

# III MASTER PROPIO DE DERECHO DE FAMILIA

**CURSO ACADÉMICO 2014/2015**

**Módulo 6.** Protección del discapacitado, tutela ordinaria y derecho de familia internacional.

**Tema 36.** Medidas de protección de las personas que no pueden gobernarse por sí mismas. Cuestiones teórico-prácticas: la influencia de la Convención de Nueva York de 2006, el ejercicio de los derechos personalísimos del discapacitado, responsabilidad civil por los daños causados por los incapaces y conflictos de intereses.



**Elaborador de materiales:**  
**Antonio Gálvez Criado**  
**Prof. Titular de Universidad**  
**Universidad de Málaga**

# ÍNDICE

## Introducción

## Objetivos

## Contenidos

1. La incapacitación en España tras la Convención de Nueva York de 2006
  - 1.1. Introducción
  - 1.2. La labor de adaptación a la Convención por parte de la jurisprudencia
  - 1.3. La adaptación legislativa en España a la Convención de 2006
2. El ejercicio de los derechos personalísimos del discapacitado
3. Responsabilidad civil por los daños causados por los incapaces
  - 3.1. Panorama jurídico general de la responsabilidad de los inimputables.  
Responsabilidad por hecho propio y responsabilidad civil por hecho ajeno
  - 3.2. La responsabilidad de los tutores de los incapacitados
  - 3.3. La relevancia de la culpa de los inimputables
4. Conflictos de intereses

## Referencias Bibliográficas

## INTRODUCCIÓN

## OBJETIVOS

Los objetivos y el perfil de competencias específicas acordes a los objetivos generales del programa que se adquirirán con el desarrollo de este tema son:

- Análisis de las figuras jurídico procesales que en este tipo de procedimiento presentan ciertas especialidades.
- Planteamiento y análisis de otras alternativas para la solución de las cuestiones jurídico procesales que derivan de la tramitación de este proceso especial
- Analizar la abundante jurisprudencia existente hasta el momento y que pone de manifiesto la abundante casuística existente al respecto.

## CONTENIDOS

### 1. La incapacidad en España tras la Convención de Nueva York de 2006

#### 1.1. Introducción

El día 13 de diciembre de 2006 se aprobó en el seno de las NNUU (Nueva York) la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, que fueron posteriormente ratificados por nuestro país en abril de 2008 y entraron en vigor el día 3 de mayo del mismo año<sup>1</sup>.

Desde el primer momento se plantearon en España serias dudas sobre la adecuación de nuestras normas civiles (básicamente contenidas en nuestro CC) y procesales (el procedimiento de incapacidad) a las exigencias de la Convención. En

---

<sup>1</sup>El Instrumento de ratificación por España se publicó en el BOE n.º 96, de 21 de abril de 2008, respecto a la Convención, mientras que el Instrumento de ratificación del Protocolo se publicó en el BOE n.º 97, de 22 de abril de 2008.

el ámbito estrictamente civil, los dos puntos principales de la discusión generada fueron:

a) Sobre si, en nuestro Derecho y en adelante, podía seguir manteniéndose la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, habida cuenta de que parecía que la Convención prescindía de forma deliberada de ella, con el fin de evitar diferencias de trato que pudieran repercutir negativamente sobre las personas discapacitadas.

Y este había sido un tema importante durante los debates, pues algunos países habían defendido el pleno reconocimiento tanto de la capacidad jurídica como de la capacidad de obrar a favor de las personas con discapacidad, a fin de evitar diferencias de trato, y parece que esta fue la postura que finalmente prevaleció en la redacción final de la Convención<sup>2</sup>.

b) Sobre si nuestra regulación actual de la incapacitación en los arts. 199 y ss. CC, tanto en lo relativo a los requisitos para incapacitar a una persona como en lo relativo a las figuras tuitivas reguladas (tutela, curatela y defensor judicial, básicamente), se correspondía con los principios de la Convención, y sobre todo, con el **sistema de apoyo** al que hace referencia su art. 12 en caso de que las personas con discapacidad lo necesiten.

En particular, la figura del tutor, como representante o sustituto de la voluntad del tutelado, planteaba las dudas más importantes, por cuanto suponía prescindir de forma absoluta de la voluntad del tutelado respecto a su vida y bienes.

Para empezar, el párrafo segundo de la Convención contiene la siguiente definición de “personas con discapacidad”:

*Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

El art. 3 recoge los principios generales de la Convención:

### **Artículo 3. Principios generales**

*Los principios de la presente Convención serán:*

*a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida*

---

<sup>2</sup>Nos da cuenta de ello GARCÍA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, 2013-I, págs. 67 y ss.

Este autor cita a los países europeos y latinoamericanos entre los partidarios de abolir la distinción, mientras que en el sentir contrario se encontraban los países islámicos, China y Rusia, que finalmente renunciaron a la distinción, aunque posteriormente se dio lugar a la formulación de reservas y declaraciones interpretativas de éstos y otros países.

la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

b) La no discriminación;

c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;

d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;

e) La igualdad de oportunidades;

f) La accesibilidad;

g) La igualdad entre el hombre y la mujer;

h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Y el art. 12 se ha convertido en el precepto central de todo el debate posterior:

### **Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley**

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen **capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.**

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar **en el ejercicio de su capacidad jurídica.**

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica **se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas** para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. **Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.**

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

La cuestión principal, como se ha dicho sería: ¿es compatible nuestra regulación de la tutela, curatela y defensor judicial con lo establecido en este precepto, donde se reconoce de forma muy amplia **el principio de autonomía** de las personas discapacitadas y **el principio de proporcionalidad** de las salvaguardas? ¿Cómo debe aplicarse el sistema de apoyo de la Convención?

Y la realidad judicial española en materia de incapacitación –que es el término legal al que debemos acudir– es bien conocida por todos: la mayor parte de las incapacitaciones son totales o absolutas, privando al incapacitado de la práctica totalidad de su capacidad de obrar, siendo representado y sustituido por sus padres o su tutor, de manera que el recurso a la figura mucho más flexible como es la curatela es claramente excepcional en nuestra realidad práctica.

Sirva, no obstante, de “descarga” en favor de nuestros jueces y tribunales de justicia el hecho de que la mayoría de los casos que les llegan se refieren a situaciones especialmente graves que hacen inevitable la sustitución de la capacidad de obrar del finalmente incapacitado.

## **1.2. La labor de adaptación a la Convención de 2006 por parte de la jurisprudencia<sup>3</sup>**

### A) La STS (de Pleno) de 29 de abril de 2009 (Ponente, Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías).

En el marco de un proceso de incapacitación, el JPI había declarado que una señora era incapaz de modo absoluto y permanente para regir su persona y bienes y había nombrado tutor de su persona a dos de sus hijas y como tutor de sus bienes a otra persona distinta, lo que fue confirmado por la AP de Salamanca.

Interpuesto recurso de casación, se dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal, que planteaba que el problema del caso no estaba en si se habían cumplido las exigencias de la normativa civil (arts. 199 y 200 CC) para declarar incapacitada a una persona, sino sus serias dudas sobre la adecuación de las normas anteriores y del proceso de incapacitación de nuestro país con los postulados de la Convención de 2006.

En la sentencia se recoge resumidamente el escrito del fiscal, que se centra en el art. 12 de la Convención:

*A partir de lo dispuesto en el Art. 12 de la Convención ya citada, sigue señalando el escrito que “[...] La Convención establece un cambio*

---

<sup>3</sup>En el llamado “Informe Olivenza 2014, sobre la discapacidad en España”, del Observatorio Estatal de la Discapacidad, puede encontrarse un listado actualizado de resoluciones judiciales que han tenido en cuenta la aplicación de la Convención de 2006 para resolver la controversia planteada.

*fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Por ello describe explícitamente "el derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley y las medidas que los Estados deben adoptar para que ese derecho no sea vulnerado", pues afecta de un modo esencial, al ejercicio de los derechos fundamentales, proyectándose transversalmente a cada uno de los derechos que la Convención recoge. La Convención contiene implícitamente tres deberes distintos que obligan a todos los Estados partes:*

*a) La obligación de respetar. Los Estados partes no deben injerirse en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad,*

*b) La obligación de proteger. Los Estados partes deben impedir la vulneración de estos derechos por terceros,*

*c) La obligación de actuar.*

*Los Estados partes deben tomar las medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole que sean necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos. Por ello, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad. La Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria "igualdad", proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar". Pone de relieve también las dificultades que hubo en la discusión acerca del reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad y concluye que "[...] La Convención propugna la sustitución del modelo de "sustitución en la toma de decisiones" por el nuevo modelo de "apoyo o asistencia en la toma de decisiones", aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno". Consecuencia de ello es que deben tenerse en cuenta una serie de circunstancias personales, relativas a la salud y sobre todo, económicas y administrativas, entre las que destaca: "a) Conocimiento de su situación económica, capacidad para tomar decisiones de contenido económico, (cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.). Capacidad para conocer el alcance de: préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial. Capacidad para el manejo del dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor, b).- Capacidad relacionada con el objeto del procedimiento de modificación de la capacidad y sus consecuencias.*

*Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros y capacidad para realizar disposiciones testamentarias. [...]*".

*Respecto de las medidas a tomar para la protección de las personas con discapacidad, añade el escrito que se está resumiendo que, sobre la base de la necesidad de protección establecida en el Preámbulo de la Convención, "la toma de decisiones con apoyo puede adoptar numerosas modalidades. Apoyos en las decisiones personales en las decisiones patrimoniales (Art. 12. 5 ), sociales y en general de toda índole, cuando se basen en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, estando abierta a "nuevas formas" nacidas de la diversidad de condiciones que puedan suscitarse", de modo que "[...] Esto establece una distinción entre la toma de decisiones con apoyo y la toma de decisiones sustitutiva, como el testamento vital y los tutores y amigos en que el custodio o tutor posee facultades autorizadas por los tribunales para tomar decisiones en nombre de la persona discapacitada sin que tenga que demostrar necesariamente que esas decisiones son tomadas en el superior interés de aquella o de acuerdo con sus deseos", aunque reconoce que en la citada Convención, los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad dependen de la legislación interna. Concluye el escrito del Fiscal proponiendo una solución intermedia a la espera de medidas legislativas que se adapten a la Convención: "La aplicación del Art. 12 la Convención supone un desafío para nuestro sistema, pues no solo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar y a las consecuencias que su unificación representa, sino que incide de lleno en el proceso especial de "capacidad de las personas", fundamentalmente en la incorporación del "modelo de apoyos", que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional. Sin duda, la implantación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre", para acabar proponiendo que mientras no se modifique el ordenamiento español para adaptarlo a la Convención, "[...] la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta. Reparar en todo caso, que pese a que esta configuración solo puede ser provisional, y desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un*

*nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa, y por ello consideramos necesario, que por parte de la Sala, pueda marcarse el camino interpretativo de los aspectos fundamentales de su aplicación".*

A continuación, el TS realiza algunas consideraciones sobre los arts. 3 y 12 de la Convención, distingue los distintos problemas que se plantean entre los distintos grupos de personas a las que se refiere la Convención, analiza las implicaciones del principio de dignidad de la persona del art. 10 CE y la adecuación a ésta de las reglas positivas sobre incapacitación, para terminar afirmando que:

*Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE (RCL 1978, 2836), por lo que:*

*a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección. En este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación, como pone de relieve, entre otras la sentencia de esta Sala de 16 septiembre 1999 (RJ 1999, 6938) que declaró que "implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial". (asimismo STS de 14 julio 2004 (RJ 2004, 5204)).*

*b) No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE (RCL 1978, 2836), al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil (LEG 1889, 27) no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.*

*c) La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.*

Las anteriores consideraciones permiten al TS concluir (y rechazar el recurso de casación interpuesto) de esta manera:

*De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:*

*1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC.*

*2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.*

#### B) La STS de 17 de julio de 2012 (Ponente: Excm.a Sra. D.ª Encarnación Roca Trías):

En este caso, a instancias del Ministerio Fiscal, el JPI había incapacitado a una persona a consecuencia de un trastorno bipolar respecto al cuidado y administración de sus bienes (excepto para el manejo del dinero de bolsillo), sometiéndolo a una tutela parcial (asumida por la Comunidad Autónoma), mientras que respecto a su persona se consideró que era plenamente capaz de valerse por sí mismo. La AP de Asturias confirmó la sentencia del Juzgado.

En este caso, se plantearon dos motivos en casación por el propio incapacitado: primero, la procedencia en este caso del nombramiento de un curador y no de un tutor, y segundo, que el propio incapacitado había designado en escritura pública como tutora a una señora, alegando en ambos casos y entre otras normas, la vulneración del art. 12 de la Convención de 2006.

El TS rechaza el primero de los motivos trayendo a colación afirmaciones que en su momento realizara la STS de 29 de abril de 2009, antes analizada:

*Debe empezarse el análisis de este motivo con el recordatorio del Artículo 12 de la citada Convención, cuyo título es "Igual reconocimiento como persona ante la ley". El párrafo primero del Art. 12 dice "1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica" y a continuación señala que "2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida" "[...] adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica". De este modo hay que señalar que manteniéndose la personalidad, pueden someterse estas personas a un sistema de protección o de apoyo, en palabras de la propia Convención, precisamente para proteger su personalidad.*

*Coincidiendo con este planteamiento, los Arts. 215.2 y 287 CC establecen un sistema de protección distinto de la tutela, denominado curatela, que coexiste con la incapacitación parcial. Efectivamente, el Art. 760 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001,1892), que derogó el Art. 210 CC, establece que "la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela a que haya de quedar sometido el incapacitado". En interpretación de dicho artículo, la STS 282/2009, de 28 abril (sic) (RJ 2009, 2901) declaró que "En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 marzo 1947 (RJ 1947, 343) donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no sólo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil posterior a la CE (RCL 1978, 2836). De este modo puede afirmarse que la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad".*

*Esta tendencia interpretativa queda incorporada a la doctrina constitucional en la STC 174/2002, de 9 octubre (RTC 2002, 174) , que dice que "[...] La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario*

*para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable". De acuerdo con esta doctrina, debe concluirse que la decisión de incapacitar de forma limitada a D. Obdulio únicamente en lo relativo a la disposición de sus bienes, sometiéndole a tutela únicamente en este aspecto, se ajusta a las normas vigentes en España, porque:*

*1ª Se ha constatado que concurre causa de incapacitación, al quedar probado y por tanto incólume en casación, que D. Obdulio está afectado por una enfermedad psíquica.*

*2ª Que esta enfermedad impide a D. Obdulio gobernarse a sí mismo, en el sentido de la STS 781/2004, de 14 julio (RJ 2004, 5204), que entiende que "el autogobierno se concibe como la idoneidad de las personas para administrar sus intereses". En el presente supuesto, se ha probado que la enfermedad que padece D. Obdulio le afecta en el aspecto patrimonial para todo tipo de transacciones y operaciones económicas, que llevan a declarar "la incapacidad total para la administración y disposición de sus bienes", y que solo es capaz de manejar dinero de bolsillo.*

*3ª Teniendo en cuenta el importante patrimonio mobiliario de D. Obdulio, consistente precisamente en depósitos bancarios, inversiones mobiliarias y otros del mismo tipo, está plenamente justificado el sometimiento a tutela parcial, limitada exclusivamente a la disposición y manejo de su patrimonio, sin que afecte a otros aspectos personales.*

Tampoco acoge el TS el segundo de los motivos alegados, entendiendo correcto el nombramiento de la Comunidad Autónoma como tutor, rechazando la idoneidad de la señora nombrada por el propio incapacitado, sobre la que recaían importantes sospechas de aprovechamiento, pues incluso se habían seguido diligencias penales a instancia de la entidad financiera donde el incapacitado tenía depositado su dinero a consecuencia de las grandes cantidades de dinero que el incapacitado había sacado de la entidad acompañado siempre esta señora (no familiar suyo) y que habían tenido como destino otra cuenta bancaria donde aparecían ambos como titulares:

*1ª Con referencia al concepto de la pretendida vulneración de la dignidad de la persona por no aplicación de la Convención de Nueva York, de 2006, la STS 282/2009 (RJ 2009, 2901) ya declaró que la incapacitación es solo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona.*

*2ª La previsión de designación de tutor por parte del mismo interesado para el caso de que el interesado debiera ser sometido a un procedimiento de protección de este tipo, no aparece establecido en la Convención de Nueva York de 2006.*

3ª En la llamada "autotutela", el Art. 223.2 CC establece que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, "en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor"; consecuencia de ello, el Art. 234. 1 CC establece un orden de prelación en el que en primer lugar resulta preferido para el nombramiento de tutor, el designado por el propio tutelado, de acuerdo con el Art. 223.2 CC. Se acepta así la figura de la denominada autotutela, que concuerda con el Art. 222-4 del Código civil de Cataluña (LCAT 2010, 534).

4ª Sin embargo, el propio Art. 234.2 CC establece que "excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio [...] del incapacitado así lo exigiere". También en el Art. 222-9 CCC se da preferencia a la persona designada por el incapacitado en el acto de delación voluntaria. Sin embargo, en el propio art. 222-9.2 CCC se permite al juez prescindir de esta persona, según las circunstancias del caso, si se ha producido un cambio sobrevenido de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al efectuar dicha delación voluntaria, o bien si se efectuó en el curso del año anterior a la declaración de incapacidad y en este caso, el art 222-10 CCC establece que la designación del tutor corresponde al juez cuando no hay persona designada o su nombramiento no es adecuado (si no escau el seu nomenament) y ello siempre que sea conveniente para los intereses de la persona menor o incapacitada (Art. 222-10.3 CCC).

De todo ello se concluye que en los ordenamientos que han previsto la declaración voluntaria de la tutela, el juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección. En cualquier caso, la alteración del orden establecido en el Art. 234.1 CC debe efectuarse en resolución motivada.

Esta circunstancia concurre en el presente procedimiento: ya se ha dicho en el FJ segundo, que la sentencia no adolece de falta de motivación en lo relativo al razonamiento que excluye nombrar tutor a la persona designada por el sometido a protección. Las mismas razones allí expuestas deben entenderse reproducidas aquí, con la finalidad de justificar la exigencia de "resolución motivada", contenida en el Art. 234.1 CC para dicha exclusión.

C) La STS de 11 de octubre de 2012 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana): hacia el principio general del interés superior de la persona con discapacidad.

En este caso y también a instancia del Ministerio Fiscal, el JPI había declarado la incapacidad parcial de una persona, tanto en cuanto al control terapéutico y al tratamiento de su enfermedad como a la administración y disposición de sus bienes, a

excepción del dinero de bolsillo. El JPI nombró un curador (el Instituto Tutelar de Vizcaya) y la AP de Bilbao ratificó la anterior resolución en lo esencial y que resulta de nuestro interés.

Interpuesto recurso de casación por el propio incapacitado, el Ministerio Fiscal solicitó en su escrito que se sustituyera la curatela por “una institución jurídica de apoyo”, de conformidad con la Convención de 2006. Sin embargo y reiterando los planteamientos de la STS de 29 de abril de 2009 (citada por error como de septiembre), el TS rechaza el recurso confirmado la procedencia de la curatela, aunque –afirma– reinterpretada conforme a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad.

Estas son las palabras de esta sentencia que resultan de especial interés:

*La STS 29 de septiembre de 2009 SIC (RJ 2009, 2901) (Rec núm. 1259/2006), de Pleno, en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (RCL 2008, 950), ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, relativa a sí, como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces, señala lo siguiente: " la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona". El sistema de protección establecido en el Código Civil (LEG 1889, 27) sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.»*

*Todo ello se cumple en este caso a partir unos hechos que se mantienen inalterables en casación y que resultan determinantes para que se aplique la curatela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad,*

*en palabras de la propia Convención.*

### **1.3. La adaptación legislativa en España a la Convención de 2006**

Se han producido importantes modificaciones legales en nuestro país tendientes a adaptar nuestro Derecho a la Convención, aunque la gran reforma que queda pendiente es la que se espera en el ámbito del Derecho Civil y que ha de dar respuesta a las importantes cuestiones que, en los aspectos jurídico-civiles, plantea la Convención.

Por Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010 se aprobó el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención, que ha servido, en buena medida, de orientación para la legislación aprobada posteriormente.

En la actualidad contamos con las siguientes principales leyes sobre la materia:

1.º) El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad. En este TR se han refundido:

-La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad;

-La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y

-La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

2.º) La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, desarrollada mediante el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre.

3.º) La Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

4.º) La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Mediante estas leyes (sobre todo las aprobadas tras la Convención de Nueva York y el Informe mencionado), se ha tratado de dar impulso a las medidas para

remover los obstáculos que puedan existir para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercitar sus derechos de forma plena y en situación de igualdad respecto al resto de ciudadanos.

Aunque tales medidas no se ciñen al ámbito público o relativo a las Administraciones Públicas y abarcan también importantes ámbitos del sector privado (así, telecomunicaciones y sociedad de la información, transportes, propiedad horizontal etc.), sin embargo, es claro que el grueso de tales medidas, así como su impulso, corresponde a las Administraciones Públicas en ámbitos tales como prestaciones sociales, farmacéuticas, salud, educación o empleo, por ejemplo.

En el ámbito estrictamente civil, la DA séptima de Ley 26/2011, de 1 de agosto, preveía que en el plazo de un año a partir de su entrada en vigor (el 2 de agosto) el gobierno remitiría a las Cortes Generales un proyecto de ley *“de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”*. Proyecto de ley que quedó frustrado por avatares políticos que todos conocemos, pero que casi cuatro años después todavía estamos esperando.

No obstante, en el Informe de 30 de marzo de 2010 se contienen (páginas 12 y ss.) algunas de las líneas maestras a las que habría de responder el proyecto de ley que debía presentarse, en relación a la “legislación civil, mercantil y penal”, y en lo que aquí interesa tales líneas básicas serían:

- Necesidad de reemplazar el tradicional modelo de sustitución propio de la representación por un modelo de apoyo en la toma de decisiones, de manera que la sustitución debe ser una situación excepcional.

- Necesidad de profundizar en la graduación de la capacidad (de obrar) y en la exigencia de proporcionalidad en las medidas de apoyo, especialmente en lo relativo a su extensión, intensidad y duración.

- Necesidad de garantizar el respeto a la dignidad y a la autonomía del discapacitado, de manera que prevalezca su voluntad y preferencias, garantizando una intervención mínima, aunque con garantías de que no existan conflictos de intereses ni influencias indebidas sobre su persona.

A partir de aquí, el informe no llega demasiado lejos (aparte de proponer las modificaciones terminológicas oportunas), pues se limita a defender el mantenimiento de las figuras del tutor y el curador, aunque con más flexibilidad, y a proponer la introducción de un artículo concreto que regule el ejercicio de la patria potestad por los discapacitados. En otros ámbitos, tales como la capacidad de heredar, de testar o de contraer matrimonio, entiende el informe que no se precisan modificaciones legales.

Se comprende esta situación al leer la principal conclusión a la que se llega en el Informe: *“la legislación española es una de las más avanzadas del mundo en reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad y está a la cabeza en los países de la UE en esta materia”*, bastante alejada de las observaciones que sobre este punto ha dictaminado el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU sobre España (a quien ha pedido un segundo informe antes del 3 de diciembre de 2015 sobre la aplicación de estas observaciones finales), que se recogen en el Informe Olivenza de 2014, ya señalado<sup>4</sup>.

También contrasta la situación española en el específico ámbito del Derecho civil con la existente en algunos países de nuestro entorno, que suelen ser una referencia para nosotros. Así por ejemplo, en Italia se introdujo en el año 2004<sup>5</sup> (antes incluso de la aprobación de la Convención de Nueva York) la institución de la administración de apoyo y se modificó la regulación de la incapacitación y la inhabilitación, con el objetivo básico de *“tutelar, con la menor limitación posible de la capacidad de actuar, a las personas privadas total o parcialmente de autonomía en la realización de las funciones de la vida cotidiana, mediante intervención de apoyo temporal o permanente”*.

Precisamente para cumplir esta finalidad se crea la institución del administrador de apoyo, que no supone la incapacitación del beneficiado, pero que tanto puede servir para prestar una asistencia al beneficiario como puede sustituir a éste en concretos ámbitos de su actuación, lo que se hará caso por caso en la disposición mediante la cual se nombre al administrador de apoyo, y que permite dotar a la figura de gran flexibilidad y proporcionalidad (incluso puede ser el propio beneficiado quien proponga esta medida al juez).

## **2. El ejercicio de los derechos personalísimos del discapacitado**

---

<sup>4</sup>En la página 66 de este Informe puede leerse:

En sus Observaciones Finales sobre el informe de España el Comité mostró su preocupación por la falta de adopción de medidas *“para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica”* y recomendó que se revisaran *“las leyes que regulan la guarda y la tutela”* y que se tomen *“medidas para adoptar leyes y políticas por la que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomendó, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes”*.

En las páginas 106 y ss. del Informe Olivenza se detallan estas modificaciones, sustantivas y procesales, pendientes.

<sup>5</sup>Ley n.º 6, de 9 de enero de 2004, que afectó al Título XII del Libro primero del Codice Civile, que pasó a titularse *“De las medidas de protección de las personas privadas total o parcialmente de autonomía”*. Vid. al respecto, FERRANDO, G., *“Las figuras de protección de las personas vulnerables tras la reforma introducida por la Ley 6/2004, de 9 de enero”*, en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 151 y ss.

En un plano general, la cuestión central que trata de exponerse aquí es relativa al ejercicio de los **derechos o actos estrictamente personales (personalísimos)**, e incluso el ejercicio de determinados **derechos fundamentales o de la personalidad** del tutelado, cuando éste no puede hacerlos valer por sí mismo, parcialmente o de forma plena. Se trata entonces de decidir si tales actos o derechos deben ser ejecutados únicamente por la persona misma, de manera que el tutor o curador no pueden ser autorizados para asistirle o representarle, o si por el contrario, el ejercicio de los mismos puede entenderse incluido dentro de la función asistencial del curador o representativa del tutor.

Debe tenerse en cuenta que conforme al art. 267 CC: *“El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación”*, todo ello sin perjuicio de la necesidad de recabar autorización judicial para la interposición de una demanda en este tipo de casos (art. 271.6.º: *“Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía”*)<sup>6</sup>.

Naturalmente que el legislador puede establecer una posición al respecto, como hizo el legislador francés mediante una ley de 5 de marzo de 2007 (en vigor desde el año 2009), reformando la protección de las personas mayores vulnerables en Francia y estableciendo un listado no exhaustivo de actos que pertenecen a la esfera estricta de la autonomía de la persona y que solamente ella puede ejercitar, tales como el reconocimiento de un hijo, la elección del nombre del hijo o el consentimiento para la adopción<sup>7</sup>. De esta forma, se trata de proteger los derechos y la dignidad de las personas a fin de asegurarles un margen de autonomía irreductible.

En un plano más concreto, se trata en esta ocasión de decidir si el tutor está legitimado para ejercitar una **acción de divorcio (o separación) en nombre de una persona incapacitada de forma absoluta para hacerlo**, teniendo en cuenta que se trata de una acción que tradicionalmente se ha entendido como personalísima, y que por tanto, su ejercicio no puede ser cedido a otra persona, como también parece desprenderse del art. 86 CC (*“se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el art. 81”*)<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup>También excluye el art. 162.1 CC de la representación legal de los padres el ejercicio de los derechos personalísimos del hijo.

<sup>7</sup>Véase, al respecto, CARON-DÉGLISE, A., “La capacidad de la persona protegida en la esfera personal en el Derecho francés tras la Ley de 5 de marzo de 2007: ¿respeto del principio fundamental de capacidad natural o capacidad parcial”, en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La encrucijada...*, cit., págs. 219 y ss.

<sup>8</sup>Lo mismo respecto a la acción de separación a tenor del art. 81 CC (*“1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez*

Nos centraremos para ello en la STS de 21 de septiembre de 2011, a la que antecede otra del TC, de 18 de diciembre de 2000, que son las principales que han abordado la cuestión.

A) La STS (de Pleno) de 21 de septiembre de 2011 (Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías):

En este caso, una señora había contraído matrimonio en mayo de 1998, sufriendo un accidente de circulación en marzo de 2000, a consecuencia del cual quedó tetrapléjica y en estado de coma. Se procedió a iniciar un proceso de incapacitación siendo nombrados tutores sus padres por ser quienes, a juicio del juez, tenían una mayor disponibilidad para hacerse cargo de la tutela de su hija (también parece que pesó en la decisión el hecho de que el marido fuera mucho más joven y el poco interés mostrado por éste hacia su esposa tras el accidente).

Posteriormente los padres habían interpuesto, en nombre de la hija, una demanda de separación, que fue estimada y había recaído sentencia firme de la AP de Álava en diciembre de 2004 (quedó probado que existía causa de separación matrimonial con anterioridad al accidente de la tutelada y que ésta había mostrado su interés en separarse, pues incluso había consultado con un abogado sobre el tema).

Así las cosas, los tutores interpusieron con posterioridad una demanda de divorcio en nombre de su hija tutelada. El JPI estimó la legitimación de los tutores para el ejercicio de esta acción, pero desestimó la demanda en sentencia de 27 de septiembre de 2007, resolución que fue revocada por la SAP de Álava de fecha 5 de junio de 2008, que estimó la demanda y declaró el divorcio. Contra ella, el marido de la tutelada interpuso recurso de casación, que fue desestimado.

El JPI entendió que la prestación del consentimiento matrimonial era un acto personalísimo y que lo mismo debía entenderse en caso de solicitar el divorcio, y además y en consecuencia, que tal acción sólo podía ser consecuencia de un acto de voluntad del propio cónyuge.

Por el contrario, la AP tuvo muy cuenta en su decisión la aplicación de dos derechos fundamentales de la tutelada: **el derecho a obtener la tutela judicial efectiva**, de la que no podía quedar privada respecto a ciertos derechos o acciones por encontrarse absolutamente impedida de ejercitarlos, y **el derecho a la igualdad**, puesto que en su situación actual y si le negaba el derecho de la acción a los tutores, resultaba que, conforme a la regulación actual, el marido podía obtener el divorcio en cualquier momento mientras que la esposa no podría obtenerlo nunca. Debía, por tanto, decidirse si el ejercicio de la acción de divorcio debía entenderse incluida, conforme a las circunstancias del caso, en la función representativa de los tutores (art. 267 CC), que fue lo que entendió finalmente la AP.

---

*transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. (...) 2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio (...)*”.

Respecto a la legitimación del tutor, el TS (también la AP) tuvo muy presente el precedente que había sentado la STC 311/2000, de 18 de diciembre, que había estimado un recurso de amparo interpuesto por la madre y tutora de una incapacitada a quien se había negado legitimación para la interposición de una acción de separación. El TC había argumentado para conceder el amparo a partir de los derechos a la tutela judicial efectiva (también sobre la base del **derecho de acceso a la justicia de los discapacitados, conforme al art. 12.3** de la Convención de 2006) y a la igualdad del tutelado, siendo sus afirmaciones principales al respecto reproducidas por el propio TS de esta forma (FD quinto):

*El argumento que utilizó la sentencia de referencia decía que "[...] la separación matrimonial y la acción judicial que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial [...]" , interés que puede residir bien en una situación de peligro físico, bien en una situación "patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de estos deberes". **Negar legitimación al tutor "determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general, del posible ejercicio de acciones [...], el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia [...]"**. El cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción de separación en aquel caso, "[...]no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela", por lo que "[...] desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE ( RCL 1978, 2836) en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio" .*

En cuanto al **ejercicio de los derechos fundamentales del tutelado**, el TS entendía que había dos principales derechos en juego (FD sexto):

*En el presente supuesto y siempre que se trate de la acción de separación o divorcio ejercitada por los tutores en nombre e interés de una persona incapacitada, están presentes dos derechos fundamentales:*

**1º El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado.**  
*El divorcio actual no requiere alegación de causa cuando lo ejercita*

*personalmente el interesado, quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge peticionario del divorcio. A ello obedece la regulación puesta en vigor por la ley 13/2005, al no exigir la alegación de causas.*

**2º El derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el art. 271,6 CC, que atribuye a los tutores la legitimación "para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela", siempre con autorización judicial, que no se requerirá "en los asuntos urgentes o de escasa cuantía". Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el art. 271,6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse.**

En consecuencia, entiende el TS que el interés superior y la protección del incapacitado exige que, en estas circunstancias, los tutores estén legitimados (en realidad, obligados) para interferir en la esfera jurídica de los derechos fundamentales del incapacitado, aunque lógicamente con las limitaciones que impone la ley, esto es: bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, actuando los tutores en el interés superior del incapacitado y con la garantía que supone la intervención del Ministerio Fiscal.

#### B) La STC 311/2000, de 18 de diciembre.

Esta sentencia sirvió, como se ha dicho, de base jurídica a la anterior, aunque se trataba del ejercicio de una acción de separación judicial, no de divorcio. En este caso la tutora y madre de la incapacitada, enfrentada con el marido de ésta por el uso que el mismo venía haciendo de los bienes de su mujer, había solicitado autorización judicial para interponer demanda de separación o divorcio y el JPI se lo había otorgado, lo que fue ratificado por la propia AP de Oviedo.

Sin embargo, la demanda de separación había sido rechazada sobre la base de que se trataba del ejercicio de un derecho de carácter personalísimo en que únicamente ostentan legitimación procesal para ser parte los cónyuges. Esta postura había sido ratificada por dos sentencias de la propia AP, por lo que la tutora solicitó el amparo del TC por entender que se habían vulnerado derechos fundamentales de la tutelada: básicamente, la denegación del acceso a la jurisdicción (tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE) y el derecho a la igualdad entre cónyuges (art. 14 CE).

Los FD 4 y 5 de la sentencia recogen las argumentaciones (ya reproducidas en parte en la STS de 21 de septiembre de 2001) completas sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, que el TC considera vulnerados y constituyen la base del amparo concedido:

En el presente caso, y atendidas las circunstancias en que se ha producido la negación a la recurrente de la legitimación para interponer, como tutora de su hija incapacitada, demanda de separación matrimonial contra el esposo de ésta y procedimiento de medidas provisionales, debe inquirirse si existe un interés legítimo al que se le haya cerrado el acceso a la tutela judicial, en cuyo caso la vulneración del art. 24 CE sería innegable.

Al respecto **se ha de observar que en concreto la separación matrimonial y la acción judicial, que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial en las situaciones previstas por el legislador como supuestos legales de las distintas causas de separación.** Ese perjuicio, por ejemplo, puede referirse, bien directamente a la persona del cónyuge, que puede encontrarse incluso en una situación de peligro físico en su convivencia con el otro cónyuge (piénsese, v. gr., en el supuesto de la causa 4 del art. 82 CC (RCL 1981, 1700 y ApNDL 2355)), o que puede afectar de modo inaceptable a su dignidad (v. gr. el supuesto de la causa 1 del propio artículo del CC), o bien a su situación patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de los deberes conyugales (v. gr. causas 1 y 2 del precepto de reiterada cita).

Dichos intereses y perjuicio posibles pueden darse en los incapacitados casados, e incluso de modo más dramáticamente perceptible en ellos, si quedasen por su desvalimiento bajo una sumisión absoluta a su cónyuge capaz. Dadas la situación teórica de dicha vitanda sumisión y de dicho indiscutible interés, el único medio de defensa jurídica del incapaz, cuando su cónyuge no consiente la separación, es precisamente el ejercicio de tal acción.

Pues bien, **en el presente caso, en que la tutora y madre de la incapacitada ha acudido al ejercicio de la acción de separación matrimonial, autorizada judicialmente al efecto, y después de que se le negase en cambio autorización para el ejercicio de acción reivindicatoria, resulta claro que era únicamente la vía de la separación la que resultaba viable para la defensa de los intereses patrimoniales de la incapacitada.**

En esas circunstancias **la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 LECiv, el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su**

ineludible consecuencia. Y **puesto que ésta que se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva** (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado.

5

La conclusión anterior sería suficiente por sí sola para el otorgamiento del amparo; **ahora bien, esta conclusión se corrobora en el presente caso desde la vertiente de la igualdad, en relación con el cónyuge capaz.**

En efecto, el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz producido por las Sentencias recurridas, aparte de que no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, constitucionalmente necesarias para impedir el acceso a la justicia, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del art. 14 CE.

### C) Breve reflexión final.

Es cierto que la doctrina tradicional de los derechos estrictamente personales o personalísimos nos enseña que estos derechos presentan tres características básicas: primera, su intransmisibilidad; segunda, la imposibilidad de separar la titularidad del derecho y su ejercicio; y tercera, su extinción por la muerte del sujeto. Y creo que esto puede afirmarse de algunos derechos tales como el derecho al voto, el consentimiento para adoptar, el reconocimiento de un hijo o el derecho a contraer matrimonio. Sin embargo, el ejercicio de las acciones de separación y de divorcio plantean algunos problemas adicionales, que creo los convierten en casos muy discutibles.

La reforma del CC de 2005 situó a la voluntad de los cónyuges en el centro de la regulación, de tal manera que la acción de separación y divorcio se configura como una especie de derecho libre de los cónyuges, como una manifestación de su **libre voluntad y del libre desarrollo de su personalidad**. Desde esta perspectiva, resulta dudoso que otra persona distinta al titular de este derecho pueda ejercitarlo prescindiendo de la voluntad de los cónyuges.

El art. 55 CC admite la posibilidad de contraer matrimonio mediante representante, exigiendo un poder especial para ello, lo que presupone un acto de voluntad por parte del representado (futuro cónyuge). Si aplicamos el mismo criterio a la acción de divorcio, debería exigirse ese mismo acto de voluntad, en coherencia con la reforma de 2005. Imaginemos la sorpresa que puede suponer para una persona

casada que queda temporalmente en estado de coma que cuando despierta se encuentra con que, a instancia de su representante, quedó extinguido su matrimonio.

Sin embargo y a pesar de todas estas razones, creo que existen motivos suficientes para no cerrar las puertas a que, con la única finalidad de proteger **el interés superior de quien no se encuentra en situación de poder ejercitar una acción de divorcio o de separación**, y con la salvaguarda que para sus intereses supone la intervención de su representante legal, de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal, pueda admitirse el ejercicio de estas acciones prescindiendo de la voluntad de quien de ninguna manera puede manifestarla.

Porque si no se deja abierta esta opción, entonces es posible que la imposibilidad de manifestar su voluntad puede jugar en contra del propio incapacitado y suponerle un perjuicio importante, que creo que su representante legal, la autoridad judicial y la Fiscalía tienen el deber de impedir en cumplimiento de las obligaciones que tienen asignadas de **velar por el interés superior de quien no está en condiciones de hacerlo por sí mismo**. Este **deber de velar por el tutelado** es más amplio que el deber de ejercer su representación y probablemente ese debería ser el fundamento legal del ejercicio de la acción de divorcio (o separación) en nombre del propio tutelado.

Un buen ejemplo de lo que estamos diciendo sería el ejercicio de la acción de divorcio en nombre del incapacitado con la finalidad de extinguir la obligación de alimentos que pesa sobre él respecto a su cónyuge y que de continuar podría ponerlo en una difícil situación financiera que le impidiera costear su propia subsistencia o recuperación. Y también puede pensarse en otros conflictos con su cónyuge que le pueden poner en una difícil situación personal o patrimonial, como subyace en algunas de las sentencias analizadas.

En estos casos, ¿por qué negar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva para satisfacer un interés superior del incapacitado respecto a un derecho personalísimo que está imposibilitado de ejercitar?. Creo que la prudencia debe ser máxima por parte de los órganos judiciales en la apreciación de este interés superior, pero creo que las puertas no deben cerrarse de forma absoluta a esta opción en beneficio del propio incapacitado.

### **3. Responsabilidad civil por los daños causados por los incapaces**

#### **3.1. Panorama jurídico general de la responsabilidad de los inimputables. Responsabilidad por hecho propio y responsabilidad por hecho ajeno**

En el Derecho continental europeo (*civil Law*) la regla general es que los menores de edad u otros inimputables **no son responsables civilmente de los daños que causen si no son capaces de entender qué significa causar daño a otro**, aunque para ser responsables es preciso también que hayan actuado negligentemente de acuerdo con el estándar de diligencia (el buen padre de familia,

aunque en algunos países se tiene en cuenta su minoría para fijar el estándar, como en Francia). En estos casos de inimputabilidad, es evidente que serán otras personas las responsables de estos daños (los padres, tutores o guardadores, que responden por hecho ajeno) si éstos han actuado negligentemente en la supervisión de aquéllos, lo que en muchos países, como España, se ha objetivado por la jurisprudencia en su aplicación práctica (**responsabilidad vicaria**). No obstante, en algunos países europeos (como Alemania, Italia o Portugal) se establece una responsabilidad subsidiaria de los menores inimputables, basada en la equidad, cuando quienes han de responder por ellos no existen o son insolventes, aunque siempre que el daño se la acción causante sea “objetivamente culpable o ilícita”, por más que inimputable subjetivamente.

En el Derecho anglosajón (*common Law*) no se consideran exentos de responsabilidad a los niños o a los incapacitados, pero su responsabilidad se limita atemperando el estándar de diligencia exigible para ellos, que será la de una persona razonable (*reasonable man*) en las mismas circunstancias en que se encuentran estas personas, y la responsabilidad por hecho ajeno se basa en la regla general de la culpa, en la supervisión en este caso.

En nuestro país y respecto a los mayores de edad debe partirse de la regla establecida en el art. 322 CC: “*El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código*”, que debe relacionarse con el art. 199 CC, de manera que se presume (*iuris tantum*) que una persona mayor es capaz plenamente (salvo que haya sido incapacitado) y, por tanto, responsable de los daños que cause.

Respecto a los menores, no contamos con ningún parámetro legal objetivo para determinar cuándo puede decirse que una persona es capaz (o no) de saber qué significa causar daño a otro. Sin embargo, en el Derecho alemán y portugués, entre otros, existe la llamada regla de los 7 años, que parece la edad por debajo de la cual un menor no comprende el alcance de sus actos, según ponen de manifiesto los estudios psicológicos generalmente aceptados.

Como es conocido, en el Derecho español y junto a la responsabilidad en que incurre una persona por su propia conducta, cuando causa un daño a otro como consecuencia de un comportamiento culposo o negligente, **el Código civil prevé en su artículo 1903 CC una responsabilidad “por hecho ajeno”**, al afirmar en su párrafo 1.º que “*la obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder*”.

En concreto, el mencionado artículo impone tal obligación a los **padres, por los daños causados por los hijos que estén bajo su guarda**, y a los **tutores por “los perjuicios causados por los menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía”**. En estos casos existe una relación de dependencia o subordinación que permite a unas personas (padres y tutores) ejercer una **función de vigilancia** que justifica la responsabilidad en que puedan incurrir por

los hechos realizados por quienes se encuentran sujetos a su autoridad (y habitan con ellos, en el caso de los tutores).

El párrafo final del artículo 1903 CC establece una importante matización al disponer que *“la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”*. De ello se deduce que **la responsabilidad de estas personas es configurada legalmente como una responsabilidad por culpa propia en realidad (culpa presunta)**, independientemente de que el autor o causante del daño haya sido otra persona, siendo el fundamento de dicha responsabilidad una falta propia del responsable, por no haber actuado con la diligencia debida en la vigilancia y control del causante del daño.

Esta norma exige distinguir entre la culpa del causante del daño (se rige por las reglas generales) y la culpa de quien tiene un deber de vigilancia, para el que existe una presunción de culpa. Esta presunción de culpa está presente también en los Principios Europeos de la Responsabilidad Civil (PETL), respecto a la responsabilidad por los menores o por discapacitados psíquicos (arts. 6:101).

No obstante, la jurisprudencia más reciente tiende cada vez más a objetivar la responsabilidad de estas personas, imputándoles el resarcimiento del daño independientemente de que hayan actuado o no con negligencia o falta de diligencia, bastado para ello el hecho de ser padre o tutor, siempre que concurren los presupuestos que establece el propio precepto. Porque entender, como de hecho hace la jurisprudencia que, cualquiera que sean las circunstancias concurrentes en el caso concreto, nunca se aprecia que las personas mencionadas en la norma han actuado *“con la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”* es tanto como establecer, de hecho, **una responsabilidad objetiva o por riesgo (responsabilidad vicaria)**, y por tanto, un supuesto de auténtica responsabilidad por el hecho ajeno cuando no puede apreciarse una culpa “razonable” de los padres o los tutores.

Esta idea de la responsabilidad objetiva o por riesgo ha sido muy reiterada por la jurisprudencia, sobre todo respecto a los padres, que han sido los casos más numerosos que han resuelto nuestros tribunales, aunque lo mismo puede decirse en relación a la responsabilidad de los tutores. Suele al respecto por su claridad el FD segundo de la STS de 7 de enero de 1992 por su claridad:

#### **SEGUNDO.-**

*El recurso de casación interpuesto por don Manuel V. C. y doña María Luisa C. C. se contiene en un solo motivo, al amparo del núm. 5.º del art. 1692 de la LECiv, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, citando como norma infringida el art. 1903 del Código Civil en su ap. 7.º, en cuanto dispone que la responsabilidad de que trata cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un*

buen padre de familia para prevenir el daño, entendiéndose que, no obstante, la presunción de culpabilidad y que el precepto se basa en la propia culpa o en la culpa in vigilando o in educando, resulta artificiosa, dado que las actuales condiciones sociales impiden que los padres puedan vigilar a sus hijos constantemente, siendo «diabólica» la prueba de que se ha empleado la diligencia necesaria para la previsión y prevención del daño, por lo que habría de aplicarse la presunción de inocencia del Art. 24.2 de la Constitución (RCL 1978\2836y ApNDL 2875). El motivo tiene que decaer porque: a) ya se ha dicho que ninguna prueba se realizó para acreditar que se había empleado la diligencia necesaria para prevenir el daño, exigiéndose la correspondiente a un buen padre de familia; y al no atacarse la base fáctica sentada por la Audiencia permanece incólume y de ella ha de partirse, sin que la simple ignorancia de que el menor poseyese el arma y que se le hubiera vendido sin guardar las prescripciones legales excluya el deber de control y vigilancia; b) **la responsabilidad declarada en el art. 1903, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva**, sentido que siguen numerosas sentencias de esta Sala, **justificándose por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos «in potestate», con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (el menor), pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión de aquel deber de vigilancia [SS 14-3-1978 (RJ 1978\815), 24-3-1979 (RJ 1979\919), 17-6-1980 (RJ 1980\2409) y 10-3-1983 (RJ 1983\1469)], sin que exonere de responsabilidad el dato de no hallarse presentes el padre o madre cuando se comete el hecho ilícito o que aquéllos tengan que trabajar o no puedan, por razón de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores de edad, ya que de seguirse otro criterio, como dice la S 29-12-1962 (RJ 1962\5141), se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad, quebrantándose criterios de equidad de dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y salud importantes daños [ver SS 22-1 y 7-2-1991 (RJ 1991\304 y RJ 1991\1151)], de manera que cuanto queda expuesto es de aplicación después de la reforma de 13-5-1981 (RCL 1981\1151y ApNDL 2354); c) **cuanto antecede es de por sí suficiente para que no pueda entenderse conculcado el principio de presunción de inocencia, aparte de que el art. 24.2 de la Constitución, establecedor de tal presunción, no es aplicable al caso de culpa extracontractual, habiendo de referirse, en todo caso, a normas represivas, punitivas o****

*sancionadoras, cuyo carácter no tienen los arts. 1902 y 1903 del CC, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación, para conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente (en reparación de daños corporales o morales nunca puede existir igualdad) al que tenía antes de haberlo sufrido [ver SS 20-2-1989 (RJ 1989\1215) y 25-3-1991 (RJ 1991\2443)].*

**Los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno suponen una responsabilidad directa**, lo que permite al perjudicado demandar directamente al responsable, aunque no haya intervenido en la producción del daño, sin que sea necesario demandar al autor directo del daño cuando éste resulte imputable, pues **la jurisprudencia mayoritaria entiende que ambos responden solidariamente del daño**. No obstante, es bien conocido que en la práctica es poco frecuente demandar al menor o incapacitado.

### **3.2. La responsabilidad de los tutores de los incapacitados**

Como ya se ha dicho, el artículo 1903, párrafo 3.º, hace extensiva esta responsabilidad a los tutores, al disponer que son responsables *“de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”*.

Se entiende que el incapacitado responderá solidariamente con su propio patrimonio si tiene madurez de juicio suficiente para ser consciente de las consecuencias de sus propios actos (si es capaz de saber lo que significa causar daño a otro). Más problemática resulta la situación de los denominados **“incapaces de hecho”**, esto es, aquellas personas que no han sido incapacitados pese a carecer de madurez de juicio o estar incursos en causa legal de incapacitación. La doctrina se muestra dividida al respecto, pues mientras que algún autor entiende que deberán responder por ellos quienes legalmente estarían obligados a solicitar la declaración de incapacitación, por aplicación del art. 229 CC<sup>9</sup>, otros autores, por el contrario, consideran excesivo hacer extensiva tal responsabilidad a tales personas, ya que la incapacitación tiene por objeto proteger al propio incapaz y no se establece en función de su “peligrosidad”, a lo que hay que añadir que los legitimados para promover la incapacitación no tienen que ser designados necesariamente tutores.

Además y en nuestra opinión, no parece razonable aplicar el art. 1903 CC a los parientes obligados a promover la tutela, cuya situación no puede equipararse a la del

---

<sup>9</sup>Art. 229 CC: *“Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados”*.

tutor, pues –a diferencia del tutor– no tienen una obligación de guarda respecto a la persona cuya incapacitación están obligados a promover.

Tampoco existen criterios claros en la jurisprudencia, donde contamos con la STS de 13 de septiembre de 1984, que condenó a la madre y a los hermanos de una persona enajenada que causó la muerte violenta de una persona, aunque respecto a una demanda de responsabilidad civil derivada de delito y con base en el antiguo art. 20 CP, mientras que la STS de 5 de marzo de 1997 sostuvo el criterio contrario en un caso en el que un enfermo con esquizofrenia paranoide no incapacitado dio muerte a tres niños con un arma. En ninguno de estos casos se alegó la aplicación del art. 229 CC, ni en su redacción actual ni en la que tenía antes de la reforma de 1984.

Sin embargo, este último caso debe matizarse, pues la *ratio decidendi* de la sentencia se encuentra en que no se apreció culpa alguna de los padres en relación a la actuación de su hijo, constando como hechos probados que: “a) los padres ignoraban la clase de enfermedad que padecía su hijo, por no habérsela comunicado el médico, b) que en los últimos tiempos, José había mejorado de su enfermedad, según el médico que le atendía, y c) que no presentaba rasgos de violencia.- En este contexto, y con tales antecedentes, lo padres carecían de la información suficiente y necesaria para incapacitar al hijo, y desde luego para ingresarlo en un centro psiquiátrico, cosa que nadie -y desde luego el médico- les indicó”.

Parece que la aplicación del art. 229 CC hubiera conducido al mismo resultado en este caso, pues parece que no existía relación de causalidad entre el incumplimiento del deber de constituir la tutela y el daño ocasionado.

En cuanto a la **responsabilidad civil derivada de delito o falta por personas incapacitadas sometidas a tutela**, hay que distinguir varios supuestos:

1.º) Que el acto delictivo haya sido cometido por un menor de 14 años, en cuyo caso al perjudicado solamente le queda la vía civil y el recurso a los arts. 1902 y 1903 CC contra (los padres y) el tutor, y en su caso, contra el menor.

2.º) Que el acto delictivo sea cometido por menores de edad mayores de 14 años, en cuyo caso el artículo 61.3º de la LORPM extiende dicha responsabilidad de forma objetiva a los (padres y) tutores, a los que alcanza una atenuación de su responsabilidad cuando acrediten no haber favorecido la conducta del menor con dolo o con negligencia grave, que manera que la responsabilidad pueda ser moderada por el Juez según los casos.

3.º) Que el delito o falta lo haya cometido un mayor de edad. En este caso, si el autor del delito es penalmente imputable, será también el responsable civil principal, pues todo responsable penalmente lo es también civilmente (artículo 116 CP). Pero si no es así, el artículo 120.1.º CP hace responsables civiles subsidiarios a “los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su

*compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia”.*

La verdad es que este precepto tenía sentido cuando la mayoría de edad penal estaba fijada en 16 años, mientras que la civil lo estaba en 18, de manera que era razonable que los padres o tutores respondieran de los daños causados por los delitos cometidos por sus hijos o tutelados mayores de 16 años, pero menores de 18. Fijada la edad penal en 18 años, la incidencia del precepto se ha reducido considerablemente. La STS de 14 de octubre de 2002 establece sus presupuestos de:

*En primer lugar ha de tratarse de hechos cometidos por mayores de dieciocho años, en congruencia con la regulación independiente de la responsabilidad civil en caso de tratarse de menores de esa edad, irresponsables penalmente. En segundo lugar, han de estar sometidos a patria potestad o tutela; tratándose de los padres esa patria potestad es la prorrogada a que se refiere el artículo 171 del Código civil. En tercer lugar, han de vivir en su compañía y, en cuarto lugar, debe existir por su parte culpa o negligencia.*

El art. 120.1 CP debe completarse con el 118.1.1.<sup>ª</sup> para los casos de exención de responsabilidad de los números 1 y 3 del art. 20 CP (casos de anomalías o alteraciones psíquicas que le impide comprender la ilicitud del hecho, y alteraciones en la percepción que altera gravemente la conciencia de la realidad). Conforme al art. 118.1.1.<sup>ª</sup>: *“En los casos de los números 1º y 3º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.*

*Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos”.*

Lo normal será que en el mayor de edad sujeto a patria potestad prorrogada o rehabilitada (art. 171 CC<sup>10</sup>) o a tutela concorra alguna de las eximentes del art. 20.1.<sup>º</sup> o 3.<sup>º</sup>, en cuyo caso el aplicable no será el art. 120.1, sino el 118.1.1.<sup>ª</sup>. Y la cuestión es importante, pues el primero establece una responsabilidad subsidiaria, mientras que en el segundo la responsabilidad directa.

La jurisprudencia sobre el art. 120.1 CP ha establecido (así, STS, 2.<sup>ª</sup>, de 26 de marzo de 1999) que dicha culpa no se presume, sino que ha de ser probada por el demandante de los daños, lo que supone un régimen más beneficioso para los tutores (y los padres) que el establecido en el art. 1903 CC: *“tanto el art. 118.1º como el 120.1º CP -«lex posterior» con respecto al Código Civil- exigen que haya mediado*

---

<sup>10</sup>Art. 171 CC: *“La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquellos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad (...)”.*

*culpa o negligencia en quienes hayan de responder civilmente, lo que sólo puede ser interpretado en el sentido de que la culpa o negligencia tiene que ser probada” (FJ cuarto).*

En esta línea, resulta de especial interés la STS (2.<sup>a</sup>), de 22 de abril de 2004, ante unos hechos especialmente graves: un esquizofrénico, mayor de edad y sin antecedentes penales, en pleno brote agudo, atacó a su madre y a dos sobrinos (de 2 y 5 años) con la intención de causarles la muerte, aunque finalmente lograron todos ellos sobrevivir, si bien sufriendo diversas lesiones. Planteada la responsabilidad civil conforme al art. 118.1.º CP, el Tribunal rechaza que hubiera existido negligencia de los padres como guardadores de hecho de su hijo y expone las diferencias que al respecto deben apreciarse entre el antiguo y el nuevo CP (de 1995) en su FD primero:

*Además, debe advertirse que, frente al sistema del anterior Código Penal (RCL 1973, 2255) (art. 20, 1ª ACP) que cargaba directamente la responsabilidad civil por hechos cometidos por los inimputables a aquéllas personas que los tuvieran bajo su potestad, tutela o guarda, salvo el caso de que esas personas no existieran o fueran insolventes, el nuevo Código hace recaer la responsabilidad civil directa siempre en el propio inimputable, y una vez establecida tal responsabilidad civil, admitiendo responsables solidarios, junto a esos inimputables.*

***En consecuencia, los declarados exentos de responsabilidad criminal de los núm. 1º y 3º del art. 20 CP, son personalmente responsables civiles, sin perjuicio de la responsabilidad civil también directa de las personas que los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, pero condicionada a que haya habido por su parte culpa o negligencia, no penal sino del género de la regulada en el art. 1104 del CC (LEG 1889, 27) (diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, o a un buen padre de familia).***

*Consecuentemente, determinada la realización de los hechos por el recurrente, y descartada la negligencia de los cuidadores de hecho del inimputable (STS núm. 819/98, de 12 de junio [RJ 1998, 6997], núm. 1573/98, de 16 de diciembre [RJ 1998, 10314]), el motivo ha de ser desestimado.*

Por otra parte, también ha sido planteada **la posibilidad de aplicación del art. 1903 CC a otras situaciones de guarda distintas a las de tutor, tales como el guardador de hecho, el curador o el defensor judicial, que no son mencionados en el precepto.** En la doctrina, DÍAZ ALABART entiende que esta norma resulta también aplicable a los guardadores de hecho (también a los acogedores simples o preadoptivos), pues la actuación de éstos debe equipararse a la del tutor, mientras que rechaza su aplicación, en general, a curadores y defensores judiciales, salvo que el curador tenga asignadas unas facultades de intervención muy amplias (lo mismo

respecto al defensor judicial en el caso del art. 299.2.<sup>o</sup> CC, cuando actúe en sustitución del tutor)<sup>11</sup>.

La cuestión es ciertamente dudosa, pues los curadores realizan una labor de asistencia o complemento de la capacidad, sin que su posición jurídica pueda equipararse a la del tutor, y lo mismo puede decirse respecto a los defensores judiciales. También parece poco conveniente que a un guardador de hecho se le pueda imputar responsabilidad civil aplicando los mismos criterios que el art. 1903 CC (y su desarrollo jurisprudencial) aplica al tutor, pues de esta forma se desincentivan conductas familiares relativas a la guarda que pueden resultar muy beneficiosas para el incapaz, salvo que exista culpa grave o dolo imputable al propio guardador de hecho, en cuyo caso su responsabilidad puede afirmarse con más claridad.

Sin embargo, también es cierto que contamos con normas que pueden servir de fundamento a la opinión contraria, como ocurre con el ya mencionado art. 118.1.1.<sup>a</sup> CP, que declara responsables “*por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal **quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables***”, y otro tanto puede decirse, respecto a los menores de edad mayores de 14 años, del art. 61.3 LORPM, a cuyo tenor: “*cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de 18 años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores y acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos*”.

En la jurisprudencia resulta de interés la SAP de Ciudad Real, de 6 de julio de 2004, que declaró inaplicable el art. 1903 CC a los acogedores de un menor de edad en un caso de acogimiento familiar permanente en el que la tutela correspondía a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. La AP, separándose del criterio del JPI, realizó una interpretación literal y restrictiva del art. 1903 CC, que entendió aplicable únicamente a los padres y tutores, considerando a estas instituciones netamente diferentes a las del acogimiento, por lo que desestimó la demanda de daños. Y en el mismo sentido puede citarse la SAP de Madrid, de 16 de octubre de 2007, aunque la afirmación respecto al art. 1903 CC es en este caso *obiter dicta*, pues se trataba de un caso de responsabilidad civil derivada de un delito de lesiones cometido por un menor y en el que la perjudicada se había reservado las acciones para su ejercicio en vía civil, que ahora ejercitaba contra los padres del menor, a los que se condenó a indemnizar los daños.

---

<sup>11</sup>DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad civil por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, *Anuario de Derecho Civil*, 1987-III, págs. 831 y ss.

De la misma opinión, respecto al acogimiento (y delegación de la patria potestad), RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Ed. Comares, Granada, 1989, págs. 248 y ss.

Precisamente existe un grupo de casos que vienen **aplicando el art. 118.1 CP para declarar la responsabilidad del centro en el que se ha internado a una persona por problemas psicológicos cuando ésta ha causado daños estando bajo la potestad o la custodia de dicho centro y resulta exento de responsabilidad.**

Merece resaltarse al respecto la SAP de León, de 22 de octubre de 2004, que trae a colación varias SSTS sobre el mismo asunto. En este caso, se declaró responsable al ente público titular del centro psiquiátrico en el que una internada con esquizofrenia paranoide atacó y causó lesiones a una auxiliar de enfermería que trabajaba allí. En el FD segundo puede leerse la parte más relevante:

**“(…) Así el art. 118 del Código Penal establece que son también responsables civiles quienes tengan a su cargo la guarda legal o de hecho de las personas imputables según el artículo 20.1 del propio código por anomalías o alteraciones psíquicas y no cabe duda que el Hospital ejercía funciones de guardia respecto de Constanza donde estaba ingresada y que en el ejercicio de sus funciones actuó de forma negligente por su parte.** Así en numerosas sentencias del Tribunal Supremo 16 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2268), 15 de julio de 1994 (RJ 1994, 6452), así como de los Tribunales Superiores de Justicia (Madrid 3 de febrero de 1988, Cataluña 1-3-99) es reiteradísima la doctrina que afirma que al «ingresar un paciente en un establecimiento psiquiátrico surge un deber legal de custodia sobre la persona del interno con objeto de evitar los males que su incontrolada conducta pudieran seguirse, siendo así que todo quebrantamiento de la diligencia vigilante, determina la culpa porque la obligación de custodia de los enfermos por los vigilantes del hospital está fuera de toda duda. **La omisión de culpa "in vigilando" constituye "per se" la culpa o negligencia a que se refiere el Código Penal en el art. 118.1**». Se trata en definitiva de un quebrantamiento del deber de vigilancia que no tiene porque ser de carácter grave y no sólo de las personas concretas empleadas en el Hospital sino también de la entidad encargada de la guarda cuando un deficiente funcionamiento de vigilancia de los enfermos revela que la entidad ahora recurrente no puso los medios suficientes para prevenir la agresión o cuando aún habiendo puesto todos los medios que le eran exigibles, tales medios no funcionaron correctamente (...)”.

Lo cierto es que, tras esta breve exposición, es difícil no suscribir las consideraciones críticas de GÓMEZ CALLE<sup>12</sup> sobre lo ilógico que resulta la existencia de tres regulaciones distintas (CP, LORPM y CC) sobre la responsabilidad civil de

---

<sup>12</sup>GÓMEZ CALLE, E., “Responsabilidad de padres y centros docentes”, en REGLERO CAMPOS (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 1265 y ss.

padres, tutores y guardadores en general por los daños causados por menores e incapaces. ¿Por qué en unos casos la responsabilidad es objetiva, en otros por culpa que se presume y en otros por culpa que hay que probar? ¿Por qué en unos casos la responsabilidad es solidaria y en otros subsidiaria? ¿Por qué en algunos casos puede moderarse por el Juez según las circunstancias y en otros no? ¿Y qué decir del plazo de prescripción de 15 años de la responsabilidad civil derivada de delito establecido por nuestro TS (art. 1964 CC) en contraposición a la aplicación del plazo de 1 año del art. 1968.2.º para la responsabilidad civil extracontractual del art. 1903 CC?

### **3.3. La relevancia de la culpa de los inimputables**

¿Puede alegarse la culpa de la propia víctima (el inimputable) como circunstancia atenuante o excluyente de la indemnización cuando ésta es la responsable o concurrió con su negligencia a la producción del daño?. El problema es, sin embargo, más general: la especial predisposición de la víctima al daño debido a sus circunstancias personales típicas.

Los distintos puntos de vista del *Civil Law* y el *Common Law* ya han sido expuestos al respecto.

En España disponemos de una triste y vergonzosa aplicación de esta idea en el peor de los casos imaginables: en la responsabilidad por riesgo de los accidentes de circulación con aseguramiento obligatorio. En efecto, en el apartado Primero.2 del Anexo ("*sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*") del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el TR de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, puede leerse: "*se equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo esta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción de este*".

Entendido literalmente, el precepto ¡equipara! Inimputable a culpable y ello le permite aplicar la tradicional compensación de culpa y moderar la cuantía indemnizatoria, pero habrá que entender que ello será, si acaso, cuando el inimputable haya actuado de forma negligente. Por tanto, los agraviados por la norma son los inimputables, precisamente las personas que necesitan de una especial protección.

Una norma semejante no existe en ningún otro país europeos que conozcamos y su existencia (ni siquiera explicable por la probada presión del sector asegurador) constituye una vergüenza para el sistema jurídico español, porque protege más a la víctima de un accidente causado por un borracho o un drogado (circunstancias que no pueden ser opuestas por el asegurador) que a la víctima de un inimputable, con la única finalidad de favorecer al asegurador obligatorio en un supuesto de responsabilidad basada en el riesgo (¿admisibles en términos constitucionales?).

## **4. Conflictos de intereses**

Brevemente nos vamos a referir a algunos casos relevantes en los que los tribunales o la doctrina han apreciado la existencia o inexistencia de un **conflicto de intereses entre el incapacitado<sup>13</sup> y su tutor o curador, que ha exigido del nombramiento de un defensor judicial para la validez del acto o negocio jurídico en cuestión**, tal y como exige el art. 299.1.º CC: “*cuando exista un conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador*”.

En estos casos, dado que los intereses del incapacitado y su representante legal o su curador son opuestos o contrarios y existe el riesgo de que la defensa de sus propios intereses por parte de éstos ponga en riesgo o perjudique el interés del propio incapacitado, la ley exige que el juez nombre a otra persona que, de forma puntual y para un acto o negocio jurídico concreto, actúe en lugar del tutor o curador, asumiendo sus funciones.

Como han establecido los tribunales (así, en STS de 17 de enero de 2003, reproduciendo en parte las afirmaciones de la de 10 de marzo de 1994):

*Ello no obsta para que se tenga en cuenta lo previsto en el artículo 163 del Código Civil (LEG 1889, 27), que constituye el desarrollo del artículo 162.2; la representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se compruebe la existencia de concepto de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Una vez acreditado este extremo el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él. **El nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas; siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que hay conflicto de intereses.** Es decir, que al margen de la defectuosa constitución de la relación procesal observada en este procedimiento, la madre demandada, que se ha opuesto a la paternidad reclamada, manifiesta intereses contrarios, en principio, a los del menor que en los demás ámbitos representa, como, a*

---

<sup>13</sup>Si se trata de un incapaz natural no incapacitado (frecuentemente sujeto a una guarda de hecho) y se produjera un conflicto de intereses entre el guardador y el guardado, el nombramiento de tutor o curador será un paso previo necesario al nombramiento de un defensor judicial que intervenga para el caso de conflicto de intereses.

Otra cosa es que los tribunales vengán realizando el nombramiento de defensor judicial durante la sustanciación del proceso de incapacitación en estos casos: el proceso se inicia a instancia del Ministerio Fiscal y el incapaz no puede personarse por sí mismo, aplicando el art. 758 LEC (nombrando como defensor judicial a la persona que razonablemente ostentará el cargo de tutor o curador). Pero en este caso, el fundamento del nombramiento de defensor judicial se encuentra en el hecho de que el presunto incapaz no cuenta con tutor o curador que desempeñe sus funciones durante el proceso ni puede estar representado por el Ministerio Fiscal, que es el promotor del mismo.

mayor abundamiento, se acredita por las Sentencias dictadas en su contra en ambas instancias.

*Son contrarios los intereses de la madre demandada, que elude establecer la realidad, cualquiera que sea, sobre la paternidad, con los intereses del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona como del orden público del estado civil. **El conflicto existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos.***

**Conforme a lo previsto en el artículo 299 del Código Civil (LEG 1889, 27), el defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados, cuando la persona que legalmente debe hacerlo, padres, tutores o curadores, no lo hacen. Se trata de un cargo judicial porque es necesario una resolución judicial que acuerde su nombramiento. Cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1994 [ RJ 1994, 1731 ] ).**

Algunos de los principales supuestos en los que puede apreciarse la existencia de conflicto de intereses:

#### A) Realización de partición hereditaria:

Es uno de los casos más frecuentes en la práctica: por ejemplo, el tutor y el incapacitado –hermanos– son llamados a la herencia de sus padres; o, siendo tutores ambos padres, uno de ellos fallece (habría que liquidar también la sociedad de gananciales para proceder a la división hereditaria en su caso). Si la partición se realiza en escritura pública notarial, lo normal será que el propio notario exija su nombramiento de forma previa, pues puede estar en juego la nulidad absoluta de la escritura de partición de herencia. Los problemas se plantean muchas veces en relación a las particiones realizadas en documentos privados.

Sin embargo, la concurrencia de ambos a una misma herencia no genera automáticamente un conflicto de intereses. Pueden ponerse algunos ejemplos en los que esto no ocurre: así, cuando los bienes hereditarios son adjudicados *pro indiviso* a todos los herederos conforme al testamento; cuando la división de la cosa común no se realiza materialmente con adjudicaciones a los copropietarios, sino judicialmente mediante su venta en subasta a terceros (así, STS de 12 de marzo de 1996); cuando el tutor es llamado a la herencia en concepto de heredero, mientras que el tutelado lo es únicamente en concepto de legatario de bienes concretos y determinados que le son adjudicados; o cuando los acuerdos entre los herederos no pueden calificarse como “partición de herencia” en sentido propio.

Por ejemplo, la STS de 15 de octubre de 2008 abordó la validez de unos acuerdos previos a la partición realizados en documento privado (una partición contractual), relativos a la partición de una de las fincas que integraba el caudal hereditario de la herencia de sus padres y cuya elevación a escritura pública notarial se interesaba. En este documento habían intervenido todos los hermanos y uno de ellos era, a su vez, tutor de otro, sin que la intervención del defensor judicial se hubiera producido hasta tiempo después (así, intervino ya en los actos posteriores) y era esta circunstancia la que se alegaba por la demandada (hermana de los demandantes) para defender la nulidad del acuerdo.

Tanto el JPI como la AP de Oviedo habían estimado la validez de dicho documento privado y la obligación de la demandada comparecer para elevarlo a público. El TS ratificó esta decisión con un argumento bastante literalista: lo realizado sin la intervención del defensor judicial había sido un acto o acuerdo “pre-particional”, pero no una partición en sentido propio:

*Es una realidad incuestionable que D. Simón fue nombrado judicialmente tutor de su hermano incapaz D. Juan Pedro, y que éste era heredero de sus padres. También lo es que el mismo D. Simón solicitó judicialmente el nombramiento de defensor judicial para que representase al incapaz en la herencia de sus padres, por tener intereses opuestos, y que el Juzgado accedió a ello, designando a D. Miguel Álvarez-Quiñones Caravia.*

*Este defensor judicial ha de pedir la aprobación judicial de la partición, si el Juez no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (art. 1.060, párrafo 2º, C.c [LEG 1889, 27]). En el caso litigioso no se ha dado esta última circunstancia.*

***Por tanto, una vez realizada la partición es cuando ha de recaer la aprobación judicial, de ningún modo para cada uno de los actos o acuerdos pre-particionales que vayan configurándola. Examinado el documento privado de 25 de febrero de 2000, se observa que no contiene más que un acuerdo por el que se atribuirá en la partición de la herencia en cuanto a los inmuebles un lote de ellos, en pago de su cuota, a la demanda, pero quedaron sin partir los demás bienes, y que dicha D<sup>a</sup>. Juan Pedro habría de segregar de una de las fincas que se le adjudicaban una franja de terreno para agregarla a otra finca. Todo lo cual es demostrativo de que no había todavía una partición de la herencia de los padres del incapacitado D. Juan Pedro, y nada tenía que presentarse a la aprobación judicial, sólo aquella cuando se hubiese realizado, que recogería lo acordado en el documento privado.***

*Por todo ello el motivo se desestima.*

Cuando sea necesaria la liquidación de una sociedad de gananciales de forma previa a la partición hereditaria pueden surgir nuevos conflictos de intereses. El típico suele ser entre el viudo o viuda tutor y su hijo incapacitado, como ocurrió en la STS de 8 de junio de 2011, aunque referida a un menor de edad, donde se declaró la nulidad

de dicha partición, entre otras razones, porque no se nombró a un defensor judicial tal y como exige el art. 163 CC (con participación de mismo en la formación del inventario: art. 1057 CC), y porque tampoco constaba la aprobación judicial de dicha partición, como exige el 1060 CC.

Sin embargo y respecto a una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia otorgada por el cónyuge viudo en su propio nombre y en representación de sus hijos menores, la importante RDGRN de 15 de septiembre de 2003 vino a establecer que no es necesaria la intervención de defensor judicial cuando de la escritura no pueda apreciarse claramente un concreto conflicto de intereses.

Es de interés señalar que, en este caso, todos los bienes inventariados eran gananciales y no había duda sobre ello, y además, se habían adjudicado a la madre y a sus dos hijos menores de edad *pro indiviso* y eran todos los bienes que figuraban en el acta de declaración de herederos tramitada ante notario, por lo que no cabía apreciar el conflicto de intereses que alegaba la registradora como fundamento de su negativa a inscribir (lo que ya había sido afirmado con anterioridad la DGRN en su Resolución de 6 de febrero de 1995).

Los FD segundo y cuarto de esta Resolución de 2003 son los que ahora interesan, que tratan las cuestiones de la adjudicación de los bienes *pro indiviso* y la formación de inventario de los gananciales entre quienes puede existir un conflicto de intereses (FD segundo), así como la razonable aplicación del art. 163 CC para apreciar la existencia de un conflicto de intereses:

*SEGUNDO. Se trata de una cuestión que ya ha resuelto este Centro Directivo. La Resolución de 27 de enero de 1987 (RJ 1987, 368) estableció la doctrina (confirmada por las de 10 de enero de 1994 [RJ 1994, 234], 6 de febrero de 1995 [RJ 1995, 1329], y, recientemente, 11 de marzo de 2003 [RJ 2003, 3949]) de que **la adjudicación pro indiviso, conforme a las cuotas legales o testamentarias, es una operación sin trascendencia económica, que supone desde el punto de vista jurídico una transformación de la comunidad germánica sobre el patrimonio hereditario (o ganancial) en comunidad romana o por cuotas indivisas sobre los singulares bienes, transformación que, en sí misma, no envuelve peligro alguno de lesión o perjuicio para los hijos representados. Si el régimen económico matrimonial que se extingue por el fallecimiento del causante era el de gananciales esta Dirección General ha considerado que existe contradicción de intereses en la determinación por inventario de los bienes que son gananciales, pues la presunción legal puede desvirtuarse (cfr. Resoluciones de 14 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2540] y 3 de abril de 1995 [RJ 1995, 3238]); mientras que si la presunción no opera porque el carácter ganancial viene dado por los títulos de adquisición, al ser expreso, mediante la Resolución de 10 de enero de 1994 (RJ 1994, 234), entendió que no se da oposición de***

*intereses en la formación de inventario, lo que confirmaron las Resoluciones de 6 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1329), (cuya identidad de supuesto de hecho con el de este recurso debe ser destacada) y la más reciente de 11 de marzo de 2003 [RJ 2003, 3949]. Es de advertir que el Registrador en su calificación no pone en tela de juicio la determinación expresa del carácter ganancial de los bienes inventariados sino que, más bien (aparte que lo hace en su informe y no en la calificación, cuando, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo es la calificación negativa –y no el posterior informe– la que deberá expresar la íntegra motivación jurídica de los defectos consignados en aquélla, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer los fundamentos jurídicos de su negativa), se basa en el eventual carácter incompleto del inventario, si la viuda hubiera hecho ocultaciones que a ella favorecería y perjudicarían a los hijos.*

(...)

**CUARTO. Es cierto que el artículo 163 del Código Civil (LEG 1889, 27) ha de interpretarse con la necesaria amplitud para que no quede inaplicado, pero también los es que la oposición de interés ha de ser real (el texto legal exige que el padre o la madre «tengan», interés contrapuesto «en algún asunto»). Precisamente, en el caso resuelto por la Resolución de 15 de mayo de 2002 (RJ 2002, 8572), la oposición surgía del ejercicio por la viuda de la opción compensatoria de la cautela socini y de la declaración de una obra nueva a costa del patrimonio ganancial, lo que suponía la determinación unilateral del inventario en forma distinta a la que resultaba de los títulos de adquisición. De los hechos hipotéticos no puede deducirse la existencia de oposición de intereses, pues ni son conocidos, ni son concretos, ni resultan de la escritura ni del Registro, por lo que no pueden ser tenidos en cuenta para la calificación (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria [RCL 1946, 886]). Por las circunstancias que concurren en la escritura objeto de este recurso no se da oposición de intereses entre la viuda y sus dos hijos menores, siendo plenamente aplicable la doctrina de las Resoluciones de 10 de enero de 1994 (RJ 1994, 234) y de 6 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1329).**

A este respecto debe resaltarse que el art. 272 CC exige la aprobación judicial de la partición de herencia realizada por el tutor, en abierta contradicción con el párrafo primero del art. 1060 CC, que dice expresamente que “cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial”. La contradicción ha de resolverse a favor del art. 272 CC, cuya actual redacción procede de la DF 18.<sup>ª</sup> de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, y por tanto, posterior en el tiempo<sup>14</sup>. En este caso y

---

<sup>14</sup>Y no parece que el art. 272 CC deba entenderse derogado en este punto por la LEC, cuyo art. 787 omite cualquier referencia a dicha aprobación judicial dentro del procedimiento para la división de la herencia.

como indica el párrafo segundo del art. 1060, será el defensor judicial asignado quien deba obtener la aprobación judicial, salvo que el juez hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

#### B) Otros ejemplos de conflicto de intereses:

Puede citarse, en primer lugar, el ejercicio de las acciones de reclamación e impugnación de paternidad. En los casos resueltos por nuestros tribunales casi siempre el conflicto se produce –lógicamente– entre los padres y los menores de edad, aunque nada impide que pueda plantearse entre el tutor y el incapacitado mayor de edad. En estos casos se precisa el nombramiento de un defensor judicial: SSTS de 7 de noviembre de 2002, 17 de enero de 2003, 4 de marzo de 2003 y 5 de noviembre de 2003, entre otras.

Por otro lado y sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse casos tales como: la liquidación de una sociedad entre el representante legal y su representado, el otorgamiento de una escritura de transacción entre ambos, o aquellos casos en que se da lugar al fenómeno de la autocontratación.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARNAU RAVENTOS, L., comentario a la STS de 21 de septiembre de 2011, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 89, mayo/agosto 2012, págs. 413 y ss.
- CARON-DÉGLISE, A., “La capacidad de la persona protegida en la esfera personal en el Derecho francés tras la Ley de 5 de marzo de 2007: ¿respeto del principio fundamental de capacidad natural o capacidad parcial”, en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ J. (Coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 219 y ss.
- DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, *Anuario de Derecho Civil*, 1987-III, págs. 795 y ss.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (Coord.), *Derecho de familia*, Pamplona, 2012.
- FERRANDO, G., “Las figuras de protección de las personas vulnerables tras la reforma introducida por la Ley 6/2004, de 9 de enero”, en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 151 y ss.
- GARCÍA LLERENA, V., *El mayor interés en la esfera personal del incapaz*, Ed. Fundación Paideia Galiza, A Coruña, 2002.
- GARCÍA PONS (Dir.), *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español: la Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Madrid, 2008.

- IDEM, “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, 2013, págs. 59 y ss.
- GÓMEZ CALLE, E., “Responsabilidad de padres y centros docentes”, en REGLERO CAMPOS (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 1265 y ss.
- MODÉJAR PEÑA, M.<sup>a</sup> I., “El defensor judicial”, en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (Coord.), *Derecho de familia*, Pamplona, 2012, págs. 2037 y ss.
- MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1989.
- PEREÑA VICENTE, M., “La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?”, *La Ley*, 2011.
- PÉREZ BUENO, L. C., *Hacia un Derecho de la discapacidad*, Ed. Aranzadi-Thomson, Navarra, 2009.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Ed. Comares, Granada, 1989.
- YAÑEZ VIVERO, F., *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz*, Pamplona, 2009.