

PRÓLOGO

Escribo este breve prólogo por encargo del Patronato de la fundación Aequitas, y lo hago con mucho gusto por diversas razones; en primer lugar, por los estrechos vínculos que me unen con Aequitas, fundada en 1999 por el Consejo General del Notariado Español bajo mi presidencia; en segundo lugar, porque considero que todo lo relativo a la capacidad y discapacidad de las personas, así como a la protección de los colectivos vulnerables, constituye una materia de alcance universal que nos afecta a todos cualquiera que sea nuestra edad, raza, profesión, nacionalidad e ideología política y religiosa; y, en tercer lugar, porque la normativa aplicable a esta materia está sujeta a constantes modificaciones lo que la dota de gran actualidad.

Como se verá, esto último queda patente en la obra que motiva este prólogo titulada “LAS PERSONAS JURÍDICAS DE APOYO A LA DISCAPACIDAD” (Una interpretación principialista en la encrucijada de la reforma legislativa de las instituciones tutelares).

La obra ha obtenido el premio Aequitas en su XVIII edición (año 2019).

Su autor es Don Joaquín María Rivera Álvarez, profesor del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Complutense (Facultad de Trabajo Social) y miembro del grupo de investigación DIGNIDAD HUMANA, VIDA Y DERECHO.

Destaca su labor de estudio y elaboración de artículos, más de 50, en los que la materia dominante hace referencia a la problemática del tratamiento legal de personas con discapacidad y a la labor del tercer sector.

Puede decirse que el artículo premiado encaja perfectamente en las inquietudes de su autor.

Joaquín María Rivera Álvarez se maneja con sorprendente fluidez en el terreno pantanoso integrado por tantas normas actuales y pasadas, públicas y privadas, sustantivas y procesales.

El autor confiesa que su propósito es tratar de esbozar, sistemáticamente, la realidad y alcance de la protección jurídica privada que ofrecen las personas jurídicas que tienen la finalidad de guardar y asistir a las personas con discapacidad, mayores de edad, en el Derecho Civil común.

Tradicionalmente el estudio de las llamadas instituciones tutelares se centra en las personas físicas. Incluso hay normas que resultan inaplicables a las personas jurídicas. Por ello es loable el esfuerzo del autor por analizar la normativa aplicable a las personas jurídicas y hacerlo con la suficiente extensión y claridad, lo que facilitará a los lectores el conocimiento de esta compleja materia.

Aunque el autor se centra en el Derecho Civil común, es lo cierto que la obra contiene numerosas referencias a los derechos especiales y al Derecho Comparado. Y respecto del Derecho Civil común el autor tiene a la vista el nuevo contenido del Código civil una vez que se apruebe el Proyecto de reforma de 2020, que en el momento de escribir estas líneas está en trámite de aprobación de enmiendas.

El actual alcance de la protección jurídica privada que ofrecen las personas jurídicas no puede comprenderse sin examinar la nueva manera de entender las instituciones de apoyo tras la Convención de la ONU y la reforma del Código civil, entre las cuales la tutela sólo tendrá aplicación tratándose de menores de edad, por lo que el ámbito de actuación de las personas jurídicas se concreta al apoyo de menores emancipados o de mayores.

Dada la extensión de la obra y la finalidad de este prólogo, trataré de resumirle al lector su contenido, que abarca cinco capítulos.

En el capítulo primero, se estudian los problemas terminológicos. Tras la Convención el término “personas jurídicas de apoyo” es más correcto que el de “personas jurídicas tutoras”.

El término genérico de “apoyo” es inconcreto pero tiene la ventaja de ser omnicompreensivo de las posibles medidas a adoptar y denota cierta autonomía.

Es un término flexible que no se vincula a un grupo concreto de discapacidades.

De acuerdo con la nueva concepción de la discapacidad, que enlaza con el reconocimiento de los derechos humanos, se destierran del mundo de la discapacidad los términos discriminatorios como incapaz, incapacitado e incapacitación. El Proyecto de 2020 utiliza el término “personas con discapacidad”, lo que es coherente con la idea central del artículo 12 de la Convención de la ONU según el cual la persona con necesidad de apoyos tiene plena capacidad jurídica.

El autor matiza entre las personas con discapacidad en general y las personas que necesitan medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad según establezca la correspondiente resolución judicial. Estas últimas son las que constituyen el núcleo del estudio.

A partir de la instauración del modelo social los problemas que presentan estas personas no son de curación de enfermedad sino de integración social, de participación.

El autor aboga por un concepto de apoyo dotado de flexibilidad, de manera que las causas que lo hagan necesario no siempre deban ser permanentes siendo posible el apoyo ocasional y transitorio.

El capítulo dos es interesante en cuanto que recoge y comenta la compleja normativa que integra la regulación legal de las personas jurídicas de apoyo.

Se pasa revista a las normas generales, Código civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Jurisdicción Voluntaria, leyes forales (Cataluña y Aragón), la Convención de la ONU, la Constitución, así como a la legislación administrativa, la LISMI, la LIONDAU y la LGDPD, con breve referencia al Derecho francés.

No obstante toda esta legislación, el autor se lamenta de la insuficiencia normativa en lo tocante a las personas jurídicas de apoyo.

A lo largo de la exposición se pone de manifiesto la dificultad de diferenciar entre la capacidad jurídica y la capacidad natural (mental) de querer y entender, a la vista de la Convención y de la normativa asentada en nuestro sistema. Todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar, simplemente en virtud de su condición de ser humano.

Como no podía ser de otra manera, el autor destaca las reformas de calado que introduce el Proyecto de reforma del Código civil y que a su juicio son las siguientes: a) Centralidad de la curatela; b) Separación de la tutela de los menores de edad y la curatela de los mayores de edad; c) La preferencia de las medidas convencionales sobre las legales; d) La temporalidad de las medidas judiciales de apoyo; e) La necesidad de que toda medida esté justificada e individualizada; f) La exigencia de que la toma de decisiones, tanto de la persona asistida como de su curador, más que responder a un criterio objetivo, sean conformes a la voluntad, deseos, preferencias presentes o pasadas, valores y creencias de la persona que recibe el apoyo; g) En relación con las personas jurídicas, la eliminación de la prohibición de excusarse sobrevenidamente y la posibilidad de delegación de funciones que no sean directamente de protección de la persona.

No faltan críticas a la situación actual, como la falta de coordinación entre la labor judicial y la de las organizaciones administrativas, así como la problemática que suscita el respeto a los principios sancionados por la Convención de la ONU.

El capítulo tres, en su primera parte, trata de forma pormenorizada de las personas jurídicas de apoyo, su concepto, sus requisitos, la naturaleza de la relación con el sujeto con discapacidad y los principios que debe respetar en el ejercicio de su función.

En su segunda parte, de contenido eminentemente práctico, se detiene el autor en el estudio de los apoyos institucionalizados judicialmente: Tutela, Curatela y Defensor judicial. Se refiere también el autor a la guarda de hecho, institución que está llamada a tener un mayor protagonismo en el futuro.

Como dijimos anteriormente, hoy han ganado protagonismo las medidas convencionales, medidas que tienen especial interés para el ejercicio de la profesión-función notarial. Estas medidas tienen su origen en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, en cuya elaboración participó muy activamente el notariado y han tenido una buena acogida en la práctica, especialmente el patrimonio protegido y los poderes preventivos. Menor incidencia tiene la pretutela y la administración separada que entra en juego en materia de donaciones de bienes cuando el donante establece una administración “ad hoc”.

El poder preventivo ha tenido mayor aplicación que el mandato de protección futura en cuanto que admite muchas matizaciones por el respeto a la autonomía de la voluntad.

El autor acierta al señalar los principales problemas que pueden plantear estos poderes. El Proyecto de 2020 aboga por eliminar la posibilidad de que el poder se otorgue para cualquier situación, es decir que pueda utilizarse aunque el poderante no sufra limitaciones en su capacidad.

En relación con su contenido debe tenerse en cuenta que si el poderdante pierde su capacidad natural, por hipótesis, no podrá controlar el correcto uso del poder ni revocarlo. Por ello es sumamente recomendable que tanto el contenido de facultades del apoderado como las instrucciones que éste debe respetar se determinen minuciosamente.

Si el poder sólo puede utilizarse en el caso de pérdida de facultades del poderdante, será preciso que tal hecho se pruebe. Al respecto el Proyecto de 2020 (artículo 257) establece que “para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido”.

El capítulo cuarto está dedicado a la constitución de la relación, principalmente vía judicial, pues la constitución legal, aunque en teoría es posible, ha fracasado en la realidad.

La delación o designación de la persona de apoyo puede ser voluntaria o dativa. La dativa parte de una lista de las personas que pueden ser designadas por el juez, lista en la que no aparecen citadas las personas jurídicas. Realmente la delación dativa encaja en la delación dativa con ciertas dificultades prácticas. En defecto, en la mayoría de los casos la persona necesitada de apoyo no tendrá relación con la persona jurídica de apoyo y ni siquiera la conocerá.

En defecto de parientes y personas del listado legal, el juez designará como persona de apoyo a quien considere más idóneo.

Por ello, el autor advierte de la relevancia que irá cobrando más y más, la acción comunicativa y de captación de las organizaciones, lo que va de la mano con la potenciación de la figura de la pretutela.

La persona jurídica designada para el apoyo tiene importantes obligaciones. Unas son aplicables al momento de su nombramiento, tales como la fianza y la confección de un inventario, que en la obra se estudia en detalle. Pero las obligaciones esenciales son las que atañen al ejercicio de la función de apoyo, obligaciones que el autor estudia en el capítulo quinto, último del estudio.

En efecto, el capítulo quinto analiza el conjunto de principios que debe respetar el apoyo, sea prestado por persona física o por persona jurídica, así como las peculiaridades que surgen cuando es esta última la prestadora del apoyo.

El respeto a la dignidad y autonomía; la personalización o individualización de las medidas; la prevalencia de los deseos y gustos de la persona con discapacidad sobre consideraciones objetivas de conveniencia y la exigencia de ajustarse al ámbito de facultades que haya explicitado la resolución judicial y su ejecución personal; la no intervención en actos de naturaleza personalísima salvo excepcionalmente los casos de insuficiencia de la capacidad natural de querer y entender.

El autor hace una extensa reflexión a propósito de la conocida cuestión de la excesiva generalidad de los términos del nombramiento judicial, cuestión que afortunadamente se está superando siendo las resoluciones judiciales más concretas, tendentes a disponer un traje a la medida de la persona que precisa el apoyo.

Respecto de los actos que la persona no precisa apoyo el autor señala los de la aceptación de donaciones puras, el testamento y la toma de posesión de bienes, pero plantea un grupo de supuestos particulares tales como:

- El consentimiento en cuestiones relativas al derecho al honor, a la intimidad y propia imagen.
- El consentimiento atinente a las intervenciones médicas y quirúrgicas.
- El internamiento en un centro de salud y/o de custodia y vigilancia terapéutica.
- El consentimiento en los negocios de familia y los actos relativos a la separación o divorcio.

Como obligaciones establecidas específicamente por el Código civil son objeto de estudio y desarrollo la de velar por la persona a la que se asiste, la de alimentos y la de promover la recuperación de la capacidad. Esta última habrá que entenderla referida a la capacidad natural pues la capacidad jurídica no se pierde nunca conforme a los principios de la Convención de la ONU.

En la obra estas obligaciones se estudian desde la óptica de las personas jurídicas, con sus peculiaridades.

La parte final de la obra está dedicada al aspecto patrimonial de los apoyos y a las instituciones de control, principalmente al papel del Juez y del Ministerio Fiscal.

Y termina el autor el artículo con el estudio de las causas que pueden poner fin a la relación entre la persona jurídica de apoyo y la persona con discapacidad, así como de las obligaciones que la persona jurídica debe cumplir, especialmente la rendición de cuentas.

El artículo que se prologa incorpora numerosas citas a pie de página así como un anexo de la bibliografía, muy completo.

En suma estamos en presencia de una obra muy útil de la que hay muchas ideas que aprovechar por lo que el autor se merece nuestra felicitación y la enhorabuena por el premio tan merecido.

Juan Bolás