

Ricardo González Cerrón

Teniente Fiscal de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

L Jornadas Aequitas / Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia

"La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención"

Madrid, 25 y 26 de abril de 2013.

UNA PROPUESTA ALTERNATIVA EN LA ENAJENACION DE BIENES INMUEBLES DE PERSONAS DISCAPACES

Las líneas que siguen se dedican, si puede decirse así, a explorar y abordar las posibilidades que guarda el artículo 216 -en su párrafo segundo- del Código Civil en orden a posibilitar la enajenación de bienes inmuebles pertenecientes a persona discapaz; ello sin necesidad de tener que acudir a un procedimiento judicial de evaluación general de la capacidad de autogobierno, es decir, lo que tradicionalmente se ha denominado procedimiento de incapacitación.

Se trata, en resumidas cuentas, de intentar una alternativa a la incapacitación, si ésta, de otra manera, no resulta necesaria en beneficio del discapaz, como algo mucho más acorde con la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, *sobre Derechos de las personas con discapacidad* (la Convención)¹.

Por lo demás, las consideraciones que se hacen respecto de la enajenación de inmuebles de personas discapaces, tanto en el plano

¹ Publicada en el BOE de 21 de abril de 2008.

sustantivo como procesal, pudieran servir para ser tenidas en cuenta como un arquetipo o modelo patrón, que, más allá de peculiaridades circunstanciales de cada caso, sirva para llevar a cabo intervenciones judiciales en otros supuestos parecidos a éste de la enajenación de inmuebles, por tratarse, en relación con personas discapaces, de actos o negocios jurídicos aislados y concretos que no precisen de la antecitada evaluación general de la capacidad de autogobierno.

Ni mucho menos se pretende haberlo dicho todo sobre el particular en que se abunda en las líneas siguientes, siendo, lógico es, enriquecedor e ilustrativo el diálogo que en todo momento se genere y asumiendo como premisa que, sin lugar a dudas, pueden existir otras respuestas y soluciones jurídicas a los problemas que se apuntan, sin que se pretenda tampoco que lo que se propone sea indefectiblemente lo mejor, pero es una propuesta al fin y al cabo, siempre abierta a su mejora.

Así se diría que las siguientes líneas intentan servir a una *idea redonda*, no en el sentido que pudiera sugerir el habla popular y que se pudiera dar a esta expresión, como algo rotundo, completo y perfecto, sino en el sentido que le da Ángel Ganivet en su *Idearium español*², por contraposición a *ideas picudas* o *ideas que incitan a la lucha*, en cuanto que las *ideas redondas* son *ideas que inspiran amor a la paz*; pues bien, se quiere decir con esto que todo lo que se postula, de aquí para abajo, lo es con disposición a la pacífica controversia, si fuera el caso, lejos de la convicción de estar diciendo *la última palabra* sobre el tema y, por ello siempre, sin afán de unilateral imposición de puntos de vista.

Sí pretenden ser las líneas posteriores fundamentalmente prácticas y, también, sujetas a la doctrina dimanante de la Fiscalía General del Estado (FGE) en las circulares e instrucciones que abordan la materia que aquí se trata. Por esa razón se ha prescindido, casi por entero, de citas

² Ángel Ganivet .- *Idearium español*.- Editorial Biblioteca Nueva .- Madrid 1996, pg. 145.

bibliográficas de autores y las restantes notas a pie de página que se hacen lo son de algunas cuestiones de detalle explicativo, aunque sí es oportuno, y más aun de justicia, destacar que, entre los trabajos que han podido ser consultados en el breve tiempo del que se ha dispuesto, sobresale, por lo que tiene de ilustrativo y en cuanto que ya se plantea, de otra manera, los mismos problemas y algunas de las soluciones, uno de un prestigioso integrante del Ministerio Fiscal, con amplio conocimiento de esta clase de asuntos, Fernando Santos Urbaneja³, del que son tributarias, en parte importante, algunas ideas que aquí se exponen.

Un modo frecuente de actuar

Hasta ahora, cuando se hacía precisa -para la atención de necesidades económicas más o menos perentorias- la venta de un bien inmueble perteneciente a una persona que presentaba algún tipo de discapacidad -cualquiera que fuese la deficiencia que afectase a su autogobierno- y que, no obstante no había sido objeto con anterioridad de un procedimiento de incapacitación o, dicho de otro modo, de determinación de la capacidad; no era infrecuente que para abordar tal problema se le diera a éste el tratamiento jurídico consistente en promover la incapacitación, acordando con ésta o en ulterior procedimiento al efecto la designación de tutor o curador y, con más posterioridad aun, la promoción de un expediente de autorización judicial de la citada venta; autorización que vendría exigida por los artículos 271 -Nº 2- y 290 del Código Civil.

Si era el caso -y frecuentemente lo era también- que entre la persona discapacitada y su tutor o curador existían vínculos de sucesión *mortis causa*, como era, por ejemplo, el hecho de padres -en numerosas ocasiones

³ Fernando Santos Urbaneja .- *Realidad actual de los procesos de incapacitación. Alternativas a su regulación. Hacia una protección efectiva* .- Jornadas Aequitas-CEJ .- Madrid, 9 y 10 de marzo de 2009.

afectados de una demencia senil- e hijos llamados a desempeñar las funciones tutelares, el anterior diseño jurídico se hacía aun más abigarrado con el objeto de salvar el conflicto de intereses que entre unos y otros quedaba establecido y, por ello, previamente a la autorización judicial de la enajenación del inmueble, se procedía al nombramiento de un defensor judicial que representase al discapacitado en el expediente que se incoase para esa autorización.

Sería discutible si para obtener la autorización judicial debería seguirse el cauce procesal de la jurisdicción voluntaria, con arreglo a sus disposiciones generales -previstas en los artículos 1811 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881-, como parece deducirse tanto de la Disposición Adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, *de Reforma del Código Civil en materia de tutela* como de la Disposición Adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* -con las particularidades procesales que introduce-; o el específico procedimiento de jurisdicción voluntaria regulado a partir del artículo 2011 y ss., también de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, bajo la rúbrica *de la enajenación de los bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos*. En todo caso, cualquiera que fuese la conclusión que se alcanzase y la vía que se siguiese, no parece que las diferencias de tramitación entre uno y otro procedimiento fueran abismales desde un punto de vista práctico.

Por lo demás, muchas veces la venta del inmueble de la persona discapacitada era percibida, por el entorno de sus familiares y próximos, como el único problema -o casi el único- de los derivados de la discapacidad que necesitaba de una *solución jurídica*.

Un panorama complicado

El modo de actuar por parte de los operadores jurídicos, precedentemente expuesto, se hace más insufrible con el advenimiento de la actual y ya larga crisis económica, entre cuyas consecuencias están la atonía del mercado inmobiliario, con la caída de los precios de la vivienda, y la amplitud de los recortes en gasto social. Con ese estado de cosas, fácilmente se comprende que, en ocasiones, la aparición de un comprador que pueda ofertar un precio medianamente razonable -para los tiempos actuales- por una vivienda que, también en ocasiones, es el principal activo patrimonial -si no el único- de la persona discapaz y con el que ésta pueda subvenir los gastos -cada vez en más medida abandonados a la cobertura privada- que ocasiona la atención a su situación, se convierte en una cuestión trascendental; de tal modo que, encontrando un potencial comprador, es vital que éste no rehúse concluir la compra, exasperado por un cúmulo de procedimientos judiciales previos que dilatan *sine die* la operación, pues de suceder así es claro que se sigue un grave quebranto para las expectativas económicas de la persona discapaz.

El anterior panorama, de hecho, se complica, con el de derecho, a la entrada en vigor en España, desde el día 3 de mayo de 2008, de la Convención; instrumento legal que al establecer el llamado modelo *social de discapacidad*, como pone de manifiesto la Instrucción 3/10 de la FGE⁴, por ello *incide* en la *regulación sustantiva y procesal sobre la capacidad de las personas, basada en la figura tradicional de la incapacitación y en el sistema tutelar como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar. Ahora se opta por una nueva herramienta que se sustenta en un sistema de*

⁴ Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, *sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.*

apoyos, el cual se proyecta sobre las circunstancias específicas de la persona con discapacidad en relación con el acto o negocio concreto que se ha de realizar.

Así pues, y como se deduce de los anteriores términos en que se manifiesta la FGE, se hacen precisas reformas que adapten la legislación civil española, tanto sustantiva como procesal, a la Convención, dado el propósito de ésta -expresado en su artículo 1- *de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad*, de modo tal que quede borrado cualquier tipo de discriminación por razón de la citada discapacidad. Por eso, ya la Ley 1/2009, de 25 de marzo, en su Disposición Final primera, preveía, en un plazo de seis meses desde su entrada en vigor -26 de junio de 2009-, la remisión por el Gobierno a las Cortes Generales de *un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención*, habiendo resultado incumplido este mandato. Posteriormente, la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, *de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, establecía un nuevo plazo -en esta ocasión de un año- desde la entrada en vigor de la Ley -3 de agosto de 2011- para la remisión por el Gobierno a las Cortes Generales de *un proyecto de ley de adaptación normativa*; previsión que también ha resultado incumplida.

El contrapunto entre la Convención, que, con arreglo al artículo 96. 1 de la Constitución Española forma parte del ordenamiento interno español, y una legislación civil no acomodada con aquélla, dibuja un horizonte escasamente alentador, dada su propensión, como fácilmente se intuye, a

generar situaciones que lesionen la confianza en una adecuada protección de los derechos de la persona discapaz y de los que con ella entren en relación; es decir favorece, en definitiva, la aparición de problemas de seguridad jurídica.

Si además se tiene en cuenta que, al margen del proceso de determinación de la capacidad, los procedimientos judiciales relativos a la discapacidad vienen a ajustarse -habitualmente- a las reglas de la jurisdicción voluntaria y que, desde la entrada en vigor -8 de junio de 2001- de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, a la vista de lo que establece su Disposición Final decimoctava, está pendiente aun la elaboración de una *Ley sobre jurisdicción voluntaria*, lo que obliga a acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en ese particular -vigente según la Disposición Derogatoria única de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil-; es preciso concluir, entonces, que la aplicación práctica de la Convención y la culminación del propósito que encierra se hacen -al día de hoy- precarios en gran medida.

Consideraciones de *lege ferenda*

Parece razonable pensar que ante el panorama descrito y que, obviamente, afecta al mejor tratamiento jurídico que se pudiera dispensar a un caso como el que es objeto de consideración -enajenación de inmueble de persona discapaz no sujeta a procedimiento de determinación de la capacidad-, su superación, en términos que comporten la plenitud de desarrollo y cumplimiento de la Convención, pasaría, en un plano de *lege ferenda*, por la elaboración de un procedimiento judicial que sirva de patrón común para encauzar y decidir, en relación con actos individualizados, el apoyo puntual que la persona discapaz precise. Este procedimiento judicial bien podría acoger supuestos como el indicado, de

venta de un inmueble, como también otros en que fuera necesaria la decisión *ex ante* del juez o, en su caso y en atención a la menor cuantía o entidad que comportasen, la intervención *ex post*.

Paralelamente, siempre en el citado plano de *lege ferenda*, un procedimiento judicial de determinación de la capacidad de extensión más amplia quedaría circunscrito a las deficiencias más severas que generasen situaciones necesitadas de una interacción jurídica continua.

El tiempo presente

Sin perjuicio de orientaciones futuras del ordenamiento jurídico y aunque en el momento actual exista un desfase respecto de la Convención en la legislación civil relacionada con ella, como señala la Instrucción 3/10 de la FGE, *nada impide que la legislación sustantiva y procesal vigente relativa a la determinación de la capacidad de las personas pueda interpretarse y aplicarse con adecuación a las previsiones de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*.

En consecuencia, se abre en el Derecho interno español un periodo de transición en el que, hasta la plena adaptación de ese Derecho a la Convención, forzosamente coexistirán instituciones anteriores a ésta y las que la Convención prevé. Con ese estado de cosas cobran especial importancia las apreciaciones del Manual de *buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad*....(el Manual)⁵, en cuanto que repara en el *gran*

⁵ *Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006*.- Según las conclusiones de las jornadas de Fiscales especialistas en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.- Alcalá de Henares, 20 y 21 de septiembre de 2010.- Elaboradas por: Carlos Ganzenmüller Roig,

sufrimiento personal que puede comportar la demanda de incapacidad (en la terminología antigua), o en que no quede acreditada la conveniencia de su iniciación y la eficacia de la resolución que se vaya a dictar en su día, interponiéndose la citada demanda, muchas veces, sólo para resolver temas muy puntuales, como es el caso de la venta de inmueble de persona discapaz con el objeto de atender necesidades económicas más o menos perentorias; de tal manera que, a la luz de la Convención -concluye el Manual-, incoar un procedimiento de determinación de la capacidad para conseguir una finalidad como la expuesta no es sólo dar una finalidad contraria al espíritu de proteger el interés de la persona con discapacidad, sino, ignorar la finalidad del mismo en los términos de la Convención. Y puntualiza el Manual que ello no significa, que no haya que subvenir a las necesidades del caso y resolverlas con celeridad y eficacia, pero a través de procedimientos e instituciones diferentes contempladas en nuestro Ordenamiento Jurídico.

De conformidad con lo anterior, la enajenación de un inmueble perteneciente a discapaz, en cuanto que acto aislado -sin que concurren otras necesidades continuadas y derivadas de la discapacidad que precisen una formalización jurídica más amplia- bien pudiera llevarse a cabo obviando un procedimiento judicial de determinación de la capacidad y siguiendo, en su lugar y a la vista de la Disposición Adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, *de reforma del Código Civil en materia de tutela* y de la Disposición Adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, la tramitación de la jurisdicción voluntaria; ello a partir de lo dispuesto en el artículo 216 -párrafo segundo- del Código Civil y de la remisión que el citado precepto

Fernando Santos Urbaneja, Gonzalo López Ebri, Cristóbal Fábrega Ruiz, Nuria López-Mora González, Felisa Alcántara Barbany, David Mayor Fernández y Ángeles de la Blanca García.

hace al artículo 158, también del Código Civil, facultando a la Autoridad judicial para acordar *medidas y disposiciones* a favor del discapaz, *en cuanto lo requiera el interés de éste a fin de evitarle perjuicios*, pareciendo evidente que la citada enajenación, dadas las circunstancias a que antes se ha aludido, de caída de los precios de la vivienda y amplitud de los recortes en gasto social, deviene para la persona discapaz en cuestión de interés llevarla a cabo por precio que pueda resultar en alguna medida aceptable y su no consumación sería causa clara de perjuicio.

Excurso sobre las Diligencias Preprocesales

Tomando en cuenta que, desde un punto de vista práctico, la incoación de actuaciones procesales para la protección de las personas con discapacidad suele llevarse a cabo a iniciativa del Ministerio Fiscal, a quien el entorno de familiares y próximos del discapaz ha hecho llegar noticia del caso; resulta procedente, por parte del Ministerio Fiscal, la apertura de Diligencias Preprocesales en las que dirimir sobre la pertinencia de instar, en concreto, un procedimiento de jurisdicción voluntaria para decidir sobre la enajenación del inmueble con base en el artículo 216 -párrafo segundo- del Código Civil.

Deberán ajustarse las Diligencias Preprocesales a lo dispuesto en la Instrucción 4/08 de la FGE⁶, por cuanto que se trata *de la protección de personas con discapacidad*, haciéndose preciso *determinar, concretar o valorar los hechos, situaciones o circunstancias necesarias para fundamentar* las medidas y disposiciones que procedan en orden a la enajenación.

⁶ Instrucción 4/2008, 30 de julio de 2008, *sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces*.

Dentro de las Diligencias Preprocesales cobran particular interés los Decretos de incoación y conclusión -relacionando el primero *la documentación soporte de la notitia que ha servido de base para su iniciación* y el segundo haciendo *indicación de lo resuelto-*, como así también lo atinente a la identificación *de la persona, autoridad, funcionario o Institución instante y de la persona (con presunta discapacidad)*, con la deficiencia que de tal discapacidad se derive.

El Decreto de incoación, con la documentación que incorpora y a la que se ha aludido, *servirá de cauce* para la tramitación de las Diligencias Preprocesales *bajo los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa*⁷. Será el juego combinado y prudente de esos principios lo que permita que las Diligencias Procesales se tramiten en un plazo aceptablemente rápido, sin incurrir en acusadas dilaciones, y evitando la exhaustividad en la actividad procedimental; pues lo más probable será que la premura subyazca al caso de que se trate, careciendo de sentido convertir las Diligencias Preprocesales en un duplicado de las actuaciones de jurisdicción voluntaria, sobre cuya pertinencia de iniciar hay que decidir en aquéllas, ya que, en definitiva, las Diligencias Preprocesales serían - esencialmente- la racionalización y exteriorización del proceso de adopción de decisiones seguido por el Ministerio Fiscal en orden a instar, si lo juzga pertinente para la protección de la persona con discapacidad, un procedimiento de jurisdicción voluntaria que acuerde medidas y disposiciones requeridas por el interés de esa persona en relación con la enajenación de un inmueble suyo, siendo el procedimiento de jurisdicción voluntaria la sede procesal donde se debata en plenitud lo que resulte de beneficio para la persona discapaz.

⁷ Así lo exige el artículo 5. Dos. de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*.

La toma en consideración de quién inste permite ponderar de la mejor manera posible la calidad de los datos y circunstancias del caso.

En relación con la persona pretendidamente afectada de discapacidad y una vez fijada su identidad de modo nítido, deberían quedar claramente explicitados tanto la causa y el motivo que pudieran dar lugar a un procedimiento judicial relativo a la enajenación de un inmueble de su pertenencia. Así la causa viene a ser la *deficiencia grave y de carácter persistente*, en tanto que el motivo es la oportunidad de la enajenación del inmueble para subvenir necesidades de la persona discapaz, que debe ser valorada desde el exclusivo punto de vista de su interés.

En la esfera personal, principalmente en lo relativo a la salud, se puede contar, además de con la de los Médicos Forenses, con *la debida colaboración de los médicos de la Seguridad Social que presten sus servicios tanto en salud mental como en atención primaria, recabando de los mismos los informes médicos que fueran precisos*, igualmente se *podrá solicitar, con la prontitud debida, la colaboración de especialistas en psicología, trabajo social, comunicación, educación especial y discapacidad de su ámbito territorial autonómico o local, sin perjuicio de acudir si fuere preciso, a otras instituciones* en cuanto que los indicados puedan conocer de la situación del discapaz, cursando, en su caso, *órdenes de valoración dirigidas a los centros de salud mental, hospitales, y demás servicios públicos*. En la esfera patrimonial se debería acompañar copia de la escritura pública o del documento acreditativo de la descripción, contenido y adquisición del inmueble, además del documento que contuviese una tasación y, para conocer de la situación económica de la persona con discapacidad en su conjunto, es oportuna la comunicación con *la Delegación de Hacienda, que informa al Fiscal de cualquier bien o valor que figure a su nombre*.

La información que las anteriores colaboraciones y diligencias practicadas arrojen servirá de base a la Fiscalía para concretar exactamente los apoyos a articular judicialmente en el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Del Decreto de conclusión, en cuanto que resuelve sobre la pertinencia de promover un expediente de jurisdicción voluntaria y así lo expresa, interesa especialmente su motivación, que debería encerrar un razonamiento sobre las diligencias practicadas, teniendo que ser respetuoso con *las exigencias constitucionales de concreción en el fondo y claridad en la forma*.

El problema esencial y la legalidad vigente

Como consecuencia de todo lo anterior y tal como se ha venido indicado, sería posible acudir al fundamento legal que dispensa el artículo 216 -párrafo segundo- del Código Civil y su remisión al artículo 158, también del Código Civil para, mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria -legalmente sustentado en la Disposición Adicional de la Ley 13/1983 y la Disposición Adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996-, decidir sobre *medidas y disposiciones* exigidas por el interés de la persona discapaz respecto de la enajenación de un inmueble a ella perteneciente, como acto aislado y soslayando acudir a un procedimiento de determinación de la capacidad al no apreciarse motivos que lo hagan necesario.

Debe quedar claro que el problema que se trata de resolver con las *medidas y disposiciones* -apoyos en definitiva- adoptados con arreglo a los citados artículos 158 y 216 es el relativo al déficit en el consentimiento

que, como elemento esencial previsto en el artículo 1261 del Código Civil⁸, corresponde formular al discapaz para la enajenación; déficit que deriva de su situación de discapacidad y que puede aminorar o disipar por completo tal consentimiento, disminuyendo -en el primer caso- y diluyendo -en el segundo- la posibilidad de comprender el acto de que se trata. Así, si resulta aminorado el consentimiento procederá arbitrar los apoyos, de menos a más intensidad, que impliquen una asistencia con la que se integre ese consentimiento, en tanto que si el consentimiento queda por completo disipado será preciso sustituir la voluntad de la persona discapaz por la de otra persona mediante una medida de apoyo que implique un mecanismo de representación respecto de la enajenación a llevar a cabo. De esa manera, las *medidas y disposiciones* -en terminología del artículo 158 de Código Civil- o los *apoyos* -en las previsiones del artículo 12 de la Convención- que se adopten permitirán hacer posible el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 1259 del Código Civil⁹, que impide *contratar a nombre de*

⁸ **Artículo 1261.**

No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. *Consentimiento de los contratantes.*
2. *Objeto cierto que sea materia del contrato.*
3. *Causa de la obligación que se establezca.*

A su vez el artículo 1263 establece que *no pueden prestar consentimiento los incapacitados*. No obstante *el que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso..... Claro está, que al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad natural debe probarse cumplidamente* (STS. 19 / 11 / 04), pues *tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia* (STS. 14 / 02 / 06).

⁹ **Artículo 1259.**

Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.

otro, puesto que si el apoyo que se brinda, para enajenar un inmueble, a la persona afectada de discapacidad se limita a una asistencia, será esa persona discapaz quien preste el consentimiento y, si fuera el caso que se hiciera precisa la representación, al acordarse ésta judicialmente, con fundamento en los precitados artículos 158 y 216, estaríamos en presencia de una *representación legal* del discapaz, tenida *por la ley*; lo que constituye una salvedad admitida a la regla general de imposibilidad de contratar a nombre de otro.

La solución propuesta y que se ha esbozado en los dos párrafos precedentes sería conforme, a los efectos de la protección de los derechos de la persona con discapacidad, con los *ajustes razonables* que, previstos en el artículo 2 de la Convención, son *las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;*

Fue la Ley Orgánica 1/1996 la que, en su Disposición Final decimotercera, introduce un segundo párrafo en el artículo 216 de Código Civil para posibilitar que las *medidas y disposiciones* previstas en el artículo 158, también del Código Civil y también modificado por la Ley Orgánica 1/1996, sean acordadas por el Juez *en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos.*

Las modificaciones legislativas a que en materia de discapacidad dio lugar la Ley Orgánica 1/1996 fueron consideradas, todavía en la Memoria

El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.

de la FGE de 1999¹⁰, poco relevantes. Pero tal vez no deba ser esa la conclusión a la que se llegue al día de hoy, a la luz de las siguientes líneas y cuando menos en cuanto a las posibilidades que encierra la redacción del párrafo segundo -introducido por la Ley Orgánica 1/1996- del artículo 216 del Código Civil, para un tiempo, como ya antes se ha puesto de manifiesto, de crisis económica y de transición en el Derecho interno español, con un desfase respecto de la Convención en la legislación civil relacionada con ella.

Pudiera ser el caso que, para llevar a cabo actos y negocios jurídicos concretos -como es la enajenación de un inmueble- relativos a personas con capacidad de autogobierno cuestionable y evitando a la vez un procedimiento de evaluación más extensa de la capacidad, se intentaran, cuando menos en principio, vías distintas de la que representa el artículo 216 -en su párrafo segundo- del Código Civil. Así:

1ª) La designación de un defensor o administrador judicial, con arreglo a los artículos 299, 299 bis y ss. del Código Civil.

2ª) La apreciación y reconocimiento judicial de la guarda de hecho, con fundamento en los artículos 303 y ss. del Código Civil.

3ª) La adopción de medidas cautelares, según lo previsto en el artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin afán de llevar a cabo una crítica detallada de las instituciones y arbitrios precedentes a los efectos de solventar el tratamiento jurídico que precisa la enajenación de un bien inmueble de persona discapaz, no obstante sí hay que señalar que tanto el defensor como el administrador judicial, dados los términos literales contenidos, en relación con ellos, por el artículo 299 *-en el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones-* y por el artículo 299 bis *-que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución*

¹⁰ Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1999., pg. 413.

judicial que ponga fin al procedimiento-, parecen considerar, como presupuesto ineludible de ambos, la incapacitación en uno u otro momento de la persona discapaz; lo que se trataría de evitar si, de otro modo, no resulta necesaria. La misma objeción sería extensible a las medidas cautelares, a adoptar ante *posible causa de incapacitación y en cualquier estado del procedimiento de incapacitación*, recayendo además sobre ellas el potencial riesgo de una provisoriedad interminablemente discutible. En cuanto a la guarda de hecho, ésta presenta la inconveniencia de diferentes circunstancias que, apreciadas en conjunto, no hacen que parezca excesivamente aconsejable para llevar a cabo la enajenación de inmuebles, como son un posible compromiso limitado en la guarda, la parquedad de su regulación en el Código Civil en contraposición al carácter complejo de la enajenación como hecho jurídico y, primordialmente, desde un punto de vista práctico, su escaso arraigo en la cultura forense, más proclive a la pasividad y receptividad de los órganos judiciales que a la propia iniciativa de éstos.

Son problemas como los apuntados los que pudieran hacer preferible la opción por las *medidas y disposiciones* sustentadas en los artículos 158 y 216 del Código Civil, como medio de hacer posible la enajenación de bienes inmuebles en el caso de personas discapaces. La previsión de esas *medidas y disposiciones* en el párrafo segundo del artículo 216, subsiguiendo a una declaración de ejercerse *las funciones tutelares* -tutela en su sentido más amplio- *en beneficio del tutelado*, permite pensar que están concebidas como una fórmula general destinada a completar la protección del discapaz, salvando todos los vacíos que el respecto se pudieran producir; así los posibles destinatarios de las *medidas y disposiciones*, que pueden encontrarse *en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de incapaces*, se integran en una enumeración tan amplia que haría posible incluir a discapaces no sujetos a

un procedimiento de determinación de la capacidad, sin que la dicción literal del párrafo segundo del artículo 216 reclame, inexorablemente, que se siga tal procedimiento.

No obstante, los artículos 158 y 216, tomados como base jurídica para hacer posible la enajenación de inmuebles de discapaces, no son la solución ideal para el caso, puesto que la discusión sobre si su aplicación debe llevarse a cabo en función de un proceso principal o no puede resultar interminable, sin llegar nunca a conclusiones inequívocas; la propia amplitud de las *medidas y disposiciones* susceptibles de ser adoptadas, sin una tipificación y regulación previas de las mismas, no contribuye a reforzar la seguridad jurídica de las diferentes relaciones, también jurídicas, implicadas en la enajenación. Estas razones pueden favorecer actitudes reticentes en los diversos operadores jurídicos que precisan intervenir en esta clase de asuntos, pero en todo caso y por las razones antes expuestas, la vía de los artículos 158 y 216 puede constituir un instrumento razonablemente idóneo para abordar las enajenaciones de que se viene tratando en estas líneas, salvándose los escollos apuntados con la adopción de unas *medidas y disposiciones* precisas y nítidas, en cuanto al fondo del asunto, y adoptadas mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria revestido de las suficientes garantías; se trataría sí, de un instrumento razonablemente idóneo, al menos durante un periodo de transición en el que, forzosamente, coexistirán instituciones anteriores a la Convención y las que ésta prevé, sin que ello impida, como ya antes se puso de manifiesto, *que la legislación sustantiva y procesal vigente relativa a la determinación de la capacidad de las personas pueda interpretarse y aplicarse con adecuación a las previsiones de la Convención*, lo que exigirá también cambios graduales en los criterios hermenéuticos de los aludidos operadores jurídicos, que deberán imbuirse de la filosofía correspondiente al modelo *social de discapacidad*, por el que -según la

Instrucción 3/10 de la FGE- los discapaces *han de disponer de los apoyos o de la asistencia necesaria para la toma de decisiones concretas, de tal modo que no se les prive de su capacidad de forma absoluta*, relegando al hasta ahora tradicional *modelo médico o rehabilitador* a un plano residual por su limitación excesiva de la capacidad con sustitución de la persona en la toma de decisiones; así, de esa manera, la aplicación de los artículos 158 y 216 del Código Civil a la enajenación de inmuebles de discapaces puede constituirse en un aceptable precedente de un futuro procedimiento judicial -de *lege ferenda*- para encauzar y decidir respecto de actos y negocios jurídicos concretos atinentes a personas cuyo autogobierno es cuestionable.

El procedimiento de jurisdicción voluntaria

Llegados a este punto, toca ahora examinar el procedimiento de jurisdicción voluntaria para hacer efectiva la aplicación de los artículos 158 y 216 del Código Civil con el objeto de posibilitar la enajenación de bienes inmuebles en personas afectadas de discapacidad.

Ya se ha expuesto que el procedimiento de jurisdicción voluntaria a seguir tiene fundamento legal en la Disposición Adicional de la Ley 13/1983 y la Disposición Adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996 y, en vista de estos preceptos, se entiende que los trámites a observar son las disposiciones generales previstas en los artículos 1811 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, vigente en materia de jurisdicción voluntaria según la Disposición Derogatoria única de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, con las particularidades procesales que a su vez introduce la citada Disposición Adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996. Por lo demás, la

pertinencia de seguir los cauces del procedimiento de jurisdicción voluntaria resulta de orientarse esta institución a garantizar la legitimidad y autenticidad de diferentes hechos jurídicos, como pueden ser los relativos a la enajenación de inmuebles de discapaces.

Puesto que, como ya se ha indicado y señala la Instrucción 3/10 de la FGE, nada impide que la legislación sustantiva y procesal vigente relativa a la determinación de la capacidad de las personas pueda interpretarse y aplicarse con adecuación a las previsiones de la Convención, todos los trámites procesales de jurisdicción voluntaria que se sigan, en cuanto que ya constituyen funciones tutelares de una tutela entendida en su sentido más amplio, deben estar presididos por el principio de *beneficio del tutelado*, en virtud del mandato del artículo 216 -párrafo primero- del Código Civil; beneficio de tutelado que, con arreglo al artículo 12. 5 de la Convención, exige *garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a controlar sus propios asuntos económicos, velando por que no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

Es el derecho al control de sus asuntos económicos y la interdicción de la privación patrimonial arbitraria, junto con las alusiones a la evitación de perjuicios del artículo 158 y al beneficio e interés de los discapaces - denominados de otro modo- en el artículo 216, lo que permite deducir que la actividad jurisdiccional tiene su *ratio essendi* no en la legalidad, sino en el mérito de la ocasión; es decir, la conveniencia o inconveniencia del negocio jurídico enajenatorio.

La posibilidad de actuación de oficio por parte del Juez, prevista en el artículo 216, y el citado propósito de evitación de perjuicios contemplado en el artículo 158, permiten sostener que, sin perjuicio de los trámites que luego se examinarán y que actúan a modo de garantías y debida justificación en el procedimiento, éste debe revestirse de un cierto

marchamo de brevedad, pues de otro modo pudiera esfumarse lo propicio de la ocasión para concluir el negocio jurídico en interés de la persona discapaz; como sería, por ejemplo, el caso de retirar su oferta el potencial adquirente del inmueble, abrumado por las dilaciones del procedimiento. La misma conclusión relativa a la brevedad del procedimiento se obtiene a partir del artículo 12. 4 de la Convención, en cuanto que ese precepto ha previsto que las medidas relativas a la capacidad jurídica *se apliquen en el plazo más corto posible*.

Legitimación

Deriva la legitimación de algún tipo de relación con el objeto -al que luego se aludirá- del procedimiento, posibilitando intervenir en éste y así, en general, el artículo 216 del Código Civil legitima a *cualquier interesado*, en este caso y de alguna manera, la que sea, en la enajenación.

Sí es cierto que el interés debe ser legítimo, como se deduciría del artículo 1813 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Entre los legitimados cabe destacar a la persona discapaz, los parientes de ésta y el Ministerio Fiscal.

En relación con la persona discapaz basta tener en cuenta un *argumentum a maiori ad minus* para comprender que puede comparecer *per se* en un procedimiento de jurisdicción voluntaria relativo a la enajenación de inmueble suyo, ya que conforme al artículo 758 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil -en relación con un procedimiento judicial de evaluación general de la capacidad de autogobierno y sin

perjuicio de tener que hacerlo preceptivamente con defensa y representación- puede comparecer por sí misma en el proceso, luego si se concede a esa persona el poder mayor de comparecer en un proceso de más alcance sobre su capacidad y donde está empeñada contienda, se tiene también el menor de personarse en un procedimiento sin contradicción de partes y circunscrito a integrar el consentimiento que debe prestar a la enajenación del inmueble o, en la peor de las posibilidades, a sustituir su voluntad, pero sólo en ese asunto. En todo caso, para que la comparecencia sea posible y sin perjuicio del contenido y resultado de los ulteriores audiencia y examen judicial de la persona discapaz -a los que luego se aludirá- se debe asegurar la proximidad de esta persona, comunicándole de inmediato la incoación del procedimiento, pues ello es lo más conforme con su acceso a la justicia, que regula el artículo 13. 1 de la Convención y que exige *facilitar el desempeño de las funciones efectivas* de la persona discapaz *en todos los procedimientos judiciales*.

Los parientes, frecuentemente, serán los primeros que se planteen la conveniencia de llevar a cabo la enajenación, dando lugar alguno o algunos de ellos a instar ante la autoridad judicial el procedimiento o bien a acudir al Ministerio Fiscal para que éste arbitre alguna solución al problema.

La intervención del Ministerio Fiscal se fundamenta en el artículo 3 -Nº 7- de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (Estatuto); toda vez que el procedimiento afecta, en sus bienes, a *personas incapaces o desvalidas* y la ley determina su participación; así, entre otros preceptos, el artículo 1815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, por cuanto que el asunto se refiere a *persona cuya protección o defensa competan a la Autoridad*.

Con más detalle, la Disposición Adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996, ha previsto la intervención del Ministerio Fiscal, que es de oficio, puede llegar a suplir *la pasividad de los particulares* y a asesorar a éstos

sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes. Siempre en interés del incapaz, el Ministerio Fiscal, según la citada Disposición Adicional tercera, propone las medidas, diligencias y pruebas que estime oportunas.

Es ese interés patrimonial de la persona discapaz lo que justifica la intervención del Ministerio Público a efectos de dilucidar la conveniencia o inconveniencia de la enajenación del inmueble de aquélla, pero a la vez su intervención debe conjugarse con la observancia de un principio de imparcialidad que, con arreglo al artículo 7 de su Estatuto¹¹, reclama la *plena objetividad* y que exige evitar la trasgresión del Derecho, aunque tal trasgresión beneficiase a la persona discapaz.

Asistencia técnica

Refiere la Disposición Adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996 que *no será necesaria la intervención de Abogado ni de Procurador.*

No obstante y por lo que hace a la persona discapaz, el Tribunal Constitucional se ha encargado de recordar en STC de 14 / 02 / 2011 -Nº 7/2011, ponencia de Pérez Tremps- que *en los casos en que la intervención de Letrado no es preceptiva con arreglo a las normas procesales, ello no priva al justiciable del derecho a la defensa y asistencia letrada del art. 24.2 CE, ya que no se obliga a las partes a actuar personalmente, sino que se les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica.*

Pero incluso se debería ir más lejos respecto de la persona discapaz si ésta ha comparecido para desempeñar su autodefensa y las circunstancias

¹¹ **Artículo 7.**

Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados.

revelan que tal autodefensa resultará infructuosa, procediendo, en ese caso y en último término, a designarle Letrado el Juez para encarar un hecho jurídico, como es la enajenación de un inmueble, complejo, por cuanto que integra diferentes elementos, y en el que, dicho a modo de ejemplo, cabe la posibilidad de que en la transferencia concurren cargas y garantías o se propongan modos de pago con cierto nivel de enrevesamiento.

Así proveer de Letrado al discapaz que, en otro caso, pudiera estar avocado a una autodefensa inadecuada, resultaría exigido por el ya citado artículo 13. 1 de la Convención, en cuanto que para garantizar su *acceso a la justicia en igualdad de condiciones* prevé la posibilidad de *ajustes de procedimiento para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de estas personas como participantes directos e indirectos en todos los procedimientos judiciales*. Esta conclusión encontraría apoyo en la citada STC de 14 / 02 / 2011, puesto que refiere que *será constitucionalmente obligada la asistencia letrada allí donde la capacidad del interesado, el objeto del proceso o su complejidad técnica hagan estéril la autodefensa que el mismo puede ejercer mediante su comparecencia personal, lo que se determinará, en cada caso concreto, atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa*.

Pudiera argumentarse que la intervención del Ministerio Fiscal, en cuanto que actúa en interés del discapaz, obvia la participación de Letrado en defensa de tal discapaz; pero hay que rechazar este argumento y su consecuencia práctica, pues ello supondría reemplazar la voluntad de ese discapaz de intervenir eficazmente en el procedimiento, como es propio de un *modelo médico o rehabilitador* sobre la discapacidad, basado en la sustitución de la persona en la toma de decisiones y contrario al *modelo social de discapacidad*, asentado éste en la concesión de apoyos o de la

asistencia necesaria para la toma de decisiones concretas y que la Convención propugna en su artículo 12.

Objeto

Dado que se trata de la enajenación de un inmueble ello significa su transferencia por acto *inter vivos* y, si como se ha puesto de manifiesto, se debe atender al mérito de la ocasión, tal cosa supone, como regla general al menos, que la enajenación lo sea a título oneroso -en la práctica los casos más frecuentes serán los de venta para atender necesidades futuras de la persona discapaz-, siendo difícilmente imaginables, cuando menos en principio, las enajenaciones a título gratuito, que serían un supuesto más teórico que real al que subyacerían, en la práctica, contraprestaciones indirectas u operaciones resarcitorias.

Competencia

En cuanto a la competencia objetiva corresponde ésta a los Juzgados de 1ª Instancia para conocer de las medidas y disposiciones que se adopten en orden a viabilizar la enajenación, de conformidad con el artículo 85 -Nº 2- de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en tanto que la funcional radica, de acuerdo con el artículo 82. 2 -Nº 1- de la misma Ley, en la Audiencia Provincial.

En relación con la competencia territorial hay que tener en cuenta que es consustancial a la jurisdicción voluntaria el control público respecto de una relación jurídica privada, como en este caso es la enajenación de que se trata, en interés de una persona, como el discapaz, que padece algún

tipo de problema para defenderse en plenitud por sí misma. Por ello, siempre en cuanto a competencia territorial, aunque el objeto de protección sea un interés privado, la jurisdicción voluntaria se aviene mal con un poder de disposición procesal, exigiendo, por el contrario y en aras de ese mejor control público, estar por una apuesta decidida derivada de la Convención, como es el Juez de proximidad. En efecto, el artículo 13. 1 de la Convención establece que los *Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, todo para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos.....en todos los procedimientos judiciales*. Este mandato contenido en el artículo 13. 1 avoca, desde un punto de vista lógico, a que el Juez de Iª Instancia competente, territorialmente, lo sea el del lugar de residencia efectiva de la persona discapaz, en cuanto Juez de proximidad, entendiéndose que la opción por el Juez de proximidad es lo más conforme con las salvaguardias exigidas a su vez por el artículo 12. 4 de la Convención para *el ejercicio de la capacidad jurídica* y la facilitación del acceso efectivo del discapaz a la justicia.

No obstante, no existe en la actual ordenación de la jurisdicción voluntaria una regla competencial, de contenido territorial, que fije específicamente el Juzgado que deba conocer sobre *medidas y disposiciones* a adoptar respecto de la enajenación de inmuebles de persona discapaz no sujeta a procedimiento de determinación más amplia de la capacidad. Así las cosas, la atribución de la competencia territorial al Juez de Iª Instancia del lugar de residencia efectiva de la persona discapaz, como Juez de proximidad que resulta ser el más cercano y asequible a esa persona a la par que el más eficaz para el control de la relación jurídica enajenatoria, debe fundarse en la aplicación directa de los citados artículos

12. 4 y 13. 1 de la Convención, puesto que, como ya se indicó, con arreglo al artículo 96. 1 de la Constitución Española la Convención forma parte del ordenamiento interno español. En todo caso y como apoyatura legal a favor del Juez de proximidad / Juez de 1ª Instancia del lugar de residencia efectiva del discapaz, cabe citar, siquiera sea para su aplicación por analogía procesal, un precepto de la jurisdicción contenciosa, el artículo 52. 1 -Nº 5- de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto que establece la competencia territorial *en los juicios en que se ejerciten acciones relativas a la asistencia o representación de incapaces, incapacitados o declarados pródigos del tribunal del lugar en que éstos residan*. Además es el caso que en la práctica forense, los Tribunales vienen aplicando a asuntos de jurisdicción voluntaria el citado artículo 52. 1 -Nº 5- y de ello valgan como muestra los ATS de 13 / 06 / 2008 -recurso 84/2008, ponencia de Almagro Nosete- y de 10 / 04 / 2012 -recurso 27/2012, ponencia de Roca Trías-.

No parece sin embargo que deba buscarse analogía procesal alguna, para fundamentar la competencia territorial en la intervención judicial sobre enajenaciones de inmuebles de discapaces no incapacitados, en el artículo 63 -Nº 23- de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en cuanto que sujeta las autorizaciones de *venta de bienes de incapacitados* a fuero electivo entre el Juez *del lugar en que los bienes se hallaren o el del domicilio de aquellos a quienes pertenecieren*; y no debe buscarse analogía procesal alguna con este último precepto citado puesto que quiebra el principio del Juez de proximidad, pareciendo más bien responder a la conveniencia del promotor del expediente, que, con frecuencia, no es la persona discapaz.

Así pues, como consecuencia de todo lo razonado en los párrafos antecedentes, se concluye e insiste, una vez más, que el Juez

territorialmente competente es el de Iª Instancia del lugar de residencia efectiva del discapaz, de cuyo inmueble se trata la enajenación.

Tramitación

Sin perjuicio de poder iniciarse el procedimiento de oficio por el Juez, a partir de lo dispuesto en los artículos 158 y 216 del Código Civil y la Disposición Adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996; la solicitud formulada por *cualquier interesado*, convertido así en promotor del expediente, da inicio al procedimiento y trascendiendo de ello debe contener, de alguna manera, una petición sobre el fondo que, en el caso del Ministerio Fiscal y en cuanto que éste sea quien inste la solicitud, como consecuencia de las Diligencias Preprocesales previamente seguidas, debe incorporar los concretos apoyos a articular judicialmente en el procedimiento de jurisdicción voluntaria,

También la solicitud debería llevar a cabo -para orientar la ulterior tramitación del procedimiento- una explicación de la causa y el motivo concurrentes, tal como ambos -causa y motivo- se entendieron al abordar las Diligencias Preprocesales, de modo que la causa viene a ser la *deficiencia grave y de carácter persistente*, en tanto que el motivo es la oportunidad de la enajenación del inmueble para subvenir necesidades de la persona discapaz, oportunidad que debe ser valorada desde el exclusivo punto de vista de su interés y que precisa incorporar -para hacerla más inteligible- una explicación de *la finalidad a que se debe aplicar la suma que se obtenga*, tal como impone el artículo 2012 -Nº 2- de la Ley de

Enjuiciamiento Civil de 1881 respecto de la enajenación de inmuebles de incapacitados.

Las audiencias hacen posible que los interesados expongan y soliciten lo que sea de su conveniencia y son, a la vista de los artículos 1813 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹²: 1º) las peticionadas por el promotor del expediente y la de éste si procede, 2º) las solicitadas por los que tengan interés legítimo, 3º) las que el Juez estimare convenientes y 4º) la del Ministerio Fiscal, ésta mediante dictamen escrito, *a cuyo efecto se le entregará el expediente.*

En todo caso, por razones de necesidad práctica y de justicia derivada de los precitados derecho al control de sus asuntos económicos e interdicción de la privación patrimonial arbitraria, así como del respeto a *la voluntad y las preferencias de la persona y acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento* -artículos 12. 4 y 5. y 13. 1 de la Convención-, debe incluirse la audiencia de la persona discapaz, haya comparecido o no en el procedimiento.

¹² **Artículo 1813.**

Si el que promoviere el acto pidiere que se oiga alguna otra persona o lo solicitare el que tenga interés legítimo en él, o el Juez lo estimare conveniente, se otorgará la audiencia, poniendo de manifiesto los autos en la Escribanía por un breve término, que fijará el Juez según las circunstancias del caso.

Artículo 1814.

En los casos en que la audiencia proceda podrá oírse también, en la forma prevenida en el artículo anterior, al que haya promovido el expediente.

Artículo 1815.

Se oirá precisamente al Ministerio Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos; y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad.

El Fiscal emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente.

Son también razones de necesidad práctica las que exigen la audiencia de los parientes próximos y de otros guardadores que no reúnan la condición de parientes, en cuanto que se tenga noticia de unos y otros, puesto que pueden aportar un conocimiento de primera mano tanto de la persona como de la economía y patrimonio del discapaz.

En el caso de la persona discapaz, como de los parientes próximos y otros guardadores, la audiencia que con ellos se practique debería incluir, como contenido mínimo insoslayable, el pronunciamiento sobre las *medidas y disposiciones* o apoyos a adoptar, así como sobre las personas - físicas o jurídicas- que hayan de encarnar la asistencia o representación que esos apoyos entrañan.

En cuanto a interesados extraños la audiencia sirve para evitar que el negocio jurídico de la enajenación se lleve a cabo con perjuicio de terceros y por ello puede resultar pertinente, por ejemplo, dar audiencia a otros posibles titulares de derechos sobre el bien inmueble o a los adquirentes.

En el procedimiento de jurisdicción voluntaria se debe llevar a cabo la justificación de los hechos que han sido alegados en la solicitud; hechos que materializarían la causa y el motivo que, como se indicó, deberían figurar en esa solicitud y fundamentarían los apoyos a adoptar en interés de la persona discapaz y en relación con la enajenación planteada.

En todo caso, la actuación de oficio del Juez, prevista en los artículos 158 y 216 del Código Civil, posibilita la iniciativa oficial en la aportación de la justificación, lo que tiene particular importancia en un procedimiento relativo a intereses patrimoniales de persona con discapacidad, pues cumple una función tuitiva de ésta. Es esa función tuitiva la que justifica que la investigación del Juez no esté constreñida por las alegaciones de los interesados, pudiendo incorporar nuevos hechos al procedimiento y recabar los informes o acordar los dictámenes periciales

que considere pertinentes, sin perjuicio del material justificativo al que luego se aludirá en particular.

Es posible distinguir en la justificación a efectuar una doble dirección; la relativa a la esfera personal de quien es discapaz y la relativa a su esfera patrimonial.

En la esfera personal se hace preciso evaluar la capacidad de autogobierno del pretendido discapaz al efecto de prestar el consentimiento exigido por el artículo 1261 del Código Civil para la enajenación; apreciando si existe un déficit de tal consentimiento derivado de su situación de discapacidad y que, como ya se indicó, pueda aminorar o disipar por completo el mismo, disminuyendo -en el primer caso- y diluyendo -en el segundo- la posibilidad de comprender el acto de que se trata.

Por lo expuesto será necesario en el procedimiento conocer con exactitud las habilidades del discapaz en el área económica, precisando así el conocimiento de que dispone de su situación económica y el seguimiento efectivo que hace de sus ingresos, gastos, cuentas y depósitos bancarios....., su capacidad para tomar decisiones de índole económica y, en particular, su capacidad contractual, midiendo la intelección que tiene del alcance del acto de disposición patrimonial que se plantea sobre un inmueble de su pertenencia.

El objeto -expuesto en el párrafo precedente- de la justificación en la esfera personal, exige, ineludiblemente y sin perjuicio incluso de que la persona discapaz haya comparecido como legitimado y se le haya dado audiencia, que el Juez examine por sí mismo a esta persona -tomando así conocimiento inmediato de su situación- y acuerde un dictamen pericial médico sobre ella. Tanto el examen como el dictamen tienen fundamento en el citado artículo 12. 4 y 5. de la Convención en cuanto a respeto a *la voluntad y las preferencias de la persona*, derecho al control de los asuntos

económicos e interdicción de la privación patrimonial arbitraria, como así también en la evitación de perjuicios, el beneficio e interés aludidos en los artículos 158 y 216 del Código Civil.

Para llevar a cabo el anterior dictamen pericial médico, complementarlo o contrastarlo, es posible contar, entre otros, con Médicos Forenses y de la Seguridad Social, que presten sus servicios tanto en salud mental como en atención primaria. A modo de ejemplo, de algunos preceptos legales que facilitan esa colaboración, baste indicar que el artículo 479. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que *son funciones de los médicos forenses la asistencia técnica a juzgados y tribunales*, de modo que *a estos efectos, emitirán informes y dictámenes médicos legales en el marco del proceso judicial*; a su vez, con arreglo al artículo 16. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, -respecto del uso de la historia clínica- se establece que *se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente en los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínicoasistenciales del paciente*.

A mayor abundamiento y como ocurre en las Diligencias Preprocesales del Ministerio Fiscal, cabe contar con la colaboración de especialistas en psicología, trabajo social, comunicación, educación especial, discapacidad y otras instituciones en cuanto que los indicados puedan conocer de la situación del discapaz.

Si, como se ha expuesto, la actividad jurisdiccional en el procedimiento responde al mérito de la ocasión, se precisa dilucidar sobre la conveniencia o inconveniencia del negocio jurídico enajenatorio o,

expresado en términos del artículo 2012 -Nº 3- de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la *necesidad o utilidad* de la enajenación.

En consecuencia, en la esfera patrimonial, la justificación que debe llevarse a cabo es la de esa *necesidad o utilidad* y su más completa comprensión reclamaría conocer, en relación con la persona discapaz, su titularidad sobre los derechos afectados por el acto de disposición, como también una valoración actual del inmueble, las cargas y las garantías que pesarían sobre el negocio jurídico y cosas tales como: 1º) el estado de las cuentas bancarias, 2º) la relación de ingresos con los diferentes capítulos que los integran, 3º) los gastos, tanto corrientes como extraordinarios y los del patrimonio mobiliario e inmobiliario. También sería preciso apreciar la incidencia que la enajenación tendría en el nivel de recursos del discapaz y otras consecuencias posibles para su patrimonio.

El modo genuino de acreditar las anteriores cuestiones es mediante la aportación de los correspondientes documentos; así, entre otros, como en el caso de las Diligencias Preprocesales, debería constar copia de la escritura pública o del documento acreditativo de la descripción, contenido y adquisición del inmueble, además del documento que contuviese una tasación y, para conocer de la situación económica de la persona con discapacidad en su conjunto, informes de Hacienda sobre sus bienes y valores. Para viabilizar buena parte de la aportación documental citada se dispone de la Resolución de 23 de junio de 1998, de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, *por la que se crean las Oficinas de Comunicación con los Juzgados y Tribunales de Justicia en el ámbito de las Delegaciones de la Agencia y se regula su funcionamiento*.

No tiene razón de ser que la *necesidad o utilidad* de la enajenación, cuando se acredite de modo testifical, se haga por tres testigos, como reclama el artículo 2013 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en el caso de la enajenación de inmuebles de incapacitados, al ser un eco de la

prueba tasada; sin que ello impida recurrir, si es pertinente, a la justificación testifical.

Las dos direcciones expuestas de la justificación -la de la esfera personal y la de la patrimonial- convergen a su vez en una tercera dirección justificativa a la que se debe atender y que concierne a las *medidas y disposiciones* o apoyos a adoptar, así como a las personas -físicas o jurídicas- que hayan de encarnar la asistencia o representación que esos apoyos entrañan; de ese modo la justificación tiene que extenderse al diseño de los apoyos propuestos o planteados y a las personas que los operen, evaluando la idoneidad de éstas, para lo que puede ser de particular interés la aportación de informes psicosociales.

La oposición en el expediente es una manifestación de voluntad de algún interesado pidiendo la no adopción de las *medidas y disposiciones* que, relacionadas con la potencial enajenación de un inmueble perteneciente a la persona discapaz, han sido solicitadas por el promotor del expediente. Por lo demás, la oposición resulta admisible cuando el objeto del procedimiento recae sobre derechos disponibles que en la práctica afectan únicamente a unas personas muy determinadas, como son los relativos a la enajenación, pero es comprensible también que, de conformidad con la Disposición Adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996, la oposición se ventile *en el mismo procedimiento, sin convertirlo en contencioso*, pues así no se frustra el propósito de conseguir con el procedimiento de jurisdicción voluntaria una solución, razonablemente rápida en el tiempo y relativamente sencilla en la tramitación, de los problemas que suscitan las actuaciones en interés de discapaces, como es el caso de la intervención judicial en la enajenación de inmuebles pertenecientes a esas personas. De este modo la oposición se diligencia a la par que la solicitud y la resolución final se pronuncia sobre la solicitud y la oposición.

Decisión

Tramitado el expediente de jurisdicción voluntaria se resuelve por Auto, como se deduce del artículo 1818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que debe apreciar la improcedencia o procedencia de la enajenación; de tal modo que en el primer caso huelga la consideración de apoyos a adoptar en función de una enajenación que no debe llevarse a cabo.

Si se aprecia la procedencia de la enajenación ello es por haberse acreditado la conveniencia de ese negocio jurídico o su *necesidad o utilidad*, en términos del artículo 2012 -Nº 3- de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. La conveniencia, o la *necesidad o utilidad*, debe juzgarse y por ello referirse, como es lógico, al momento en que se resuelve el expediente, como también debe referirse al caso concreto que ha dado lugar a la incoación del procedimiento, pues se trata de obviar, como se viene exponiendo, una evaluación más amplia de la capacidad de autogobierno de la persona discapaz que exceda de la estrictamente necesaria respecto de un hecho puntual objeto de controversia.

Apreciándose la conveniencia de la enajenación, correlativamente también, debe apreciarse y evaluarse el déficit en el consentimiento que debe prestar en el negocio jurídico la persona discapaz y que deriva de su situación de discapacidad, aminorando o disipando por completo tal consentimiento, lo que afecta a la posibilidad que tiene de comprender el acto de que se trata.

Objetada la capacidad contractual de la persona, procede además acordar los apoyos que deben entrar en juego, así como designar a las personas -físicas o jurídicas- que materializarán la asistencia o representación que esos apoyos entrañan.

Hay que tomar en cuenta que los apoyos -o *medidas y disposiciones* en la terminología del artículo 158 del Código Civil- son atípicos en cuanto no han sido definidos legalmente *a priori*, pero el Auto que resuelve el expediente deberá concretar su contenido con la adaptación *a las circunstancias de la persona* que exige el artículo 12. 4 de la Convención. En todo caso resulta obvio que la adopción de tales apoyos debe respetar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, según lo exige el artículo 9.1 de la Carta Magna.

Por imposición del artículo 12. 4 de la Convención es preciso que las personas designadas para llevar a cabo la asistencia o representación que los apoyos comportan no sean susceptibles de incurrir en *conflicto de intereses* con la persona discapaz.

Si el Auto que resuelve el expediente juzga que, como ya se ha expuesto, resulta aminorado el consentimiento preciso para la enajenación, procederá entonces acordar apoyos, de menos a más intensidad, que, obviamente, sean adecuados al nivel de discapacidad, tal como reclama un principio proporcional contenido en el artículo 12. 4 de la Convención. Esos apoyos suponen una asistencia con la que se integra el consentimiento, complementando la capacidad para conseguir la total y eficaz participación en la sociedad así como el mejor goce de sus derechos y libertades, por parte de la persona discapaz. A modo meramente de ejemplo y entre otros muchos posibles, cabe imaginar apoyos tales como el consejo previo a la operación por un asistente técnico o la aprobación del proyecto de negocio jurídico enajenatorio por un supervisor patrimonial. Limitándose el apoyo que se acuerde a la asistencia citada, será en definitiva la persona discapaz quien preste consentimiento válido para llevar a cabo la enajenación.

En el caso de que la Resolución judicial definitiva estime que el consentimiento queda por entero diluido, será preciso entonces, como

también se ha indicado, sustituir la voluntad de la persona discapaz por la de otra persona a través de una medida de apoyo que implique un mecanismo de representación respecto de la enajenación a llevar a cabo. Esta hipótesis debe ser de apreciación excepcional, pues limita en extremo la capacidad de la persona, dando lugar a la sustitución de ésta en la toma de decisiones; lo que se corresponde con el tradicional *modelo médico o rehabilitador*, que la Instrucción 3/10 de la FGE relega a un plano residual. Al tratarse de un apoyo más intenso, por carencia de autonomía de la voluntad de la persona discapaz, deben apurarse posibles garantías de control en interés de esa persona; garantías que estarán previstas en el Auto definitivo y que se orientarán, entre otras posibles direcciones, a la dación de cuentas al Juez -inmediata, detallada y en todo caso dentro del plazo concedido- por parte del representante -cualquiera que sea su *nomen iuris*- sobre su gestión y aplicación del precio obtenido a la finalidad debida, pudiendo resultar razonable incluir algún tipo de autorización o aprobación judicial respecto de la conclusión del negocio jurídico enajenatorio. No obstante, si así fueran las cosas, al acordarse la representación judicialmente, con fundamento en los artículos 158 y 216 del Código Civil, estaríamos en presencia de una representación legal del discapaz, *ope legis*; lo que constituye una salvedad admitida a la regla general de imposibilidad de contratar a nombre de otro, según el artículo 1259 del Código Civil.

Señala el artículo 1821 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, para la sustanciación de la apelación, la acomodación a los trámites de los incidentes. No obstante la Disposición Derogatoria única de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil establece que *las referencias al procedimiento contencioso procedente se entenderán hechas al juicio verbal*; de tal manera que siendo en su día el procedimiento incidental un procedimiento contencioso, su alusión debe entenderse sustituida por la del juicio verbal a

efectos apelatorios y, con ello, abierta la puerta a aplicar el régimen jurídico de la apelación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil al Auto definitivo dictado en el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

En lo tocante a los efectos de la apelación del Auto definitivo hay que estar a lo dispuesto en el artículo 1819 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en cuanto que refiere que *las apelaciones se admitirán siempre en ambos efectos al que hubiere promovido el expediente*; lo que en una interpretación *a contrario* permite entender que, como regla general, la apelación lo será en un solo efecto, encargándose de precisar en particular el subsiguiente artículo, 1820, que *serán admitidas en su sólo efecto* las apelaciones de los venidos al expediente, los llamados por el Juez y los opuestos a la solicitud que dio lugar a la formación de ese expediente. Así pues, la Ley tiene una clara preferencia por el efecto único en la apelación, lo que se comprende por el propósito de evitar dilaciones en la ejecución de lo resuelto, que en el caso de la enajenación de inmuebles pudiera tener funestas consecuencias desbaratando la oferta formulada por retrainimiento del potencial comprador. El efecto único, en la práctica de las apelaciones, será lo habitual, pues son escasamente imaginables apelaciones por el promotor del expediente si éste hubiese obtenido una Resolución judicial que, en alguna medida cuando menos parcial, fuese favorable a su solicitud. También es posible pensar que la apelación en un único efecto es lo que debiera darse siempre, con el respaldo legal que para ello brinda la Disposición Adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, que en alusión al procedimiento de jurisdicción voluntaria señala que *los recursos se admitirán, en todo caso en un solo efecto*, aunque la aplicación de la citada Disposición Adicional primera al caso de medidas en relación con personas discapaces parece muy discutible, pues el precepto, ubicado en una Ley Orgánica cuya finalidad principal es la protección jurídica de los menores, no alude expresamente a

personas discapaces, cosa que sí hace -con otras denominaciones- la Disposición Adicional tercera de la misma Ley, que, regulando también la jurisdicción voluntaria, ciñe su régimen jurídico al ámbito de la discapacidad -Títulos IX y X del Libro I del Código Civil-; no pareciendo tener mucho sentido que la jurisdicción voluntaria -para la aplicación del artículo 158 del Código Civil- se someta a dos regulaciones distintas - Disposiciones Adicionales primera y tercera respectivamente-, con especialidades no coincidentes, si no es porque se pretende que sus destinatarios sean también distintos: como regla general y en principio menores en el caso de la Disposición Adicional primera y discapaces en el caso de la Disposición Adicional tercera.

En cualquier caso, como es lo propio de la jurisdicción voluntaria, no mediaría en lo resuelto la condición de cosa juzgada material, por lo que, en consecuencia, quedaría también abierta la puerta a un procedimiento contencioso que atacase la situación jurídica generada a partir del procedimiento de jurisdicción voluntaria. Incluso, a mayor abundamiento, pudiera aducirse que esa conclusión tiene apoyatura legal en la precitada Disposición Adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, que impone la aplicación de *las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil* e indica que *quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria*, pero las reservas que se acaban de formular respecto de la aplicación de la Disposición Adicional primera a los discapaces son de igual manera válidas ahora.

El Auto que aprecia la procedencia de la enajenación -en los términos que han quedado expuestos- tendría así eficacia constitutiva, como presupuesto de ese acto dispositivo que posibilita su llevanza a cabo y la producción de los efectos jurídicos que le son inherentes; efectos jurídicos que deberán ser respetados por particulares y Autoridades, sin que

parezca que la eficacia del Auto esté indefectiblemente vinculada al resultado de otro proceso, pues los apoyos acordados gozarían de sustantividad propia en atención al interés del discapaz.

El artículo 1822 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en materia de jurisdicción voluntaria, establece que *contra las sentencias que dictaren las Audiencias se dará el recurso de casación*. No obstante, el acceso a la casación de un asunto como la intervención judicial en materia de enajenación de inmuebles de discapaces no incapacitados, mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, no debería tener lugar si se parte de la consideración de ser posible la reproducción de tal asunto en un procedimiento contencioso. A mayores hay que señalar que, de modo reiterado, el Tribunal Supremo ha denegado el recurso de casación cuando la cuestión puede reproducirse en la vía ordinaria y, recientemente, el ATS de 28 / 02 / 2012 -recurso 1225/2011, ponencia de Xiol Ríos-, recogiendo doctrina anterior, refiere que *es criterio de esta Sala, adoptado por unanimidad de sus Magistrados en Reunión del Pleno para la unificación de doctrina del art. 264 LOPJ (Sala General) celebrada con fecha 12 de diciembre de 2000, que únicamente son susceptibles de recurso de casación las Sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 LEC), lo que excluye el recurso cuando la resolución dictada sea un "Auto" o cuando debió adoptarse esa forma, en función de la recaída en la primera instancia (art. 456.1 LEC), y continúa señalando el mismo ATS que el legislador no ha previsto que las resoluciones que ponen fin a los procedimientos de jurisdicción voluntaria sean susceptibles de tal medio de impugnación extraordinario, no sólo por estar excluidos los Autos, incluso definitivos, sino por la más poderosa razón de que se limita la recurribilidad en casación a las Sentencias dictadas en segunda instancia, cuando la recaída en la primera puso fin a la tramitación ordinaria del proceso de declaración, es decir a las que se*

regulan como juicios ordinarios o especiales en la LEC 2000 u otras leyes, más nunca quedan asimiladas a esas Sentencias de segunda instancia las resoluciones recaídas en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

Sí parece que en sede procedimental de jurisdicción voluntaria, en general, y por lo que hace así a un procedimiento judicial sobre enajenación de bienes inmuebles de persona discapaz en particular, a la vista de la STC de 01 / 07 / 1999 -Nº 129/1999, ponencia de Garrido Falla- cabe la posibilidad potencial de suscitar cuestiones de inconstitucionalidad.

Consecuencia práctica de tener que apreciarse la procedencia de la enajenación no *in genere*, sino en relación con un caso concreto, debe ser la evitación de la venta en pública subasta, prevista en el artículo 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y que, sin perjuicio de haber caído frecuentemente en desuso en la práctica forense y que, tal vez, pudiera considerarse tácitamente derogado por el artículo 273 del Código Civil¹³, también, desde un punto de vista práctico, hay que concluir que tal venta en pública subasta suele ser contraproducente por el bajo precio generalmente obtenido.

Quede constancia, finalmente, de que al efecto de otorgar escritura pública de la enajenación llevada a cabo, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, *de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, en su artículo 98¹⁴ y en relación con el Notario autorizante, en su caso, establece

¹³ Establece el artículo 273 del Código Civil, en relación con la previsión del artículo 271 -Nº 2- del mismo texto legal, en lo que ahora interesa, relativa a que *El tutor necesita autorización judicial para enajenar o gravar bienes inmuebles que Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oirá al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.*

¹⁴ **Artículo 98.** *Juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento por el Notario.*

1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.

que éste expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera, de tal modo que su valoración de la suficiencia de las facultades representativas hace fe suficiente de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario; a su vez el Reglamento notarial, de 2 de junio de 1944, en su artículo 164¹⁵, además de establecer previsiones para salvar la representación insuficientemente acreditada, proclama que la intervención de las otorgantes se expresará diciendo si lo hacen por su propio nombre o en representación de otro, reseñándose en este caso los datos identificativos del documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia, no siendo preciso que la representación legal se justifique si consta por

2. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación.

3. Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquéllos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita.

¹⁵ **Artículo 164.**

La intervención de las otorgantes se expresará diciendo si lo hacen por su propio nombre o en representación de otro, reseñándose en este caso los datos identificativos del documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia, no siendo preciso que la representación legal se justifique si consta por notoriedad al autorizante.

Si la representación no resultare suficientemente acreditada a juicio del notario autorizante y todos los comparecientes hicieren constar expresamente su solicitud de que se autorice el instrumento con tal salvedad, el notario reseñará dichos extremos y los medios necesarios para la perfección del juicio de suficiencia. En tal caso, cuando le sean debidamente acreditados, el notario autorizante o su sucesor en el protocolo así lo harán constar por diligencia, expresando en ella su juicio positivo de suficiencia de las facultades expresadas. En todas las copias que se expidan con anterioridad a dicha diligencia el notario hará constar claramente que la representación no ha quedado suficientemente acreditada.

También se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que sólo comparezcan al efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato.

notoriedad al autorizante y prevé también que se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que sólo comparezcan al efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato.