AUTOTUTELA Y PODERES EN PREVISIÓN DE LA PROPIA DISCAPACIDAD

1



Fundación Æquitas

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO



Cuando la persona es plenamente capaz y toma conciencia de una futura incapacidad, puede decidir quien velará por sus intereses en el futuro.

El incremento de la esperanza de vida supone que debemos buscar nuevas soluciones jurídicas para las personas mayores o personas con discapacidad. El desafío que presentan las demencias asociadas a la edad, muchas de ellas de carácter degenerativo y que, en numerosas ocasiones, impiden a la persona gobernarse por sí misma, hace necesario recurrir a medidas de protección, tanto de la persona como de su patrimonio.

Con la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad[1], nuestro legislador, contempla la opción de que la misma persona, cuando aún es plenamente capaz y toma conciencia de una posible futura incapacidad, decida quién quiere que vele por sus intereses. Esto es, decida quién será su tutor o quién, en el futuro, puede tomar medidas sobre su persona o bienes, para el supuesto que resulte incapacitado por sentencia judicial.

La Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad establece que: "Cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor".

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se publican en el Registro Civil (debe incorporarse certificado de nacimiento). En los procedimientos de incapacitación, el Juez recabará esta información del Registro Civil, pues para el nombramiento de tutor el Juez prefiere, en primer lugar, al designado en este documento.

1. Ley 41/2003 de 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, de 18 de noviembre, reforma el artículo 223 y 234 del Código Civil.

¿Quién puede otorgar un documento de autotutela?

Cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, es decir con capacidad natural, que sea consciente de lo que está haciendo y quiera formalizarlo voluntariamente.

¿Cómo se formaliza el documento de autotutela?

El notario debe comprobar la capacidad de la persona, indagará su voluntad y la adecuará al ordenamiento jurídico para que produzca los efectos deseados.

Contenido de la escritura pública

En estas disposiciones la persona nombra tutor, establece órganos de control o fiscalización de la tutela, y el modo de ejercitarla así como otras disposiciones sobre su persona o bienes.

También puede contener disposiciones negativas, fijando qué persona no queremos que sea nuestro tutor.

Es conveniente, y debe incluirse el nombramiento de tutores sustitutos, para el caso de que el nombrado en primer lugar no pueda o no quiera ejercer el cargo.

Publicidad del documento

Se establece una comunicación entre la Notaría y el Registro Civil, donde se recoge el nombre del notario autorizante, número de protocolo y fecha de autorización.

En este punto es conveniente, dada la dificultad de localizar en ocasiones las partidas de nacimiento, que se obtengan antes de acudir a la Notaría, para asegurar la eficacia de su publicidad.



Efectos de la autotutela

La disposición de autotutela sólo produce su efecto cuando el juez declare incapaz a una persona por sentencia de incapacitación, en la que tendrá en cuenta la voluntad recogida en el documento de autotutela.



Poderes en previsión de la propia discapacidad

Supone, en cierto modo, un complemento para la autotutela la reforma del Código Civil[2], que permite que, a pesar de la incapacitación de una persona, puedan seguir vigentes los poderes que hubiera dado, pues no es causa de extinción si éste ha dispuesto expresamente en dicho poder su continuación a pesar de la incapacitación. Dicha extinción puede ser acordada por el juez en el momento de constitución de la tutela o en un momento posterior, a instancia del tutor.

Por último, se legitima al presunto incapaz a promover su propia incapacidad, modificándose el artículo 757.1 de la L.E.C.

---

2. La Ley 41/2003 de 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, de 18 de noviembre, da una nueva redacción al artículo 1.732 del Código Civil.

Autotutela y poderes en previsión de la propia discapacidad

La Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad[3] otorga una protección integral a nuestros mayores o las Personas con Discapacidad y su patrimonio, concediendo para ello importantes beneficios fiscales.

La supervivencia de muchas Personas con Discapacidad a sus padres y las nuevas formas de discapacidad (lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras demencias asociadas a la edad) plantean la necesidad de que la asistencia económica a la persona dependiente se realice no sólo por el Estado o la familia, sino a través del patrimonio de las personas mayores o con discapacidad, porque uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de estas personas es la existencia de medios económicos a su alcance para atender sus necesidades vitales.

Las personas mayores realizan cobros y pagos de dinero, tienen cuentas corrientes abiertas a su nombre, disponen de medios de pago electrónico, contratan el uso de los transportes públicos y otros servicios, y realizan una gran variedad de actos de consumo. Por ello, surgen las nuevas soluciones jurídicas que proporciona esta Ley: patrimonio protegido y sus ventajas fiscales, autotutela y poderes en previsión de la propia discapacidad o demencia, novedades sucesorias, contrato de alimentos, derecho de habitación...

3. Ley 41/2003, de 18 de noviembre (BOE de 19 de noviembre), de 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.

www.aequitas.org

info@aequitas.org

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO

Fundación Æquitas
ESPAÑA
NOTARIO
Consejo General del Notariado España

NIPO: XXX-XX-XXX-X - DL: M-XX.XXX-2008

CONTRATO DE ALIMENTOS Y DERECHO DE HABITACIÓN

2



Fundación Æquitas

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO

Se puede conceder al legitimario con discapacidad un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante.

Derecho de habitación

Se establece una protección patrimonial directa a las Personas con Discapacidad, permitiendo que la donación o legado de un derecho de habitación a su favor (siempre que sean legitimarios y convivan con el donante o testador en dicha vivienda[1]) no se compute para el cálculo de las legítimas.

Además se concede por ley al legitimario discapacitado un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviere con el causante, si bien deberá compartir esta vivienda con los otros legitimarios con los que también conviviera mientras lo necesiten. Este derecho de habitación legado o donado es intransmisible.



1. Modif. art. 822 Código Civil.



Amplias facultades al viudo

Además, se reforma el artículo 831 del Código Civil, al introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las Personas con Discapacidad, pues se le permite al testador, en su testamento, conceder amplias facultades a su viudo/a, quien podrá distribuir la herencia del cónyuge premuerto entre los hijos o descendientes comunes cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad reconocida, aplazando la partición a un momento posterior en el que conozca la variación de las circunstancias y la situación y necesidades actuales de la persona con discapacidad.

Estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.

Contrato de alimentos[2]

Se introduce una nueva regulación del contrato de alimentos[3] aunque éste ya era frecuentemente celebrado en la práctica. En él una persona transmite bienes o derechos a un tercero que se obliga a prestarle una atención integral: alimentación, vestido, vivienda y asistencia de todo tipo.

Se amplían así las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las Personas con Discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos. La persona que recibe los bienes y derechos se obliga a pagar una cantidad periódica de dinero.

La utilidad del contrato de alimentos resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad. Otro aspecto importante del contrato es que si el alimentante muere, la prestación de alimentos podrá continuar mediante una pensión, bien previamente convenida en el contrato, bien fijada por un juez.

Además se regulan normas relativas a la extinción del contrato.

---

2. Debe quedar claro que "contrato de alimentos" es una cosa y "derecho de alimentos entre parientes" es otra diferente.

3. Título XII del libro IV del Código Civil, dedicado a los contratos aleatorios, artículos 1.791 a 1.797.



Contrato de Alimentos y derecho de habitación

La Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad[4] otorga una protección integral a nuestros mayores o las Personas con Discapacidad y su patrimonio, concediendo para ello importantes beneficios fiscales.

La supervivencia de muchas Personas con Discapacidad a sus padres y las nuevas formas de discapacidad (lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras demencias asociadas a la edad) plantean la necesidad de que la asistencia económica a la persona dependiente se realice no sólo por el Estado o la familia, sino a través del patrimonio de las personas mayores o con discapacidad, porque uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de estas personas es la existencia de medios económicos a su alcance para atender sus necesidades vitales.

Las personas mayores realizan cobros y pagos de dinero, tienen cuentas corrientes abiertas a su nombre, disponen de medios de pago electrónico, contratan el uso de los transportes públicos y otros servicios, y realizan una gran variedad de actos de consumo. Por ello, surgen las nuevas soluciones jurídicas que proporciona esta Ley: patrimonio protegido y sus ventajas fiscales, autotutela y poderes en previsión de la propia discapacidad o demencia, novedades sucesorias, contrato de alimentos, derecho de habitación...

4. Ley 41/2003, de 18 de noviembre (BOE de 19 de noviembre), de 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.

www.aequitas.org

info@aequitas.org

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO

Fundación Æquitas

ESPAÑA
NOTARIO
Consejo General del Notariado España

NIPO: XXX-XX-XXX-X - DL: M-XX.XXX-2008

www.aequitas.org
info@aequitas.org

NIPO: XXX-XX-XXX-X - DL: M-XX.XXX-2008

NOVEDADES SUCESORIAS EN BENEFICIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

3





La Ley 41/2003 de 18 de Noviembre incorpora importantes novedades en materia de sucesiones en beneficio de las personas con discapacidad.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, incorpora importantes novedades en materia de sucesiones respecto a las personas que tienen la capacidad limitada o alguna disfunción:

1.

La inclusión de una nueva causa de indignidad o de inhabilitación para suceder. Así aquellos que no hubiesen prestado a una persona con discapacidad[1] las atenciones debidas, entendiendo por tales lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia medica, así como la educación e instrucción, es decir, todo lo que es el cuidado integral de una persona para que lleve una vida plena y digna, no podrán ser herederos de la persona desatendida.[2]

2.

La posibilidad de gravar la legítima estricta, a favor de un hijo o descendiente, cuando haya sido judicialmente incapacitado, permite un margen importante de maniobra para los padres que quieren asegurar la subsistencia y vida digna del incapacitado. Se utiliza para ello la figura de la sustitución, permitiendo que reciba más de lo que por legítima le corresponde, y quedando para los demás descendientes la posibilidad de heredar al fallecimiento de la persona con discapacidad los bienes que subsistan.[3]

---

1. Evidentemente esto afecta también a las personas mayores con discapacidad (enfermedad de Alzheimer, demencias, grave deterioro físico, etc.).
2. Se modifica el art. 756 Código Civil. añadiendo un nuevo párrafo 7º.
3. Sería una sustitución fideicomisaria, en la que la persona judicialmente discapacitada tendría la condición de fiduciario. Los descendientes del testador tendrían la condición de fideicomisario, recibiendo los bienes después del fiduciario. Se modifica para ello los artículos 782, 808, 813 C.C.

3.

Se establece la posibilidad de constituir un derecho de habitación a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y que convivan con el donante o testador, en la vivienda habitual, así como se introduce un legado legal del derecho de habitación, sobre la vivienda habitual en la que el discapacitado, conviviera con el causante.[4]

4.

Se exime de colacionar, es decir, de traer a la masa hereditaria para tenerlos en cuenta en la fijación de las legítimas, aquellos gastos realizados por los padres y ascendientes, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.[5]

5.

Entre las normas que pueden tener una incidencia indirecta en la sucesión de las personas con hijos o descendientes con discapacidad, destaca la regulación de la facultad que se reconoce a los testadores de poder conceder a sus cónyuges la posibilidad de mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, posponiendo la partición de la herencia hasta el momento que el viudo o viuda considere más oportuno a la vista de las necesidades de su hijo con discapacidad.

Así, el nuevo artículo 831 potencia las facultades familiares del cónyuge viudo cuando expresamente se le hubiere autorizado en testamento, en beneficio del interés más necesitado de protección. Estas facultades se extienden también a los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.

4. Se modifica el art. 822 C.C.

5. Nuevo párrafo en el art. 1.041 C.C.

6.

También establece la regulación de nuevas soluciones como la autotutela y poderes en previsión de nuestra propia discapacidad, y la normativa referente a la regulación del contrato de alimentos, que procuran una eficaz protección a la persona discapacitada, y producen unos efectos indirectos sobre el derecho de sucesión de las personas implicadas.[6]



En resumen, debemos felicitarnos por las novedades que se incluyen en la Ley, que, no cabe duda, son un paso adelante, aunque nos falta mucho para conseguir la integración en nuestra sociedad de las personas con necesidades especiales que, en un momento o en otro, todos tenemos.

6. Nueva redacción de los artículos 223 y 234 C.C. y del art. 1.732 C.C.



Novedades Sucesorias en beneficio de las personas con discapacidad

La Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad[7] otorga una protección integral a nuestros mayores o las Personas con Discapacidad y su patrimonio, concediendo para ello importantes beneficios fiscales.

La supervivencia de muchas Personas con Discapacidad a sus padres y las nuevas formas de discapacidad (lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras demencias asociadas a la edad) plantean la necesidad de que la asistencia económica a la persona dependiente se realice no sólo por el Estado o la familia, sino a través del patrimonio de las personas mayores o con discapacidad, porque uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de estas personas es la existencia de medios económicos a su alcance para atender sus necesidades vitales.

Las personas mayores realizan cobros y pagos de dinero, tienen cuentas corrientes abiertas a su nombre, disponen de medios de pago electrónico, contratan el uso de los transportes públicos y otros servicios, y realizan una gran variedad de actos de consumo. Por ello, surgen las nuevas soluciones jurídicas que proporciona esta Ley: patrimonio protegido y sus ventajas fiscales, autotutela y poderes en previsión de la propia discapacidad o demencia, novedades sucesorias, contrato de alimentos, derecho de habitación...

7. Ley 41/2003, de 18 de noviembre (BOE de 19 de noviembre), de 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.

¿QUÉ ES EL CERTIFICADO DE MINUSVALÍA?

4



Fundación Æquitas

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO



Muchas veces la deficiencia causante de la disminución se detecta en el Sistema Sanitario, pero no siempre se informa a la persona afectada respecto a la posibilidad de tramitar el certificado.

Requisitos

¿En qué consiste este certificado?

En la solicitud de valoración de las situaciones de minusvalía que presenta una persona de cualquier edad.

¿Dónde debo solicitarlo?

Lo mejor es acudir a los Servicios Sociales que correspondan según donde se viva, y allí preguntar cual es exactamente el centro donde debe solicitarlo. El reconocimiento del grado de minusvalía se produce desde la fecha de solicitud.

¿Y presentarlo?

Deberá presentar dicha solicitud en los Servicios Sociales de los Ayuntamientos y en las Direcciones Generales de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma correspondiente, acompañada de la documentación necesaria.





Documentos y valoración

¿Qué documentos se precisan?

Acompañando a la solicitud, que habrá de incluir el nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, domicilio, fecha y firma, debidamente cumplimentados, se adjuntarán los siguientes documentos:

- Original y fotocopia del DNI del interesado y, en su caso, del representante legal (en su defecto, fotocopia del Libro de Familia).
- En caso de extranjero residente, fotocopia de la tarjeta de residencia.
- Fotocopias de todos los informes médicos que guarden relación con la enfermedad por la que se solicita la minusvalía -y cualesquiera otros- (**Es importante quedarse siempre con los originales**), así como informes psicológicos y sociales que se tengan.

¿Cómo se valora?

A través de los baremos establecidos por el Real Decreto 1971/1999 de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

¿Quién lo valora?

Los **Equipos de Valoración y Orientación** -EVOs-, adscritos a los distintos Centros Base, y compuestos por profesionales -como mínimo Médico (que preguntará sobre la medicación y el estado actual del interesado, y solicitará ver sus informes), Psicólogo (que hará preguntas sobre cómo afecta la enfermedad en la vida diaria) y Trabajador Social (que preguntará acerca de la situación económica, familiar y social en general)- que realizarán una entrevista con la persona discapacitada y su familia, en la que aplicarán las pruebas que consideren necesarias para lograr un diagnóstico que, en función de los baremos mencionados en el punto anterior, se ajuste el máximo posible a la situación de dicha persona, y ya, con éste y los informes aportados, los miembros del EVO, reunidos en junta, emitirán el informe definitivo, cuya tramitación tardará unos meses, al cabo de los cuales se obtendrá la notificación.

Beneficios de obtener el certificado de minusvalía

Entre otros beneficios, la obtención de este documento, produce:

Beneficios fiscales:

En el impuesto sobre la renta de las personas físicas: bonificación y reducción sobre los rendimientos de trabajo, por aportaciones a planes de pensiones y por aportaciones al patrimonio protegido de las personas con discapacidad; por gastos de asistencia de los discapacitados; por inversión en vivienda habitual. Impuestos sobre sucesiones y donaciones (exenciones), impuestos especiales sobre determinados medios de transporte, impuestos municipales...



Prestaciones familiares por hijo a cargo:

Recibirán esta pensión los padres de hijos con alguna minusvalía, variando la cuantía según el grado de aquélla y la edad de las personas con discapacidad.

Familia numerosa:

Cuando se tienen 2 hijos y al menos uno de ellos es minusválido, existen beneficios en: Seguridad Social, laboral, educación (se pueden pedir ayudas en todos los niveles educativos, desde educación primaria a los programas de formación para la transición a la vida adulta, pasando por ciertas oposiciones que reservan un número de plazas para minusválidos), transportes, vivienda (obligación de la comunidad de propietarios, en determinadas condiciones, de la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento del inmueble y la accesibilidad necesaria al mismo)...

Pensiones no contributivas de invalidez

Asistencia sanitaria para personas sin recursos suficientes

Incorporación a centros específicos:

Centros de atención a minusválidos físicos -CAMF- y psíquicos -CAMP-, ocupación, rehabilitación, pisos protegidos...

Subsidio de movilidad:

Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte (sujeto a ingresos familiares)

Contratación:

Contratación indefinida y temporal para trabajadores minusválidos, con obligación por parte de las empresas: Bien tener un cupo de reserva para este colectivo no inferior al 2% de su plantilla cuando tiene 50 o más empleados, o bien aplicar medidas alternativas, entre otras realizar donaciones a fundaciones cuyo objetivo sea la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo para personas discapacitadas.

Las personas con discapacidad afectadas por un determinado grado de minusvalía -psíquica mínimo 33% y física mínimo 65%- podrán ser beneficiarias del denominado PATRIMONIO PROTEGIDO constituido por el propio discapacitado si tiene capacidad de obrar suficiente, o, si no la tiene, por sus padres, tutores o cualquier persona con interés legítimo (Ley 41/2003) -mediante la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de la persona discapacitada para que garanticen la satisfacción de sus necesidades vitales.

Existen distintos tipos de ayudas específicas de cada Comunidad Autónoma:

Las Comunidades Autónomas facilitan ayudas como: atención especializada en centros residenciales, adquisición de sillas de ruedas, adquisición y/o adaptación de vehículo, ayudas para transporte en taxi a minusválidos gravemente afectados en su movilidad, abono transporte (Bonotet) sujeto a ingresos económicos... cualesquiera ayudas derivadas de su discapacidad que deban ser atendidas (información en los Centros Base).

Con este folleto tratamos de dar una información básica de tipo orientativo para que ninguna persona con discapacidad pueda sentirse desamparada, nunca.

Asumir una discapacidad desde el momento del nacimiento, o bien afrontar unas limitaciones que antes no existían, puede ser duro y doloroso, tanto para la persona aquejada de una minusvalía como para su familia. Por eso es muy importante que exista **una información clara y sencilla** acerca de las ventajas de tener este certificado.

Las posibilidades de recuperación de las capacidades, unidas al apoyo de los familiares y profesionales adecuados, son el motivo/aliciente necesario para luchar por alcanzar las cotas de normalización que las personas discapacitadas deseen y puedan conseguir. El primer paso que debe dar para poder recibir ayudas en el caso de que su hijo/a -o cualquier otro familiar- sufra cualquier minusvalía, enfermedad o accidente que le provoque una discapacidad, es solicitar el **Certificado de Minusvalía**.

Debe quedar muy claro que éste no es más que el reconocimiento legal del hecho de que una persona tiene una discapacidad que le dificulta para poder desarrollar las actividades diarias, toda vez que es el instrumento esencial para satisfacer las necesidades personales y sociales a que el mismo da derecho, y nada tiene que ver con una incapacitación judicial.

PARA AMPLIAR INFORMACIÓN DEBERÁ DIRIGIRSE A LOS SERVICIOS SOCIALES DE LOS AYUNTAMIENTOS Y A LA DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIOS SOCIALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA CORRESPONDIENTE

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO

www.aequitas.org
info@aequitas.org

Fundación Æquitas
ESPAÑA NOTARIO
Consejo General del Notariado España

NIPO: XXX-XX-XXX-X - DL: M-XX.XXX-2008

INCAPACITACIÓN: ¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE?

5



Fundación Æquitas

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO



¿Qué es la incapacitación?

La incapacitación es un procedimiento **judicial** por el que un juez decide que una persona no tiene capacidad para gobernarse por sí misma, por lo que la somete a un régimen especial de protección de su persona o/y bienes.

¿Qué efectos produce?

En primer lugar, la persona incapacitada no podrá celebrar por sí sola los actos jurídicos (como contratos o como un testamento) que establezca la propia sentencia judicial.

En segundo lugar, la sentencia dirá qué régimen de protección le corresponde a la persona. Este puede ser de *tutela* o de *curatela*.

- *La tutela* hace que los actos de la vida jurídica (como los contratos) tengan que realizarse necesariamente por medio de un representante legal que será el tutor.
- *La curatela*, sin embargo, mantiene la capacidad del individuo, pero, para ciertos actos, necesitará que otra persona, el curador, los ratifique.

¿Cómo sabemos si una persona está incapacitada?

La incapacitación sólo tiene lugar cuando hay una **sentencia firme** que se inscribe en el Registro Civil. Por eso puede, o bien examinarse el documento de incapacitación, que tiene que llamarse "sentencia", o bien comprobar el estado de la inscripción del individuo en el Registro Civil.

No es incapacitación el certificado de discapacidad que procede de los servicios sociales, que tiene otros efectos (fiscales, administrativos u otros), ni se es incapaz porque cualquier otra autoridad lo haya dicho. Sólo hay incapacitación cuando lo dice una sentencia firme de un juez. Tampoco es incapacitación la invalidez laboral en cualquiera de sus clases.

¿Quiénes pueden ser incapacitados?

Cualquier persona de cualquier edad puede ser incapacitada (incluso los menores), siempre que padezca alguna "enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma".

Esto quiere decir que no hay deficiencias concretas que de por sí produzcan la incapacitación, sino que el juez sólo observará los efectos que la deficiencia produce en la persona para comprobar si es persistente y le impide gobernarse por sí misma.

Así puede tanto incapacitarse a una persona que padezca alguna demencia, como al que padezca otro tipo de enfermedad, pero sólo por los efectos que éstas produzcan.

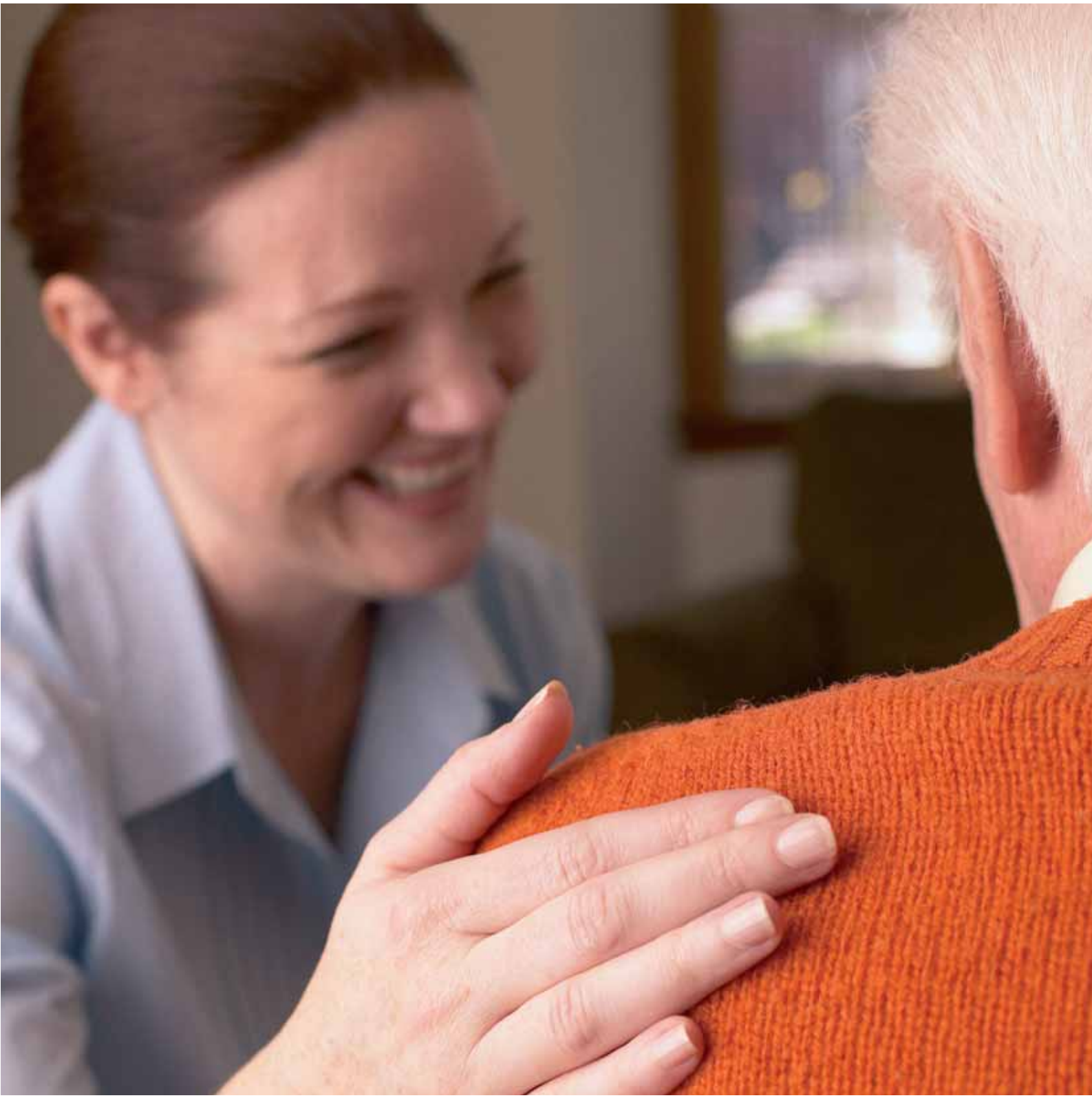
¿Qué ventajas tiene una incapacitación?



La finalidad que suele buscarse en una incapacitación es la protección de la persona incapacitada, así la persona que tiene una incapacitación no podrá realizar contratos que le perjudiquen. De esta forma podrán ser anulados todos los contratos o actos jurídicos, en general, que no le sean beneficiosos.

Por otro lado el discapacitado tiene ciertos posibles derechos en la herencia de sus parientes más próximos, por ejemplo, la posibilidad de mejorarle más allá de la legítima de sus hermanos y el derecho de habitación en la casa en la que convivió, entre otros.

Además, la sentencia de incapacitación tiene ciertos efectos administrativos, de forma que se equipara a una discapacidad del 33% de forma automática. Esto hace que puedan aplicarse las deducciones que hay en el Impuesto de la Renta (IRPF).



¿Cuánto tiempo, cuánto dinero?

Se trata de procedimientos judiciales, por lo tanto, su duración varía según la disponibilidad del Tribunal. Normalmente entre tres y seis meses.

El procedimiento puede ser gratuito si los que reclaman la incapacitación le requieren al fiscal que la promueva de oficio. Sin embargo, cabe acudir a un abogado y procurador y promover la incapacitación a "instancia de parte" y entonces es necesario pagar a ambos profesionales. Existen también Fundaciones tutelares que suelen cobrar cantidades muy asequibles..

¿Es un procedimiento frecuente?

En realidad no, se calcula que sólo un 3% de las personas con discapacidad llegan a ser incapacitadas. Muchas veces, se prefiere no incapacitar a las personas mayores, cuando éstas reciben una protección adecuada por parte de la familia, máxime teniendo en cuenta que puede que no necesiten formalizar ningún tipo de acto jurídico.

No obstante lo anterior, conviene perder el miedo a un procedimiento de incapacitación, ya que éste sólo busca una mayor protección jurídica y de todo tipo para una persona que padece un grave deterioro cognitivo, que le inhabilita para gobernar su vida.

¿La incapacitación puede revisarse?

Efectivamente, todo procedimiento de incapacitación puede y debe revisarse, si han cambiado, en uno u otro sentido, las causa que lo motivaron. Así mismo puede volverse a replantear, en caso de no haber sido declarado incapaz, si ha habido un empeoramiento de los efectos causados por la enfermedad o deficiencia.

www.aequitas.org

info@aequitas.org

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO

Fundación Æquitas
ESPAÑA NOTARIO
Consejo General del Notariado España

NIPO: XXX-XX-XXX-X - DL: M-XX.XXX-2008

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

15



Fundación Æquitas

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO



Año Europeo de Igualdad de Oportunidades

La necesidad de sensibilizar sobre el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación fue objeto de estudio por Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros de la Unión Europea y llevó a la tomar la decisión, de **declarar 2007** como **el Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todas las Personas.**

La Discriminación positiva y negativa

La situación de desventaja social de determinados grupos, como las personas mayores, las personas con discapacidad, mujeres (...) lleva a crear un nuevo marco para el tratamiento de estas cuestiones, siendo un elemento clave la idea de igualdad como diferenciación.

Ambos conceptos, igualdad y diferenciación, se relacionan de dos formas distintas: la primera, con objeto de reducir la situación de desventaja y crear una sociedad más igualitaria se exigen políticas que traten desigualmente a quienes son desiguales con objeto de equiparlas; la segunda, diferenciación como igualdad, tiene el significado de la aspiración de una sociedad en la que las relaciones sociales se caracterizan por tratar de manera igual a los grupos entre los distintos grupos sin que esto implique ni dominación ni relación injusta entre ellos.

Una sociedad igualitaria en la que las relaciones sociales se caracterizan por una diferenciación o diversidad entre los distintos grupos que no implica ni dominación ni relación injusta entre ellos





Se trata, en definitiva, de lo que venimos llamando medidas de discriminación "positiva", cuya traslación a las normas jurídicas nacionales o internacionales se ha ido produciendo en las tres últimas décadas con mejor o peor fortuna, pero que, sin duda, han marcado un hito en el tratamiento jurídico de los colectivos en situación de desventaja o desfavorecidos.

En el ámbito de la Unión Europea la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos y de los nacionales de terceros países, cuando residen en la Unión Europea, ha sido, un elemento fundamental en la construcción europea y la Carta de los Derechos Fundamentales que dedica su capítulo tercero a la igualdad.

Es en el artículo 21 donde trata todos los aspectos del problema de la discriminación (racial, étnica, religiosa, etc.). Los artículos siguientes están dedicados a grupos específicos (menores, personas mayores, personas discapacitadas, etc.).





A nivel nacional, la normativa ha ido evolucionando, y, prueba de ello, es la reciente puesta en marcha del **Sistema de Autonomía personal y Atención a la Dependencia** con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, constituyéndose así el cuarto pilar del Estado de Bienestar, junto con el Sistema Nacional de Salud, el sistema educativo y el de pensiones.

Así se mejora el marco necesario para hacer efectiva la igualdad de oportunidades.

La **Constitución Española** recoge en el Artículo 50. "Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio."

Para impulsar decididamente la igualdad efectiva de las personas con discapacidad La Ley 51/2003[1] se constituye como una oportunidad histórica. Esta Ley se completa con las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de empleo u ocupación aprobadas en distintas normas[2].

1. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

2. Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, y que suponen la transposición de la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000.

www.aequitas.org

info@aequitas.org

GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE

SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL

IMSERSO

Fundación Æquitas

ESPAÑA

NOTARIO

Consejo General del Notariado España

NIPO: XXX-XX-XXX-X - DL: M-XX.XXX-2008

¿QUÉ ES LA HIPOTECA INVERSA?

14



Fundación Ærquitas

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO



Las características del mercado español inmobiliario, no tienen nada que ver con las de otros países. En España, la mayor parte de la población mayor de 65 años tiene un inmueble en propiedad (87,2% fuente IMSERSO) y además libre de cargas (sólo un 5,4% tiene cargas). Esto hace que tengamos un punto de partida muy peculiar para dar cabida a nuevos productos financieros que permiten "licuar" (convertir en líquido) ese patrimonio, para poder disponer de recursos económicos líquidos en el día a día.

Concepto de hipoteca inversa

Es un "nuevo" producto financiero, que consiste en un crédito con garantía inmobiliaria.

Para que todos lo entendamos la hipoteca inversa, es una especie de hipoteca "al revés", el dueño de un inmueble constituye sobre él una hipoteca y va recibiendo, por el tiempo que se haya fijado, dinero a cambio en concepto de préstamo, que puede ser mes a mes o de una vez.

Al fallecimiento del propietario, sus herederos pueden bien, pagar la deuda generada por el préstamo y recibir el inmueble, o bien, optar porque se ejecute el inmueble, en cuyo caso, percibirán el exceso de valor, si sobra algo, entre el préstamo debido y el que resulte de la ejecución.

ojo

Algunas entidades la llaman "pensión hipotecaria", probablemente para hacerla más atractiva en su nombre.

No debe confundirse esta figura con la renta vitalicia, que se contempla en nuestro Código Civil en los artículos 1.873 y ss. y a la que nos referiremos en otra ocasión.



Elementos

Personales

La hipoteca puede contratarla cualquier persona que tenga un inmueble en propiedad y plena capacidad de obrar para suscribir este contrato (prestatario). La otra parte, será la entidad financiera que presta el dinero que en forma de renta va a percibir el sujeto (prestador).

Los requisitos personales exigidos a la persona pueden variar dependiendo de la entidad financiera. En la actualidad en el mercado, oscilan entre 65 y 70 años de edad. La Ley de Modernización del Mercado Hipotecario de 2007, establece que la hipoteca inversa se destina a mayores de 65 años propietarios de una vivienda habitual o personas afectadas por una dependencia severa o una gran dependencia.

Reales

El bien inmueble y la pensión que se recibe.

Al gravar el inmueble, la hipoteca inversa, permite recibir una pensión complementaria a la que ya tenga el sujeto que, además, podrá seguir viviendo en su casa, o si desea, por ejemplo, ingresar en una residencia, podrá alquilarla y obtener así un tercer ingreso. (Al precio que están las plazas en las residencias privadas, quizá con su pensión, más la pensión de la hipoteca inversa más el alquiler, consiga pagar la plaza) ES MUY IMPORTANTE DESTACAR QUE LA PERSONA, SI QUIERE, PODRÁ SEGUIR VIVIENDO EN SU CASA SIEMPRE Y DISPONE DE ELLA SI LO DESEA.

Formales

Deberá suscribirse ante Notario e inscribirse en el Registro de la Propiedad, como la constitución de una hipoteca normal, pero aquí se añaden algunas novedades ventajosas para el usuario, en lo que se refiere a la reducción de costes:

- Para los aranceles notariales se tomarán como base los derechos previstos en los documentos sin cuantía.
- Para los aranceles registrales se tomarán como base los derechos establecidos en inscripciones, con la reducción del 90% para subrogaciones, novaciones y cancelación anticipada.

Además, las escrituras públicas estarán exentas del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Los objetivos que persigue el texto legal son fundamentalmente dar seguridad jurídica a los prestatarios y a las entidades financieras, y dotar a este tipo de operaciones de la adecuada transparencia. Para ello, contempla la aprobación de una orden de transparencia para poder comparar, sin coste alguno. Se sustituye el concepto de comisión por el de penalización para que refleje mejor el riesgo que pueda tener la operación.

EJEMPLO

Señora con 87 años con piso tasado en 210.000 euros, con la hipoteca inversa podrá optar por:

- Cobrar una renta mensual de por vida de 897,36 euros/mes.
- Cobrar una renta mensual durante 9 años de 1.264,70 euros/mes.
- Hacer una disposición para cualquier necesidad por un importe inicial de 36.000 euros y recibir una renta mensual de 835,91 euros/mes durante 9 años.

Cuando fallezca la señora, los herederos podrán, devolver a la entidad las cantidades ya percibidas por la señora o dejar que se ejecute la vivienda y recibir la cantidad que resulte de reducir la parte de préstamo cobrada.

Es, además, muy común la exigencia de suscripción de un seguro adicional, para que aunque transcurra el tiempo pactado, el prestatario pueda continuar en la vivienda e incluso cobrando mes a mes (dependerá del seguro).

Este producto está basado lógicamente en la revalorización de los inmuebles con el paso del tiempo y, los cálculos resultan más interesantes cuanto mayor es el prestatario.

Otros países mucho antes que nosotros se han embarcado en la hipoteca inversa, es bueno ver qué ha sucedido en ellos, para aprender de su experiencia. No podemos entrar aquí a analizar todo el derecho comparado, baste decir que ya existe en Reino Unido, Canadá, EE.UU. y Francia, por ejemplo.

Conclusión

En conjunto la hipoteca inversa es un muy buen producto, que puede solucionar la situación económica de muchas personas y que permitirá costear con calidad la tercera edad de gran parte de ciudadanos. Ahora bien, es EXIGIBLE una formación adecuada en estos productos, para lo cual sería deseable que la Administración Pública se implicase.

Advertencia

No debe confundirse con otras figuras como la donación con carga, el contrato vitalicio, la vivienda-pensión... que explicaremos en otro artículo. Nadie debe firmar sin saber con seguridad lo que firma y si bien, puede consultarse con los hijos, futuros herederos, que la consulta sea meramente eso, garantizando siempre la libertad del mayor con plena capacidad de obrar, para hacer lo que quiera con su patrimonio.



www.aequitas.org

info@aequitas.org

GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE

SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL

IMSERSO

Fundación Æquitas

ESPAÑA

NOTARIO

Consejo General del Notariado España

NIPO: XXX-XX-XXX-X - DL: M-XX.XXX-2008

LA CONFIDENCIALIDAD, UN DERECHO DE TODAS LAS PERSONAS

13



Fundación Æquitas

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO



La **Ley 41/2002**[1] establece como principios básicos la defensa de la dignidad de la persona, el respeto a la autonomía de su voluntad y su intimidad, lo que orientará toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica. Se trata de derechos que afectan a las personas que se encuentren en situación de insalud o enfermedad (jóvenes o mayores).

Destacar, como hacen tanto el preámbulo como el artículo 7 de la Ley, el de la **información, el consentimiento informado** y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, y, afirmar que, el Sistema Nacional de Salud, debe asegurar en condiciones de escrupuloso respeto la intimidad personal y la libertad individual del usuario, garantizando la confidencialidad de la información relacionada con los servicios sanitarios que se prestan y sin ningún tipo de discriminación. Se exige, además, que los centros sanitarios adopten las medidas oportunas para garantizar esos derechos y que elaboren, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes. Exigiendo que las normas de protección de datos se cumplan, así como el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal.

---

1 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica



Por primera vez se desarrolla el derecho de **acceso a los datos** de salud ya que este derecho aparecía regulado de forma general en la LOPD[2]. Es importante que todas las personas conozcan sus derechos, uno de ellos es que nadie puede acceder sin su consentimiento a los datos relacionados con su salud a excepción del personal que le atiende salvo que lo permita la Ley, o en los procesos judiciales o en los casos en que el personal **sanitario** debidamente acreditado ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación en los términos del art.16.5.

El paciente tiene **derecho a su historia, clínica y a obtener copia** de los datos que figuran en ella, aunque no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella, recogidos en interés terapéutico del paciente, como en el caso, por ejemplo, de pacientes psiquiátricos en los que en su historia clínica figura información aportada por la familia.

La Ley 41/2002, en su art. 18.4, clarifica qué hacer ante la petición de acceso a la histo-

2 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal

ria clínica por parte de un familiar de un paciente fallecido, establece que, sólo se facilitará el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. Y, también en este caso, la Ley 41/2002 se reafirma en la defensa de la intimidad y autonomía del paciente y del profesional ya que no se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido, ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales. Tampoco se facilitará aquella información que perjudique a terceros.

El **Reglamento de desarrollo de la LOPD**[3] protege la confidencialidad e intimidad de todas las personas y tiene en cuenta, de manera directa, a las **personas con discapacidad**, definiendo los datos relativos a la discapacidad como datos especialmente protegidos. Al hacer esa definición como datos de salud, logra proteger la confidencialidad de personas que, en muchos casos tienen muy difícil la defensa de sus derechos.

El Reglamento viene a proteger un derecho tan importante como es el de la intimidad y exige que la transmisión de la información por red deberá estar fundamentada en los requerimientos de certificación electrónica,



3 RD de 18 de enero de 2008. Ley Orgánica de Protección de Datos.



firma electrónica y cifrado, de acuerdo con la legislación vigente. En él, también se exige el consentimiento previo para el tratamiento y cesión de los datos[4].

Un aspecto novedoso del Reglamento es la exigencia de que toda la información sea accesible a todas las personas, incluso que, cuando el tratamiento se refiera a menores de edad o cuando se dirija a personas con dificultades en la comprensión, la información se exprese en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos. Igualmente, se exige que toda la información sobre el tratamiento de los datos sea accesible para personas mayores, menores o personas con alguna discapacidad.

El tratamiento de datos de carácter personal que identifiquen a la persona, puede producir un riesgo a los derechos de la personalidad y para que estén protegidos será necesario, cualquiera que sea la edad, el consentimiento para su tratamiento.

4 Real Decreto 1720/2007. Artículo 10.1.

www.aequitas.org

info@aequitas.org

GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE

SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL

IMSERSO

Fundación Æquitas

ESPAÑA

NOTARIO

Consejo General del Notariado España

NIPO: XXX-XX-XXX-X - DL: M-XX.XXX-2008

EL INGRESO EN RESIDENCIAS

12



Fundación Æquitas

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO


Sorteo Extraordinario
de San Juan
PERFILES

1. En base a la Ley de Enjuiciamiento Civil podemos diferenciar los siguientes casos:

1.º EL INTERNAMIENTO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO: Cuando la persona no esté en condiciones de decidir por sí, aunque esté sometida a patria potestad o a tutela, requiere autorización judicial y es el Tribunal del lugar donde reside la persona afectada el que autoriza el internamiento de manera previa, salvo razones de urgencia.

En este caso, el responsable del centro en que se interna debe dar cuenta al Juez lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de 24 horas, para se pueda ratificar la medida en el plazo máximo de 72 horas.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponde al Juez del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento.

2.º EL INTERNAMIENTO DE MENORES: Se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento, el Tribunal oirá a la persona afectada, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona que estime conveniente o le sea solicitada por el afectado. Además, el Tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona y oír el dictamen de un facultativo. En todos los casos, la persona afectada podrá disponer de representación y defensa.

La decisión que el Tribunal adopte es susceptible de recurso de apelación.

La misma resolución que acuerde el internamiento, expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar cada seis meses al Tribunal (o menos si lo pide el mismo Tribunal) sobre la necesidad de mantener la medida,



En todo caso, la decisión que el Tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación

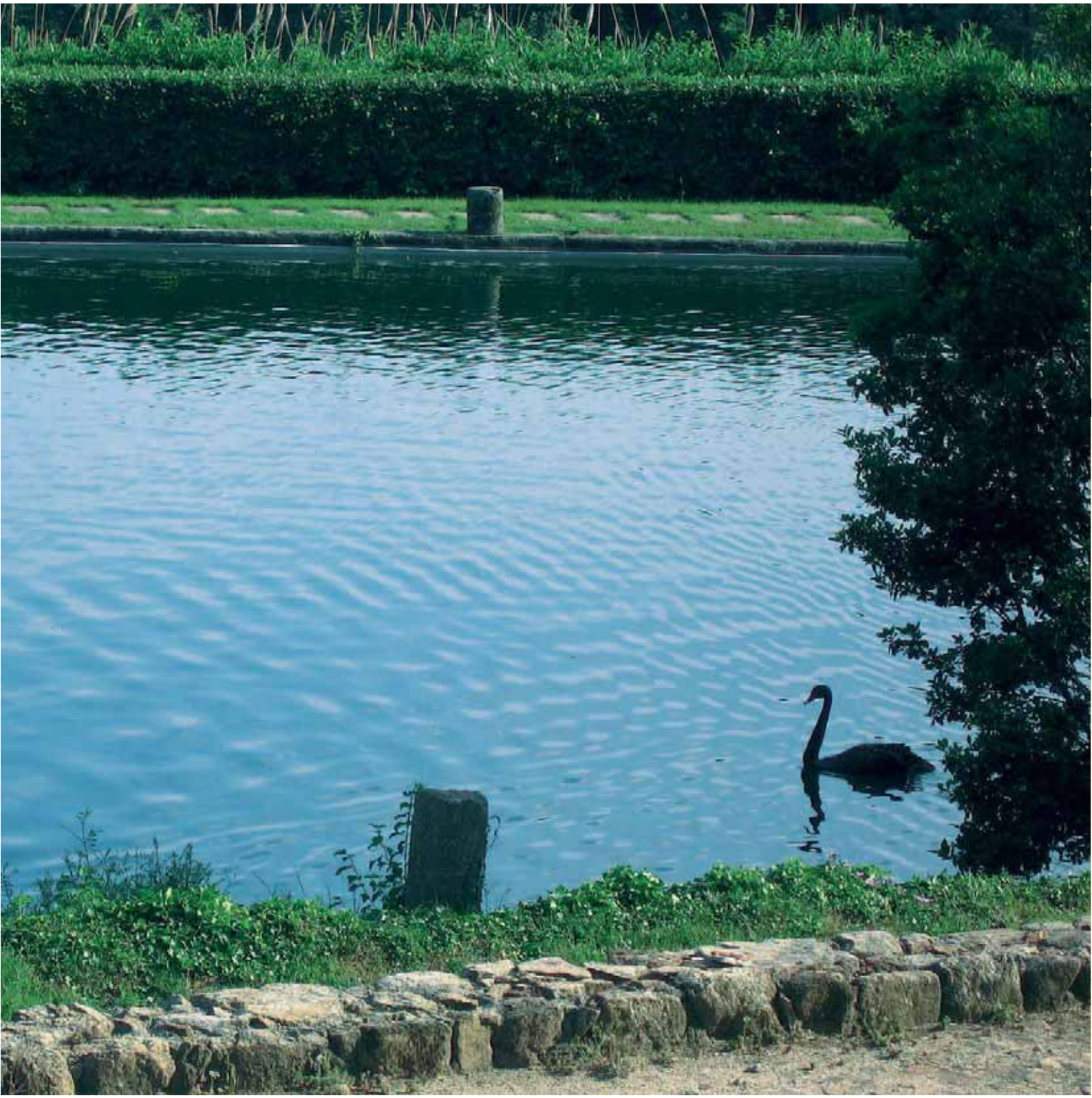
sin perjuicio de los demás informes que el Tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando los facultativos que atienden a la persona internada consideren que no es necesario mantener internamiento, darán el alta al enfermo y lo comunicarán inmediatamente al Tribunal competente.

2. CON ANTERIORIDAD AL INTERNAMIENTO, por regla general deberá haberse obtenido la autorización Judicial y sólo en los casos de urgencia, primero se practicará el internamiento, y luego, en el plazo de 24 horas se comunicará a la Autoridad judicial.

3. A TODOS LOS INTERNAMIENTOS EN RESIDENCIAS les son aplicable ese art. 763 LEC.





4. SEMESTRALMENTE SERÁ OBLIGATORIO REMITIR AL JUZGADO LOS INFORMES PERIÓDICOS sobre la situación personal de la persona internada, y la persistencia de los motivos que provocaron el internamiento.

5. CONTENIDO DEL INFORME FACULTATIVO SEMESTRAL. Deberá contener: a) estado de la salud psíquica actual de la persona internada, b) persistencia de la imposibilidad para decidir por si misma.

6. EL TRASTORNO PSÍQUICO SOBREVENIDO. Cuando cualquier persona, que habiendo ingresado voluntariamente, por razón de trastorno psíquico adquirido con posterioridad, no esté en condiciones de decidirlo por sí, será necesario solicitar de la Autoridad Judicial, la correspondiente autorización de internamiento.

www.aequitas.org

info@aequitas.org

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO

Fundación Æquitas
ESPAÑA NOTARIO
Consejo General del Notariado España

NIPO: XXX-XX-XXX-X - DL: M-XX.XXX-2008

LA GUARDA DE HECHO

11



Fundación Æquitas

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO



1. Concepto e importancia

La guarda de hecho tiene una gran trascendencia en la vida diaria ya que la mayoría de los casos de protección se ejercen a través de esta figura. Se trata de una institución de protección privada que actúa como cierre de todas las demás con el fin de evitar que existan personas judicialmente desamparadas.

El guardador de hecho será aquella persona que, **sin nombramiento** alguno, ni judicial ni administrativo, se encarga del **cuidado** de un menor, de un incapacitado o de una persona que, sin estar incapacitada, no puede valerse por sí misma. Esta situación puede derivar de relaciones contractuales (contrato de asistencia o alimentos, permanencia en residencia), familiares, de amistad o de vecindad.





2. ¿Cómo se constata la guarda de hecho?

El problema más importante al que se enfrenta la guarda de hecho para su efectividad es el derivado de la constatación de su existencia. Dado que estamos ante una situación de hecho, podrá acreditarse por **cualquier medio**. Así, solicitando al Juez que declare la existencia de la misma (por jurisdicción voluntaria o medida cautelar previa a la incapacitación), por acta de notoriedad ante Notario, declaración jurada o manifestación ante la entidad a la que se pide algo, acreditando la situación de la que la misma se deriva (directores de residencias, por ejemplo), etc.

3. ¿Qué puede hacer el guardador de hecho?

El guardador de hecho podrá realizar actos en nombre del guardado, que serán **válidos** en cuanto se realicen en **beneficio** económico o personal del mismo. No cabe duda de que el guardador de hecho puede realizar actos de administración tales como solicitar asistencia médica para sus guardados e incluso prestar el consentimiento para determinados tratamientos médicos, adquirir productos de consumo, realizar contratos de prestación de servicios, solicitar el ingreso en residencias, a salvo la necesidad de la **correspondiente autorización o comunicación judicial**, interesar determinadas declaraciones de carácter social como, por ejemplo, las derivadas de la ley de dependencia, etc. También puede matricular al discapacitado en un curso, disponer de su cuenta corriente, interponer una demanda en su interés, y, si bien no se admite de forma unánime, solicitar un préstamo, vender un bien o renunciar a una herencia, así como otros actos de disposición.



El problema más importante al que se enfrenta la guarda de hecho para su efectividad es el derivado de la constatación de su existencia

4. ¿Cómo se controla al guardador de hecho?

Existe la **FACULTAD** de los particulares y la **obligación de las autoridades** y organismos públicos de **comunicar** al Juez o al Fiscal la existencia de una guarda de hecho. El Juez puede solicitar al guardador para que **informe** sobre la persona y bienes del guardado consistente en un inventario y en una rendición de cuentas de su actuación. Sobre la base de este informe el Juez puede decidir la **adopción de otras medidas** de interés para el incapaz. El Juez podrá poner en marcha el mecanismo de la declaración de la incapacitación y la constitución de la tutela, siempre que esto sea beneficioso para el incapaz, pero podrá mantener la guarda de hecho por el tiempo que considere conveniente.

www.aequitas.org

info@aequitas.org

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO

Fundación Æquitas
ESPAÑA NOTARIO
Consejo General del Notariado España

NIPO: XXX-XX-XXX-X - DL: M-XX.XXX-2008

TUTELA, CURATELA Y OTRAS FORMAS DE PROTECCIÓN

10



Fundación Æquitas

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO

Estas son las soluciones que proporciona nuestra legislación para la mejor protección de las personas con discapacidad. Ello supone cierta privación o restricción de la capacidad de obrar de una persona, conforme al artículo 199 del Código Civil, pues nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial y sólo por las causas establecidas en la ley y con el fin de proteger la persona y patrimonio de los que tienen limitada su capacidad.



Las causas de incapacitación son las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona GOBERNARSE POR SÍ MISMA (artículo 200 del Código Civil).

La Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad reconoce a todas las personas la facultad de poder utilizar sus capacidades. Por eso, la **sentencia** por la que se **constituye** cualquier modificación de la capacidad debe determinar:

- La extensión y límites de la incapacitación.
- El régimen de tutela, curatela o guarda al que quede sometido el incapacitado.
- La necesidad de internamiento en su caso.
- La persona que deba asistir o representar al incapaz y velar por él, si, en la demanda, se solicitó tal nombramiento.

Estas modificaciones deben recogerse en el Registro Civil y se puede solicitar que se comuniquen a cualquier otro Registro Público.

El régimen de protección que establece la sentencia de Incapacitación puede ser uno de los siguientes:

- Patria potestad rehabilitada: Caso del hijo mayor de edad, soltero que vive con sus padres.
- Patria potestad prorrogada: Menor de edad incapacitado que alcanza la mayoría de edad.
- Tutela: El tutor suple la capacidad de obrar del incapacitado y es su representante legal y administrador de sus bienes.
- Curatela: El curador sólo tiene que asistir o complementar la capacidad de obrar del incapacitado autorizando los actos que determina la sentencia.

Las instituciones de Guarda o protección de los Incapacitados son tres, pues además de la tutela y la curatela, está el defensor judicial, que hace las funciones de tutor, provisionalmente, cuando haya conflicto de intereses entre el tutor y la persona incapacitada, o cuando haya un vacío de tutela y en los demás casos previstos en el Código Civil.

Por otra parte, la Guarda de Hecho es otra figura que produce, en ocasiones, ciertos efectos legales favorables para el presunto incapaz, como se recoge en el cuadernillo n.º 11.

TUTELA

Se protege mediante tutela a:

1. Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.
2. Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.
3. Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.
4. Los menores que se hallen en situación de desamparo.

Requisitos para ser tutor:

1. Si el tutor es **PERSONA FÍSICA**: Debe contar con el pleno ejercicio de sus derechos civiles y debe ser idóneo, pues la idoneidad para ser tutor exige que no esté incurso en las "causas de inhabilidad" que contempla el Código Civil.


KANGAROO

2. Si el tutor es **PERSONA JURÍDICA** (art. 242 CC):

- Debe constituirse legalmente como persona jurídica, reconocida por la Administración y conforme a derecho.
- Sin ánimo de lucro; pueden serlo Asociaciones y especialmente Fundaciones, pero no sociedades civiles o mercantiles que hagan de la tutoría un negocio. Cabe la posibilidad del ejercicio de la tutela por sociedades mercantiles o civiles cuando se trate únicamente de la tutela de los bienes, y estén separadas la tutela de la persona y de esos bienes.
- Deben tener como fin exclusivo la protección de menores e incapacitados.
- Que no existan tutores preferentes, es decir aquéllos que el Código Civil prefiere, o que existiendo no quieran ejercer el cargo de tutor o que el Juez prescinda de ellos siempre en beneficio del tutelado y mediante resolución motivada.

Quién es tutor preferente (art. 223):

- El designado por el propio tutelado.
- El cónyuge que conviva con el tutelado.
- Los padres.
- La persona designada por los padres en testamento o en escritura pública.
- El descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

El juez puede alterar el orden o prescindir de él siempre que lo motive en la resolución. En defecto de las personas mencionadas, el Juez designará a quien por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste considere más idóneo.

GARANTÍAS DEL EJERCICIO DEL CARGO DE TUTOR

El cargo de tutor se ejerce bajo la vigilancia y el control judicial:

1. *En la constitución de la Tutela:* Es el Juez el encargado de dar posesión de su cargo al tutor. Además, el tutor debe presentar inventario de los bienes del tutelado (en plazo de 60 días desde que toma posesión del cargo). El juez puede exigir que se

constituya fianza en garantía de sus obligaciones.

2. *En el Ejercicio de la tutela:* El Juez puede establecer las medidas de vigilancia y control que estime oportunas y puede requerir al tutor en cualquier momento información acerca de la situación del incapacitado y estado de la administración. También puede hacerlo el Ministerio Fiscal.

3. *En la rendición de cuentas al juez:* bien anualmente bien cuando lo requiera él o el fiscal.

OBLIGACIONES DEL TUTOR

El tutor es el representante legal del tutelado; en el aspecto patrimonial es el administrador legal del patrimonio del tutelado, y en el aspecto personal debe velar por el tutelado y en particular procurarle:

- Alimentos.
- Una educación y formación adecuados.
- La recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.
- Informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.

El tutor está obligado a solicitar autorización judicial para determinados actos de contenido patrimonial así como para el internamiento del incapaz en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

CURATELA

Estarán sujetos a curatela las personas a quienes por su grado de discernimiento una sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique, coloquen bajo esta forma de protección: en estos casos, el curador deberá asistir en aquellos actos en que expresamente diga la sentencia.

También están sujetos a curatela:

– Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley.

– Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad.

– Los declarados pródigos.

El curador asistirá a los menores o pródigos en los actos que no puedan realizar por sí solos.

Son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores.

Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando esta sea necesaria, serán anulables a instancia del curador o de la persona sujeta a curatela.



TUTELA Y CURATELA POR PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS

¿Cuándo procede su nombramiento? Se puede nombrar a una persona Pública o privada para que ejerza las funciones de tutor o curador:

- En los supuestos en los que el incapaz carece de parientes cercanos, o
- Cuando existiendo éstos, no quieran o no puedan, por diversos motivos ejercer dicho cargo tutelar, o
- Cuando el Juez considere más idónea a una entidad pública o privada.

También se nombrará a una persona jurídica para el cargo, cuando lo hayan dispuesto así los titulares de la patria potestad en un testamento o documento público.

Además, en el supuesto de documento de auto-tutela, es decir, cuando una persona en plenitud de juicio acude a un Notario y manifiesta su voluntad de nombrar tutor para sí mismo previendo que en el futuro no pueda gobernarse por sí mismo.

Los requisitos que debe reunir son señalados anteriormente en el art. 242 CC.

www.aequitas.org

info@aequitas.org

GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE

SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL

IMSERSO

Fundación Æquitas

ESPAÑA

NOTARIO

Consejo General del Notariado España

NIPO: XXX-XX-XXX-X - DL: M-XX.XXX-2008

OBLIGACIONES CONTABLES DEL TUTOR

9



Fundación Æquitas

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO



En todo caso, es fundamental conocer las obligaciones contables que asume el tutor. El tutor tiene, entre otras, la obligación de gestionar los bienes del tutelado. Ésta es la **obligación contable.**

"El tutor está obligado a velar por el tutelado, y en particular:... 4º A informar al juez anualmente sobre la situación... y rendirle **cuenta anual** *de su administración"* (art.269.4 cc).

"El tutor al cesar en sus funciones deberá rendir la **cuenta general justificada** *de su administración ante la Autoridad judicial en el plazo de seis meses..."* (art.279 cc).

"El juez podrá exigir al tutor **la constitución de fianza** *que asegure el cumplimiento de sus obligaciones..."* (art.260 cc).

Ésta no es necesaria en caso de asumir el cargo de tutor los progenitores del tutelado o una entidad tutelar.

"La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del **ministerio fiscal...** *En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre... el estado de la administración de la tutela"* (art.232 cc).

Como *"...cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser judicialmente incapacitada en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes,* **incluida la designación de tutor"**, este párrafo ha sido introducido en el capítulo referente a la tutela en nuestro Código Civil por la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad en el año 2003.



La ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad dice que, en la administración del patrimonio por el tutor, éste deberá requerir autorización judicial en los siguientes casos:

El tutor necesita **autorización judicial:**

1. ...para enajenar o gravar bienes... de los menores o incapacitados
2. ...para renunciar derechos... En que el tutelado estuviese interesado.
3. ...para aceptar... Cualquier herencia.
4. ...para hacer gastos extraordinarios en los bienes.
5. ...para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela...
6. ...para ceder bienes en arrendamiento...
7. ...para dar y tomar dinero a préstamo.
8. ...para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.
9. ...para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él.
10. ...también el tutor necesita autorización judicial para internar al tutelado.





No necesitarán autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común.

Ya que los tutores no tienen por qué ser expertos en economía, se han elaborado unos modelos sencillos que ayudan a cumplir esta obligación. Estos modelos pueden encontrarse:

– en la página web de aequitas: www.aequitas.org

– solicitando información a la dirección de correo electrónico info@aequitas.org



www.aequitas.org

info@aequitas.org

GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE

SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL

IMSERSO

Fundación Æquitas

ESPAÑA

NOTARIO

Consejo General del Notariado España

NIPO: XXX-XX-XXX-X - DL: M-XX.XXX-2008

INSTRUCCIONES PREVIAS: EL DERECHO A DECIDIR

8



Fundación Æquitas

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO



El *"documento de instrucciones previas"* permite expresar a toda persona mayor de edad, capaz y libre, cómo quiere que se le trate y se le cuide cuando no sea capaz de tomar decisiones. Sirven para INFORMAR al equipo médico de sus deseos; NOMBRAR a alguien para que hable en su nombre; CÓMO quiere que sean sus cuidados y el tratamiento de su salud cuando llegue a situaciones en las que no sea capaz de tomar decisiones o manifestar sus opiniones por sí misma. También, puede expresar previamente, una vez llegado el fallecimiento, cuál quiere que sea el destino de su cuerpo y de sus órganos.

Con la Ratificación del "Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina", en vigor desde el 1 de enero de 2000, se establece que serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

Para que una persona tenga la seguridad que se tendrán en cuenta sus decisiones, lo puede dejar por escrito a través del Documento de instrucciones Previas. Además, facilita a la familia y a los profesionales de la salud la toma de decisiones respetuosas con aquella voluntad cuando esa persona ya no tiene capacidad para decidir por sí misma.

El artículo 11 de la Ley 41/2002[1] establece que cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona que deberán constar **siempre por escrito.** Y, para ello, el documento de instrucciones previas, independientemente del lugar en el que haya sido realizado, ha de ser conocido por los

1 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica



profesionales para poder actuar tal y como la persona había decidido.

Las Comunidades Autónomas, excepto Galicia y Asturias, han establecido normas que regulan sus registros de instrucciones previas, y, para asegurar la eficacia en todo el territorio nacional en febrero de 2007 se creó el Registro Nacional de Instrucciones Previas, *Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero*, que asegura la eficacia y posibilita el conocimiento en todo el territorio nacional de las instrucciones previas otorgadas por los ciudadanos, siempre que, hayan sido formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación correspondiente.

Este documento sirve para que se respete la autonomía de la persona, y defiende la libertad de la misma, permitiendo que sus deseos se cumplan.

Preguntas y respuestas en torno a las instrucciones previas

1. **¿Se ha de elaborar una instrucción previa para recibir atención médica?**

   No. Cada persona decide si quiere o no elaborar un documento de instrucciones previas.

2. **¿Se puede cambiar o cancelar una instrucción previa?**

   Sí, pueden ser revocadas o canceladas, es más, mientras la persona conserve su capacidad y pueda manifestar libremente su voluntad, ésta prevalecerá sobre las instrucciones contenidas en el documento.

3. **¿Cómo se puede realizar el documento de instrucciones previas?**

   a) Deberán constar siempre por escrito, y figurar en el mismo la identidad del autor, su firma, fecha y lugar de otorgamiento.

      Puede hacerse ante Notario; ante el personal al Servicio de la Administración, en las condiciones que se determinen mediante Orden del Consejero de Sanidad y Consumo; o ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar; al menos dos no deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por matrimonio u otro vínculo de análoga relación de afectividad; y no pueden tener relación laboral, patrimonial, de servicio u otro vínculo obligacional.

   b) Podrá designarse uno o varios representantes por el orden y en la forma que se estime conveniente para que, llegado el caso, sirvan como interlocutores con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

   c) Cualquier tiempo es bueno para elaborar una instrucción previa, pero ésta es especialmente importante cuando se encuentra enfermo y se busca atención médica.

d) Las instrucciones previas o últimas voluntades se registrarán en el Registro autonómico y éste, se lo comunicará al Registro nacional, en el plazo de siete días. La inscripción del primero toma carácter definitivo cuando se realiza la segunda.

4. **¿Cuál es el contenido de las instrucciones previas?**

Las instrucciones previas o las voluntades anticipadas pueden referirse: a los cuidados y al tratamiento de la salud, por ejemplo, quitar o no el respirador o realizar tratamientos para mantener la vida artificial o no; a una vez llegado el fallecimiento, el destino del cuerpo o de sus órganos; podrá incorporar declaraciones para que se evite el sufrimiento con medidas paliativas, o que no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios; manifestar anticipadamente la voluntad de no ser informada en los supuestos de diagnóstico fatal. En este caso, el declarante podrá designar a una o varias personas a las que el médico debe informar; manifestar previamente la voluntad de estar acompañados en la intimidad en los momentos cercanos a la muerte, y a que los acompañantes reciban el trato apropiado a las circunstancias; determinar si desea que alguna persona tome decisiones por ella.



5. **¿Quién toma estas decisiones en el caso de niños?**

Los padres y tutores legales hablan en nombre de los menores.

6. **¿Cuándo entra en vigor una instrucción previa?**

   Una instrucción para los médicos entra en vigor solamente cuando el médico certifica por escrito que la persona padece de una enfermedad terminal o irreversible, o que demanda un tratamiento para mantenerlo con vida, o que puede provocar la muerte en un lapso de tiempo relativamente corto. También, entra en vigor cuando se encuentre en estado de coma, incompetencia o, cuando por alguna otra razón, sea incapaz de comunicarse por sí mismo.

7. **¿Una comunicación oral, es decir, no escrita se puede calificar como instrucción previa?**

   Sí. Una instrucción para los médicos, expresada en forma oral, es válida, pero pero siempre que haya testigos y se anote en la historia clínica.

8. **¿Qué sucede en una situación de emergencia, o si la persona es ingresada en otro hospital?**

Si se ha elaborado correctamente, su instrucción previa debe ser respetada por cualquier hospital de nuestro Estado Español. El Registro nacional de instrucciones previas asegura la eficacia y posibilita el conocimiento en todo el territorio nacional de las instrucciones previas otorgadas y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación correspondiente.



www.aequitas.org

info@aequitas.org

GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE

SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL

IMSERSO

Fundación Æquitas

ESPAÑA

NOTARIO

Consejo General del Notariado España

NIPO: XXX-XX-XXX-X - DL: M-XX.XXX-2008

PODERES PREVENTIVOS Y AUTOTUTELA

7



Fundación Æquitas

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO



En los últimos treinta años los mayores de 65 se han multiplicado por dos. Se calcula que para el 2016 será el 18,5% de la población. Dato de relevancia por dos motivos:

- Las enfermedades degenerativas y el decaimiento de la capacidad cognitiva se harán, por lógica, cada vez más frecuentes.
- La modificación del modelo tradicional familiar, hasta soporte natural y casi exclusivo del cuidado de los miembros de la familia con necesidades.

De ahí que se haga más necesaria la previsión por parte del propio sujeto del contenido y forma de los cuidados deseados para sí y sus bienes.



Autotutela

La autotutela o delación voluntaria de la tutela consiste en designar ante **Notario,** en **documento público,** a aquella persona (física o jurídica sin ánimo de lucro) que se quier que sea tutor en caso de que en el futuro fuere declarado incapaz. En esa misma escritura se puede nombrar sustituto, órganos de fiscalización de la tutela, o incluso dar instrucciones de cómo quiere que sea ejercida su tutela, tanto en lo que se refiere al cuidado de su persona como a la administración de sus bienes.

Se protege pues, al futuro incapaz en la medida en que cuando no tenga capacidad para gobernarse se sabrá quien ha sido designado por él mismo para el cuidado de su persona y bienes.

Nuestro Código Civil en su artículo 223 nos dice que:

1. Puede realizarlo cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro.
2. Se otorga en documento público notarial, es decir, cabe tanto por acta como por escritura, si bien nos inclinamos por esta última en la medida en que las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad.

La designación hecha por el autotutelado vincula al Juez, si bien este podrá en resolución motivada no tomarlo en consideración si el beneficio del incapacitado así lo exigiera, de acuerdo con los artículos 224 y 234 del propio Código. Lo único que podría hacer el Juez es revisar si han cambiado o no las circunstancias que condujeron al interesado a nombrar o rechazar a una determinada persona como tutor.

El sistema se completa con la remisión de comunicaciones al Registro Civil, de donde posteriormente el Juez recabará Certificación.

Poderes preventivos

Otra forma de poder afrontar futuras situaciones de incapacidad son los poderes preventivos. El proceso judicial de la incapacitación es complicado a veces para el ciudadano medio, y casi siempre violento en la medida en que se somete al familiar cercano a reconocimiento del forense y otros tramites que llevan finalmente a lo que algunos han llamado la muerte civil.

La ley 41/2003 ha añadido un nuevo párrafo al artículo 1732 del Código Civil que nos permite diferenciar dos supuestos:

1. Que el poderdante haya previsto expresamente en un poder el supuesto de perder la capacidad con posterioridad.
2. Que se otorgue poder exclusivamente para el caso de perder dicha capacidad. En este caso la pérdida se apreciaría conforme a lo dispuesto por el mandante.

Es necesario:

A) Que el poderdante tenga capacidad en el momento de otorgar el poder para todos aquellos actos que pretende apoderar a un tercero.

B) Que se nombre apoderado a una persona con capacidad para ello, si bien desde el punto de vista práctico, y dada la especial naturaleza del poder habrá que ser cuidadosos en la elección ya que el poderdante no podrá hacer un seguimiento del cumplimiento de sus instrucciones. En este sentido se pueden proponer apoderamientos mancomunados que integren a los distintos interesados en el patrimonio o en el cuidado del poderdante; así el cónyuge y uno o dos de los hijos, o incluso y según las indicaciones del mandante, mancomunar a una persona de la familia nuclear y otra de la troncal que podría actuar a modo de defensor judicial evitando conflicto de intereses.

C) En cuanto a las facultades, el poder puede ser especial o general, incluso contener algunas desconocidas hasta ahora por la propia mecánica de extinción del poder; así, podrá autorizarse para decidir

el destino de los bienes, el internamiento o no en una residencia, la aplicación o no de determinados tratamientos médicos dentro de los límites legales, decisión sobre el lugar donde se quiere vivir, etc.

D) Habrá que hacer constar la existencia del poder en el Registro Civil. También, según su contenido, habría que hacerlo constar en el Registro de Voluntades anticipadas.

Este poder **NO** se extingue con la incapacitación judicial, sino que subsiste; solo en el caso en que el tutor considere conveniente o necesaria la revocación o extinción del poder puede proceder en ese sentido, lo que supone también un instrumento para evitar situaciones de indefensión y abuso en caso de que el apoderado realice su función de forma desleal, ya que por definición el poderdante, al haber perdido la capacidad no podría revocar el poder.

SÍ se extinguiría el poder por todas las demás causas del artículo 1732, y en particular la revocación del poderdante mientras conserva la capacidad.

La introducción en nuestro ordenamiento de la autotutela y los poderes preventivos es un gran paso adelante para dotar a la sociedad de instrumentos que atenúen los problemas producidos por enfermedades de carácter degenerativo, cada vez mas extendidas que impiden a la persona gobernarse por sí misma.

La idea es que es posible facultar expresamente a una persona para que pueda tomar decisiones sobre su futura asistencia personal; que pueda ordenar con el grado de detalle que considere oportuno la manera en que será administrado su patrimonio y serán aplicadas las rentas de sus bienes cuando todavía conserve una cierta autonomía personal.



www.aequitas.org

info@aequitas.org

GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE

SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL

IMSERSO

Fundación Æquitas

ESPAÑA

NOTARIO

Consejo General del Notariado España

NIPO: XXX-XX-XXX-X - DL: M-XX.XXX-2008

DOCUMENTOS EN PREVISIÓN DE LA PROPIA DISCAPACIDAD O DEPENDENCIA

6



Fundación Æquitas

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE
SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL
IMSERSO



Las novedades legislativas introducidas en nuestro derecho en los últimos años nos brindan la posibilidad de que uno mismo, en previsión de su propia discapacidad o dependencia, pueda valerse de distintos instrumentos jurídicos para decidir aquellas cuestiones familiares, personales o patrimoniales que le preocupan para el futuro, por si, el día de mañana no tiene plena capacidad para tomar decisiones por sí mismo. De esta forma podemos planificar nuestro futuro y SE INCORPORA PLENAMENTE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD a nuestro derecho.

Estos instrumentos de autoprotección son, entre otros, los siguientes:

- LOS PODERES PREVENTIVOS.
- LA AUTOTUTELA.
- LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS.

Poderes preventivos

La Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad da una nueva redacción al Art. 1732 del Código Civil y crea una institución de enorme trascendencia que permite, mientras se conservan las facultades mentales, nombrar un representante o varios para el caso de que lleguen a perderse.

El Poder:

1. Debe realizarse ante Notario
2. Puede nombrarse un representante o varios, que actúen solidaria, mancomunada o sucesivamente para el caso de que el primer llamado no pueda llevar a cabo su cometido.
3. Pueden establecerse instrucciones al poderdante de manera que se indique cómo quiere que se administren sus bienes o su persona, establecer reglas de control al poderdante, etc.

En otro de los folletos de esta serie se puede encontrar más información referente a esta figura.

La autotutela

Con la Autotutela, también denominada delación voluntaria de la tutela, se permite designar ante Notario, en un documento público, a aquella persona (física o jurídica sin ánimo de lucro) que se quiere que sea su tutor, en caso de que en un futuro fuere incapacitado judicialmente.

Es importante señalar que cuando se otorgue la escritura de autotutela la persona debe conservar sus facultades intelectuales y por tanto decidir libremente lo que quiere hacer.

Además:

1. En la misma escritura también se puede excluir expresamente a alguien para ejercer funciones tutelares, así como nombrar sustitutos y órganos de control o supervisión de la tutela.
2. Así mismo, la persona puede dejar en ella reflejada su voluntad y las instrucciones de cómo quiere que sea ejercida su tutela, tanto en lo que se refiere al cuidado de su persona como a la administración de sus bienes.

3. No es precisa la aceptación del nombrado en el documento notarial, aunque sí es necesario cuando es nombrado por un Juez.
4. El Notario comunicará al registro civil quien ha otorgado el documento de autotutela para que lo haga constar en la inscripción de nacimiento.

El Juez, si se inicia el procedimiento de incapacitación en un futuro, consultara el registro civil para saber si la persona ha designado quien quiere que sea su tutor en documento notarial.

Debe quedar claro que la tutela sólo se constituirá por resolución judicial que tendrá lugar a la vez o con posterioridad a la incapacitación también judicial. Por ello, no tendrá lugar el ejercicio del cargo de tutor designado en el documento de autotutela hasta que judicialmente se apruebe su nombramiento después de la aceptación. Además, dicho documento no vincula taxativamente al Juez, pero deberá motivar la sentencia en caso de nombrar persona distinta y siempre en beneficio del tutelado.

Voluntades médicas anticipadas

La Ley 41/2002[1] permite a la persona crear ámbitos de libertad en relación con el sistema sanitario, esta ley ha sido desarrollada por las distintas comunidades autónomas, por ello, la legislación es muy diversa si bien con carácter general el contenido es similar.

¿Qué es el documento de voluntades anticipadas?

Es aquel documento en el que una persona manifiesta de forma anticipada sus deseos respecto a ciertas intervenciones médicas, para que sean respetados y cumplidos por el médico o el equipo sanitario cuando esa persona se encuentre imposibilitada de manifestar su voluntad.

1 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente.



¿Quién puede otorgarlo?

Con carácter general, las distintas legislaciones autonómicas exigen que sean otorgados por personas mayores de edad y con plena capacidad de obrar.

¿Cuál es su contenido?

Se pueden establecer:

- Los criterios que se tengan en cuenta para priorizar los valores y expectativas personales; manifestar el deseo que se evite el "encarnizamiento terapéutico" o que sean aplicados tratamientos paliativos del dolor.
- Las situaciones concretas en que se quiere que la voluntad anticipada sea tenida en cuenta.
- Las instrucciones y límites concretos a la actuación médica y la información sobre las probabilidades evolutivas.
- Otras consideraciones como, por ejemplo, la donación de órganos.
- La indicación del representante o representantes pues, aparte de manifestar su

voluntad, cabe que el otorgante designe un representante para que intervenga como "interlocutor válido y necesario" para el médico o equipo sanitario.

¿Cómo otorgarlo?

La legislación autonómica varía a este respecto. Con carácter general se permite optar entre dos formas de otorgamiento:

La primera, ante Notario, en cuyo caso el Notario garantiza bajo su responsabilidad la capacidad del otorgante, que ha sido debidamente informado, que lo firmado se corresponde con su voluntad y que el contenido no se ha alterado.

La segunda, ante testigos mayores de edad y con plena capacidad, el número de testigos depende de la legislación autonómica de que se trate pero con carácter general varía de dos a tres y no han de tener relación de parentesco con el otorgante ni vinculación patrimonial.

Lo básico en esta modalidad es la garantía de incompatibilidad y de cierto alejamiento de la persona del otorgante y, por tanto, de su esfera de intereses.

¿Publicidad?

El otorgamiento de estos documentos se hace constar en el archivo autonómico correspondiente y en el archivo general creado en el año 2007 para toda España.



www.aequitas.org

info@aequitas.org

GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE

SECRETARÍA DE ESTADO DE POLÍTICA SOCIAL

IMSERSO

Fundación Æquitas

ESPAÑA

NOTARIO

Consejo General del Notariado España

NIPO: XXX-XX-XXX-X - DL: M-XX.XXX-2008