley. 1.ª Edición, Madrid, 2006, pp. 126 a 128.

<sup>27</sup> SEDA HERMOSÍN, M. A. «Protección por terceros: Constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos», en *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*. Cuadernos de Derecho Judicial XX – 2005. CGPJ. Madrid, 2006, p. 131.

<sup>28</sup> Cfr.: AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capacidad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006, pp. 88 a 90.

administración de dichos bienes y designar las personas que hayan de ejercerla.»<sup>29</sup>.

En definitiva, están incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la ley los discapacitados físicos que pueden gobernarse por sí mismos (hemipléjico, tetrapléjico etc.); discapacitados que sin poder gobernarse por sí mismos no han sido incapacitados, bien porque por su menor edad están sujetos a la patria potestad, o bien porque siendo mayores están sujetos a [patria potestad de hecho o] guarda de hecho; los incapacitados judicialmente y sujetos a tutela o patria potestad prorrogada o rehabilitada; los incapacitados judicialmente y sujetos a curatela, que acreditan uno de los grados de discapacidad fijados por la ley; mayores que sufren una discapacidad física o sensorial superior al 65%, aquejados de alguna enfermedad que pueda determinar una discapacidad psíquica en el futuro y mayores aquejados de una patología degenerativa que ya supere el 33% de minusvalía psíquica. (Estas personas o sus representantes legales, a la hora de constituir el PPD, pueden establecer reglas especiales de designación y desarrollo de la administración para el caso de incapacidad del beneficiario, apreciada conforme a lo dispuesto por éste. Art. 5.1 LPPD y art. 1732.2 CC por analogía)<sup>30</sup>. Quedarían al margen de la Ley aquellas personas que sufren alguna dolencia de carácter degenerativo o progresivo pero que no implica la existencia de una discapacidad tal como es entendida por el art. 2.2 LPPD. Estas personas podrían recurrir a una constitución del PPD sujeta a la condición suspensiva de devenir discapaces con arreglo al art. 2.2 Ley o incapacitados judicialmente y sometidos a tutela o bien amparada en el art. 223.2.º CC<sup>31</sup>.

2. Podría ocurrir que el minusválido presentase un cuadro de discapacidad tal que no alcanzase los mínimos previstos respectivamente en la norma (un 33 % de discapacidad psíquica o un 65% de discapacidad física o sensorial), pero que superase en total entre una y otra el mínimo numérico exigido. (Por ejemplo, presenta una discapacidad psíquica de un 10 % y una física de un 55 %). Tales casos caen fuera del ámbito de aplicación de la Ley 41/2003, pues ya hemos visto que su E de M afirma que beneficiarios de este PPD

<sup>29</sup> DÍAZ ALABART, S. «La protección jurídica...», *op. cit.*, pp. 102.

<sup>30</sup> También tendría esta posibilidad todo discapacitado que tema perder en el futuro sus facultades de autogobierno.

<sup>31</sup> *Cfr.*: AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capacidad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006, pp. 88 a 90. DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)* Ibermutuamur. Madrid, 2004.

pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad *afectadas por unos determinados grados de minusvalía*<sup>32</sup>. Entender otra cosa, podría dar lugar a situaciones absurdas. Así admitir la constitución a favor del minusválido de nuestro ejemplo, y no hacerlo a favor de otro que puede estar en peores condiciones de autogobierno y por lo tanto, en peores condiciones de subvenir a sus necesidades vitales (minusválido con discapacidad psíquica de un 29 % y física de un 30 %)

3. Cabe acreditar la minusvalía mediante certificación administrativa de la resolución recaída en procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía regulado por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre y mediante resolución judicial firme. Ésta puede ser, en el orden civil, la sentencia de incapacitación; en el orden social, la sentencia judicial que fija el grado de minusvalía cuando se recurre la resolución del órgano evaluador o incluso la negativa de la Administración a conceder el correspondiente certificado de discapacidad, y el Juez estima dicho recurso. Excepcionalmente, también podrían presentarse otras sentencias que, sin ser necesario, han concretado el grado de discapacidad que ostenta una persona. Así en supuestos en los que se resuelvan «accidentes en los que la víctima haya sufrido daños personales, por ejemplo, en el ámbito laboral (accidente que provoca una determinada discapacidad para el trabajador y se fija el alcance de ésta), o en el orden civil (por ejemplo, en caso de accidente de tráfico, en el que resultan graves lesiones para la víctima y en la sentencia, el Juez determina el grado de discapacidad sufrido por ésta), o incluso penal (si el hecho que origina la discapacidad de la víctima es constitutivo de delito o falta y se fija el alcance resultante de dicha minusvalía en la sentencia).»<sup>33</sup>.

Si aportándose certificación administrativa de discapacidad, a juicio del Fedatario, el discapacitado presenta una capacidad de obrar superior a la que acredita documentalmente (por ejemplo, porque la certificación es antigua y el discapacitado ha recuperado buena parte de su capacidad), el Notario tiene derecho a pedir que se revise la situación, y que se emita en su caso, una nueva certificación administrativa acreditativa del grado de discapacidad actual<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> DÍAZ ALABART, S. *Op. cit.*, p. 105.

<sup>33</sup> DÍAZ ALABART, S., *Op. cit.*, p. 106. GARCÍA PÉREZ, R. M. «Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado», en *Protección del patrimonio familiar*. Coord.: SÁNCHEZ CALERO. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 128.

<sup>34</sup> SEDA HERMOSÍN, M. A. «Protección por terceros: Constitución del patrimonio separado...», *op. cit.*, pp. 131 y 132.

Finalmente, la doctrina se cuestiona si los bienes que integran el PPD pueden ser utilizados para que el beneficiario, casado y/o con hijos satisfaga obligaciones económicas respecto de parientes (obligaciones de alimentos). Sería posible que el discapacitado no tuviera patrimonio personal al margen del PPD o que aquél fuera insuficiente. En estos supuestos cabe considerar que forma parte de las necesidades vitales del discapacitado cumplir un imperativo legal respecto de sus parientes, vía por la que éstos podrán ser indirectamente beneficiarios del PPD.

### III. CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LEGITIMADOS PARA LA CONSTITUCIÓN

#### 1. EL PROPIO DISCAPAZ CON CAPACIDAD DE OBRAR SUFICIENTE

La Ley atribuye la legitimación para constituir el PPD, en primer término, al propio discapaz que tiene capacidad de obrar suficiente, lo que nos obliga a dilucidar que ha de entenderse por tal.

Por las razones que exponemos a continuación, por capacidad de obrar suficiente ha de entenderse, en principio, la plena capacidad de obrar.

Como señala Díaz Alabart, el discapacitado que constituya por sí solo un PPD ha de poder otorgar un documento público (art. 3.3 LPPD). Ahora bien, forma parte del contenido mínimo de dicho documento público el establecimiento de unas reglas de administración (administración, que según la E de M, párrafo IV, ha de entenderse en sentido amplio, comprensiva de los actos de disposición) y la designación directa o la fijación del procedimiento para la designación de administrador. Si el discapacitado se autodesigna administrador, ha de tener capacidad para disponer de los bienes que integran el PPD<sup>35</sup>. Si designa a un tercero administrador, y no limita sus facultades representativas, por un lado, éste las tendrá plenas (art. 5.7) y por otro lado, la situación es análoga al nombramiento de un mandatario, para lo cual el mandante ha de tener la capacidad de realizar los actos que encomienda al mandatario, lo que nos conduce de nuevo a la necesidad de que el discapacitado tenga capacidad para disponer. Como señala RIVERA ÁLVAREZ

<sup>35</sup> Cfr.: DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, op. cit, pp. 112 a 114.

«siendo tradicional la posición de quienes entienden que para que un negocio jurídico de apoderamiento o de gestión representativa quede válidamente constituido es preciso que el poderdante, tenga capacidad de obrar, tanto para realizar el negocio jurídico de apoderamiento como el negocio principal encomendado, si el discapacitado constituyente encomienda a tercero la administración será necesario que cuando lo haga tenga plena capacidad de obrar, pues plenas facultades representativas (art. 5.7) serán las que tenga el administrador, si no se limita el objeto y extensión de la administración conferida (art. 5.1)»<sup>36</sup>.

No sería acertada, pues, la posición de los que al entender que la constitución del PPD por el propio beneficiario, con bienes de su patrimonio personal, es un acto de administración (un acto de afección de un conjunto de bienes y derechos a una finalidad concreta y a un régimen de administración particular), y no de enajenación, consideran que para constituir el PPD basta la capacidad para administrar los propios bienes (Herbosa Martínez)<sup>37</sup>. Ciertamente no puede decirse que la constitución del PPD sea un acto de enajenación, ya que los bienes no cambian de titular si son aportados por el propio discapacitado, pero confiriendo a un tercero el poder de disponer de los bienes integrados en el PPD, o *reservándose* para sí mismo, es evidente que el discapacitado no puede conferir ni reservarse lo que no tiene, razón por la cual hay que entender que debe ostentar capacidad para disponer. En el caso de que la constitución por el discapacitado se hiciese con bienes aportados por terceros (aportación simultánea a la constitución), dice Herbosa Martínez que estamos en presencia de un acto mixto de aceptación y constitución. En este caso, por las razones expuestas, tampoco bastaría ostentar la capacidad para aceptar donaciones<sup>38 39</sup>.

Por lo tanto, requiriendo el constituyente plena capacidad dispositiva, ésta sólo es ostentada por quien disfruta de la plena capacidad de obrar, lo que significa que el beneficiario constitu-

<sup>36</sup> RIVERA ÁLVAREZ, J. M.<sup>a</sup> «La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *RDP* febrero 2006, pp. 90 y 91.

<sup>37</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, I. «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Actualidad Civil*, n.º 16. Septiembre, 2005, p. 1934, nota 18.

<sup>38</sup> Cfr.: LÓPEZ BURNIOL, J. J. «Protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*. Colegio Notarial de Valencia. Valencia, 2005, p. 21

<sup>39</sup> Al donatario, para celebrar el contrato de donación, le basta tener capacidad natural. No se le exige la capacidad general para contratar. Esto se desprende del Art. 1263, 626 a contrario sensu y del art. 625 CC. De modo que un menor no emancipado o un incapacitado puede ser donatario. Este criterio se basa en que la donación pura no puede perjudicar al que la recibe.

yente ha de ser, en principio, mayor de edad y no estar incapacitado por alguna de las causas del art. 200 CC (Díaz Alabart y García Pérez)<sup>40 41 42</sup>.

Ahora bien, para la validez del acto de constitución es preciso que el sujeto conste de capacidad natural, esto es, del entendimiento y voluntad necesarios para la realización del acto, con lo que a través de la expresión capacidad de obrar suficiente se quiere resaltar también que la persona debe gozar de capacidad natural. Ésta debe ser apreciada por el Notario (dado que la constitución exige el otorgamiento de documento público), de acuerdo con lo previsto en el Reglamento Notarial.

De lo dicho se desprende que puede constituir el PPD por sí mismo, el discapacitado mayor de edad y no incapacitado, con minusvalía física o sensorial superior al 65 %, que puede gobernarse por sí mismo (que puede tener el interés de constituir el PPD para que terceros realicen en el futuro nuevas aportaciones a favor del mismo, como señala Marín Calero).

La duda surge en torno al discapacitado mayor de edad, no incapacitado, con minusvalía psíquica en grado igual o superior al 33 %. ¿Puede apreciarse en él capacidad natural adecuada para realizar el acto?

Amunátegui Rodríguez sostiene que no es posible apreciar la presencia de capacidad natural suficiente en disminuidos psíquicos.

<sup>40</sup> Cfr.: DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, pp. 112 a 114. GARCÍA PÉREZ, R. M. «Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado», en *Protección del patrimonio familiar*. Coord.: Sánchez Calero. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 137 a 139.

<sup>41</sup> Aunque el artículo 200 CC hable de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, hay que tener presente como dice SERRANO GARCÍA, que en la incapacitación el aspecto físico no es de ninguna manera el verdaderamente relevante. «Lo verdaderamente determinante para que se pueda declarar incapaz a una persona es su enfermedad o deficiencia psíquica. La física tiene importancia en cuanto que repercute en su psique. Si no existe tal repercusión, la enfermedad o deficiencia física tiene importancia para el reconocimiento de ser persona con discapacidad, pero no para su incapacitación. Los conceptos clave son afectación persistente psíquica que impide el autogobierno». [«La persistencia no supone afectación continua. Hay varias sentencias del TS sobre personas con afectaciones de carácter cíclico, que tienen, consecuentemente, intervalos de lucidez, no obstante los cuales se les incapacita, unas veces totalmente y otras parcialmente»] (SERRANO GARCÍA, I. *Discapacidad e incapacitación en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre...*, *op. cit.*, p. 104. Sin embargo, como apunta MARTÍNEZ DÍE, pueden darse situaciones de disminución meramente física, pero que operan de forma que no es posible llegar a saber lo que quiere y entiende el discapacitado. En este caso, también procedería la incapacitación, siempre revisable.

<sup>42</sup> El desarrollo que hacemos en estas páginas del término «capacidad de obrar suficiente» no prejuzga cuestiones como cuál es el estado civil de una persona incapaz naturalmente pero no incapacitada judicialmente, o si la sentencia de incapacitación es declarativa o constitutiva, o cuál es el tratamiento jurídico a realizar de los actos efectuados por el incapaz natural antes de la constatación oficial de su incapacitación. No nos adscribimos necesariamente a la orientación jurídica-formalista en torno a la capacidad e incapacidad de obrar. El estudio de tales cuestiones sobrepasa los límites de nuestro trabajo.

cos, pues será difícil que un discapacitado con una minusvalía psíquica igual o superior a la predeterminada por la ley, pueda tener capacidad para realizar actos de disposición, categoría en la que se entraría con la constitución de un PPD, al [poder] ser el propio sujeto el administrador del mismo, y quien fija las reglas de administración, no necesitándose especiales autorizaciones. *Cfr.*: art. 5.1 y 5.2 LPPD<sup>43</sup>.

En nuestra opinión para responder a la cuestión hay que partir de que la discapacidad psíquica puede venir dada, fundamentalmente, por un retraso mental o un trastorno mental. El Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía define el retraso mental como «capacidad intelectual general significativamente inferior al promedio, que se acompaña de limitaciones de la capacidad adaptativa referidas a cómo afrontan los sujetos las actividades de la vida diaria y cómo cumplen las normas de autonomía personal esperables de su grupo de edad, origen sociocultural y ubicación comunitaria». En concordancia con la Clasificación Internacional de Enfermedades, 10.<sup>a</sup> revisión (CIE – 10), de la OMS, versión multiaxial, 1996, la norma distingue la deficiencia mental del siguiente modo:

– **Capacidad intelectual límite. CI (Cociente intelectual) = 70 - 80. Da lugar a una discapacidad valorable entre un 15 % y un 29 %.** (Hay que tener en cuenta que la valoración de la deficiencia que se padece se hace sobre la base de los efectos que tal deficiencia tiene sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria. Al porcentaje de discapacidad resultante de la aplicación del baremo contenido en el Anexo 1.A del Real Decreto citado, se le suma el porcentaje que se deduzca de aplicar el baremo de factores sociales (circunstancias personales y sociales que –se dice– pueden influir sobre la persona discapacitada en sentido negativo, agravando la situación de desventaja originada por la propia discapacidad). (Anexo 1.B). La suma resultante determinará el grado de minusvalía que padece el sujeto. El porcentaje mínimo de valoración de la discapacidad sobre el que se podrá aplicar el baremo de factores sociales no podrá ser inferior al 25 %.). La persona con capacidad límite puede conseguir el graduado escolar o equivalente con apoyo pedagógico. Tiene capacidad para acceder a los contenidos propios de la Formación Profesional Especial Adaptada.

---

<sup>43</sup> AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capacidad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006, pp. 91 a 93.

– **Retraso mental leve. CI = 51 – 69. Da lugar a una discapacidad valorable entre 30 % y 59 %.** La persona tiene una edad mental de entre 9 y 12 años, pudiendo alcanzar habilidades académicas hasta un nivel de 6.º de EGB, mostrando un retraso de dos o tres años. Constituye la deficiencia mental más frecuente, del orden del 85 %<sup>44</sup>.

– **Retraso mental moderado. CI = 35 – 50. Da lugar a una discapacidad valorable entre un 60 y un 75 %.** La edad mental de la persona es de entre 6 y 9 años.

– **Retraso mental grave y /o profundo. CI = 34 a 20. Da lugar a una discapacidad valorable en un 76 %.** La edad mental de la persona es de entre 3 y 6 años.

Como han señalado los especialistas «en la deficiencia mental se puede apreciar enlentecimiento y detención del desarrollo en todas o en parte de las áreas funcionales: cognitiva, afectiva, conativa [referida al empeño y esfuerzo en la ejecución de algo], psicomotora, sensorial, autonómica, relacional, etc. *Desde el punto de vista cognitivo existe pobreza de representaciones, juicio y conceptos, orientación a lo concreto, distraibilidad y aprosépia. La comprensión es demasiado elemental y superficial. El déficit cognitivo se pone a prueba en el contexto situacional e interpersonal donde la información es procesada con lentitud y deficiencia en la comprensión, elaboración y comunicación del pensamiento. ... La voluntad se muestra lábil [poco estable o poco firme en sus resoluciones], fácilmente vulnerable ante el menor obstáculo... [Hay] dificultad en la capacidad autonómica y relacional...*»<sup>45</sup>. También se aprecia déficit de juicio crítico ya que puede entender pero no comprender, evaluar. Ese déficit de juicio crítico se traduce en credulidad, sugestibilidad, y maleabilidad<sup>46</sup>. Por otro lado hay que tener en cuenta que *las personas con deficiencia mental pueden presentar cualquier tipo de trastorno mental. La patología psiquiátrica es dos a cuatro veces mayor entre las personas con deficiencia intelectual en relación con la observada en la población general*<sup>47</sup> y «*un trastorno asociado a la deficiencia mental reduce aún más la capacidad cognitiva*»<sup>48</sup>. Dadas estas premisas la pregunta es si el deficiente mental tiene capacidad para consentir el negocio

<sup>44</sup> MARTÍN MARTÍN, J. *Valoración médico legal de la minusvalía por deficiencia mental*. Tesis Doctorales Universidad de Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 73 a 77.

<sup>45</sup> *Op. cit.*, pp. 72 y 73.

<sup>46</sup> *Op. cit.*, p. 123.

<sup>47</sup> *Op. cit.*, pp. 80 y 81.

<sup>48</sup> *Op. cit.*, p. 85.

jurídico de constitución, en el que deberá no sólo hacer una selección de los bienes de su patrimonio personal que integra en el PPD (o aceptar las aportaciones simultáneas de terceros) sino determinar las reglas de administración, y por lo tanto de disposición, de tales bienes, así como incluir el procedimiento de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración. Hay que tener presente que el deficiente mental debe comprender de manera razonable la naturaleza del acto que está llevando a cabo y sus consecuencias, lo que implica, por ejemplo, saber valorar la cantidad y calidad de sus propiedades, saber dictar reglas (lo que parece difícil dada su orientación a lo concreto y su pobreza de representaciones).

En opinión de Martín Martín el deficiente mental carece de capacidad para comprender y consentir actos de naturaleza contractual y entiende que debe ser protegido debido a su credulidad y fácil sugestibilidad; razón por la que son engañados, estafados y robados con promesas de grandes negocios y ganancias fabulosas. «Aceptan sin dudar, la honestidad del ofrecimiento; todo lo consideran factible, sin sospechar el engaño. Si poseen fortuna, pueden ser despojados, mediante el engaño de amistad... hasta con promesas de matrimonio<sup>49</sup>. Es cierto que el control notarial y la naturaleza del acto, en principio beneficiosa para el discapaz, evitaría estas negativas consecuencias más propias de contratos bilaterales privados, pero con todo, teniendo presente que un menor de edad emancipado requiere un complemento de su capacidad para realizar actos de carácter dispositivo sobre determinados bienes (art. 323 CC) una persona con edad mental de 12 años, en el mejor de los casos, *no puede verificar por sí sola la constitución de un PPD*.

En cuanto a las personas «límites» si bien el grado máximo de discapacidad que pueden alcanzar es del 29 %, hay que tener presente que podría sumarse a dicha cifra hasta 15 puntos más, derivados de la apreciación de factores sociales, lo que puede dar por resultado cotas de minusvalía de hasta un 44 %. Por lo tanto, en la franja del 33 al 44 % de minusvalía podría estarse en presencia de una persona límite. ¿Pueden estas personas constituir un PPD por sí solas? Un experto en la materia (psicólogo) nos ha asegurado que estas personas mediante aprendizaje pueden desarrollar una profesión con normalidad, pero que para la realización de actos jurídicos como contratos de compraventa o arrendamiento necesitan de la asistencia de una tercera persona, para evitar por ejemplo, situaciones de engaño. Estaríamos en presencia de personas necesitadas de curatela, que carecen de capacidad natural suficiente

---

<sup>49</sup> *Op. cit.*, p. 277.

para realizar por sí solas actos dispositivos y por lo tanto, incapaces de constituir un PPD en su favor.

En cuanto a los discapacitados psíquicos como consecuencia de trastornos mentales hay que decir lo siguiente:

El Real Decreto 1971/1999 establece en el capítulo 16 del anexo 1.A unas normas de carácter general para la valoración de estas enfermedades, distinguiendo cinco clases de discapacidad: Clase I (discapacidad 0%. La persona presenta sintomatología psicopatológica aislada que no supone disminución de su capacidad funcional); discapacidad leve; moderada; grave y muy grave. A continuación distingue de forma específica entre cinco clases de enfermedades mentales (trastornos mentales orgánicos, esquizofrenia y trastornos paranoides; trastornos afectivos; trastornos de ansiedad, adaptativos y somatomorfos y trastornos de la personalidad) y dentro de cada una, entre las cinco clases de discapacidad.

La discapacidad leve se valora con un porcentaje inferior al 33% por lo que caería fuera de nuestra consideración.

La discapacidad grave supone que la persona padece una restricción grave de las actividades de la vida cotidiana, entre las que se enumera, el manejo de dinero y la capacidad de iniciativa, voluntad y enjuiciamiento crítico de su actividad y la actividad de otros. Precisa supervisión intermitente en ambientes protegidos y *total fuera de ellos*. Luego precisa supervisión total para manejar dinero en ambientes no protegidos. Este hecho, unido a que no puede mantener una actividad laboral normalizada, pudiendo únicamente acceder a centros y/o actividades ocupacionales, en los que incluso con supervisión el rendimiento suele ser pobre o irregular, nos lleva a entender que el padecimiento de esta discapacidad es incompatible, en principio, con el disfrute de una capacidad natural dispositiva suficiente. Esta discapacidad grave se valora entre un 60 y un 74%.

En la discapacidad moderada, valorable de un 25 a un 59%, se distinguen dos situaciones. Si la sintomatología clínicamente evidente, a pesar del tratamiento habitual, persiste e interfiere *notablemente* en las actividades de la persona y fuera de los periodos de crisis el individuo *sólo puede trabajar en ambientes laborales protegidos con supervisión mínima*; presentando además las características clínicas que se señalan en cada clase de enfermedad, su discapacidad se valorará en el tramo superior (45 a 59%) y no tendrá tampoco capacidad natural dispositiva suficiente.

Si la discapacidad se valora en el tramo inferior (25 a 44%) porque la sintomatología persistente no interfiere notablemente en las actividades de la persona y ésta es capaz de desarrollar una actividad laboral normalizada y productiva la mayor parte del

tiempo, pero, como señala la norma, *con supervisión y ayuda*, entonces podría parecer que tampoco cabe pensar en una capacidad natural dispositiva suficiente, pues si la actividad laboral, que puede ser mecánica, requiere de tal supervisión, con mucho mayor motivo requerirá tal supervisión (papel que realizaría un curador) la disposición de bienes inmuebles o de sumas importantes de metálico. Sin embargo, como la tipología de las sintomatologías puede ser muy variada y éstas hemos dicho no interfieren notablemente en las actividades de la persona, entendemos que en estos casos el Notario debe entrar a valorar la capacidad natural dispositiva de la persona, y permitir la constitución del PPD si la reputa suficiente para ello. Hay que tener presente que lo contrario supondría privar a estas personas de una legítima independencia y que forma parte de la tradición jurídica (Derecho Romano y Derecho Histórico Español) el admitir la validez de los actos patrimoniales realizados por el loco o demente en intervalo lúcido <sup>50</sup>.

No podemos dejar de tener presente el grave problema que se derivaría en el futuro para el PPD constituido por dichos discapacitados, si se agravase su situación de discapacidad o llegasen a caer en una situación de imposibilidad de autogobierno. Este problema, que es susceptible de acaecer también en el caso de discapacitados físicos con plena capacidad de obrar que han constituido el PPD al amparo del art. 3.1.a) LPPD, *se agrava por la mayor frecuencia en presentarse, en el caso de los disminuidos psíquicos*<sup>51</sup>.

En efecto, si el constituyente es el propio discapacitado, y nombra como administrador a un tercero, de acuerdo con el art. 5 LPPD no será imprescindible establecer para dicho administrador la necesidad de obtener autorización judicial para realizar los actos de los

<sup>50</sup> En el Derecho Romano no existía la figura de la incapacitación, pero no se ignoraba la situación de los enfermos psíquicos. Estaba prevista una curatela especial para los púberes y mayores de edad *sui iuris* que era la cura *furiosi*. No era necesaria una decisión judicial para que el enfermo fuera sometido a curatela, sino que, desde el momento en que surgía la enfermedad, la persona devenía automáticamente incapaz, y como consecuencia, se le asignaba un curador. Mientras duraba la enfermedad, los actos del furioso eran radicalmente nulos; cuando recobraba la salud, válidos. «No obstante, se discutía sobre si en los intervalos lúcidos continuaba siendo necesaria la intervención del curador, o si, por recuperar el furioso durante ese tiempo la capacidad, cesaba la curatela hasta que retornara la enfermedad. Justiniano decidió que no terminara la curatela, puesto que en cualquier momento podía volver la locura, pero que se suspendiera, de forma tal que, mientras estuviera cuerdo, el enfermo pudiera adir la herencia y realizar todas las demás cosas que pueden hacer los hombres sanos (CJ, 5, 70, 6)».

En nuestro Derecho Histórico se mantiene la tradición romanista a través de las Partidas. (Ley XIII, tit. XVI, P. 6; ley VI, tit. II, P.4 y ley XIII, tit. I, P.6). (EVANGELIO LLORCA, R. *Los contratos celebrados por incapaces naturales*. Mc Graw Hill. Madrid, 1997, pp. 23 a 25).

<sup>51</sup> Cfr., AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores...», *op. cit.*, p. 81.

arts. 271 y 272 CC. De manera que, mientras el constituyente tenga capacidad de obrar suficiente, podrá realizar una labor de control de la gestión de su administrador, pudiendo requerir al MF para que actúe en uno u otro sentido. Pero si el constituyente llega a perder sus facultades mentales, el patrimonio continuará administrado por un tercero, *que no estará sujeto a control judicial previo alguno* (control al que sí está sujeto el tutor o el administrador del PPD si éste fue constituido por persona distinta del beneficiario), con lo que las posibilidades de llevar a cabo actos lesivos de los intereses del discapacitado aumentan. Podría aducirse que siempre va a tener el control *a posteriori* (salvo si son los padres los administradores) de rendir cuentas anualmente de su gestión, amén de la obligación final de rendición de cuentas, que afecta también a los padres administradores (art. 279 CC por analogía). Pero en efecto, este control *a posteriori* no es garantía suficiente de la correcta gestión del PPD<sup>52</sup>.

*En definitiva, aquí el acto de constitución no se agota en sí mismo sino que es el punto de partida del desarrollo de una institución que se prolongará en el tiempo, durante la vida del discapacitado.* Cabría pensar, ante ello, que si la norma pretende la protección de las personas con discapacidad, no parece probable que la ley autorice a que el PPD pueda quedar en manos de la administración de un discapacitado (si se autodesignó administrador) que ve deteriorarse en el futuro sus facultades o cae en una situación de imposibilidad de autogobierno, con una supervisión de oficio por el MF poco cierta, dado que el propio beneficiario no está obligado a rendir cuentas anualmente de su gestión, *ni hay precepto expreso que ordene al Notario comunicar la constitución de los PPD al MF.* O en manos de un tercero, como señalamos antes, que actúe sin control judicial alguno<sup>53</sup>. Las dificultades apuntadas podrían hacer dudar de la conveniencia de que el Notario entrase a valorar la capacidad en el último caso reseñado.

Cuando escribíamos estas líneas, aún no se había publicado el texto de la Ley 1/2009 de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.

Esta Ley añade al art. 3.3 de la LPPD un último párrafo en el que se prevé la inmediata comunicación por los Notarios de la cons-

<sup>52</sup> Cfr. *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>53</sup> Cfr. *op. cit.*, pp. 94 y 95.

titución y contenido de los patrimonios protegidos por ellos autorizados al Fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Este mandato del legislador permitirá una supervisión de oficio por el MF más cierta y eficaz, lo que parecería disminuir los problemas que apuntábamos de que la administración del PPD quedase en manos del discapaz constituyente que ve empeorar sus facultades o cae en una situación de imposibilidad de autogobierno, pues en tal caso el MF, al amparo del art. 7.1 de la LPPD podría instar del Juez la sustitución del administrador o la adopción de cautelas, e incluso la adopción de medidas cautelares de las contempladas en el art. 762 LEC, para la adecuada protección del presunto incapaz y de su patrimonio. Igualmente, si el administrador es un tercero, la comunicación al MF por el Notario garantizaría que aquél pudiera instar del juez el establecimiento de la necesidad de autorización judicial previa para los actos de los arts. 271 y 272 CC, en el caso de empeorar las facultades mentales del discapaz, lo que también parecería disminuir los problemas antes apuntados. Dada, pues, la nueva situación planteada con la reforma, consideramos que las dudas apuntadas deben resolverse a favor de que el Notario entre a valorar la capacidad natural del sujeto en el supuesto reseñado.

En todo caso, el MF, que por la comunicación del Notario tiene conocimiento de la existencia de un presunto incapaz, deberá iniciar, si lo estima procedente, la incapacitación.

Para Luna Serrano tendría también el discapacitado capacidad de obrar suficiente para constituir por sí mismo el PPD, si padeciendo alguna anomalía que haya determinado su incapacitación «en la sentencia en que ésta se declare se determina una extensión y límites de la misma que consientan considerar que el declarado incapaz tenga capacidad de obrar suficiente a los efectos de constituir en su propio favor el patrimonio protegido, lo que ocurrirá ... cuando la sentencia acuerde el sometimiento del incapacitado al régimen de guarda consistente en la curatela, puesto que, en el peor de los casos, el incapacitado sujeto a curatela sólo necesita la asistencia del curador «para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido» (art. 289 CC), o de no especificarlos, ... aquéllos para los que el tutor necesita autorización judicial, entre los que no está la constitución del PP» (art. 290 en relación con 271 a 273 CC)»<sup>54</sup>. Pero según lo que hemos expuesto más arriba, la constitución de un PPD es un acto para el cual se requiere capacidad

<sup>54</sup> LUNA SERRANO, Agustín. «El patrimonio protegido del discapacitado», en *La protección jurídica del discapacitado*. II Congreso Regional. Coord.: Ignacio Serrano García. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, pp. 110 y 111.

para disponer, y en cuanto tal puede ser calificado de acto de «carácter dispositivo susceptible de inscripción» (de registración, en sentido amplio), subsumible en el art. 271.2.º CC, razón por la que para su otorgamiento será imprescindible la asistencia del curador, lo que evidencia que el discapacitado sometido a curatela no tiene por sí solo capacidad suficiente para constituirlo.

Podría pensarse que si la sentencia que establezca la curatela hace una relación de actos necesitados de asistencia y entre ellos no se incorpora el acto de constitución del PPD, en tal caso, la constitución del PPD se verifica por el propio discapacitado al amparo del art. 3.1.a) LPPD. Pero, necesariamente hemos de volver sobre la idea de que el discapacitado que designe administrador a un tercero ha de tener plena capacidad dispositiva para poder conferir poderes de disposición al administrador o para consentir tácitamente que se los confiera la Ley (art. 5.7 LPPD). Y un sujeto a curatela, no tendrá normalmente tal capacidad dispositiva aunque la sentencia de incapacitación le autorice para constituir por sí solo el PPD. *Únicamente podría considerarse que el curatelado constituye el PPD al amparo del art. 3.1.a) LPPD si al establecer el órgano de administración se autodesigna administrador, estableciendo en el documento constitutivo que ejercerá tal administración de acuerdo con el contenido de la sentencia de incapacitación.*

En el caso del menor emancipado o habilitado de edad, la constitución de un PPD no se encuentra en la relación de actos del art. 323 CC para los que el emancipado necesita la asistencia de sus padres, o en su defecto, del curador. Pero teniendo la naturaleza de acto de carácter dispositivo habrá que pensar que se necesitará para su constitución la asistencia de los padres o del curador siempre que el menor emancipado aporte bienes de los enumerados en el art. 323 CC y establezca reglas de administración para los mismos.

Solamente si los bienes que aporta no son de los enumerados en el art. 323 CC y establece reglas de administración para los mismos, como tiene plena capacidad dispositiva respecto de ellos, podrá constituir por sí solo el PPD.

Teniendo presente estas consideraciones respecto del menor emancipado, que solo adquiere plena capacidad dispositiva para los bienes excluidos del art. 323 CC con la emancipación, las mismas nos conducen a que un menor no emancipado no puede constituir por sí solo un PPD dada la trascendencia que tiene el acto. Por ello no podemos compartir la opinión de Linacero de la Fuente que trata de apoyar en los arts. 2.2 y 3.9 LO 1/1996, de 15 de

enero y 162.1.º y 1263.2 CC.<sup>55</sup>, según la cual, en el supuesto de discapacitados, menores de edad, sujetos a patria potestad, no incapacitados judicialmente, que tengan suficiente discernimiento, podrían tener capacidad de obrar suficiente para constituir por sí solos un patrimonio protegido, atendiendo a su edad y grado de madurez<sup>56</sup>.

Aparte de la constitución por el discapacitado que tiene capacidad de obrar suficiente, es posible pensar en una constitución por un sujeto plenamente capaz física y psíquicamente, pero que lo hace en previsión de padecer una futura minusvalía, sujetando la eficacia del negocio jurídico constitutivo a la *conditio iuris* de la acreditación del grado de discapacidad exigido por la ley. Así se pronuncia Martínez Díe<sup>57</sup>. Según Herbosa Martínez, desde el otorgamiento del documento se indicará en el Registro Civil, en previsión de que, cumplida la condición y teniendo el beneficiario limitadas sus facultades, las disposiciones establecidas puedan afectar automáticamente a terceros<sup>58</sup>.

Es opinión común que quien es capaz para realizar por sí un determinado acto o negocio, lo es también para realizarlo a través de apoderado, como lo exige la lógica y la íntima vinculación existente entre apoderamiento y negocio representativo, por lo que la capacidad debe apreciarse en atención a éste. Como la constitución del PPD no es un acto personalísimo puede ser hecho por apoderado.

En resumen, por capacidad de obrar suficiente se entiende la plena capacidad de obrar del discapacitado físico, mayor de edad, no incapacitado, que no está afecto de una minusvalía psíquica igual o superior al 33 %, y tiene aptitud natural para la realización del acto; la capacidad de obrar del discapacitado psíquico, mayor de edad, no incapacitado, que tiene aptitud natural para la realización del acto, así como la capacidad del sujeto a curatela al que la sentencia de incapacitación permite constituir un PPD (siempre que se autodesigne administrador sujetando la administración a la sentencia de incapacitación), así como la plena capacidad dispositiva que tiene el menor emancipado, incapaz físico o psíquico en los términos matizados antes, sobre los bienes no enumerados en el art. 323 CC.

<sup>55</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.ª A. *Protección jurídica de personas con discapacidad, menores, desfavorecidos y personas mayores*. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Servicio de publicaciones. Madrid, 2004, pp. 56 y 57.

<sup>56</sup> *Op. cit.*, pp. 56 y 57.

<sup>57</sup> MARTÍNEZ DÍE, R. «La constitución del patrimonio...», *op. cit.*, p. 162.

<sup>58</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, I. «El patrimonio especial...», *op. cit.*, p. 1935.

## 2. LOS PADRES, TUTORES O CURADORES CUANDO LA PERSONA CON DISCAPACIDAD NO TENGA CAPACIDAD DE OBRAR SUFICIENTE

De acuerdo con el art. 3.1.b) de la LPPD podrán constituir un patrimonio protegido los padres, tutores o curadores *cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente*.

La doctrina se ha planteado si padres, tutores o curadores, están legitimados para constituir el PPD, exclusivamente en *cuanto representantes legales o personas encargadas de complementar la capacidad de obrar insuficiente del discapaz*, y con bienes del propio discapaz o bien si la ley les confiere legitimación *por otros conceptos* para efectuar tal constitución con dichos bienes.

Así se plantea si los padres, *en cuanto progenitores*, estarían legitimados por la LPPD para constituir el PPD con bienes del hijo discapaz, *aunque ya no se ostentase la representación legal del hijo*. *P.e. se trata de un incapacitado sometido a tutela, no correspondiendo ésta a los padres*<sup>59</sup>.

Se cuestiona, igualmente, si el tutor recibiría una legitimación especial por la LPPD, al margen del art. 267 CC y pese a lo que pudiera decir la sentencia de incapacitación, esto es, pese a que la sentencia afirmase que la constitución de un PPD es un acto que el incapacitado puede realizar por sí solo.

En cuanto al curador, se plantea si sólo ha de complementar la capacidad de obrar insuficiente del curatelado, cuando corresponda de acuerdo con lo dispuesto en el CC y la sentencia de incapacitación, o bien, si por disposición de la LPPD, y al margen de los arts. 286 a 290 CC y de lo que pueda decir aquélla, *debe complementar siempre la capacidad del curatelado*. E incluso, si no ten-

<sup>59</sup> Esta posición la mantienen DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO quienes sostienen que si el hijo discapacitado, mayor de edad, ha sido incapacitado y sometido a tutela, no habiendo sido nombrados los padres para el cargo tutelar por no considerárseles idóneos (p.e. por su edad avanzada o estado de salud), el art. 3.1.b) legitima a los padres para constituir el PPD con bienes del discapaz, puesto que la ley no distingue el caso de que los padres ostenten o no la representación legal y la ley les exige ser simplemente progenitores. En la misma línea plantean el caso de un discapacitado mayor de edad, incapacitable, respecto del cual todavía no se ha iniciado el procedimiento de incapacitación pero los padres quieren constituir un PPD. Apreciado por el notario la falta de capacidad natural del discapacitado y comunicada la situación al MF para que inicie, si procede, el procedimiento de incapacitación, las autoras se plantean si en este caso la constitución del PPD se paraliza hasta que haya sentencia [y por lo tanto, se nombre un representante legal] o si el Notario podría autorizar la constitución por los padres. Como la ley no se pronuncia al respecto, estiman que sí, por razón del interés del hijo (DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica...*, *op. cit.*, pp. 115 a 118). Esta posición es factible siempre que los padres ostenten una autoridad paterna de hecho sobre el discapaz.

dría una legitimación especial conferida por la LPPD para actuar *en lugar del curatelado*<sup>60</sup> o como una especie de *curator ad litem*.

La respuesta a estos interrogantes viene dada fundamentalmente por la lectura del primer párrafo del apartado III de la E de M de la Ley donde se señala «esta constitución del patrimonio corresponde a la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que ésta no tenga capacidad de obrar suficiente, a sus padres, tutores o curadores de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro ordenamiento jurídico ...». Es evidente, pues, que el llamamiento legal del art. 3.1.b), para la constitución del PPD *con bienes del propio discapaz, se hará de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar, y no al margen de los mismos*.

En este sentido, habría que rechazar el llamamiento de los padres como progenitores, para constituir el PPD con bienes del discapaz, *siempre que exista un tutor o un curador diverso de aquellos*, dados los evidentes problemas que surgirían si, siendo tutores o curadores personas distintas de los padres, éstos pudieran intervenir en el patrimonio del hijo *de quien no tienen la representación* (Art. 1259 CC)<sup>61</sup>. Hay que tener en cuenta que los padres son llamados a constituir el PPD en pie de igualdad con los tutores, lo que nos lleva a pensar que tal llamamiento se produce *en cuanto ostentan la representación legal del hijo* (es menor de edad o está sujeto a patria potestad prorrogada o rehabilitada).

Cuestión distinta es que no existiendo ni tutores ni curadores, y siendo el hijo mayor de edad, disminuido psíquico, no incapacitado pero incapacitable, los padres continúen ostentando, por haber-

<sup>60</sup> Se habla de que el curador tendría una triple legitimación: para actuar complementando la capacidad de obrar insuficiente del discapacitado, para constituir el PPD con sus propios bienes (los del curador) por el hecho de ser curador y finalmente, con arreglo a la nueva ley, *sustituyendo* al sujeto a curatela y constituyéndolo con bienes de éste. «Aunque esta última alternativa podría parecer un tanto discutible, por no coincidir con los parámetros generales por los que se desenvuelve la curatela en el CC, se encuentra, sin embargo, específicamente avalada por el art. 3.1.b) de la Ley 41/2003 –que es *lex posterior* y *especialis*– que, en el sentido indicado, amplía expresamente las funciones que legalmente competen de manera ordinaria al curador». Esta última solución no es compartida ni por PEREÑA VICENTE ni por RUBIO TORRANO. (LUNA SERRANO, A. «El patrimonio protegido del discapacitado», en *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional*. Coord.: Ignacio Serrano García. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, pp. 111 y 112). Tampoco por GALLEGU DOMÍNGUEZ. (GALLEGU DOMÍNGUEZ, I. «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. Dirigido por José Pérez de Vargas Muñoz. La Ley. 1.ª Edición, Madrid, 2006, pp. 133 y 134). Pero sí, por LÓPEZ GALIACHO. (LÓPEZ GALIACHO PERONA, J. «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», en *RCDI*, año 81, n.º 687 (enero-febrero 2005), p. 42).

<sup>61</sup> RIVERA ÁLVAREZ, J.M. «La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *RDP* febrero 2006, p. 91.

se extinguido legalmente la patria potestad, una autoridad paterna de hecho. En el término «padres» empleado por el art. 3.1.b) y 3.2 LPPD, cabe subsumir las dos situaciones en que los padres, en cuanto tales, desplegarán una asistencia al discapacitado *contemplada por el ordenamiento jurídico*: la patria potestad y la patria potestad de hecho, en el sentido de autoridad paterna ejercida de hecho sobre el discapacitado, cuando la patria potestad se extingue por haber alcanzado el discapacitado la mayoría de edad, pero perdura su incapacidad natural, sin estar incapacitado por sentencia judicial. Al margen de estas dos situaciones, *los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar, no admiten la actuación de los padres sobre los bienes del hijo discapacitado, por lo que no cabe pensar en una constitución del PPD por los padres legitimada exclusivamente sobre la condición de progenitores*<sup>62</sup>.

En cuanto a la posibilidad de que el curador sustituya al curatelado, constituyendo con bienes de éste el PPD, dice Rivera Álvarez que, admitiéndose tal hipótesis, se daría la contradicción legal de que otras normas del ordenamiento le impiden al curador ostentar sin más una administración general del patrimonio del curatelado. Pero tal disimilitud normativa no tendría sentido, porque realmente no hay diferencias entre constituir un PPD y ostentar esa administración general. Luego eso significa que esa interpretación de la Ley 41/2003 no es admisible. En cuanto a la recuperación del «*curator ad litem*», nada hay en la norma, ni en sus antecedentes ni en el resto del ordenamiento que pueda justificar esta interpretación<sup>63</sup>. En efecto, el nombramiento de curador para pleitos en la LEC 1881 y anteriormente *curator ad litem* en las leyes de Partidas, tenía lugar en el caso de que el padre, tutor o curador de un menor o incapacitado no pudiera representar a éste en juicio por *oposición de intereses* u otra causa, o si el menor o incapacitado *no tuviera nombrado tutor o curador*. La práctica había hecho que se confiriesen estos cargos a los procuradores; pero como tal cosa daba malos resultados, la Ley de Enjuiciamiento determinó que fueran ocupados por un pariente inmediato del menor, una persona de su intimidad o de la de sus padres y no habiéndolas o no tenien-

<sup>62</sup> Si los padres no ejercen la patria potestad de hecho, y el hijo discapacitado no tiene ni tutor ni curador, estará a cargo de un guardador de hecho. Éste no puede constituir el PPD, según veremos, pero puede hacerlo el defensor judicial o el administrador judicial que se nombre en el seno del procedimiento de incapacitación.

No hay que olvidar que el art. 229 CC obliga a padres y guardador a promover la constitución de la tutela.

Si el incapaz se encuentra en situación de desamparo, lo que procede aplicar es el art. 239.2.º CC.

<sup>63</sup> *Cfr.*: RIVERA ÁLVAREZ, J.M.<sup>a</sup> «La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *RDP* febrero 2006, pp. 91 y 92.

do la aptitud legal necesaria, por persona de la confianza del Juez, en el orden indicado; pero los menores púberos podían nombrar libremente a quien quisiesen por comparecencia ante el Juez, quien accedería a discernir el cargo al así designado, si, según su prudente arbitrio, no había en ello inconveniente. Si sobre el discernimiento surgía cuestión, se ventilaba por los trámites de los incidentes, representando al menor el Ministerio Fiscal (art. 1852 y ss. LEC)<sup>64</sup>. No tendría sentido considerar que esta figura ha sido recuperada por la LPPD, cuando ya existe una figura, la del defensor judicial, que viene a rellenar el lugar que antes ocupaba el *curator ad litem* (Arts. 7.1 y 2 y art. 8 LEC 2000 y 299 CC). Cuestión distinta es si el defensor judicial está legitimado o no para la constitución del PPD, lo que planteamos en epígrafes sucesivos.

En cuanto a la legitimación para constituir el PPD con sus propios bienes (los del curador) por el hecho de ser curador tampoco sería posible. Como señala la E de M de la LPPD la actuación del curador es siempre *de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro ordenamiento jurídico*. Si el curador quiere aportar sus bienes para la constitución, deberá dirigirse al discapacitado, si tiene capacidad de obrar suficiente, *como cualquier tercero*, para que esté, aceptando la aportación, constituya el PPD en su favor. Si el discapacitado no tiene capacidad suficiente para la constitución, deberá complementar su capacidad. Pero entonces constituirá el PPD el discapacitado asistido por su curador, con los bienes que éste aporte, más no el curador por sí mismo por el hecho de ser curador.

En consecuencia, padres y tutores son o pueden ser representantes legales del discapacitado. Actúan por él, si bien cabe que por ley o por indicarlo la sentencia de incapacitación actúen con él simplemente complementando su capacidad o cabe incluso que por disponerlo así la sentencia de incapacitación deban abstenerse de actuar por poder constituir el PPD el incapacitado por sí sólo (art. 267 y 171.1.º CC)<sup>65</sup>. En cuanto al curador sólo complementa una capacidad de obrar insuficiente. Si complementa la capacidad de obrar insuficiente de un incapacitado, deberá intervenir siempre (cuando así resulte de la sentencia de incapacitación o por aplicación del art. 290 en relación con los arts. 271 a 273 CC, por tratarse la constitución del PPD de un acto de naturaleza dispositiva), salvo que la sentencia de incapacitación afirme la capacidad del curatelado para

<sup>64</sup> Cfr.: *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana*. Voz: Curaduría) y arts. 1852 y ss. LEC.

<sup>65</sup> Esta última posibilidad parece poco verosímil tratándose de un incapacitado sujeto a tutela o a una patria potestad prorrogada o rehabilitada que va más allá de la mera asistencia.

actuar él sólo<sup>66</sup>. En el caso de actuación del curador, el constituyente del patrimonio no será el curador, sino el incapacitado o menor emancipado con la asistencia del curador (arts. 288 y 286 CC).

En cuanto representantes legales, los padres que ejercen la patria potestad y los tutores constituyen el PPD con bienes del discapacitado *que estén bajo su administración*. Decimos esto porque ciertos bienes del discapacitado pueden estar excluidos de su administración. Caso de los arts. 164 y 227 CC.

Se plantea la cuestión de si los padres y tutores quedan sujetos a la autorización judicial previa para la constitución del PPD (arts. 166 y 271.2.º CC). A nuestro juicio, en cuanto hemos dicho que tal constitución tiene la naturaleza de acto de carácter dispositivo, se ha de contar con la autorización judicial previa. Discrepamos así de Rivera Álvarez<sup>67</sup> y de Martínez Díe<sup>68</sup>. Es más, si el menor es un discapacitado psíquico del que se puede predicar la condición de *incapaz natural*, la constitución del PPD por sus padres puede ser vista por éstos como vía alternativa a la incapacitación, y aunque ya dijimos que tal visión es incorrecta, por la trascendencia que tiene el acto para el futuro del hijo, resulta obligado un control judicial previo<sup>69</sup>. Por su parte, el tutor de un incapacitado que constituyese un PPD, encomendando su administración a un tercero, vendría a «liberarse» por este medio de ciertas obligaciones legales respecto de su pupilo, lo cual merece también un

<sup>66</sup> En este caso, téngase en cuenta lo que dijimos en el epígrafe anterior sobre constitución por el propio curatelado.

<sup>67</sup> RIVERA ÁLVAREZ, J.M. «La capacidad de obrar suficiente...», *op. cit.*, p. 91.

<sup>68</sup> MARTÍNEZ Díe, R. «La constitución del patrimonio especialmente protegido...», *op. cit.*, pp. 171. En otro lugar señala: «La constitución del PPD por un tutor con bienes del discapacitado no requiere obtener autorización judicial del art. 271 para hacer la aportación, porque, tratándose de bienes del propio beneficiario ni el acto de constitución ni el de aportación tienen carácter dispositivo, sino que son un acto de administración ordinaria y a lo sumo, de configuración jurídica, necesariamente ventajoso para el discapacitado» (*op. cit.*, pp. 187 y 188).

<sup>69</sup> Si durante la menor edad de un *discapacitado físico*, padres o tutores constituyen un PPD, *autodesignándose administradores o designando a un tercero*, hay que entender que llegada la mayor edad del beneficiario, dicha administración se extingue automáticamente por tal razón, pasando a disfrutarla el beneficiario, o bien que, la llegada de la mayoría de edad es causa suficiente para que instado el MF por el beneficiario, aquél solicite y el juez otorgue sin más la sustitución del administrador por el propio beneficiario. Cualquiera otra interpretación que suponga que el discapacitado no podrá gozar, alcanzada la mayoría de edad, de las facultades directivas del PPD, sería inadmisibles, pues ello vendría a suponer una privación de capacidad de obrar al beneficiario, cuando no es incapaz natural, sin sentencia judicial de incapacitación previa. Ello porque el administrador nombrado al constituir el PPD es representante legal para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del PPD, en el cual pueden estar integrados todos los bienes que constituirían el patrimonio personal del beneficiario.

Caso diverso es el de que un mayor de edad, discapacitado físico *con capacidad de obrar suficiente*, constituya el PPD y nombre administrador a un tercero. En tal caso, podríamos decir que estamos en presencia de un mandato y por lo tanto, de una representación voluntaria, aceptada por el discapacitado.

control judicial previo. Además el hecho de tener que solicitar la autorización judicial previa, permite al MF tomar conocimiento del PPD que se está constituyendo y de la existencia de una persona susceptible de incapacitación (caso de solicitar la autorización judicial, los padres que ostentan la patria potestad de hecho) con lo que ello facilita, tanto la supervisión del PPD de oficio por el MF, como la puesta en marcha del procedimiento protector del incapaz natural por excelencia, que es la incapacitación.

Para la actuación de los citados representantes se acude a las normas generales que sean de aplicación. Y así, por ejemplo, en el supuesto de que los titulares de la patria potestad discrepen sobre la conveniencia de constituir un PPD a favor de su hijo minusválido, (menor de edad, o incapacitado sujeto a patria potestad prorrogada o rehabilitada) habrá que sujetarse, en el ámbito en que sea aplicable, al art. 156.2.º CC, con la particularidad de que el Juez podrá atribuir –sin ulterior recurso– la facultad de decidir a quien sea contrario a la formación de este patrimonio<sup>70</sup>. O «si la tutela se ejerce por más de un tutor y existe un tutor de la persona y otro del patrimonio, como la constitución del PPD es una decisión de más trascendencia que una simple actuación de administración y que puede tener importantes consecuencias para la persona del tutelado, deberán constituirlo conjuntamente ambos tutores. [Art. 236.1.º CC.]<sup>71</sup>. En los demás casos de pluralidad de tutores en los que no hay reparto de funciones económicas y personales entre ellos, en principio actuarán mancomunadamente, o sea de forma conjunta, (si son los padres del tutelado, el ejercicio conjunto lo será de modo análogo a la patria potestad conjunta, art. 236.2.º, al final) valiéndose lo que se haga con el acuerdo de los más. A falta de acuerdo sobre la constitución del PPD, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. Art. 237.2.º CC. Si la tutela se ejerce solidariamente, Art. 237.1.º CC, cada tutor podrá constituir el PPD por sí solo<sup>72</sup>.

El curador no puede constituir por sí solo el PPD sino que requiere el concurso y consentimiento de curatelado y curador (arts. 286 a 289 CC). «La iniciativa de constitución puede partir de

<sup>70</sup> MARTÍNEZ DÍE, R. «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Coord.: Garrido Melero, M. y Fugardo Estiviél, J.M. T. II. Bosch, S.A., p. 171.

<sup>71</sup> DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)* Ibermutuamur. Madrid, 2004, pp. 121 y 122.

<sup>72</sup> Cfr., ALBALADEJO, M. *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. 8.ª Edición. José María Bosch Editor, S. L. Barcelona, 1997, pp. 324 a 326.

cualquiera de ellos, y basta con que el otro esté de acuerdo para que se pueda constituir. Si alguno de ellos no quiere prestar su consentimiento de acuerdo con las reglas de la curatela, en dicho supuesto y dada la trascendencia del mismo, cualquiera de ellos podría acudir al Juez para que resolviese lo que considerase pertinente, en beneficio del discapacitado. También cabría aplicar por analogía el art. 3.2, LPPD instando al MF para que solicite del Juez la solución que estime conveniente [y resolviendo éste en última instancia]»<sup>73</sup>. En parecidos términos, García Pérez<sup>74</sup>.

### 3. EL GUARDADOR DE HECHO DE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA

Dispone el art. 3.1.c) de la LPPD que «el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica, podrá constituir en beneficio de éste, un PPD con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 303, 304 y 306 CC», preceptos reguladores de la guarda en este cuerpo legal.

El origen de esta norma, no presente en el Proyecto de Ley, estuvo en la enmienda n.º 41 presentada al texto en el Congreso por el Grupo Parlamentario Catalán, con la siguiente justificación: «*Se da la circunstancia de que hay muchas personas con discapacidad psíquica, mayores de edad, que no están incapacitadas judicialmente. Algunas de ellas pueden ser beneficiarias de pólizas suscritas por sus padres con una Mutualidad, por ejemplo. Se puede plantear la situación de que al fallecer los padres la pensión o la cantidad que la Mutualidad aporte no puedan ser incorporadas al PPD ya que no tienen ni padre ni tutor (no están incapacitados). En este caso, la figura del guardador de hecho con capacidad para crear un patrimonio protegido solucionaría esta situación.*»<sup>75</sup>. Así pues, la situación que tuvo presente el legislador al solicitar la inclusión de esta nueva legitimación en la LPPD, fue la de personas mayores de edad, con discapacidad psíquica que no están incapacitadas judicialmente.

<sup>73</sup> DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)* Ibermutuamur. Madrid, 2004, pp. 122 a 124.

<sup>74</sup> GARCÍA PÉREZ, R.M. *Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado*, en «Protección del patrimonio familiar». Coord.: Sánchez Calero. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 141 a 143.

<sup>75</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, 10 septiembre 2003, n.ºs 154-155.

Pero la redacción final del precepto amplió el supuesto de hecho de la norma a otras situaciones. Quizás por ello dice Serrano García que la enmienda fue mal incorporada a la ley. Por un lado, no tener padres, no significa no estar incapacitado, pues se puede haber procedido a la incapacitación antes de los 18 años. Y si el que fallece es el tutor, tutor de mayores sólo puede haberlo de incapacitados, con lo que el tenor legal se aparta del sentir inicial de la enmienda que pensaba en disminuidos psíquicos mayores no incapacitados<sup>76</sup>.

Díaz Alabart y Álvarez Moreno consideran que no son muchas las hipótesis en las que podría darse la situación de guarda de hecho contemplada por el art. 3.1.c). La que diseñan viene a coincidir con la prevista por el legislador. «Podría darse en el caso de una *persona que padece una enfermedad psíquica de nacimiento o contraída durante la infancia*. Dicha persona obtiene su certificado de discapacidad, igual o superior al 33 % y permanece bajo la patria potestad de sus padres, que no le incapacitan. Llegado a la mayoría de edad, los propios padres u otras personas o instituciones desempeñan la guarda de hecho. Fallecidos los padres, el guardador de hecho podría iniciar la constitución del PPD». Pero, en realidad, las situaciones, según el tenor de la ley, no se circunscriben a la descrita (discapacitado psíquico, mayor de edad, no incapacitado), sino que engloban también los supuestos de guarda de hecho de incapacitados sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada o sujetos a tutela, cuyos padres o tutor fallecen y los supuestos de discapacitados menores de edad, huérfanos, que no tienen nombrado tutor y son guardados de hecho por una persona o institución o cuyo tutor falleció<sup>77</sup>. El tenor literal de la norma dice más de lo que inicialmente quiso decir el legislador. Ahora bien, ante la disyuntiva de decantarse por una interpretación conforme con la *mens legislatoris* o por una interpretación conforme con la *mens legis*, hay que inclinarse por aquélla, pues en el caso de menores e incapacitados, como veremos más adelante, no tiene sentido la acreditación de la guarda para la posterior constitución del PPD, porque el nombramiento de tutor, que está legitimado para la constitución, tarda lo mismo y es más beneficioso. Luego hay que pensar que siendo el espíritu y finalidad de la Ley, la protección del discapacitado, ésta se refiere en su art. 3.1.c), pese a lo que pueda desprenderse de su tenor literal, al caso exclusivo de discapacitados mayores de edad y no incapacitados; quedando los otros

<sup>76</sup> SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Iustel. 1.ª Edición. Madrid, 2008, pp. 402 y 403.

<sup>77</sup> *Op. cit.*, pp. 402 y 403.

supuestos sujetos al art. 3.1.b), por ser ello más beneficioso para el menor o incapacitado. No obstante, el interés por delimitar el ámbito de aplicación de la norma decae ante la polémica doctrinal suscitada acerca de si verdaderamente el guardador de hecho de un disminuido psíquico puede o no constituir el PPD, dadas las características que presenta la institución de la guarda de hecho.

Son partidarios de la tesis de la legitimación, Herbosa Martínez<sup>78</sup>, Entrena Palomero (para quien «el que la Ley 41/2003 acuda a la figura del guardador de hecho no hace más que acercarse a la realidad social: ... más del 85 por ciento de las personas con discapacidad sólo se encuentran ante la custodia de un guardador de hecho<sup>79</sup>) y Martínez Díe<sup>80</sup>.

No son partidarios de la legitimación López Burniol<sup>81</sup>, Díaz Alabart y Álvarez Moreno<sup>82</sup> y Rogel Vide<sup>83</sup>; Ignacio Serrano se inclina inicialmente por esta postura<sup>84</sup>. También Amunátegui Rodríguez. La doctrina se ha preguntado cómo se demuestra que efectivamente una persona es el guardador; que el discapacitado necesita que actúen por él ante un fedatario público, y además que haya de ser el guardador quien deba hacerlo (Díaz Alabart y Álvarez Moreno; Serrano García). Sin embargo, el verdadero problema no es tanto cómo se demuestra que se es el guardador, sino, como veremos más adelante, que la puesta en marcha de los procedimientos posibles para la acreditación de la guarda conduce a una aporía que determina la imposibilidad de tal constatación.

No obstante, antes de responder al interrogante planteado acerca de si realmente el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica puede o no constituir un PPD en beneficio de éste, vamos a hacer ciertas consideraciones generales en torno a la institución de la guarda de hecho, que nos permitirán detectar tales aporías así como otros problemas que se plantean al respecto.

<sup>78</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, I. «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Actualidad Civil*, n.º 16. Septiembre, 2005, p. 1935.

<sup>79</sup> ENTRENA PALOMERO, B. «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *Los derechos de las personas con discapacidad*. Coord.: José Luis Terreros. CGPJ. Madrid, 2007, p. 1004.

<sup>80</sup> MARTÍNEZ DíE, Rafael. «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Coord.: Garrido Melero, M. y Fugardo Estiviell, J.M. T. II. Bosch, S.A., pp. 172 a 175.

<sup>81</sup> LÓPEZ BURNIOL, J.J. «Protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*. Colegio Notarial de Valencia. Valencia, 2005, p. 21.

<sup>82</sup> DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*. Ibermutuamur. Madrid, 2004, pp. 127 a 130.

<sup>83</sup> Conversación privada.

<sup>84</sup> SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial...*, op. cit., pp. 404 a 407.

Concebimos la guarda de hecho en el sentido más restringido y propio de los términos, o sea, como aquella situación de atención y cuidado efectivamente ejercida, asumida de hecho<sup>85</sup>, de modo espontáneo y al margen de las formalidades legales, a favor de los menores de edad y personas presuntamente incapaces o incapacitadas judicialmente que carezcan de representación<sup>86</sup>, por parte de una persona física o institución, que sin legitimación legal o judicial alguna, se encarga de las personas y patrimonios de aquéllos<sup>87</sup>. A pesar de su carácter informal, la guarda de hecho es una institución con relevancia jurídica. Esa relevancia, dice Rogel Vide, tiene lugar automáticamente, por el mero hecho de que la situación se dé y desde el mismo momento en que se da. Como señala este autor, hay lapsos de tiempo en los que la inmediata guarda de hecho, al margen de las formas legales, es incluso imprescindible. Pensemos, por ejemplo, en el caso de fallecimiento del tutor o de los padres que ostentaban la patria potestad. Al margen de estos casos, en los que la figura es imprescindible, podemos decir que es una situación muy frecuente en la práctica. Pero no es una situación llamada a permanecer en el tiempo. La ley quiere reconducir a derecho esta situación. De ahí la obligación que pesa sobre el guardador de promover la constitución de la tutela (art. 229 CC). Y de ahí también que, una vez conocida por la autoridad judicial, lo primero que se quiera, lo único casi, sea ponerle fin, hacerla desaparecer<sup>88</sup>. Como dice Moreno Quesada «una segunda nota de esta guarda que ahora considero es que si bien es temporal... se acentúa en ella este carácter aún más, por la circunstancia de que su mismo reconocimiento debe ser acompañado de la decisión de que se extinga como tal guarda de hecho.

<sup>85</sup> Cfr.: ROGEL VIDE. «La guarda de hecho», en RGLJ, n.º 4, 2003, p. 584.

<sup>86</sup> De la lectura del art. 303 CC, parecería desprenderse que únicamente puede ser guardado un menor de edad o un presunto incapaz. Sin embargo, también cabe que lo sea un incapacitado. Concretamente pensamos, y es la situación que tendremos presente a lo largo de nuestro trabajo, en el caso de fallecimiento de los padres que ostentaban la patria potestad prorrogada o del tutor, si estaba constituida la tutela. Que cabe la guarda de hecho de incapacitados se desprende del art. 761.2 LEC 2000 y del propio art. 3.1.c) LPPD, si le tomamos literalmente.

<sup>87</sup> La doctrina discute acerca de la consideración de otros supuestos como de guarda de hecho. P.e., aquellos que ejercen funciones tutelares, basando su actuación en un nombramiento ineficaz, bien porque lo era inicialmente, bien porque así ha devenido con posterioridad. No podemos, dentro de los límites de este trabajo, entrar a considerar si tales supuestos discutidos han de considerarse o no como de guarda de hecho, o son reconducibles a la gestión de negocios ajenos sin mandato, como hace CANO TELLO, por lo menos, con algunos supuestos. (CANO TELLO. *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*. Madrid, 1984, p. 142. Citado por ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 44 y 45). De ahí que nos centremos en la consideración de la acepción más restringida y propia de la guarda de hecho.

<sup>88</sup> ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 28.

Para el Derecho, su reconocimiento no puede ser más fugaz<sup>89</sup>. La doctrina llega a decir que la actuación del guardador es una actuación ilegal (así Lete). En todo caso, como dice Yzquierdo Tolsada, es una situación no querida por la ley<sup>90</sup>.

El guardador de hecho no tiene la condición de representante legal<sup>91</sup>. Aunque pueda comportarse *de facto* como si de un tutor de hecho se tratase, lo propio de la figura es «referirse o contemplar situaciones pasadas o, más exactamente, actuales, pero anteriormente constituidas y desarrolladas» (P.e. consumir negocios jurídicos perfeccionados), como dice Moreno Quesada<sup>92</sup>. Ello sin perjuicio del especial régimen de eficacia que para los actos realizados por el guardador consagra el art. 304 CC. Además existe una imposibilidad práctica, como señala Rogel Vide, de controlar *a priori* la actuación del guardador de hecho, por definición desconocido para la autoridad judicial. Ahora bien, producido este conocimiento, como indicábamos antes, el Código Civil prevé la adopción de medidas para ponerla fin.

De acuerdo con el art. 303 CC «*sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203*<sup>93</sup> y 228<sup>94</sup>, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas». Como dice Lete, el art. 303

<sup>89</sup> MORENO QUESADA, B. «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *RDP*, 1985, abril, p. 326.

<sup>90</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*. YZQUIERDO TOLSADA *et alii*. Ediciones ICAI. Madrid, 1984, p. 152.

<sup>91</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*. Dikynson. Madrid, 2001, p. 598.

<sup>92</sup> MORENO QUESADA, B. «El curador, el defensor judicial...», *op. cit.*, p. 325.

<sup>93</sup> Artículo derogado por la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil que señalaba: «El Ministerio Fiscal deberá promover la declaración [de incapacidad] si las personas mencionadas en el artículo anterior [cónyuge o descendientes y, en defecto de éstos, ascendientes o hermanos del presunto incapaz] no existen o no lo hubieran solicitado. A este fin, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del MF».

*El Juez competente, en los mismos casos, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias, y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien deberá solicitar del Juez lo que proceda, dentro del plazo de 15 días». Dicho precepto se corresponde hoy con el art. 757.2.º y 3.º NLEC y con su art. 762.1: «Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del MF para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación».*

<sup>94</sup> Art. 228: «Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela».

«comienza dejando a salvo las actuaciones judiciales urgentes constituyentes de la tutela [para el caso de un menor de edad o de un incapacitado cuyo representante legal falleció] y de la incapacitación [para el caso de un presunto incapaz]. En realidad, no podía ser de otro modo; hubiera sido absurdo que la autoridad judicial, teniendo conocimiento de la existencia de un menor o presunto incapaz, pudiera eximirse de proceder a la constitución de la tutela o de cumplir lo preceptuado en el art. 203 en orden a la posible incapacitación»<sup>95</sup>. En igual sentido, afirma Albaladejo, que el Juez no puede abstenerse de promover la guarda legal que corresponda, y dar por bueno que la situación siga siendo atendida por el guardador de hecho como tal. Lo mismo entienden Lete del Río y O'Callaghan Muñoz<sup>96</sup>.

Sin perjuicio, pues, de la puesta en marcha de los mecanismos que permitirán la constitución de la correspondiente guarda legal<sup>97</sup>, constitución que provocará la extinción de la guarda de hecho, la autoridad judicial podrá requerir al guardador para que informe sobre la persona y bienes del guardado y su actuación sobre los mismos. Si bien el precepto afirma que el Juez «podrá requerirle» al guardador, lo que parecería evidenciar que ello constituye una facultad discrecional del Juez (y así lo entienden O'Callaghan, Sancho, Núñez Muñoz<sup>98</sup>), como afirma Lete, debería haberse dicho «deberá». «Si no se entiende así, ¿qué valor se le dará a la actitud de un Juez que teniendo conocimiento de la existencia de una guarda de hecho no exige de quien la desempeña el correspondiente informe? En mi opinión, sería afirmación de una ilegalidad inadmisibles; además, si esto pudiera acontecer, indudablemente resultaría más ventajosa la situación de un guardador de hecho que la de un tutor legal» [Cfr.: art. 233 *in fine* CC]<sup>99 100</sup>.

Como afirma Bercovitz, tal petición de información constituye una garantía en sí misma, a favor del guardado. Producida ésta, el art. 303 impone al guardador de hecho un deber de información

<sup>95</sup> LETE. «De la guarda de hecho», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo. Tomo IV, artículos 181 a 322 CC. Madrid, 1985, p. 488. (Citado por ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 147).

<sup>96</sup> Citados por NÚÑEZ MUÑOZ, C. «La guarda de hecho», en *BDP* 1999, p. 431.

<sup>97</sup> Tutela, curatela o patria potestad prorrogada.

<sup>98</sup> NÚÑEZ MUÑOZ, C. «La guarda de hecho», *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>99</sup> LETE. «De la guarda de hecho», *op. cit.*, p. 490. (Citado por ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 149).

<sup>100</sup> El Anteproyecto de reforma de los preceptos del CC relativos a la tutela (1977), dirigido por el Profesor Díez-PICAZO, y realizado por encargo de la Fundación General Mediterránea y la Dirección General de Servicios Sociales, con redacción más afortunada señalaba: «Tan pronto como la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, deberá, de oficio, requerirle para que rinda cuentas generales de su actuación en orden a la persona y bienes del tutelado, así como proceder a la constitución de la correspondiente institución tutelar, de acuerdo con las normas de este Código.»

similar al que se establece para el tutor en el 233 *in fine* CC. «El deber de información sobre la persona y bienes quedará limitado en cada caso al ámbito en que se esté desarrollando la guarda de hecho, sin perjuicio de que el guardador pueda completar la información con otros datos que conozca, ajenos a su actividad de protección<sup>101</sup>. El informe que se requiere al guardador es similar, como hemos dicho, al que se establece para el tutor en el art. 233 CC, razón por la cual, dice Rogel Vide, habrá de figurar en el mismo un inventario de los bienes del guardado y la oportuna rendición de cuentas respecto de los mismos<sup>102</sup>.

Producida dicha información, el Juez podrá establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas<sup>103</sup>. En todo caso deberá establecer las que sean necesarias en interés del incapaz, ya que a ello le obliga si no la letra, sí el espíritu de la ley<sup>104</sup>. Ahora bien, «no podemos excluir la existencia de casos en que la inmediata protección del guardado, exija la adopción de las mismas por el Juez sin solicitar el informe, o sin esperar al resultado del mismo, por lo que deberán adoptarse sin dilación»<sup>105 106</sup>.

Esta previsión es redundante respecto de los presuntamente incapaces, dada la remisión del art. 303 CC al 203, que hoy hay que entender hecha al art. 762.1 LEC. Dichas medidas de control y vigilancia de la actuación del guardador de hecho, provisionarias y caducas, de duración transitoria, (ya que debe ponerse en marcha el procedimiento tutelar de derecho y la tutela provisionalísima del art. 299 bis) y para las cuales deja poco espacio la legislación actual

<sup>101</sup> BERCOVITZ. *De la guarda de hecho*. Madrid, 1984. (Citado por ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 148 y 149).

<sup>102</sup> *Op. cit.*, p. 589.

<sup>103</sup> El juez adopta medidas a la vista de las actuaciones anteriores efectuadas por el guardador de hecho, así como las que sean adecuadas para el futuro, mientras queda legalmente constituido el régimen de guarda.

<sup>104</sup> FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco. *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2006, p. 36

<sup>105</sup> *Op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>106</sup> FÁBREGA RUIZ explica con detalle el procedimiento a seguir para el control de la guarda de hecho, una vez conocida la situación. Señala que el Juzgado correspondiente a la residencia del presunto incapaz, iniciará un procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que deberá constatarse la situación de presunta incapacidad para lo que es imprescindible el examen médico forense, y la exploración judicial. El Juez podrá solicitar otras diligencias tales como informes sociales, extractos de cuentas corrientes, certificaciones registrales, etc., que nos servirán para conocer en profundidad el entorno vital del discapaz [Lógicamente deberá solicitará todas las diligencias necesarias según cada caso]. Deberá oír a las personas con interés legítimo, y en concreto, a parientes cercanos, guardador y guardado si tuviere suficiente juicio. Asimismo, si la complejidad del patrimonio o la administración lo justificara, deberá requerir informe de un perito contable. Por último, acordará por auto las medidas que considere pertinentes entre las que puede establecerse la obligación de rendir cuentas anuales, informar periódicamente de la situación en que se encuentra el presunto incapaz, atención personal y terapia que recibe, etc. (FÁBREGA RUIZ, C.F. *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, pp. 38 y 39).

según veremos, son, entre otras, las previstas en el art. 299 bis CC y 762 LEC.

Si se trata de un menor de edad o de un incapacitado, procede la tutela provisionalísima del art. 299 bis por parte del MF, quien ejercerá la representación y defensa del menor o incapacitado<sup>107</sup> <sup>108</sup>. El Ministerio Fiscal asume por su propia autoridad dicha tutela provisional a partir del momento en que tiene conocimiento de que una persona se encuentra en la situación que contempla el art. 299 bis. Teniendo presente que este precepto es una norma sustantiva, la atribución de la representación de la persona que debe ser sometida a tutela, traspasa los límites meramente procesales y nos lleva a pensar en una *representación legal fuera de juicio*. De manera que el Ministerio Fiscal quedará sometido en su actuación a los normales requisitos que ha de cumplir cualquier tutor en el ejercicio de su cargo (p.e. autorización judicial para los actos del art. 271 y 272 CC), pero caracterizando su actuación por dos notas: la intermitencia y la urgencia. Así el MF ejercerá la defensa de su protegido cuando en esta fase provisional surja alguna controversia que deba ventilarse en juicio y que afecte a los intereses del futuro tutelado. Actuará, asimismo, representando al menor o incapacitado cuando haya de llevarse a cabo un acto que afecte a los intereses personales o patrimoniales del mismo, que de haberse constituido la tutela haría el tutor y siempre que el asunto

<sup>107</sup> CANO TELLO, intentando superar el tenor literal del art. 299 bis, y siguiendo una tendencia de mantenimiento posible de la guarda de hecho hasta que no se regularice definitivamente la situación, considera posible que el Juez pueda opinar que es de interés para el menor o incapacitado que continúe sujeto a la guarda de hecho hasta que se constituye la tutela, caso en el que no procedería aplicar el art. 299 bis. (CANO TELLO. *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*. Madrid, 1984, p. 144. Citado por ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 151). La misma línea sigue CRISTÓBAL FÁBREGAS. *La guarda de hecho...*, op. cit., pp. 36 y 37.

Sin embargo, el tenor del precepto no deja lugar a dudas en cuanto a la necesidad de su aplicación: «Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el MF. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiese de procederse al de los bienes, el juez podrá designar un administrador de los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluidas». La autoridad judicial, por lo tanto, que tiene conocimiento de la situación de guarda debe comunicarla inmediatamente al MF, para que éste se haga cargo de la situación.

Lo expuesto pondría de relieve que la guarda de hecho termina casi en el mismo momento en que el Juez tenga conocimiento de ella. No obstante, dice LETE, podría interpretarse que el Juez «fundándose en el beneficio del menor o incapacitado, puede mantener la guarda de hecho hasta que se constituya la tutela, aplicando las medidas de control y vigilancia que estime más procedentes, y sin perjuicio de que la representación y defensa haya de ostentarla el Ministerio Fiscal», según exponemos en el cuerpo del escrito. (LETE. *De la guarda de hecho*, op. cit., p. 489. Citado por ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 152).

<sup>108</sup> El art. 299 bis CC es en principio solo aplicable en el caso de menores o incapacitados, pues de acuerdo con el art. 215 CC, la figura del defensor judicial, en cuyo ámbito se encuentra inmerso el art. 299 bis, está pensada para realizar la guarda y protección de menores o de incapacitados.

no pueda demorarse hasta la conclusión del proceso, por suponer un potencial peligro de perjuicio para el protegido. Esta función intermitente y urgente es compatible con el mantenimiento de la guarda de hecho para el *cuidado diario de la persona y atención de sus necesidades más perentorias*, sujeta dicha guarda a los controles que hubiere estipulado el Juez. Pero el guardador habrá quedado deslegitimado para realizar actuaciones patrimoniales en los términos del art. 304 CC, al haber cesado la posesión de estado implícita en dicho precepto. Ahora bien, en el caso de que el menor o incapacitado se encuentre en una situación de abandono o no se considere oportuno mantener la actuación del guardador de hecho, deberá el MF proveer al cuidado de la persona encomendándolo a persona o institución adecuada, o recabando la autorización judicial para internar al futuro tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial a tenor del art. 271.1.º CC<sup>109</sup>.

El art. 299 bis prevé también que el Juez podrá designar un administrador de los bienes cuando hubiese de procederse al cuidado de los mismos. Para Martínez Díe ese administrador carece de facultades representativas. Puig Ferriol considera que procede este nombramiento cuando se necesita una actuación no intermitente sino continuada en el ámbito patrimonial, dado que una actuación continuada no parece propia del MF. Señala que como se habla del nombramiento del administrador cuando así lo requiera el cuidado de los bienes, esto lleva a la idea de que el administrador sólo está facultado para realizar actos de conservación y de simple administración. Para cualquier acto que los exceda precisará de autorización judicial, sea o no de los comprendidos en los arts. 271 y 272 CC «pues en esta fase de tutela provisional solo procederá disponer de los bienes del futuro tutelado si concurre alguna circunstancia excepcional, que en todo caso deberá apreciar el Juez, pieza clave del organismo tutelar que instaura la reforma de 1983 (art. 216 y 232 CC).

Como el administrador se integra de una forma u otra dentro de los órganos de guarda y protección de los menores e incapacitados, no podrá el juez nombrar a las personas inhábiles para ser tutores.

---

<sup>109</sup> Cfr., GÓMEZ OLIVEROS. «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *RCDI*, 1984; 2.ª parte: noviembre-diciembre, pp. 1410 y 1411 (Citado por ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 152). PUIG FERRIOL, L. «Comentario al art. 299 bis», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Coord.: Manuel Amorós Guardiola, Rodrigo Bercovitz-Rodríguez Cano. Editorial Tecnos S. A. Madrid, 1986. MARTÍNEZ DÍE, R. «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en *Los discapacitados y su protección jurídica. Estudios de Derecho Judicial*. Madrid, 1999, pp., 200 y 201. (Citado por CRISTÓBAL FÁBREGAS. *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, p. 38).

Art. 243 a 245 CC», debiendo tener siempre en cuenta en el nombramiento lo que exige el interés del menor o incapacitado.

«El administrador no tiene obligación de aceptar el cargo pues su existencia es facultativa (podrá nombrarse) y debe rendir cuentas de su gestión, aplicándosele los arts. 279 a 285 CC sobre rendición de cuentas del tutor (salvo lo relativo a los plazos, dado que aquí la rendición es inmediata)»<sup>110</sup>.

Si se trata de un mayor presuntamente incapaz, el Juez deberá poner el hecho en conocimiento del MF, para que éste, si lo estima procedente, promueva la incapacitación. Art. 762.1.º LEC. «Recibida la noticia por el MF, se inicia una fase que se podría llamar de instrucción y que en la práctica diaria se suele denominar «diligencias informativas previas a la interposición de la demanda » o diligencias preprocesales (art. 5, último párrafo EOMF). Se recopila información actual sobre la enfermedad padecida por el presunto incapaz y sobre los familiares próximos a éste, a fin de poder proponer al sujeto que pueda asumir la defensa judicial, y, en su caso, la tutela..., sobre la situación económica y personal o por si procediera solicitar, con carácter previo o junto con la demanda, medidas de protección cautelar.» Estas diligencias informativas se archivan desde el momento en que se inicia el procedimiento de incapacitación, pero también en el supuesto de que no proceda interponer demanda, sin perjuicio de que se acuerde reaperturarlas si las circunstancias se modifican, y sin perjuicio de comunicar la decisión a quienes están por ley legitimados, para que puedan instar la demanda si lo estiman procedente<sup>111</sup>. Si no procede interponer la demanda, la guarda de hecho podrá o no continuar, según las circunstancias del caso y si continúa, las personas del art. 229 CC, podrán o no estar obligados, según las circunstancias, a promover la constitución de la tutela mediante la interposición de la demanda de incapacitación.

Interpuesta la demanda de incapacitación por el MF, de acuerdo con lo previsto en el antiguo art. 207 CC, se nombraba un defensor judicial al presunto incapaz. Éste sustituía al MF, que en todo proceso de incapacitación, salvo que fuese instado por él mismo, debía asumir la defensa del presunto incapaz<sup>112</sup>. Con la NLEC estos parámetros tan claros habrían quedado algo difusos pues, de acuer-

<sup>110</sup> PUIG FERRIOL, L. «Comentario al art. 299 bis», *op. cit.*, loc. cit.

<sup>111</sup> GANZENMÜLLER ROIG y ESCUDERO MORATALLA. *Discapacidad y Derecho*. José María Bosch, S.A. 1.ª Edición. Barcelona, 2005, pp. 175 y 176.

<sup>112</sup> Antiguo art. 207 CC: «Si el MF hubiere promovido el procedimiento, el Juez designará un defensor al presunto incapaz, a no ser que ya estuviere nombrado. En los demás casos, será defensor el Ministerio Público.

El presunto incapaz puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación».

do con el art. 758 LEC, parecería que el MF, sólo se haría cargo de la defensa del presunto incapaz, si éste no comparece con su propia defensa y representación y aquél no hubiese sido el promotor del procedimiento. El MF intervendría así en el procedimiento de incapacitación, como promotor de la incapacitación (en beneficio del discapaz), si los parientes legitimados para instar el procedimiento no existen o no lo instan (art. 757.1 LEC); como defensor del presunto incapaz, si no ha sido promotor del procedimiento y éste no comparece con su propia defensa y representación, y en todo caso, como parte en el proceso, en defensa del interés público y de la legalidad, cuando no sea ni promotor ni defensor del presunto incapaz<sup>113</sup>.

Dice el art. 758: «El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.

*Si no lo hicieren, serán defendidos por el MF, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, se designará un defensor judicial, a no ser que ya estuviere nombrado».*

Como parecería haber desaparecido el equivalente al 299 bis para la tutela, que era el antiguo 207 CC, en el seno del procedimiento de incapacitación, sólo cabría arbitrar dos soluciones, si el presunto incapaz comparece con su propia defensa y representación:

A) Considerar que, al margen del mismo, seguirá en vigor la guarda de hecho, como hasta el momento, si bien sometida al control y vigilancia judicial, hasta que se dicte la sentencia de incapacitación y se nombre tutor al incapaz.

B) Considerar que no sólo en el caso de que el presunto incapaz no comparezca con su propia defensa y representación procede la defensa por el MF, y en su defecto, por el defensor judicial, sino que procede tal defensa *en todo caso*, aplicando por *analogía*, el art. 299 bis CC (directamente solo aplicable a la constitución de tutela a favor de menores o incapacitados. Arg. ex art. 215 CC) y en correlación sistemática con el art. 758 LEC.

Teniendo presente el interés del presunto incapaz y el interés de la sociedad en que la representación de aquél se verifique por cauces legales que den seguridad y certidumbre, la solución a arbitrar es la segunda. Máxime, si tenemos en cuenta el art. 8 de la LEC 2000, relativo a la integración de la capacidad procesal: «Cuando la per-

---

<sup>113</sup> DE LA OLIVA SANTOS. *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 2000, p. 420. GANZENMÜLLER ROIG y ESCUDERO MORATALLA. *Discapacidad y Derecho*. José María Bosch, S.A. 1.ª Edición. Barcelona, 2005, p. 174.

sona física se encuentre en el caso del apartado segundo del artículo anterior <sup>114</sup> y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el tribunal le nombrará, mediante providencia, un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe aquella persona».

Apoyaría esta solución, en parte, Chimenó Cano, quien afirma refiriéndose a la figura del defensor judicial: «se trata de una representación legal y necesaria del presunto incapaz. Cabría plantearse si el demandado [de incapacitación], puede actuar en el proceso en su propio nombre, personándose en la causa y gestionando su propia defensa a través de abogado y procurador. Para el legislador hay una presunción de falta de capacidad procesal en el demandado. Así se deduce de los términos del art. 758 LEC –«se designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado»– Es pues, imprescindible que el demandado acuda con la representación legal del defensor judicial, o el Ministerio Fiscal en su caso. A través del defensor judicial, se pretende asegurar quien pueda suplir su propia gestión procesal.

El defensor judicial es representante legal del incapaz y actúa como un «alter ego» del presunto incapaz. Actuará siempre en nombre del demandado, pero en sí no es el demandado, es «*simplemente quien representa sus intereses en el ámbito exclusivo del proceso*»<sup>115</sup>. Con relación a este último aspecto, entendemos que tal representación por el defensor judicial lo es también en el ámbito extraprocesal. Resulta aplicable lo dispuesto por el art. 299 bis para el MF y para el menor o incapacitado, por analogía, al defensor judicial y para el presunto incapaz. En resumen, pues, al presunto incapaz, dentro del procedimiento de incapacitación y al margen del mismo, le representará y defenderá un defensor judicial (art. 8 y 758 LEC y art. 299 bis CC por analogía)<sup>116</sup>. Junto a este

<sup>114</sup> La persona física no está en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. En nuestro caso no lo está, dado que no tiene capacidad natural para su ejercicio.

<sup>115</sup> CHIMENO CANO, M. *Incapacitación, Tutela e Internamiento del Enfermo Mental*. Thomson Aranzadi. Navarra, 2003, pp. 53 y 54.

<sup>116</sup> Como en el caso que contemplamos, quien promueve la incapacitación es el MF, corresponde el cargo de defensor a la persona que el Juez considere más idónea para ello. También es factible que el presunto incapaz proponga como defensor a una persona de su confianza. Tratándose de representación necesaria, lo normal es que se acuerde iniciar el incidente para el nombramiento de oficio. En otro caso, se instará el nombramiento por el MF, el presunto incapaz, o cualquier otra persona capaz de comparecer en juicio. Se suspenderá el curso del procedimiento de incapacitación, abriéndose un incidente que se tramitará por los cauces establecidos para la jurisdicción voluntaria y según las normas establecidas en las disposiciones generales (art. 1811 y ss. LECA, y art. 300 CC, aplicado analógicamente). El nombramiento es dativo y discrecional. El Juez es libre para nombrar a quien estime más idóneo para el cargo, sin más límite que las causas de inhabilidad que dispone la Ley (art. 301 y 243, 244 y 245 CC). P.e., no podrá nombrar a las personas de mala conducta o conducta inmoral, o que no tienen manera conocida de vivir. La asunción del cargo es obligatoria, sin perjuicio de que el designado pueda excusarse por las mismas

defensor judicial, podrá nombrarse un administrador judicial y mantenerse la guarda de hecho, en términos análogos a los ya vistos para el procedimiento de constitución de tutela de menores o incapacitados<sup>117</sup>.

Dicho esto, analizaremos el problema apuntado por la doctrina de la acreditación de la guarda de hecho. Existirían tres mecanismos al respecto, uno propuesto por Leña Fernández y otros dos propuestos por Fábrega Ruiz.

Dice Leña Fernández<sup>118</sup>, que para que se de la circunstancia fáctica de guarda de hecho han de darse tres circunstancias: existencia de una discapacidad en una determinada persona con intensidad suficiente como para dar lugar a la incapacitación; ausencia de incoación del procedimiento de incapacitación (de lo contrario se habría aplicado el art. 299 bis CC) y la existencia, prolongada en el tiempo, de una situación de cuidado y asistencia al discapacitado por parte de una persona determinada. Dadas estas tres circunstancias podemos decir que estamos en presencia de una guarda de hecho, para cuya prueba ante el Notario el instrumento idóneo sería el *acta de notoriedad* que habría de instar el propio guardador. Para que aquél pudiera realizar su declaración final de notoriedad debería aportársele pruebas de las tres circunstancias reseñadas. Así debería probarse la existencia de la persona del discapacitado y de su falta de capacidad de autogobierno. En cuanto a lo primero, el Notario, teniendo a su presencia al discapacitado, lo identificaría por cualquiera de los medios establecidos en el Reglamento Notarial. En cuanto a lo segundo, bastaría con la presencia ante el Notario, de dos facultativos elegidos por él, que fuesen especialistas en la materia, y que dictaminasen sobre la incapacidad, al modo como lo preceptúa el art. 665 CC. Aparte de ello sería lógico y necesario que el Notario, al tener al discapacitado en su presencia a efectos de identificación, se cerciorase de la existencia de la discapacidad utilizando los medios de los que normalmente se vale para enjui-

---

razones que los cargos tutelares (art. 251 y 301 CC). (CHIMENO CANO, M. *Incapacitación, Tutela e Internamiento del Enfermo Mental*. Thomson Aranzadi. Navarra, 2003, pp. 54 y 55). La necesidad de nombramiento del defensor judicial se demuestra también por la imposibilidad en que normalmente se encontrará el presunto incapaz, de contratar los servicios de un abogado y otorgar su representación al procurador, al carecer de capacidad natural.

<sup>117</sup> Hemos supuesto en las líneas precedentes que Juez y Fiscal son competentes para cada una de las actuaciones mencionadas.

<sup>118</sup> En las próximas líneas seguimos a LEÑA FERNÁNDEZ que estudia la actuación de un tercero en nombre del discapacitado si no existe poder otorgado por el discapacitado y sin haberse iniciado el procedimiento de incapacitación, o sea, la actuación del guardador de hecho. (LEÑA FERNÁNDEZ, R. «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Coord.: MARTÍNEZ DÍE, R. Civitas, pp. 208 a 212).

ciar la capacidad o, en su caso, la incapacidad de un testador o un contratante<sup>119</sup>.

En cuanto a la inexistencia de incoación del procedimiento de incapacitación bastaría con la partida literal de nacimiento y «con la certificación negativa del Registro Civil del domicilio del discapacitado y si constase que anteriormente ha vivido en otra localidad, la aportación también del certificado negativo del Registro de tutelas de esta localidad». La demanda de incapacitación puede anotarse en el Registro Civil de acuerdo con el art. 38 LRC y 145 RRC. No obstante como podría no haberse anotado, y de acuerdo con el 299 bis CC, si se ha iniciado ya el procedimiento, ya no cabe guarda de hecho, más que en los estrechos límites señalados antes, por corresponder la representación y defensa al defensor judicial, «debe exigirse al guardador en el instante del acta la declaración bajo pena de falsedad en documento público, de que la declaración de incapacidad no ha sido instada y, la misma declaración, a juicio de notario autorizante, deberá exigirse a alguno o algunos de los familiares más cercanos si los hubiere».

Finalmente, la tercera de las circunstancias a probar sería el ejercicio prolongado en el tiempo de la propia guarda de hecho. Para acreditar esta circunstancia puede bastar con la declaración de dos testigos que así lo aseverasen, pudiendo ampliarse esta prueba con la declaración cumulativa de dos familiares, preferentemente de entre los más próximos.

Además el guardador de hecho debería probar la inexistencia de representantes legales mediante las correspondientes certificaciones del Registro Civil (certificado de la inscripción de defunción de los padres o tutor; certificado de la inscripción de nacimiento del guardado (art. 46 LRC, etc.)<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> De admitirse este medio de acreditación, como señala FÁBREGA RUIZ, el Notario debería también solicitar informes de facultativos, hablar con los familiares y allegados, examinar la documentación que se le presente como pueden ser los certificados de minusvalía de las unidades de valoración, etc. (FÁBREGA RUIZ. *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2006).

<sup>120</sup> Según FÁBREGA RUIZ el procedimiento a seguir para el otorgamiento del acta de notoriedad sería el siguiente:

«1.º La persona que requiera al Notario deberá demostrar interés legítimo, y afirmar bajo su responsabilidad, la certeza de la relación que se trata de acreditar por notoriedad, bajo pena de falsedad en documento público.

2.º El Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, haciendo los requerimientos y notificaciones personales o por edictos que considere necesarias.

3.º Las personas que pudieran verse afectadas a juicio del Notario, serán notificadas directamente y tendrán el plazo de 20 días para alegar lo que estimen oportuno, interrumpiéndose la instrucción del acta si se acredita que existe juicio contradictorio relativo a lo que se trata de de acreditar por notoriedad.

El segundo procedimiento para acreditar la guarda de hecho que propone Fábrega Ruiz consistiría en constatar la existencia de la guarda de hecho a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, finalizado por una resolución judicial que declarase frente a terceros la existencia de una situación de guarda de hecho, ejercida por una persona determinada. Este procedimiento podría ampararse en los artículos 158.4.º CC [o 216.2.º CC] o a través de las medidas cautelares establecidas en el art. 762 LEC<sup>121</sup>. Sin embargo, este medio de acreditación resulta problemático dado que, en el momento en que se pusiese en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de la guarda de hecho, ésta, *si fuese competente*, debería promover la constitución de la tutela (art. 228 CC; caso de un menor o un incapacitado)<sup>122</sup> o poner el hecho en conocimiento del MF, en caso de presunto incapaz, para que incoe, si lo estima procedente, el proceso de incapacitación (art. 762.1 LEC 2000)<sup>123</sup>. En uno y otro caso se aplicaría, según lo que explicamos antes, el art. 299 bis CC, aplicación ésta exigida por el ordenamiento, que chocaría frontalmente con una acreditación de la situación de guarda por la autoridad judicial, acreditación que no debería producirse ya que lo que hemos dicho que pretende el ordenamiento es reconducir a Derecho la situación de guarda. «Además si el guardado ha sido ya declarado incapaz por sentencia o es menor, el nombramiento de tutor ordinario tardará lo mismo y será más conveniente por lo que no tendrá sentido la constatación de la guarda de hecho.»<sup>124</sup>. Por lo tanto, en un caso como éste, para evitar la aporía de que a un mismo tiempo se constate la existencia de una guarda

4.º En el acta habrá de constar necesariamente, al menos, la declaración de dos testigos que aseveren que de ciencia propia o por notoriedad les constan los hechos cuya declaración de notoriedad se pretende.

5.º El Notario, si del examen y calificación de las pruebas y del resultado de las diligencias estimare justificada la notoriedad pretendida, lo expresará así, con lo cual quedará concluida el acta.» (FÁBREGA RUIZ. *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2006, p. 22).

<sup>121</sup> FÁBREGA RUIZ, C. *La guarda de hecho...*, op. cit., p. 17.

<sup>122</sup> Para el nombramiento de tutor para los bienes de un menor o de un incapacitado es competente el Juez del domicilio del padre cuya muerte ocasionare el nombramiento, y en su defecto, el del domicilio del menor o incapacitado, o el de cualquier lugar en que tuviere bienes inmuebles (art. 63. 17.ª de la LECA). Podría o no coincidir que el juez que estuviese conociendo del expediente de jurisdicción voluntaria, a efectos de acreditar la situación de guarda, fuese el mismo que debe promover la constitución de la tutela por ser competente.

Partimos de la idea de que por «Juez competente», el art. 228 entiende el juez de 1.ª instancia competente territorialmente, pero es posible que el artículo sólo se refiera al competente en razón de la competencia objetiva (cualquier juez de 1.ª instancia).

<sup>123</sup> En caso de presunto incapaz, el Tribunal que conozca del procedimiento de jurisdicción voluntaria articulado por la vía del art. 216.2.º CC o como medida cautelar (art. 762 LEC), será también competente para conocer del procedimiento de incapacitación por coincidir el fuero de competencia territorial: el juez del lugar de residencia del presunto incapaz.

<sup>124</sup> FÁBREGA RUIZ, C. *La guarda de hecho...*, op. cit., p. 17.

(para su operación posterior en el tráfico jurídico) y se pongan en marcha los mecanismos idóneos para sustituirla y ponerla fin, el juzgador debe abstenerse de dictar auto acreditativo de la existencia de la guarda. Solución a la que le conduce igualmente el art. 229 CC que impide al guardador mantenerse en la situación fáctica de guarda. Únicamente podría dictarse el auto reconociendo la situación de guarda, si el MF decidiese no incoar el procedimiento de incapacitación por estimar que no concurre causa para ello, y de tal decisión discrepase el Juez que conocía el expediente de jurisdicción voluntaria, el cual, si el beneficio del discapaz lo exige, y dadas las circunstancias, el guardador no queda obligado por el art. 229 CC, reconocería la situación de guarda de hecho, manteniendo sobre ella, las medidas de control y vigilancia que considerase oportunas (art. 303 CC)<sup>125</sup>.

Finalmente, un tercer procedimiento que proponía FÁBREGA RUIZ era el de la constatación de la guarda a través de un decreto del MF dictado en un expediente informativo para ello<sup>126</sup>. Pero, como en el caso anterior, al entrar en juego el art. 299 bis, cesaría la situación de guarda en los términos explicados, por lo que no procedería su constatación. Y si el MF decidiese no interponer la demanda de incapacitación, tampoco podría apreciar la existencia de una guarda de hecho, dado que según sus investigaciones, el sujeto puede gobernarse por sí mismo.

Por lo tanto, en estos dos últimos procedimientos lo normal es que se produzca una aporía que conduce a la no constatación de la guarda de hecho.

En cuanto a la acreditación de la guarda de hecho por medio de acta de notoriedad, aunque Fábrega Ruiz y Leña Fernández la consideren factible, lo cierto es que el otorgamiento de tal acta podría considerarse vedado por el art. 229 CC, que obliga al guardador a promover la constitución de la tutela. Si tal hace el artículo, el guardador no estaría facultado para continuar en dicha situación, cosa que le facilitaría el otorgamiento del acta. La consecuencia lógica a extraer sería que el Notario debería abstenerse de otorgar tal acta. Pero si por hipótesis fuese factible tal otorgamiento, recordando el Notario al guardador la obligación que le impone el art. 229 CC, aquél debe poner el hecho en conocimiento del MF, art. 757.3 LEC, lo que llevará a la asunción de la tutela provisional por el defensor

<sup>125</sup> El juzgado, en este caso, también es competente para conocer del procedimiento de control de la guarda de hecho por ser el correspondiente a la residencia del presunto incapaz.

<sup>126</sup> FÁBREGA RUIZ, C. «Aproximación a la crisis de los modelos clásicos de guarda de incapaces», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*. VII/1998, Madrid, 1998, p. 154.

judicial especialmente nombrado para el caso (art. 299 bis CC por analogía en relación con art. 8 y 758 LEC 2000) y de cese de la guarda de hecho, salvo el supuesto que ya conocemos de no incoación de la incapacidad por el Ministerio Público. Es decir, reconocida la guarda de hecho, ésta estaría llamada a morir casi de un modo simultáneo<sup>127</sup>.

En todo caso, en la hipótesis de otorgamiento del acta y aunque no se produjera tal comunicación al MF por parte del Notario (se trata de guarda de menor o incapacitado o aunque se trate de guarda de presunto incapaz, no se comunica el hecho al MF), el guardador que quiera constituir el PPD deberá recabar autorización judicial, por tratarse dicha constitución de un acto dispositivo y no poder ser el guardador de mejor condición que el tutor. Y al recabar tal autorización judicial conforme a los arts. 2011 y ss. de la LECA, conociendo quizás el juez del lugar en que los bienes se hallen o el del domicilio de aquellos a quienes pertenecieren (art. 63.23.<sup>a</sup> LECA), entrarían en aplicación los mecanismos previstos en los arts. 303<sup>128</sup>, 228 CC<sup>129</sup>, art. 762.1 o art. 757. 3 LEC 2000<sup>130</sup> y 299 bis CC, lo que nos vuelve a conducir a la situación anteriormente descrita, si coinciden las competencias en el mismo juzgado, de cese de la guarda de hecho y deslegitimación del guardador para la realización de actuaciones patrimoniales en los términos del art. 304 CC y para la constitución del PPD, razón por la cual, el Juez, no podrá autorizarle tal constitución. Únicamente podría autorizar tal constitución, si siendo competente para conocer del procedimiento de incapacidad y del expediente del art. 303 CC, el MF decidiese no incoar aquel procedimiento, por entender que no concurre causa para ello, y de tal decisión discrepase el Juez, el cual, si el beneficio del discapaz lo exige, y dadas las circunstan-

---

<sup>127</sup> Hay que tener en cuenta que, incluso en un momento anterior, puede haberse producido la comunicación al MF de la existencia de una persona sin posibilidades de autogobierno. En concreto, por los funcionarios o jueces que certifican la discapacidad (art. 2.3 LPPD), los cuales, si tienen constancia en el ejercicio de sus cargos de la existencia de circunstancias que pueden impedir al sujeto gobernarse por sí mismo, están obligados, por mandato del art. 757.3 LEC a poner dicha situación en conocimiento del Ministerio Fiscal. Cfr., DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica... op. cit.*, p. 103.

<sup>128</sup> Si coincide que el juzgado es el competente para conocer del expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la guarda de hecho. En todo caso, si no lo fuera, la autoridad judicial que conoció la existencia de la situación de guarda, deberá ponerla en conocimiento del juzgado competente. Es lo que exige el espíritu del art. 303 CC.

<sup>129</sup> Si coincide que el juez que conoce del expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la autorización es el competente para el nombramiento de tutor del menor o incapacitado.

<sup>130</sup> El juez que conoce el procedimiento de jurisdicción voluntaria relativo a la autorización, aunque no sea el competente para conocer del procedimiento de incapacidad, en cuanto autoridad y funcionario público, deberá poner en conocimiento del MF la existencia de posible causa de incapacidad, incoando éste el procedimiento si lo estima pertinente.

cias, el guardador no queda obligado por el art. 229 CC, autorizaría la constitución, manteniendo al mismo tiempo las medidas de control y vigilancia de la guarda que considerase oportunas<sup>131</sup>.

Vemos pues, que por un camino u otro, caso de coincidir las competencias que hemos ido refiriendo en un mismo órgano jurisdiccional o en el Ministerio Fiscal, los resquicios que podrían quedar a la guarda de hecho en el ordenamiento español son escasos, *pues lo normal será que el Ministerio Público incoe el procedimiento de incapacitación*. La puesta en marcha de los mecanismos para constituir el PPD, conduce en tal hipótesis de modo casi inexorable a la extinción de la guarda. *Ello es un argumento de enorme peso para justificar la posición contraria a la legitimación del guardador de hecho. No pudiendo alegarse que la realidad social exige efectuar otras interpretaciones, pues, de acuerdo con la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 por el que se sancionó el texto articulado que reformaba el Título Preliminar del CC, tal elemento interpretativo consiste en «acomodar en alguna medida los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquellos», pero tal acomodo no puede pasar por alterar la esencia total de una institución, llamada a desaparecer, como hemos dicho, desde que es conocida por la autoridad judicial.*

Otro grave problema que se plantea es el de la previa aceptación de la herencia, antes de proceder a la constitución, por el guardador en nombre del discapaz. De acuerdo con las reglas generales, para aceptar la herencia le hace falta al interesado tener capacidad de disponer (art. 992.1.º CC), y careciendo de ella o teniéndola incompleta, que actúe en su nombre su representante legal, o que le sea completada. Pero en el caso presente no hay representación legal por definición ni sistema alguno para complementar la capacidad de obrar del discapaz<sup>132</sup>. Quizás para salvar esta nueva aporía podría plantearse que el guardador de hecho legitimado, según la letra de la LPPD, para constituir el PPD, también lo está implícitamente *para actuar por o con el discapaz según las normas de capacidad que rigen la aceptación de la herencia*, es decir, tiene

<sup>131</sup> También cabría que se otorgase la autorización, si se demostrase al juez que conoce exclusivamente del expediente relativo a la misma, todos y cada uno de los extremos antedichos en el cuerpo del escrito.

<sup>132</sup> Como ya dijimos más arriba el guardador no es un representante legal del guardado. El mismo FÁBREGA RUIZ que sostiene la afirmación contraria, reconoce que tal afirmación no deja de plantear problemas, ya que no se encuentra recogida expresamente como tal en la legislación civil. El art. 304 CC otorga una eficacia *a posteriori* a los actos realizados por el guardador, pero no le legitima *a priori* para actuar.

una representación legal o asistencia *ad hoc*<sup>133</sup>. Pero éste parece un extraño mecanismo, no amparado por ninguna declaración expresa del legislador.

Por otro lado, hay que tener presente que ni los Notarios ni los Registradores están admitiendo la realización por el guardador de actos de naturaleza registral, aunque algún sector del Notariado a título particular defiende la posibilidad de la admisión de los mismos. Y tanto la aceptación de la herencia como la constitución del PPD son actos de naturaleza registral. (El derecho hereditario puede anotarse en el Registro de la Propiedad; así mismo, la integración de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo en un PPD se hará constar en el Registro de la Propiedad, art. 8.2 LPPD)<sup>134</sup>.

Otra cuestión que también ha sido puesta de relieve por la doctrina es la de que el guardador no podría ordenar una administración de los bienes del PPD, una verdadera representación legal, cuando él carece de las facultades de administración de los bienes del guardado con que se constituye el PPD. En efecto, parece que siendo el guardador alguien que actúa transitoriamente, en tanto la tutela falta, no puede determinar el funcionamiento de algo que tiene vocación de permanencia indefinida: una representación legal. Este argumento resulta trascendental a la hora de entender que el guardador de hecho no está legitimado para la constitución del PPD.

Podría pensarse que un argumento a favor de la legitimación del guardador de hecho lo constituye la reforma introducida por la «Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria

<sup>133</sup> Las reglas de capacidad para aceptar la herencia, son las siguientes:

- La herencia dejada a menores, si están bajo patria potestad, la aceptará el titular de ésta.
- La dejada a menores emancipados la aceptan éstos con consentimiento de sus padres o curador (arg. Art. 323 C) y sin necesidad de tal consentimiento si la aceptación es a beneficio de inventario.
- La dejada a persona sometida a guarda legal, salvo que especifique otra cosa la sentencia de incapacitación:
  - Si está sometida a tutela, la puede aceptar por sí solo el tutor pero deberá hacerlo a beneficio de inventario. Si no, necesita aprobación judicial.
  - Si está sometido a curatela, aceptará el interesado pero asistido por su curador.

(ALBALADEJO. *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones. 7.ª Edición.* José María Bosch Editor, S. L. Barcelona, 1997, p. 97).

<sup>134</sup> Cfr., FÁBREGA RUIZ. *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad, op. cit.*, p. 18.

con esa finalidad» en el art. 38.6.º de la Ley del Registro Civil (LRC), en virtud de la cual:

«A petición del MF o de cualquier interesado, se anotará, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias: ...

6.º *La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz».*

En esta constatación de valor informativo podría verse una intención del legislador de dar una mayor importancia y ámbito de actuación a la guarda de hecho. Sin embargo, no hay que perder de vista que no será fácil la práctica de tal anotación, dado que según el art. 23 LRC y art. 81 RRC, tal asiento del Registro Civil se practicará en virtud de documento auténtico que de fe del hecho, y ya hemos analizados las dificultades legales existentes para la constatación fehaciente de la guarda de hecho.

Por otro lado, esta previsión del art. 38.6.º LRC debe respetar la esencia de la institución de la guarda de hecho, provisional, caduca, transitoria, mientras es desconocida de la autoridad judicial y llamada a desaparecer para reconducirla a Derecho, cuando es reconocida.

Finalmente, no dejan de existir los problemas apuntados antes de la previa aceptación de la herencia por el guardador, de la realización por éste de un acto de naturaleza registral, como es la constitución del PPD y de la ordenación de la administración del PPD.

En conclusión, existen argumentos de peso que avalan la posición de quienes entienden que el guardador de hecho no está legitimado para constituir el PPD, posición que parece la más acertada. El guardador de hecho que quiere constituir un PPD, lo que debe hacer es promover la constitución de la guarda legal, siendo el guardador legal el que procederá a la constitución del PPD.

En todo caso, es al MF (en tanto se procede al nombramiento de tutor al menor o incapacitado) o al defensor judicial (caso de presunto incapaz con procedimiento de incapacitación incoado por el MF) a quienes correspondería la constitución del PPD, como ostentadores de la representación y defensa del discapaz dentro de juicio y fuera de él. Ahora bien, teniendo presente que su actuación se limita a las *cuestiones urgentes*, será difícil, aunque no imposible, que concurren circunstancias de urgencia que legitimen su actuación. Otra vía alternativa consistiría en la constitución por el Administrador Judicial nombrado en el seno del procedimiento de incapacitación o constitutivo de la tutela, si se le atribuyó tal facultad (art. 302 CC), concurren las circunstancias excepcionales que legitiman su actuación, y cuenta con la preceptiva autorización judicial.

No obstante, aunque como regla hemos establecido que el guardador de hecho del disminuido psíquico no puede constituir el PPD, y carecería de legitimación para iniciar los procedimientos de acreditación de la guarda señalados, porque lo que procede es regularizar la situación y reconducirla a Derecho, en el caso de que los padres ostenten la autoridad paterna de hecho, sin haber solución de continuidad con el ejercicio anterior de la patria potestad legal, parece que el ordenamiento puede ser más tolerante con la situación, debido a los particulares vínculos que ligan a padres e hijos, y reconocerse por ello el ejercicio de tal potestad de hecho, con las consecuencias de permitir la constitución del PPD.

La doctrina que opta por la legitimación del guardador se ha planteado por qué no ampliarla para la constitución del PPD con otros bienes del discapaz diversos de los señalados por la norma. Así Luna Serrano, Linacero de la Fuente<sup>135</sup>, López Galiacho<sup>136</sup>, Amunátegui. Señala esta última que, aún entendiendo que el guardador de hecho no está legitimado para la constitución, en la hipótesis de entender que la norma le legitima para ello, debería ampliarse la posibilidad de constituir el PPD con la propia pensión del anciano discapacitado, lo que evitaría que pudiera disponerse de la pensión para fines diversos de la propia atención del mayor, al no haber sido objeto de incapacitación<sup>137</sup>. Serrano García considera, en cambio, *que fuera de los casos expresamente mencionados por el legislador, el guardador no puede constituir el PPD*. En efecto, la enunciación por el legislador de determinados bienes, excluye implícitamente la incorporación de los restantes (argumento *a contrario sensu*). Abona esta posición el que de acuerdo con el art. 3.2, en caso de negativa injustificada no se menciona al guardador de hecho. Si no puede negarse, se puede entender que *tampoco puede aceptar la aportación de bienes hecha por terceros*<sup>138</sup>. En consecuencia, según lo explicado antes, si se acreditase la guarda o se autorizase la constitución del PPD en los casos de excepción vistos, la norma que permite la constitución sería excepcional (respecto del régimen general de la guarda) y por lo tanto, de interpretación restrictiva, no pudiendo constituirse el PPD con

<sup>135</sup> LINACERO DE LA FUENTE. *Protección jurídica de personas con discapacidad, menores, desfavorecidos y personas mayores*. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Servicio de publicaciones. Madrid, 2004, pp. 56 y 57.

<sup>136</sup> LÓPEZ GALIACHO PERONA. «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», en *RCDI*, año 81, n.º 687 (enero-febrero 2005), p. 42.

<sup>137</sup> AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capacidad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006, pp. 97 a 99.

<sup>138</sup> Conversación privada.

otros bienes diversos de los señalados por el legislador. La ley no ofrece apoyatura legal para sostener otra posición y, si por hipótesis consideramos que el PPD es un patrimonio separado, teniendo presente que tales patrimonios son de creación legal, es decir, no creables en virtud de la autonomía de la voluntad, parece que habrá que ajustarse a la letra de la ley. Se exceptuaría el caso de que los constituyentes fuesen los padres que ostentan la patria potestad de hecho. En tal caso podrían constituir el PPD con bienes del discapaz y bienes de terceros sobre la base de los arts. 3.1.b) y 3.2 LPPD)<sup>139</sup>.

También se ha planteado la doctrina favorable a la constitución del PPD por el guardador, la legitimación del guardador de hecho del *discapacitado físico*. Así López Galiacho considera que salvo pensar que es un error u olvido del legislador la posición de éste sería discriminatoria<sup>140</sup>. Sin embargo, admitiendo la legitimación del guardador del disminuido psíquico, por hipótesis, no habría tal discriminación. El discapaz físico tiene capacidad de obrar suficiente y *no requiere de otra persona que constituya el PPD en su lugar*. Únicamente si la disminución física opera de forma que no es posible llegar a saber lo que quiere y entiende el discapaz físico, entonces el supuesto sería asimilable al del disminuido psíquico. Lo que nos conduce a la conclusión de que los padres que ostentan la patria potestad de hecho sobre un discapaz físico que se encuentra en tales circunstancias, también pueden constituir el PPD.

<sup>139</sup> Pensamos que en el término «padres» empleado por el art. 3.1.b) y 3.2 LPPD, cabe subsumir las dos situaciones en que los padres, en cuanto tales, desplegarán una asistencia al discapacitado contemplada por el ordenamiento jurídico: la patria potestad y la patria potestad de hecho, en el sentido de autoridad paterna ejercida de hecho sobre el discapaz, cuando la patria potestad se extingue por haber alcanzado el discapaz la mayoría de edad, pero perdura su incapacidad natural, sin estar incapacitado por sentencia judicial.

Tanto en uno como otro caso, los padres estarán legitimados para constituir el PPD con bienes del discapaz, así como legitimados para constituirlo a iniciativa de tercero o con bienes propios. Aunque como regla hemos establecido que el guardador de hecho del disminuido psíquico no puede constituir el PPD, porque lo que procede es regularizar la situación y reconducirla a Derecho, en el caso de que los padres ostenten la autoridad paterna de hecho, parece que el ordenamiento puede ser más tolerante con la situación, debido a los particulares vínculos que ligan a padres e hijos, y reconocerse por ello el ejercicio de tal potestad de hecho, con las consecuencias de permitir la constitución del PPD. Lo que no cabe es que los terceros insten la constitución de quien, sin ser padre, sea guardador de hecho del discapaz.

Lo que sí podría el guardador de hecho es ofrecer una aportación de bienes, como cualquier tercero, para la constitución, dirigiéndose al MF. Pero esta acción determinaría la puesta en marcha de los mecanismos ya explicados para la sustitución y extinción de la guarda de hecho. Aplicado el art. 299 bis, el MF o el defensor judicial podrá constituirlo en caso de urgencia o el Administrador judicial, si fue nombrado, concurren circunstancias excepcionales, tiene atribuida esa facultad y cuenta con la preceptiva autorización judicial.

<sup>140</sup> LÓPEZ GALIACHO PERONA, Javier. «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», en *RCDI*, año 81, n.º 687 (enero-febrero 2005), p. 42.

#### 4. LA POSIBLE LEGITIMACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL Y DEL JUEZ, EN EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN

Díaz Alabart y Álvarez Moreno admiten la posibilidad de que el defensor judicial, en los supuestos en que asuma funciones propias de tutor o curador, art. 299.2.º<sup>141</sup> pueda constituir el PPD. Partiendo de que el Juez ha debido determinar las atribuciones concretas que se otorgan al defensor judicial (art. 302), éste podrá constituir el PPD en los mismos términos que el tutor (por sí mismo) o el curador (complementando la capacidad de obrar del discapacitado), del mismo modo que puede realizar cualesquiera otras funciones del tutor o curador (siempre que le hayan sido encomendadas)<sup>142</sup>.

Según Luna Serrano no parece que pueda plantearse una actuación del defensor judicial como constituyente del PPD, sobre la base de la existencia de un conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y su representante legal<sup>143</sup>, art. 299.1.º CC, pero quizás tal imposibilidad no sea absoluta. En caso de plantearse el conflicto de intereses, por la vía del art. 300 CC se nombraría defensor a quien se estime más idóneo para el cargo<sup>144</sup> y posteriormente él procedería a la constitución del PPD con los bienes del menor. Nótese que el caso es diverso del supuesto en que un tercero solicita de los padres, tutor o curador, la constitución del PPD, ofreciendo una aportación de bienes suyos (no del menor), suficiente y aquéllos se niegan injustificadamente a la constitución.

<sup>141</sup> Art. 299: «Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

... 2.º En el supuesto de que por cualquier causa, el tutor o el curador, no desempeñen sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.» Se trata de que el tutor o curador nombrado no desempeña sus funciones, actuando aquí el defensor judicial de manera transitoria hasta tanto la tutela o curatela actúen plenamente.

<sup>142</sup> DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, op. cit., pp. 125 y 126, y GARCÍA PÉREZ, R.M. «Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado», en *Protección del patrimonio familiar*. Coord.: SÁNCHEZ CALERO. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 148.

<sup>143</sup> LUNA SERRANO, Agustín. «El patrimonio protegido del discapacitado», en *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional*. Coord.: Ignacio Serrano García. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, pp. 111 y 112.

<sup>144</sup> En el caso del segundo supuesto del art. 299.1.º CC (tutela conjunta ejercida por ambos padres) si el conflicto de intereses existiere solamente con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado. En el supuesto del art. 163 CC para los casos de conflicto de intereses entre padres e hijos menores, si el conflicto existiera sólo con uno de los progenitores, corresponderá al otro por ley, sin necesidad de especial nombramiento, representar al menor o completar su capacidad. Se debe tener en cuenta, igualmente, el art. 237 bis CC. En todos estos casos el designado no actúa como defensor judicial sino que representa y ampara al menor o incapacitado en su calidad de padre o tutor. Sólo si no existen los designados por la ley, se procederá como señala el art. 300 CC.

Mención especial requiere el supuesto contemplado en el art. 299 bis CC, en que se designa un Administrador judicial en el seno del procedimiento de incapacitación. Como ya expusimos, cuando no haya constituida una institución de guarda legal, y el MF no haya sido el promotor del procedimiento de incapacitación, éste asume la representación y defensa del presunto incapaz, en juicio y fuera de él, pudiendo designar el juez un Administrador judicial de los bienes, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida. Si el MF inició el procedimiento, la defensa y representación del presunto incapaz corresponde a un defensor judicial, especialmente nombrado, que tiene las mismas atribuciones que el MF (art. 299 bis por analogía), pudiendo nombrarse, igualmente, un Administrador Judicial. El mencionado Administrador, dicen Díaz Alabart y Álvarez Moreno, no podrá constituir el PPD si el Juez no le ha otorgado esta atribución (art. 302 CC)<sup>145</sup>. En efecto, así es. Como ya dijimos, para cualquier acto que exceda los meramente conservativos y de simple administración, el Administrador judicial, precisará de autorización judicial, sea o no de los comprendidos en los arts. 271 y 272 CC «pues en esta fase de tutela provisional solo procederá disponer de los bienes del futuro tutelado si concurre alguna circunstancia excepcional, que en todo caso deberá apreciar el Juez». Por tanto, podría pensarse que en el seno del procedimiento de incapacitación, tanto el MF o el defensor judicial, en cuanto tutores provisionales<sup>146</sup>, como el Administrador judicial, si se le atribuyó esta facultad y se le autoriza, y siempre que se den las circunstancias de urgencia o excepcionalidad exigibles respectivamente en cada caso, pueden constituir el PPD.

En cuanto al Juez, algunos como López Galiacho, consideran que está legitimado para constituir el PPD, al margen del art. 3.2.2.º LPPD. Señala este autor que «entre los autorizados para constituir el PPD, aunque esta Ley no lo mencione expresamente, creemos que también el Juez puede ordenarlo en la sentencia de incapacitación y sobre los bienes preexistentes en el patrimonio del que va a ser incapacitado o que le aportan o aporten terceras personas. El art. 760 LEC 2000 declara, en la dirección que defendemos, que *la resolución judicial determinará el alcance y la extensión de la incapacitación, y de ahí que entendamos incluida la posibilidad de tal constitución*, bien porque durante el proceso se lo pidiera el MF, o el

<sup>145</sup> Cfr. DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, op. cit., pp. 125 y 126, y GARCÍA PÉREZ, R.M.<sup>a</sup> «Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado», en *Protección del patrimonio familiar*. Coord.: Sánchez Calero. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 148.

<sup>146</sup> Necesitarán autorización judicial.

discapacitado que va a ser incapacitado, o sus representantes legales o guardador de hecho o esos terceros con interés legítimo, o *bien porque el Juez de oficio lo considere necesario*. Al tratarse de un PPD especialmente desde el punto de vista fiscal, no hay que descartar que el Juez decida, por el bien del incapacitado, su constitución con todos o parte de los bienes y derechos del incapacitado, que basten para la atención básica de sus necesidades, que no olvidemos es el fin que persigue la Ley 41/2003. Incluso, entendemos que la constitución del PPD podía ser una de esas medidas cautelares que el art. 762, párrafo 1.º LEC, concede ampliamente al Tribunal competente sobre la persona y bienes del presunto incapaz.»<sup>147</sup>.

A estos argumentos de López Galiacho hay que responder que si bien parecería que una constitución en la sentencia de incapacitación *solicitada por alguna de las personas que enumera*, tendría más amparo legal, (todos están legitimados por la LPPD para constituir el PPD o solicitar su constitución) una constitución de oficio, por el Juez, no tendría dicha apoyatura. Además supondría una prevalencia del principio de oficialidad propio del proceso de incapacitación sobre la idea de *iniciativa particular* (art. 3.2 LPPD) que preside la LPPD (el Juez sólo constituye el PPD si, ante la solicitud de un tercero con interés legítimo a los representantes legales o a los padres, en cuanto ostentan la patria potestad de hecho, éstos se niegan injustificadamente a la constitución y el tercero ha acudido al MF para que, instando del Juez lo que proceda, atendiendo al interés de la persona con discapacidad, éste resuelva sobre la justificación o no de la negativa, constituyendo el PPD el Juez si la considera injustificada) y un vaciamiento de la institución de guarda conferida por la propia sentencia, lo que no parece tener mucho sentido. Por otro lado, si el procedimiento de incapacitación que puede llevar a la constitución de la tutela, con la cual tiene alguna analogía la representación legal del administrador del PPD, no se inicia de oficio, sino a solicitud del MF o de las personas legitimadas en el art. 757 LEC 2000, la constitución de un PPD tampoco parece posible que pueda verificarse de oficio.

En este sentido acierta Amunátegui, que no cree posible la constitución del PPD de oficio en la sentencia de incapacitación. Cosa distinta –dice– es que el propio discapacitado en documento público notarial hubiese dispuesto, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro, la constitución (art. 223 CC)<sup>148</sup>. En tal caso, tal disposición vincularía al juez, art. 224 CC, salvo que el

<sup>147</sup> LÓPEZ GALIACHO PERONA, J. «Aportaciones a estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», en *RCDI*, año 81, n.º 687 (enero-febrero 2005), p. 44.

<sup>148</sup> AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capaci-

beneficio del incapacitado exigiese otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada.

En cuanto a la constitución del PPD a instancia de las personas que enumera López Galiacho, a pesar de que podría parecer inicialmente que tiene una mayor base legal, sin embargo, tampoco es posible. En efecto, la LPPD sólo faculta al Juez para la constitución en el caso del art. 3.2.2.º. Como dice GALLEGO DOMÍNGUEZ, la ley cierra el círculo de legitimados para la constitución y entre ellos no recoge al Juez que esté conociendo de un procedimiento de incapacitación o que resuelva el mismo<sup>149</sup>. Por otro lado, como ha señalado Luna Serrano, el art. 760 LEC, en que quiere ampararse tal constitución, cuando habla de que *la resolución judicial determinará el alcance y la extensión de la incapacitación, se refiere únicamente a la modulación de la capacidad de obrar de la persona (en qué sector se le reduce o limita), siendo el trasunto procesal de los preceptos sustantivos del CC: art. 222.2.º, 267, 287, 289 y 290*. Pero no a la posibilidad de constituir un patrimonio *con una administración especial al margen de las reglas legales que rigen las instituciones de guarda de los incapacitados*.

En cuanto a la constitución del PPD como medida cautelar, hay que tener presente que medidas cautelares de orden patrimonial o personal pueden adoptarse, tanto cuando el proceso de incapacitación ha sido ya promovido, como antes de su incoación. El art. 762.1 y art. 762.2.1.º LEC harían referencia a la adopción de las medidas con carácter previo al procedimiento, bien de oficio por el Tribunal o a iniciativa del MF, e incluso de las personas legitimadas para promover el procedimiento, según propone DE LA OLIVA SANTOS, y el art. 762.2.2.º LEC haría referencia a la adopción de las medidas cautelares de oficio o a instancia de parte, durante la tramitación. Ya se adoptase la medida de constitución del PPD con carácter pre-procesal o intra-procesal, de oficio, o a solicitud de quien corresponda, coincidimos con Rivera Álvarez, en que ello no sería viable pues «en el caso de que no se produzca definitivamente la estimación de la situación [de incapacidad], derivaría en haber consentido la constitución de un PPD sin autorización del beneficiario»<sup>150</sup>, resultado no deseado por el legislador (párrafo 3.º del Motivo III de la E de M de la LPPD). Además, como señala

---

dad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006, pp. 95 a 97.

<sup>149</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. Dirigido por JOSÉ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ. La Ley. 1.ª Edición, Madrid, 2006, pp. 139, 140.

<sup>150</sup> Cfr.: RIVERA ÁLVAREZ, J.M.ª «La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *RDP* febrero 2006, pp. 91 y 92.

Luna Serrano, la vocación de permanencia que tiene el PPD, sería incompatible con la naturaleza de las medidas cautelares previstas en el art. 762, que a la vista de la propia redacción del precepto, tienen un marcado carácter de urgencia y provisionalidad.

## 5. CONSTITUCIÓN A INICIATIVA DE TERCERO SOLICITANTE CON INTERÉS LEGÍTIMO

### 5.1 *El tercero no es constituyente del PPD.*

La LPPD prevé que terceros con interés legítimo puedan solicitar del propio discapacitado, o de sus padres, tutores o curadores la constitución de un PPD. Por lo tanto, sujetos constituyentes serán el propio discapacitado, asistido en su caso por el curador, los padres, tutores y el Juez, en el caso previsto en el art. 3.2.2.º LPPD (negativa injustificada de los representantes legales a la constitución). Los terceros no son constituyentes. Es verdad que la E de M de la Ley, al ocuparse de la Administración del PPD, contempla la posibilidad de que el constituyente del PPD sea un tercero. Afirma: «Dado el especial régimen de administración al que se sujeta el patrimonio protegido, es perfectamente posible que, a pesar de que su beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente, la administración del patrimonio no le corresponda a él, sino a una persona distinta, sea porque así lo ha querido la propia persona con discapacidad, sea porque lo haya dispuesto así el constituyente del patrimonio y lo haya aceptado el beneficiario, cuando el constituyente sea un tercero». Y también es cierto que el considerar que el tercero es constituyente del PPD, parecería conforme con lo establecido en el art. 5.2.2.º de la Ley. En efecto, el art. 5.1 prevé que cuando el constituyente del PPD es el propio discapacitado con capacidad de obrar suficiente<sup>151</sup>, la Administración del PPD se sujeta a las reglas establecidas en el documento constitutivo. En los demás casos, dice el art. 5.2.1.º, las reglas de administración deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos en que el tutor la requiere respecto de bienes del tutelado. Y el art. 5.2.2.º especifica «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la autorización no es necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente». Ahora bien, la capacidad de obrar suficiente prevista en este último precepto es incompatible con la constitución del PPD por padres, tutores o con la asistencia del

<sup>151</sup> Vid. Epígrafe III.1.

curador, por lo que el art. 5.2.2.º parecería referirse a casos de constitución del PPD por terceros.

Sin embargo, como dice Herbosa Martínez, teniendo presente que la LPPD es clara en cuanto a considerar que el tercero sólo puede instar la constitución del PPD, la dificultad interpretativa que plantea el art. 5.2.2.º debería resolverse en el sentido de que se refiere al caso de que los terceros hayan instado la constitución del PPD, caso que entraría en el art. 5.2.1.º, pero haciéndole la excepción prevista en el art. 5.2.2.º LPPD. El tercero, pues, no es quien realiza el negocio jurídico de constitución. En cambio, sí que realizaría el negocio jurídico correspondiente si prefiriera realizar una disposición a título gratuito sujeta a lo previsto en el art. 164.1.º o 227 CC.

El tercero ha de dirigir su solicitud, en primer lugar, al discapacitado si tuviere capacidad de obrar suficiente para la constitución (que por tal hay que entender la plena capacidad de obrar, la del emancipado con bienes no incluidos en el art. 323 CC o la del curatelado al que le permite constituir el PPD la sentencia de incapacitación). En defecto de ésta, deberá dirigir su solicitud a los padres del discapaz, y en su defecto, a los tutores o curadores. Los padres serán los que ostenten la patria potestad ordinaria, rehabilitada o prorrogada, o los que, extinguida la patria potestad por haber alcanzado el discapacitado la mayoría de edad, sigan ostentando una autoridad paterna de hecho sobre el mismo, no existiendo incapacitación judicial. En este sentido se pronuncia Marín Calero<sup>152</sup>. Surge la duda de si es imprescindible que el menor emancipado al que hay que complementar la capacidad porque constituiría el PPD con bienes del art. 323 CC aportados por el tercero, o el curatelado, al que la sentencia de incapacitación no permite constituir por sí sólo el PPD, preste su consentimiento o puede crearse el PPD contra su voluntad. Para Serrano García, no podría imponérseles un acto a título gratuito si ellos mismos no consienten<sup>153</sup>.

Si padres, tutores y curadores pueden constituir el PPD a iniciativa de tercero con bienes aportados por éste, con mayor motivo podrán hacerlo con bienes propios, aportados por ellos mismos, máxime

<sup>152</sup> Citado por SEDA HERMOSÍN. «Protección por terceros: constitución del patrimonio separado...», *op. cit.*, p. 134. Nota 3.

<sup>153</sup> Cfr.: SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Iustel. 1.ª Edición. Madrid, 2008, pp. 400 y 401. Dice SERRANO GARCÍA que si el curador quiere constituir el PPD con bienes propios, como el curatelado no carece de capacidad y realiza actos por sí mismo, aunque asistido por el curador, no podrá imponérsele un acto a título gratuito si él mismo no lo consiente. La misma *ratio* se plantea cuando el que ofrece bienes es el tercero.

teniendo presente que el interés legítimo que se exige a los terceros concurrirá mayormente en el caso de estos guardadores legales<sup>154</sup>.

El mecanismo de actuación algo complejo sería el siguiente:

Si el discapacitado tiene capacidad de obrar suficiente, los padres o el curador podrán ofrecerle bienes para la constitución como cualquier tercero. Si el discapaz no consiente en la constitución, nada podrá hacerse.

Si el discapacitado no tiene capacidad de obrar suficiente para la constitución, ello significa que estará sujeto a patria potestad, legal o de hecho, tutela o curatela. Si se trata de un menor o de un incapacitado sujeto a tutela, constituyen el PPD sus representantes legales, en cuanto tales, con los bienes propios que ellos mismos aportan como si fuesen terceros. Si se trata de un menor emancipado o un curatelado al que hay que complementar su capacidad insuficiente para la constitución, vuelve a plantearse si será imprescindible el consentimiento de éstos para llevarla a efecto. Pensamos que sí, ya que no podría imponérseles un acto a título gratuito contra su voluntad. Se plantea la duda de si los padres, *en cuanto familiares*, en el caso de estar sujeto el hijo a tutela o curatela de otros (p.e. del cónyuge que conviva con el tutelado o curatelado discapacitado, art. 234.2.º y 291.1.º CC), están legitimados para la constitución por sí mismos, con bienes propios. O deben ofrecer

---

<sup>154</sup> Como ya dijimos antes, pensamos que en el término «padres» empleado por el art. 3.1.b) y 3.2 LPPD, cabe subsumir las dos situaciones en que los padres, en cuanto tales, desplegarán una asistencia al discapacitado contemplada por el ordenamiento jurídico: la patria potestad y la patria potestad de hecho, en el sentido de autoridad paterna ejercida de hecho sobre el discapaz, cuando la patria potestad se extingue por haber alcanzado el discapaz la mayoría de edad, pero perdura su incapacidad natural, sin estar incapacitado por sentencia judicial.

Tanto en uno como otro caso, los padres estarán legitimados para constituir el PPD con bienes del discapaz, así como legitimados para constituirlo a iniciativa de tercero o con bienes propios. Aunque como regla hemos establecido que el guardador de hecho del disminuido psíquico no puede constituir el PPD, porque lo que procede es regularizar la situación y reconducirla a Derecho, en el caso de que los padres ostenten la autoridad paterna de hecho, parece que el ordenamiento puede ser más tolerante con la situación, debido a los particulares vínculos que ligan a padres e hijos, y reconocerse por ello el ejercicio de tal potestad de hecho, con las consecuencias de permitir la constitución del PPD. Lo que no cabe es que los terceros insten la constitución de quien, sin ser padre, sea guardador de hecho del discapaz. La ley no ofrece apoyatura legal para sostener otra posición y, si por hipótesis consideramos que el PPD es un patrimonio separado, teniendo presente que tales patrimonios son de creación legal, es decir, no creables en virtud de la autonomía de la voluntad, parece que habrá que ajustarse a la letra de la ley.

En cuanto al guardador de hecho no puede constituir ni con los bienes del discapaz ni con sus propios bienes un PPD en beneficio del discapacitado que guarda.

Sí podría el guardador de hecho ofrecer una aportación de bienes, como cualquier tercero, para la constitución, dirigiéndose al MF. Pero esta acción determinaría la puesta en marcha de los mecanismos ya explicados para la sustitución y extinción de la guarda de hecho. Aplicado el art. 299 bis, el MF o el defensor judicial podrá constituirlo en caso de urgencia y el Administrador judicial, si fue nombrado, concurren circunstancias excepcionales y tiene atribuida esa facultad.

bienes, como cualquier tercero, para que sea el representante legal el que constituya el PPD, en lugar del hijo, o junto con el hijo. Si optamos por la primera solución, esta posición nos puede conducir al resultado de que los padres, por propia iniciativa y al margen del tutor o curador, constituyan un PPD con bienes propios, y el tutor o curador decida constituir otro, con los bienes del discapaz o sus propios bienes. En principio podría pensarse que nada obsta a que el discapacitado sea titular de varios PPD, y que hay que dejar abierta la posibilidad a que los padres, durante su vida, puedan en cualquier momento beneficiar a su hijo discapacitado. Pero si analizamos la cuestión con mayor profundidad, no parece que sea prudente multiplicar el número de representantes legales del discapaz. Ello dificultaría el tráfico jurídico porque crearía confusión y podría ser incluso perjudicial para el discapaz (los terceros podrían realizar actos con un representante legal que no era el correspondiente). Quizás por ello diga Herbosa Martínez que no cabe crear más de un PPD con el mismo titular. Por lo tanto, los padres, en las circunstancias descritas, deberán ofrecer bienes para la constitución como cualquier tercero.

### 5.2 *El tercero ha de ostentar un interés legítimo.*

La LPPD señala que el tercero ha de ostentar un interés legítimo. Esta exigencia no se encontraba inicialmente en el Proyecto de Ley sino que fue introducida posteriormente. Durante la tramitación en el Congreso de los Diputados se presentaron dos enmiendas que abogaban por la inclusión de tal requisito, por el Grupo Parlamentario Socialista (enmienda n.º 18) y de Izquierda Unida (enmienda n.º 2). Éstos justificaban la introducción de tal requisito en los términos siguientes:

– Enmienda n.º 2 del Grupo IU: *«Acotar como medida de control a las personas con un interés legítimo que puedan solicitar de la persona con discapacidad o de quien le representa en caso de que no tenga capacidad, para constituir un patrimonio protegido. De esta forma se evitarían posibles situaciones fraudulentas de terceras personas movidas por intereses ajenos a los de la persona discapacitada o incapaz.»*

– Enmienda n.º 18 del Grupo Socialista: *«Se adiciona en el apartado 2 la expresión «con interés legítimo» para acotar las personas que pueden pedir la creación de un patrimonio protegido, evitando con ello las posibilidades de que se cobijen bajo esta previsión una ola de filántropos con fines más o menos espurios.»*

Ya en el Senado, el Grupo Parlamentario Socialista volvió a presentar una enmienda con el mismo tenor literal (enmienda n.º 8)<sup>155</sup> <sup>156</sup>.

Rubio Torrano critica la inclusión legal de esta precisión puesto que, en su opinión, nada añade y puede dar lugar a complicaciones. Considera que el simple ánimo de liberalidad encaminado a favorecer al discapacitado debe considerarse sin más como fundante de un interés legítimo<sup>157</sup>. Coincide con Rubio Torrano, García Pérez<sup>158</sup> y López Galiacho<sup>159</sup>. Sin embargo, ya hemos visto como la voluntad del legislador es acotar el número de terceros que pueden instar la constitución del PPD, por lo que por interés legítimo ha de entenderse un interés diverso del mero ánimo de liberalidad. En este sentido Díaz Alabart y Álvarez Moreno consideran que es precisa la existencia de un interés legítimo al margen del ánimo de liberalidad.

A la objeción de Rubio Torrano y demás autores que coinciden con él, hay que responderles que la exigencia de interés legítimo no es superflua. Hay que tener presente que la solicitud que dirige el tercero (en principio, alguien diverso de los padres, tutor o curador) de que se constituya un PPD, supone interferir en una esfera de actuación ajena; en el desarrollo por dichas personas de sus derechos y obligaciones respecto de la persona del discapacitado y sus bienes, personas que hasta el momento no han juzgado conveniente la constitución del PPD. O, si el discapacitado tiene capacidad de obrar suficiente, en su esfera de actuación. Por ello la existencia del interés legítimo, al mismo tiempo que limita las posibilidades de intervención en la esfera jurídica ajena, permite fundamentar jurídicamente dicha intervención. Por otro lado, la constitución de un PPD genera unos gastos y pone en marcha todo un mecanismo de administración especial de los bienes, que si no ha partido de la iniciativa particular de quien es discapacitado o de quienes tienen unos deberes jurídicos de asistencia de aquél, deberá partir de quien puede alegar la existencia de un interés legítimo en promover la constitución. Además, el mero hecho de instar la constitución pone a los guardadores legales en la tesitura de justificar su negativa a la constitución, es decir, les coloca en una situa-

<sup>155</sup> BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 154-5, 10 septiembre 2003. BOCG, Senado, serie II, núm. 152.d., 13 octubre 2003.

<sup>156</sup> Cfr.: GALLEGO DOMÍNGUEZ. «Aproximación al patrimonio protegido...», *op. cit.*, pp. 136 y 137.

<sup>157</sup> RUBIO TORRANO. «El patrimonio del discapacitado», en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados* (Coord. Bello Janeiro), Santiago de Compostela, Escola Gallega de Administración Pública, 2005, pp. 328 y ss.

<sup>158</sup> GARCÍA PÉREZ, R. «Tutelaridad y sujetos constituyentes...», *op. cit.*, pp. 149 y 150.

<sup>159</sup> LÓPEZ-GALIACHO P. «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...», *op. cit.*, p. 43.

ción incómoda, de una cierta coerción, por lo que ello deberá tener una legítima justificación. Finalmente, como se señalaron en las enmiendas antedichas, se hace preciso limitar el número de terceros que pueden constituir el PPD exigiendo en los mismos un interés legítimo para evitar que terceros se cobijen bajo la previsión del art. 3.2 con fines fraudulentos o espurios.

Para Serrano García, además de las personas mencionadas en el art. 3 de la Ley, de poner en relación, el art. 15 y 16 LPPD con el art. 3.2, resulta que tienen ese interés legítimo para la constitución del PPD quienes tienen con el discapacitado una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive; su cónyuge y aquellos que lo tienen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento [familiar] (art. 15.4 en relación con art. 3.2 LPPD). Igualmente, los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, siempre que vayan a efectuar la aportación a favor de su empleado discapacitado o a favor de un discapacitado que tiene con su empleado determinada relación. Por lo tanto, siempre que lo hagan en beneficio de los parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, cónyuge o persona a cargo de su empleado en régimen de tutela o acogimiento [familiar] (art. 3.2, 15.2 y 4 y art. 16 LPPD). En estas personas –dice– el interés legítimo es además un interés legal<sup>160</sup>.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el sujeto pasivo del Impuesto de Sociedades según el art. 7, 8 y 9 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, incluye entes de muy variada condición. Podría pensarse que hay que presumir la existencia de un interés legítimo en los mismos por el hecho de que la Ley les da la posibilidad de efectuar aportaciones y beneficiarse fiscalmente de deducciones. Sin embargo tal presunción no puede establecerse, pues los intereses que pueden llevar a esos entes a efectuar las aportaciones, como vio en su día el legislador, pueden ser del todo ajenos al beneficio del discapacitado. Es decir, no por el hecho de poderse desgravar fiscalmente si se verifica la aportación, hay que pensar que el sujeto tiene interés legítimo en efectuarla. Máxime si el tercero pudiese, que no puede, establecer las reglas de administración para los bienes que aporta<sup>161</sup>.

<sup>160</sup> Cfr.: SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Iustel. 1.ª Edición. Madrid, 2008, pp. 396 a 398.

<sup>161</sup> Según DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, parece razonable que puedan hacerlo, en cuanto a los bienes o derechos objeto de su aportación, por dos motivos: porque aporta bienes propios y por analogía con el art. 227 CC. Sin embargo, analizadas las cosas más despacio hemos de defender la posición contraria a la expuesta. Si bien es cierto que el tercero solicitante puede determinar el destino final de los bienes propios aportados

En consecuencia, por interés legítimo hay que entender, un interés próximo y directo (no remoto ni indirecto) *que mire directamente al bien del discapaz*. Lógicamente ese bien lo mirarán más quienes tienen con él una relación de parentesco o deberes de asistencia por el desempeño de funciones tutelares. Ello nos conduce a presumirlo en quienes tienen con el discapacitado una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive (con mayor motivo, si tienen obligación de alimentos respecto del discapaz); su cónyuge y aquellos que lo tienen a su cargo en régimen de tutela, [curatela], o acogimiento familiar. En cuanto al *empleador del discapaz deberá probar que con su aportación pretende remediar una carencia del empleado o facilitarle mejor el desenvolvimiento del trabajo* (p.e. realiza una aportación de un coche adaptado a las necesidades del discapaz para que pueda acudir al trabajo en el mismo, en lugar de en medio público). Igualmente, si hace la aportación en beneficio de los parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, cónyuge o persona a cargo de su empleado en régimen de tutela o acogimiento [familiar] (art. 3.2, 15.2 y 4 y art. 16 LPPD). Existiría así un límite en cuanto a las personas que los empleadores pueden beneficiar, dado que más allá de las indicadas, se hace más difícil la concurrencia de un interés legítimo, por ausencia de una particular relación con las mismas.

En cuanto a otros entes: organismos de beneficencia, fundaciones, ONG's, residencias que acogen a los discapacitados... deberán probar que en sus fines estatutarios se encuentra la ayuda a discapacitados y que efectivamente van a cubrir una carencia que padece el discapaz.

### 5.3 *El tercero ha de ofrecer una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para el fin de la constitución.*

Señala el art. 3.2 que «cualquier persona con interés legítimo *podrá solicitar* de la persona con discapacidad o, en caso de que no

---

(art. 4.3), no puede tener el poder de fijar cómo ha de llevarse a cabo la administración de los bienes, pues en ello podrían mezclarse intereses personales, de manera que la administración se desviase de su fin de atender las necesidades vitales del discapaz y la productividad del PPD. No parece razonable además que uno pueda desgravarse por efectuar una aportación y al mismo tiempo pueda controlar el uso y disposición que se hace de tal aportación. *Para garantizar que el interés que se busca es legítimo y beneficioso para el discapaz, la aportación ha de ser absolutamente liberal en el sentido de producirse un total desprendimiento del tercero aportante respecto de la misma, desprendimiento que no se daría si el tercero controlase su administración.* Como dijimos antes, el tercero interfiere en la esfera jurídica ajena y es preciso que esa intervención quede limitada estrictamente a la promoción de la constitución, no a la vida posterior del PPD que se constituya. Finalmente, la ley no prevé que el tercero tenga tal poder, a diferencia de lo que ocurre con la fijación del destino de la aportación, una vez extinguido el patrimonio.

tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, *la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin*» [o sea, para la constitución].

La doctrina ha hecho una lectura del art. 3.2 LPPD entendiendo que el fin es la satisfacción de las necesidades vitales del titular. Y en efecto, a ello están afectos los bienes y derechos integrantes del PPD que se constituya como señala el art. 5.4 de la Ley. Pero de ahí no cabe deducir que la Ley esté exigiendo una aportación que sirva para cubrir todas las necesidades vitales del beneficiario durante toda su vida, sino que basta con que la aportación tenga una entidad suficiente para con ella constituir el PPD, *patrimonio que ha de perdurar durante toda la vida del discapacitado, o por lo menos, mientras éste mantenga la condición de discapacitado*, con arreglo al art. 2.2 Ley, (puesto que la Ley no prevé la extinción del PPD por consumo del mismo) y con ella cubrir alguna necesidad vital del beneficiario<sup>162</sup>. Son pues estas dos consideraciones (duración del PPD a lo largo de la vida del discapacitado, y satisfacción de, al menos, una necesidad vital) las que deberán tenerse en cuenta a la hora de considerar suficiente una aportación. Con relación a la primera, habrá que atender a la edad, estado de salud general, intensidad de la discapacidad, etc.<sup>163</sup>.

Podemos afirmar que el legislador acertó al no aceptar la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán para que se suprimiese el carácter suficiente de la aportación ofrecida por el tercero<sup>164</sup>. Se alegaba que «no es conveniente establecer limitaciones a la hora de constituir el patrimonio protegido. Debe tenerse en cuenta que el patrimonio protegido inicialmente constituido, aunque en principio sea de escasa cuantía, puede ser incrementado mediante aportaciones sucesivas.» Pero como éstas es inseguro que se produzcan resulta imprescindible que la aportación inicial baste, al menos, para satisfacer una necesidad vital del discapacitado durante toda su vida, como hemos indicado antes. Es decir, sea suficiente a los fines de la constitución. No compartimos, pues, la opinión de Seda Herмосín cuando se pre-

---

<sup>162</sup> Dice SERRANO GARCÍA, hablando de la expresión utilizada por el legislador «necesidades vitales» que la palabra *vitales*, se le antoja un exceso del legislador, porque con *necesidades* ya estaba dicho todo. Vitales puede entenderse por *vitalicias*, en el sentido de que tienen que procurar el mantenimiento de la persona durante toda su vida. Sería semejante a la expresión *vitalicia* referida al contrato de renta *vitalicia*.

Pero no creo que sea este el sentido que hay que dar a la expresión de la LPPD, porque no me parece en absoluto necesario que los bienes aportados sean de cuantía suficiente para atender las necesidades de toda la vida. Creo que se puede constituir un patrimonio con una aportación que resuelva sólo una parte de las necesidades. (Conversación privada)

<sup>163</sup> Cfr.: DÍAZ ALABART, Silvia. *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*. Ibermutuamur. Madrid, 2004, pp. 130 a 132.

<sup>164</sup> Enmienda n.º 42, BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 154-5, de 10 de septiembre de 2003.

gunta por qué no va a admitirse una aportación, en principio, insuficiente, que en el futuro se complete con otras posteriores<sup>165</sup>.

Cabría preguntarse si la exigencia de que la aportación sea suficiente implica establecer límites cuantitativos a la aportación. Es decir, si ésta no debería exceder de lo imprescindible para satisfacer las necesidades del beneficiario durante toda su vida. En efecto parece que debe existir dicho límite, pues si bien es difícil hacer un cálculo de las necesidades del beneficiario durante toda su vida, tampoco es imposible establecer una aproximación atendiendo a la edad, estado de salud general, intensidad de la discapacidad, etc. Es decir, fijar un cálculo probable. Los límites a la aportación vendrían dados por la satisfacción de tres clases de necesidades al nivel de un ciudadano medio: necesidades que reporten utilidades, satisfacciones culturales y satisfacciones recreativas. El imponer límites a la aportación garantiza que con ella no se persiguen fines diversos de aquellos que fija la Ley para el PPD en el art. 5.4.

Aprecia la suficiencia e insuficiencia de los bienes las personas que deben constituir el PPD y el Notario, que puede negarse a otorgar el documento constitutivo si aprecia lo irrisorio de la aportación. Ante la negativa a constituir el PPD por falta de suficiencia, el tercero podrá acudir al MF, quien deberá poner el hecho en conocimiento del Juez, e instar de éste lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. El Juez, en última instancia, resuelve sobre la constitución. Si es el propio discapacitado el que se niega a la constitución por falta de suficiencia de la aportación, no cabe recurso alguno contra su negativa<sup>166</sup>.

Aunque la suficiencia de la aportación inicial sólo es exigida por la Ley en el caso de que los terceros insten la constitución del PPD, hay que entender que la misma es exigible en cualquier otro caso de constitución, debiendo ser el Notario el que valore la suficiencia de la aportación. Ante la negativa de éste a constituir el PPD por insuficiencia de la dotación inicial, cabría obtener una declaración judicial de suficiencia a través de un expediente de jurisdicción voluntaria (Disp. Adic. 1.<sup>a</sup> de la LPPD) en el que será oído el MF (art. 7.1 LPPD)<sup>167</sup>.

Díaz Alabart y Álvarez Moreno, consideran que el art. 3.2 no exige que los bienes ofrecidos hayan de ser propiedad del tercero solicitante, sino que se podrían indicar bienes de los que sea titular

<sup>165</sup> SEDA HERMOSÍN. «Protección por terceros: constitución del patrimonio separado...», *op. cit.*, p. 137

<sup>166</sup> SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Iustel. 1.<sup>a</sup> Edición. Madrid, 2008, pp. 396 a 398.

<sup>167</sup> GARCÍA PÉREZ, R. «Titularidad y sujetos constituyentes...», *op. cit.*, p. 150.

el propio discapacitado, para que se incluyan en el PPD o incluso incorporar otros bienes ajenos (fruto de una colecta, subvención). Si bien no existe inconveniente en esto último, no parece razonable que el tercero pueda obligar al propio discapaz o a sus representantes legales a incorporar bienes del patrimonio personal del discapacitado al PPD. Su capacidad de influir en la esfera jurídica ajena es impensable que alcance a tal cosa. Los bienes o derechos que se aporten, pues, han de ser de la titularidad del aportante.

La aportación inicial de bienes, puede ser ofrecida tanto por acto *inter vivos* (donación) como *mortis causa* (testamento)<sup>168</sup>.

Además los bienes y derechos que integren la aportación efectuada por el tercero<sup>169</sup> han de ser *adecuados*. Serrano García entiende por bienes adecuados bienes fructíferos o que proporcionen una utilidad de uso. En este sentido, señala, puede haber bienes no fructíferos que, no obstante, generen gastos fiscales y que no tengan la consideración de adecuados como joyas, cuadros, una biblioteca<sup>170</sup>. Sin embargo, como él mismo reconoce, no es imposible que el patrimonio consista en un fondo que se vaya consumiendo a medida que lo necesite la persona y que no produzca. Ello nos lleva a la conclusión de que también podrían ser adecuados bienes no fructíferos<sup>171</sup> y en general, cualquier bien, incluso los excluidos más arriba, en cuanto que pueden ser objeto de sustitución subrogatoria, por dinero u otros bienes fructíferos o útiles. Se exceptúan de la consideración de adecuados los bienes y derechos personalísimos o intransferibles del tercero.

Todos los bienes y derechos, cualquiera que sea su procedencia, se sujetan al régimen de administración establecido por el constituyente del PPD.

#### 5.4 Aceptación y negativa a la constitución del PPD.

Según Martínez Díe nada obsta a que la solicitud, ofrecimiento y constitución [y aceptación] se formalicen en una sola escritura<sup>172</sup>.

En el caso de que el discapacitado tenga capacidad de obrar suficiente para la constitución, ésta requiere su consentimiento

<sup>168</sup> GARCÍA PÉREZ, R. «Titularidad y sujetos constituyentes...», *op. cit.*, p. 150.

<sup>169</sup> O por el discapaz, o sus representantes legales, o padres que ostenten la patria potestad de hecho, en caso de constitución al amparo del art. 3.1.a) y b) o 3.2 LPPD.

<sup>170</sup> SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Iustel. 1.ª Edición. Madrid, 2008, pp. 396 a 398.

<sup>171</sup> La Ley no exige que los bienes produzcan frutos de manera periódica. Pueden producirlos, por la venta de los mismos y reinversión en una cosa fructífera.

<sup>172</sup> MARTÍNEZ DÍE, R. «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Coord.: Garrido Melero, M. y Fugardo Estiviél, J.M. T. II. Bosch, S.A, p. 188.

expreso. Una negativa del mismo, cierra las posibilidades de constitución a instancia de tercero (motivo III de la E de M de la LPPD, párrafo 3.º). Según reza la vieja máxima, no cabe otorgar un beneficio en contra de la voluntad del beneficiario.

Si no tiene capacidad suficiente para la constitución, corresponde a los padres o tutor, en su representación, aceptar y constituir el PPD o rechazar la constitución. Si los dos padres del discapacitado ejercen la patria potestad, ambos deberán aceptar o rechazar el ofrecimiento. Igualmente, si ejercen ambos la patria potestad de hecho. En caso de existir varios tutores, se estará a lo previsto en los arts. 237 y 237 bis del CC<sup>173</sup>.

El curador asistirá al curatelado para que realice tal aceptación o rechazo<sup>174</sup>. Gallego Domínguez considera que en este caso, sobre la base de una interpretación sistemática de las normas, la solución ante la negativa a la constitución debería ser la misma prevista para el caso de que el discapacitado con capacidad de obrar suficiente se niegue a la constitución, ya que es la persona sujeta a curatela quien actúa en el tráfico jurídico, con las necesarias asistencias, y no el curador<sup>175</sup>.

Podrían plantearse problemas si el discapacitado es favorable a la constitución y el curador contrario a la misma. En tal caso, la doctrina ha señalado que procede solicitar la decisión del Juez, procediéndose, en su caso, a una constitución judicial, previa audiencia del MF (art. 7.1 LPPD).

Cuando los padres o el tutor, se nieguen injustificadamente a la constitución, el tercero solicitante puede acudir al Ministerio Fiscal quien, en todo caso, solicitará del Juez lo que proceda<sup>176</sup>, atendiendo al interés de la persona con discapacidad, siendo el Juez en última instancia el que se pronuncie acerca de la justificación o no de la negativa. Si la atribución de bienes se ha hecho *mortis causa*, es claro que el tercero promotor habrá fallecido, por lo que no podrá acudir al MF ante la negativa injustificada que pueda verificarse. En tal caso, acudirán al MF el albacea testamentario (art. 902.3 CC) o los herederos<sup>177</sup>.

Si el juez entiende injustificada la negativa, constituirá él mismo el PPD mediante Auto, conteniendo éste los extremos previstos

<sup>173</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ. «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado...», *op. cit.*, p. 138.

<sup>174</sup> SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 396 a 398.

<sup>175</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ. «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado...», *op. cit.*, pp. 138 y 139.

<sup>176</sup> DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*. Ibermutuamur. Madrid, 2004, pp. 130 a 132.

<sup>177</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ. Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado..., *op. cit.*, p. 138.

como contenido mínimo en el art. 3.3 LPPD. Esta solución es la que prevé la Ley. Por ello no compartimos la que propone Serrano García, según el cual, el Juez *podrá ordenar la constitución notarial del PPD*, señalando quién será el administrador y qué facultades tendrá.

Desde el punto de vista formal, lo más adecuado sería protocolizar la resolución judicial (Díaz Alabart y Álvarez Moreno).

El procedimiento judicial adecuado para estas actuaciones, de acuerdo con la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2003 es el expediente de jurisdicción voluntaria, regulado aún por la LEC 1881.

El tercero podrá señalar el destino ulterior de los bienes para caso de extinción del PPD por las causas del art. 6.1, dado que el art. 4.3 no distingue entre aportaciones hechas en un momento inicial o en otro posterior (Herbosa Martínez).