



COLECCIÓN ENVEJECIMIENTO ACTIVO

Fundaciones Tutelares

*Una alternativa para favorecer la protección jurídica de
las personas con Trastorno del Espectro del Autismo*

inse**tec**

Investigación Social
sobre el Envejecimiento
de las personas con TEA

CONFEDERACIÓN
AUTISMO



Autoría:

Ruth Vidriales Fernández

Rodrigo Marrero Macías

Ignacio San Juan Vilches

Susana Martín Gijón

Editor:

Autismo España. Año 2017

ISBN 978-84-697-7529-5

Depósito Legal M-32996-2017

Autismo España es una confederación de ámbito estatal que agrupa entidades del tercer sector de acción social promovidas por familiares de personas con TEA que facilitan apoyos y servicios específicos y especializados para personas con este tipo de trastornos y sus familias.

Nuestra misión es apoyar a las personas con TEA y sus familias promoviendo la reivindicación y el ejercicio efectivo de sus derechos, con el propósito de favorecer su calidad de vida y conseguir la igualdad de oportunidades.

Presentación

El 13 de diciembre de 2006 se aprobó en el marco de la ONU la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esta Convención nació con el objetivo de adaptar las normas pertinentes de los Tratados sobre derechos humanos existentes al contexto de la discapacidad y por tanto se dirige específicamente a garantizar el ejercicio de dichos derechos por parte de todas las personas con discapacidad.

España fue de los primeros países en firmarla (el 30 de marzo de 2007) y también uno de los primeros veinte que procedieron a su ratificación, contribuyendo de esta manera a su entrada en vigor. Esto implica que actualmente forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y por tanto las normas vigentes deben modificarse e interpretarse conforme a sus disposiciones. Estas modificaciones afectan, entre otras, a la regulación de los mecanismos de protección

jurídica de las personas con discapacidad (instituciones como la tutela y la curatela) así como a las organizaciones que se orienten a este fin (fundaciones tutelares).

Por otro lado, las entidades vinculadas a la Confederación Autismo España han comenzado en los últimos años a demandar de manera creciente una mayor información sobre la protección jurídica de las personas a las que prestan apoyos, especialmente aquellas que incorporan a personas adultas con TEA en sus servicios, así como sobre los recursos que pueden poner en marcha para garantizarla.

En este marco se publica en 2016 desde Autismo España el estudio de investigación Envejecimiento y Trastorno del Espectro del Autismo, una etapa vital invisible, a través del cual se identifican las principales demandas de información en este ámbito por parte de profesionales, familiares y personas con Trastorno del Espectro del Autismo. Desde

entonces, Autismo España sigue trabajando a través de la Comisión de Envejecimiento Activo en las que participan las entidades asociadas para dar respuesta a estas demandas mediante el diseño de herramientas, modelos de apoyo y publicaciones como la que tiene en sus manos.

Así, el desarrollo de un estudio especializado sobre los principios y derechos que establece la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación a la protección jurídica de las personas con TEA en su etapa adulta era una demanda a la que tratamos de dar respuesta con esta publicación.

En ella se abordan las principales medidas judiciales de protección para las personas con necesidades de apoyo, así como, muy especialmente, el caso de las fundaciones tutelares y todos los requisitos necesarios para su constitución, facilitando información de interés para las

organizaciones o particulares que pretendan poner en marcha recursos de este tipo.

Todo ello conforme a la normativa vigente en el momento de su publicación, pero con la mira puesta en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en el deber de cumplimiento que tiene España a día de hoy para adecuarse a ella dotando de los apoyos necesarios sin el menoscabo de la autonomía de las personas que los requieran.



Índice

Bloque I: Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad **10**

1. Breve acercamiento a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su incidencia en los procesos de modificación de la capacidad. **11**

2. Análisis del texto **15**

2.1. Principios generales de la Convención de la ONU **16**

2.2. Derechos recogidos en la Convención de la ONU **17**

3. Implicaciones de la Convención para el ordenamiento jurídico en España. **20**

Bloque II: Medidas de protección y garantías **23**

I.- Medidas judiciales de protección **24**

1. Elementos básicos para comprender el procedimiento de modificación de la capacidad. **24**

2. El proceso de modificación de la capacidad **28**

2.1. Las personas con discapacidad como titulares de la tutela judicial efectiva **28**

2.2. ¿Quién puede iniciar un proceso de modificación de la capacidad? **33**

2.3. ¿Qué Juzgado es el competente para declarar la modificación de la capacidad? **35**

2.4. ¿Cuáles son los pasos que sigue el proceso judicial de modificación de la capacidad? **35**

3. Figuras de guarda de las personas con capacidad modificada	41
3.1. Tutela y sistema tutelar	41
3.1.1. ¿Quiénes pueden desempeñar el cargo de tutor?	42
3.1.2. Ejercicio de la tutela	46
3.2. Curatela	49
3.2.1. Personas susceptibles de estar sujetas a la institución de la curatela	49
3.2.2. Constitución de la curatela y el curador	50
3.2.3. El ejercicio de la curatela	50
3.3. Guarda de Hecho	52
4. El artículo 12 de la Convención de la ONU: igual reconocimiento como persona ante la ley	54
4.1. Análisis del artículo	54
4.2. Implicaciones de la Convención para las instituciones tutelares	61
II.-Otras medidas de protección patrimonial	62
1. Introducción	62
2. La normativa aplicable	64
3. Beneficiarios del “patrimonio protegido”	67
4. Personas encargadas de la protección del patrimonio	68
5. Medios de protección patrimonial	70

6. Autorizaciones judiciales	74
7. El fideicomiso legitimario de la persona con la capacidad modificada	75
8. Aspectos fiscales a destacar	77
Bloque III: Fundaciones tutelares en el marco del ejercicio de la tutela.	80
1. Introducción	81
2. Principales características de las Fundaciones	82
2.1. Ausencia del ánimo de lucro	84
2.2. Afección duradera de un patrimonio	84
2.3. Fines de interés general	85
3. Órganos de gobierno de la fundación	87
3.1. El patronato: funciones y composición	87
3.1.1. El Presidente	87
3.1.2. El Secretario	87
3.1.3. Los patronos de la Fundación	88
3.1.4. Sustitución temporal y cese de patronos	88
3.1.5. La retribución de los patronos	89
3.2. Funcionamiento del patronato: el ejercicio del cargo de patrono y su responsabilidad	89
3.2.1. Supuestos de autocontratación	90
3.3. Otros órganos de la fundación	91

3.4. El Protectorado, un órgano de la Administración que supervisa el gobierno de la fundación	92
4. Dotación fundacional, financiación de las fundaciones y otras cuestiones de carácter patrimonial	95
4.1. Dotación fundacional e ingresos ordinarios	95
4.2. Otros ingresos de las fundaciones tutelares: actividad económica accesoria, complementaria o relacionada con el fin fundacional principal	98
4.3. Limitaciones a la disposición del patrimonio de la fundación tutelar	99
5. ¿Cómo se constituye una fundación?	101
5.1. Quién puede constituir una fundación	101
5.2. Formas de constituir una fundación: en vida o vía testamentaria	102
5.3. Cuestiones relativas al nombre de la fundación	103
5.4. Cuestiones relativas a la nacionalidad y el domicilio de la fundación	107
5.5. Últimos pasos: la inscripción y los problemas asociados	108
5.6. La dotación de las fundaciones tutelares	110
6. Modificaciones estatutarias, fusión y extinción de las fundaciones	112
6.1. Modificaciones estatutarias	112
6.2. La fusión de fundaciones	114
6.2.1. Fusión ordinaria: por decisión libre de las fundaciones	114
6.2.2. Fusión extraordinaria: por decisión del Protectorado	115
6.3. La extinción de la fundación tutelar	115

7. Fundaciones del Sector Público	118
Implicaciones prácticas	124
1. Implicaciones derivadas de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	125
2. Implicaciones para el sistema vigente de modificación de la capacidad	129
3. Implicaciones para la organización y desarrollo de las fundaciones tutelares	130
4. Consideraciones finales	132
Normativa de referencia	133



1

Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

1. Breve acercamiento a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su incidencia en los procesos de modificación de la capacidad

La Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención) nace desde la convicción histórica de que la sociedad internacional debe asumir el compromiso que tiene pendiente con las personas con discapacidad, cuyos derechos no se han encontrado suficientemente reconocidos y garantizados.

Desde la postguerra de la Segunda Guerra Mundial hasta hoy se han venido produciendo distintos acercamientos en las actuaciones encaminadas a esta protección, primero desde un enfoque esencialmente preventivo y médico-rehabilitador hasta llegar a una perspectiva social que reconoce la influencia de los factores contextuales y del entorno en el funcionamiento personal.

El necesario cambio de visión en relación a los derechos se consolida con la publicación de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud por parte de la Organización Mundial de la Salud en 2001 y que da lugar a la perspectiva actual de la discapacidad ofreciendo una explicación biopsicosocial sobre la misma.

Este modelo enfatiza que la discapacidad no es una característica inherente de la persona, sino el resultado de la interacción entre sus posibles condiciones de salud (alteraciones en funciones corporales y mentales) y determinados factores contextuales (incluyendo componentes sociales y culturales), que pueden facilitar o limitar la realización de las actividades propias de la vida en comunidad y restringir la participación de la persona en la sociedad.

Paralelamente a esta evolución sobre la concepción de la discapacidad, también se ha producido un enorme desarrollo en el ámbito del reconocimiento de los derechos de este colectivo, vinculándose actualmente al marco de los Derechos Humanos. Para llegar a este punto han sido necesarias diversas actuaciones en el ámbito internacional, aprobadas mediante resoluciones de Naciones Unidas.

El primer gran hito internacional en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad se produjo en el año 1971 con la aprobación de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Si bien se ha avanzado mucho desde entonces, no podemos negarle su importancia por cuanto este documento refleja el abandono parcial de la orientación médica y asistencial, dando paso a la visión social que se configuró por primera vez en torno al marco de la defensa y el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad.

Este cambio de perspectiva fue fundamental en la historia de la defensa de los referidos derechos, ya que por primera vez se obligaba a

los estados a promoverlos y a garantizarlos. Además, facultaba a los interesados a ejercitarlos ante los organismos administrativos y, en su caso, judiciales.

Posteriormente y, desde este mismo enfoque, se aprobó en 1975 la *Declaración de los Derechos de los Impedidos* por la cual se establecían una serie de derechos económicos y sociales de gran relevancia para promover el desarrollo personal y la integración social de las personas con discapacidad. Esta Declaración reconocía explícitamente los mismos derechos civiles y políticos que a las demás personas, y exigía la adopción de medidas destinadas a lograr la mayor autonomía posible.

No obstante, el cambio real de modelo en el ámbito jurídico que implicó el abandono definitivo de la concepción rehabilitadora y asistencial se produjo en los años 80 con la aprobación por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas del *Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*. En él se consolidaba la visión basada en el reconocimiento y disfrute de derechos y se introducía una noción innovadora y fundamental a la hora de su ejercicio efectivo, el concepto de **equiparación de oportunidades**.

A principios de los años 90 tuvo lugar otro hito de importancia en el marco de Naciones Unidas. Éste se produjo con la publicación de la Resolución 48/96 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1993, por la que se aprobaban las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

Si bien estas normas no tenían un carácter vinculante, constituyeron un elemento de referencia para la protección jurídica de las personas con discapacidad. Establecieron por primera vez una serie de requisitos y esferas para la igualdad de participación (educación, empleo, cultura, vida familiar o deporte), unas medidas para su ejecución y definieron ciertos mecanismos de supervisión.

No obstante, ya en el siglo XXI y a pesar de las resoluciones, declaraciones y normas generadas, se continúa constatando que las personas con discapacidad encuentran barreras para la participación en la vida social y comunitaria en igualdad de

condiciones que el resto de la ciudadanía, y que se vulneran sus derechos fundamentales en todos los lugares del mundo.

Esta realidad, y la preocupación sobre el funcionamiento de los instrumentos jurídicos desplegados por Naciones Unidas, llevaron a adoptar una serie de acciones dirigidas específicamente al análisis jurídico de la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad.

Entre estas actuaciones destaca la publicación de tres informes:

- Principios, orientaciones y garantías para la protección de las personas recluidas por mala salud mental o que padecen trastornos mentales.¹
- Los derechos humanos y las personas con discapacidad.²
- Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de los derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto.³

¹ Fue elaborado por Erica—Irena A. Daes, quien fue nombrada Relatora Especial por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en el año 1986.

² Elaborado por Leandro Despouy, que también fue designado Relator Especial por la Subcomisión en el año 1993.6.

³ Elaborado por GerardQuinn y Theresia Degener en el año 2002.

Una de las principales conclusiones de estos informes fue que las personas con discapacidad se encontraban jurídicamente en desventaja en comparación con otros grupos que pueden ser considerados vulnerables (mujeres, personas refugiadas, niños/as,...) resaltando que se encuentran amparados por convenciones sectoriales, lo que no ocurría en el caso de las personas con discapacidad.

Esta realidad llevó a que en el año 2001, en el Debate General correspondiente a la Sesión 56ª de la Asamblea General, se constituyera un Comité Especial para la elaboración de una convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Su texto fue redactado por dicho Comité, siendo presentado el día 5 de diciembre de 2006 y aprobado por la Asamblea General el 13 de diciembre de ese mismo año.

Con la Convención, Naciones Unidas adoptó el instrumento jurídico más importante de protección de los derechos de las personas con discapacidad realizado hasta la fecha, que ampara a uno de los colectivos más vulnerable y numeroso del planeta.

El objetivo final de la Convención no es otro que asegurar que las personas que viven con algún tipo de discapacidad en cualquier parte del mundo puedan acceder al ejercicio efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales en un plano de absoluta igualdad al resto de la ciudadanía, y sin discriminación de ningún tipo. Asimismo, persigue remover los obstáculos que impiden el acceso y participación de las personas con discapacidad en la educación, la atención a la salud, el empleo u otros ámbitos de la vida social o comunitaria.



2. Análisis del texto legal

En su artículo 1, la Convención de la ONU declara como propósito:

Promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto a su dignidad inherente.

La Convención no pretende crear nuevos derechos, sino garantizar los existentes mediante la erradicación de todo tipo de discriminación que pueda afectar a las personas con discapacidad. Asimismo, pretende promover un cambio global de la conciencia hacia este colectivo, favoreciendo la sensibilización de sus derechos y necesidades.

Es importante destacar algunas novedades jurídicas que la Convención aporta en relación a las personas con discapacidad:

- **La visibilidad** de las personas con discapacidad como aspecto básico.

Es un elemento fundamental a la hora de garantizar la normalización de la discapacidad en el marco de la sociedad. La Convención dispone que este aspecto debe figurar en todas las agendas políticas, tanto nacionales como internacionales.

- **La asunción** del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos.

La Convención sitúa los derechos de las personas con discapacidad dentro del ámbito de los Derechos Humanos y no en los marcos asistenciales, de caridad o sanitarios, completamente superados hoy en día. Por lo tanto, las desventajas que sufren estas personas por razón de su discapacidad quebrantan directamente el ejercicio de los Derechos Humanos.

- **La configuración** de una herramienta jurídica vinculante para hacer valer estos derechos.

La publicación, firma y ratificación de la Convención y de su Protocolo Facultativo por parte de cualquier país conlleva su inmediata entrada en vigor y hace que se constituya en norma dentro del ordenamiento jurídico del mismo. Esto implica necesariamente la revisión de la normativa vigente para que, en caso de conflicto, se proceda a su modificación.

- **La concienciación** sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Uno de los principales aspectos de la Convención de la ONU estriba en la labor de sensibilización que establece a todos los niveles.

2.1. Principios generales de la Convención de la ONU

El artículo 3 de la Convención enuncia sus principios generales, que conjugan la igualdad con la dignidad humana y reafirman la equiparación de oportunidades entre todas las personas (independientemente de sus circunstancias personales o sociales y teniendo en cuenta que, para ello, es necesario establecer medidas de promoción y accesibilidad).

Estos principios son los encargados de informar el resto de los artículos, teniendo una importancia fundamental en la interpretación de lo dispuesto por la Convención:

Los principios de la Convención son los siguientes:

- Respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas.
- No discriminación.
- Participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.
- Respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.
- Igualdad de oportunidades.
- Accesibilidad.
- Igualdad entre el hombre y la mujer.
- Respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

2.2. Derechos recogidos en la Convención de la ONU

El objeto de la Convención no se centra tanto en la creación de nuevos derechos como en el desarrollo de los ya existentes en cuanto a su promoción, protección y garantía, para que todas las personas con discapacidad puedan ejercerlos en condiciones efectivas y de igualdad.

Son precisamente los principios de igualdad y no discriminación los que sustentan la totalidad del sistema jurídico que se recoge en la Convención. Son éstos también los que deben guiar la actuación de todos los Estados firmantes en la adopción de las medidas legislativas, administrativas y judiciales que se deben adoptar para garantizar los derechos recogidos en la Convención, modificando o incluso derogando la normativa que constituya o pueda dar lugar a prácticas discriminatorias.

En este sentido, los Estados que ratifican la Convención no sólo deben modificar y anular normativa o abstenerse de actos o prácticas incompatibles con su texto, sino

que han de tener en cuenta lo dispuesto por la misma en todas las políticas, planes y programas que revisen o desarrollen la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad.

Asimismo, están obligados a adoptar las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad.

Para garantizarlo, la Convención establece explícitamente una serie de derechos que deben ser tenidos en cuenta por todos los Estados firmantes de la Convención y que se sintetizan y describen a continuación, englobándolos en diferentes ámbitos:

A. DERECHOS DE IGUALDAD

Extensivos a todos los ámbitos y aspectos que afectan a la persona con discapacidad, incluyendo el reconocimiento explícito de la igualdad en lo que se refiere a su capacidad jurídica.

B. DERECHOS DE PROTECCIÓN

Todos aquellos encaminados a amparar y proteger tanto la integridad física y moral de la

persona, como su ámbito más íntimo (como puede ser su hogar y su familia). En este ámbito se contemplarían derechos como los siguientes:

- Protección de la vida.
- Protección ante situaciones de riesgo.
- Protección frente a la tortura y malos tratos.
- Protección contra la explotación, la violencia y el abuso.
- Protección de la integridad personal (física y mental).
- Protección de la privacidad.
- Protección del hogar y la familia.

C. DERECHOS DE LIBERTAD Y AUTONOMÍA PERSONAL

Su objetivo es fomentar, mantener y garantizar, mientras sea posible, la máxima capacidad de autogobierno de la persona, entendida como la capacidad de tomar decisiones sobre su propia vida y las actuaciones que le afectan.

El fomento de la autonomía personal en relación con la dignidad de la persona es uno de los puntos básicos que recoge la Convención, proclamando que la persona con discapacidad que vea afectado su autogobierno ha de poder disfrutar de los apoyos necesarios para participar en la toma de decisiones sobre su vida, priorizándose sus perspectivas personales e intereses.

Dentro de estos derechos se incluyen:

- Derecho a la libertad y seguridad de la persona.
- Derecho a la libertad de desplazamiento.
- Derecho a la libertad para elegir la residencia y a una nacionalidad.
- Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.
- Derecho a la movilidad personal con la mayor independencia posible.

D. DERECHOS DE PARTICIPACIÓN

Se ha expuesto en los principios que recoge la Convención la relevancia de la participación activa de las personas con discapacidad en la vida social. Para ello no solo se enuncia como principio, sino que se concreta en una serie de derechos, como son:

- Derecho a la libertad de expresión y de opinión.
- Derecho de acceso a la información.
- Derecho a participar en la vida política y pública.
- Derecho a participar en la cultura o en las actividades recreativas.

E. DERECHOS SOCIALES

Entre los derechos que se pueden incluir dentro de este apartado se encuentran los siguientes:

- Derecho a una educación inclusiva y una formación continua.
- Derecho a una sanidad de calidad.
- Derecho a la habilitación y rehabilitación para fomentar y mantener la máxima independencia, así como la capacidad física, mental, social y vocacional.
- Derecho al acceso laboral en igualdad de condiciones y a entornos laborales abiertos, inclusivos y accesibles.
- Derecho a disfrutar de un nivel de vida adecuado y de la protección social.

El objeto de la Convención no se centra tanto en la creación de nuevos derechos como en el desarrollo de los ya existentes en cuanto a su promoción, protección y garantía, para que todas las personas con discapacidad puedan ejercerlos en condiciones efectivas y de igualdad.

3. Implicaciones de la Convención para el ordenamiento jurídico de España

Es necesario exponer qué supone la firma y ratificación⁴ de la Convención de la ONU por parte de España.

En primer lugar, al tratarse de un tratado internacional que España firma y ratifica tal y como establece el artículo 96.1⁵ de la Constitución Española, se integra en su ordenamiento interno, es decir, es directamente aplicable.

Además, al encontrarse enmarcada en el ámbito de los Derechos Humanos tiene una especial relevancia conforme al **artículo 10.2 de la Constitución** que establece que:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

El artículo transcrito vincula la interpretación de los derechos y libertades a los tratados sobre esta materia que hayan sido ratificados por España, como es el caso de la Convención. De esta manera, los tratados internacionales que ya forman parte del derecho interno, en base al artículo 10.2, tienen un especial valor dotándoles de un rango constitucional.



⁴ Ratificada por España en instrumento de ratificación publicado en el BOE de 21 de abril de 2008.

⁵ Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

De todo lo anterior cabe destacar que la Convención de la ONU tiene una importancia capital a la hora de determinar el sentido y la interpretación de los derechos constitucionales para las personas con discapacidad. En consecuencia, se debe tener en cuenta a la hora de crear, aplicar o interpretar cualquier norma que pueda afectar a este colectivo.

Será necesario realizar acciones normativas sectoriales que permitan adaptar el ordenamiento en sectores del Derecho determinados, particularmente en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Uno de los aspectos más relevantes de la Convención es la necesidad de modificación de los actuales procesos de incapacitación, inmersos en un profundo proceso de reflexión a raíz de la ratificación de la Convención.

En este sentido, supone una transición desde conceptos jurídicos tradicionales tales como la capacidad jurídica, la capacidad de obrar, la incapacitación o la tutela y curatela a otros que implican la modificación de capacidad unida a un sistema de apoyos. Por coherencia con el sentido de la Convención, a lo largo de este

estudio éste será el concepto que se emplee para hacer referencia a los procesos jurídicos que se dirigen a garantizar la protección jurídica de las personas que tienen dificultades de autogobierno.

Las implicaciones de la Convención van más allá de una simple modificación en la terminología jurídica e introducen un cambio fundamental a la hora de abordar la cuestión de la capacidad de las personas para tomar decisiones por sí mismas sobre sus vidas, y en consecuencia los procedimientos de protección jurídica, debiendo afectar igualmente a las figuras de tutela, como son las fundaciones tutelares.

Así, los procesos de modificación de la capacidad deben partir de que las personas con discapacidad tienen el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y a la equiparación de su capacidad en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida.

Como consecuencia de ello será necesario ir superando el modelo de sustitución en la toma de decisiones que preside el proceso de incapacitación para pasar a un

modelo de apoyo y asistencia en la toma de decisiones.

Para ello, se establece la obligación de que los Estados que han ratificado el texto de la Convención en su ordenamiento jurídico tomen las medidas necesarias para proporcionar mecanismos de apoyo adecuados a las personas con discapacidad que lo precisen, cuyo objeto final sea asegurar el disfrute de la plena capacidad en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía.

Esta situación supone un desafío para el sistema vigente, pues no solo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino que incide directamente en la concepción sobre la capacidad de las personas, y fundamentalmente en la incorporación del modelo de apoyos, que se enfrenta al sistema de tutela tradicional.

Para su desarrollo efectivo e implementación es imprescindible la consecuente reforma legislativa que permita la asunción plena del nuevo sistema de apoyos y asistencia en el ordenamiento, abandonando el procedimiento de incapacitación tal y como se encuentra regulado en la actualidad.

Tras casi diez años desde la ratificación de la Convención de la ONU por España, este proceso sigue abierto e incompleto, y es necesario que se aborde de forma inaplazable, rigurosa y profunda, transformando realmente el sistema sin la necesidad de acudir a soluciones intermedias o provisionales como el uso de la figura de la curatela, aspecto que conlleva un riesgo de estancamiento en las profundas reformas que se requieren. 

La Convención de la ONU tiene una importancia capital a la hora de determinar el sentido y la interpretación de los derechos constitucionales para las personas con discapacidad.



2

Medidas de protección y garantías

I. MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN

1. Elementos básicos para comprender el procedimiento de modificación de la capacidad

Anteriormente se ha realizado una breve exposición de lo que implica la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y el impacto que ha de tener en la normativa en general y en los procesos de modificación de la capacidad en particular.

Sin embargo, con objeto de ser rigurosos en la exposición de estos procedimientos, es necesario realizar un acercamiento a la situación que sigue vigente en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perder de vista que tanto los procedimientos aquí descritos, como las instituciones de guarda que se desarrollan están siendo objeto de revisión, adaptación y (confiemos) renovación conforme a lo establecido en la Convención de la ONU.

Además, es necesario apuntar que en el presente bloque se expone el proceso judicial con una adaptación a la nueva terminología, con el objeto de contribuir a sensibilizar y a asentar en el conocimiento jurídico y general estas denominaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, partimos de una serie de conceptos básicos que suponen el punto de partida para el conocimiento de los procesos de modificación de la capacidad y sus implicaciones, y que responden a la realidad actual.

Concretamente son tres los elementos que se describirán a continuación:

- A. La capacidad jurídica.**
- B. La capacidad de obrar.**
- C. La modificación de la capacidad.**

A. CAPACIDAD JURÍDICA

La capacidad jurídica parte de que toda persona, por el mero hecho de serlo, es sujeto de derechos y obligaciones a lo largo de toda su vida.

Esta concepción se deriva del artículo 29 del Código Civil que establece que El nacimiento determina la personalidad [...] derivándose de este hecho que la capacidad jurídica tiene los siguientes caracteres:

- Universal: dado que alcanza a todo ser humano por el mero hecho de su nacimiento.
- Permanente: puesto que permanece inmutable y sin posibilidad de delimitación durante toda la vida de la persona.
- Incondicional: no puede ser sometida a requisito o condición alguna para ostentarla.

En base a estas características, toda persona tiene capacidad jurídica, independientemente de sus circunstancias o condiciones personales, que no tendrían ninguna incidencia a la hora de ser sujeto de derechos y obligaciones.

B. CAPACIDAD DE OBRAR

Por capacidad de obrar se entiende la aptitud para el ejercicio de los derechos de los que se es titular; capacidad de obrar que no tiene toda persona, sino que dependerá de la situación personal de cada uno.

Así, a diferencia de lo que ocurre con la capacidad jurídica, las circunstancias particulares de cada persona pueden afectar directamente en la capacidad de obrar y, en consecuencia, llevar a su limitación jurídica.

Por ejemplo, la edad en caso de los menores o las repercusiones que ciertas condiciones de salud pueden tener en la capacidad de autogobierno de una persona, pueden conllevar a instar la modificación de la capacidad (declaración de incapacitación) por parte de los Tribunales.

En este sentido, debe subrayarse que la limitación de la capacidad de obrar no opera automáticamente, sino que será necesaria una sentencia que lo disponga expresamente o una previsión legal (como ocurre en el caso de los menores de edad).

En conclusión, quien presenta dificultades y necesidades de apoyo en el ámbito del autogobierno, por cualquier circunstancia, ostentará plenamente la capacidad jurídica, pero podrá ver limitada su capacidad de obrar.

CONVENCIÓN DE LA ONU

La Convención de la ONU unifica estos dos conceptos tradicionales en uno solo, la capacidad de la persona, partiendo de la base de la igualdad entre todas las personas y la dignidad de las mismas.

En España la dignidad que viene reconocida en el artículo 10 de la Constitución permite entender el nuevo enfoque que da la Convención entendiendo que la misma no puede fraccionarse, porque la unidad del valor de la persona impide la división.

De esta manera, la personalidad jurídica es una cualidad jurídica que se ostenta por nacimiento y permanece durante toda la vida de una persona. Por lo tanto, es el nacimiento de la persona lo único que podrá determinar la atribución y adquisición de la personalidad jurídica, y solo la muerte la extinguirá.

Si toda persona, por el hecho de serlo, goza de personalidad jurídica, también cualquier persona, sin distinción alguna, ha de tener capacidad jurídica. Este es el axioma básico de la Convención. Personalidad jurídica y capacidad jurídica constituyen un todo único e inseparable y se unifican en la condición de persona, con independencia de cualquier circunstancia física, psíquica o sensorial que le pueda afectar y que pudiera ser determinante de cualquier tipo de discapacidad.

Así, y de acuerdo con el artículo 12.3 de la Convención, los Estados quedan obligados a adoptar las medidas apropiadas para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad, debiendo articularse medidas de apoyo que permitan a todos los ciudadanos ejercitar sus derechos en igualdad.

C. LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

Una vez que se ha expuesto la tradicional diferencia entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar es necesario identificar qué es lo que se ha venido entendiendo por incapacitación judicial o, como debe denominarse a partir del contenido de la Convención de la ONU, la modificación de la capacidad.

La incapacitación (terminología tradicional) se encuentra configurada en el ordenamiento jurídico español como una limitación parcial o absoluta de la capacidad de obrar que tiene que ser declarada judicialmente mediante sentencia (artículo 199 del Código Civil).

Para hacerlo es necesario que concurren los motivos que recoge el Código Civil en su artículo 200: la presencia de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Los elementos principales que definen el proceso judicial de modificación de la capacidad se recogen a continuación:

- **Objeto**

La modificación de la capacidad es el resultado de una sentencia judicial que limita la capacidad de algunas personas para realizar actos jurídicos con validez.

Es una medida de protección prevista por la Ley, que habitualmente afecta a aquellas personas que, debido a una condición personal o de salud de carácter permanente, presentan dificultades para tomar decisiones en la esfera personal y patrimonial de sus vidas de una manera libre, informada y autónoma.

- **¿Quién puede declararla?**

Al tratarse de un asunto de una importancia capital en la esfera más íntima de la persona y, con consecuencias tan trascendentes, el ordenamiento jurídico determina que la modificación de la capacidad sólo puede declararla un juez mediante sentencia, tras haberse tramitado el oportuno procedimiento judicial.

• Finalidad

Es necesario que la declaración judicial que modifica la capacidad sea entendida en un sentido positivo y protector de los derechos, ya que se dirige a posibilitar que aquellas personas que presentan dificultades para ejercer de manera autónoma su capacidad de obrar, puedan actuar a través de sus representantes legales o con la debida asistencia buscando siempre la protección jurídica y, en definitiva, el mayor beneficio de los mismos.

Convención de la ONU

Tal y como hemos apuntado, la Convención de la ONU requiere una profunda modificación legislativa del procedimiento de modificación de la capacidad y un cambio sustancial en los principios y valores que subyacen al mismo. No obstante, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo señala que no se puede perder de vista que este tipo de medidas solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona, por lo tanto, es necesaria una lectura conjunta de la Constitución Española y de la Convención para conformar el nuevo cuerpo normativo.

2. El proceso de modificación de la capacidad

2.1 Las personas con discapacidad como titulares de la tutela judicial efectiva

Las causas de modificación de la capacidad se encuentran enumeradas en el artículo 200⁶ del Código Civil el cual dispone que son las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma, sin perjuicio de cualquier otra.

El significado concreto de estos caracteres es el siguiente:
Enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico.

Las causas de modificación de la capacidad son las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

⁶ Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

El Tribunal Supremo ha dictaminado qué se entiende por enfermedad o deficiencia:

Aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanencial y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en la conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes.⁷

Se desprende de este pronunciamiento judicial que la enfermedad o deficiencia:

- Debe afectar a la voluntad de la persona.
- Debe entenderse que inhabilita para el ejercicio de los derechos civiles.

De este modo, y en base a la actual configuración de la jurisprudencia, se debe de tener en cuenta que las circunstancias de la persona solo serán valoradas cuando limiten o, en su caso, anulen la capacidad de autogobierno.

En ningún caso la discapacidad por si misma será una causa que justifique la modificación de la capacidad. Solo podrá serlo si dificulta a la persona gobernarse por si misma.

Carácter persistente de la enfermedad o deficiencia

La persistencia de la enfermedad o deficiencia que produzca como consecuencia la limitación o anulación del autogobierno, debe ser entendida como una permanencia continuada en el tiempo, e incluso, de carácter progresivo. Aquellos procesos que tienen un mero carácter temporal no pueden ser considerados para el proceso de modificación de la capacidad.

No obstante, es necesario precisar que persistencia no equivale a irreversibilidad puesto que la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge un procedimiento específico para modificar o rehabilitar la capacidad en los casos en que exista una sentencia que la limite, pero se produzca una mejora o recuperación.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1992.



En lo relativo a las enfermedades que tienen una manifestación cíclica y que cursan con brotes o períodos de alteración en las funciones mentales, la jurisprudencia ha declarado que pueden ser causa de modificación de la capacidad debido al impacto que producen en la vida de la persona y a sus potenciales consecuencias en la misma.

Limitaciones del autogobierno

Éste es el presupuesto fundamental, básico y capital de todo el proceso de modificación de la capacidad, absolutamente necesario para que la sentencia judicial pueda acordar los apoyos y la asistencia que precisa la persona. El autogobierno se puede definir como la capacidad real y efectiva

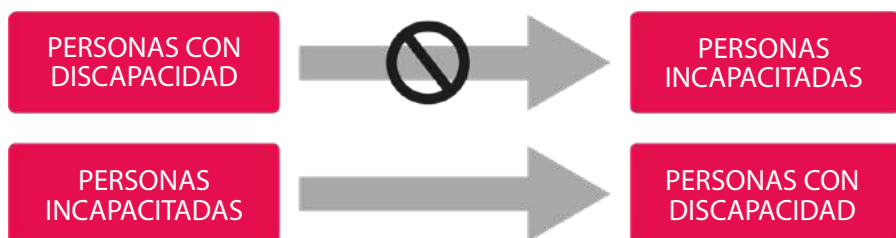
que tiene la persona de tomar decisiones sobre los distintos aspectos de su vida, con pleno conocimiento de las causas y consecuencias que tienen en su esfera jurídica.

Es el juez el que, preceptivamente, debe valorar las capacidades y necesidades de la persona en relación a estos aspectos y, así, graduar e individualizar - según sus habilidades funcionales y las características del entorno - los apoyos y la asistencia necesaria para asegurar su plena capacidad.

De este modo, será imprescindible que en el procedimiento judicial se investigue de manera individualizada cuáles son las características y necesidades de la persona (autonomía personal, etc.), así como otras circunstancias personales que puedan intervenir a la hora de configurar el sistema de apoyos del que pueda disponer (por ejemplo, los apoyos sociales, su situación laboral u ocupacional, el contexto en el que se desarrolla su vida, etc.).

De lo expuesto se deriva que ninguna persona puede ser sujeta a un procedimiento de modificación de la capacidad por el mero hecho de presentar una discapacidad, incluso en el caso de que ésta pueda afectar a sus funciones mentales.

Solo podrá ponerse en marcha cuando estas necesidades comprometan de especial manera las competencias necesarias para que la persona pueda gobernarse por sí misma.



De esta manera, y en coherencia con la Convención de la ONU, previsiblemente la reforma normativa implicará también la necesidad de revisar las posibles causas de modificación de la capacidad, incorporando los conceptos que proporciona la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (OMS, 2002).

Como se ha comentado anteriormente, esta clasificación consolida un cambio de visión sobre la Discapacidad, destacando la concepción dinámica de la misma y la influencia de los factores contextuales y de los apoyos que pueda disfrutar la persona. Así, la discapacidad no se presenta como una característica específica y propia de la persona, sino que resulta de la interacción entre determinadas condiciones de salud (presencia de una enfermedad, trastorno, etc.) y los factores del contexto en el que la persona se desenvuelve. Éstos pueden actuar como barreras o facilitadores de su desarrollo personal y de su participación social, y promover o limitar su realización de actividades.



2.2 ¿Quién puede iniciar un proceso de modificación de la capacidad?

En Derecho se denomina legitimación activa a la posibilidad establecida por la ley que tienen determinadas personas para iniciar un proceso judicial, en este caso un proceso de modificación de la capacidad.

Así, para interponer una demanda de este tipo, la ley ha identificado que solo quien ostente el vínculo familiar previsto en relación a la persona puede hacerlo. En su defecto, también podrá realizarlo la Fiscalía. Por lo tanto, se trata de una legitimación cerrada, esto es, que la posibilidad de solicitarla está reservada a una serie determinada de personas.

En este sentido, la **Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 757)** distingue dos tipos de supuestos para estipular quiénes son las personas legitimadas para interponer la demanda, dependiendo de si el procedimiento de modificación de la capacidad afecta a una persona mayor o menor de edad.

1. La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz.

2. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado.

3. Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

4. No obstante, sobre lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, solo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

En el siguiente cuadro se muestran las personas o entidades legitimadas:



2.3 ¿Qué Juzgado es el competente para declarar la modificación de la capacidad?

Los juzgados y tribunales españoles son los competentes en materia de modificación de la capacidad para toda la ciudadanía española. Además podrán adoptar las medidas de protección a la persona y sus bienes cuando ésta resida en España aunque no tenga la nacionalidad.

En este sentido, serán los tribunales de primera instancia del lugar en que resida la persona los encargados de tramitar los procedimientos y declarar la misma (artículo 756 LEC).

Concretamente, es necesario destacar que:

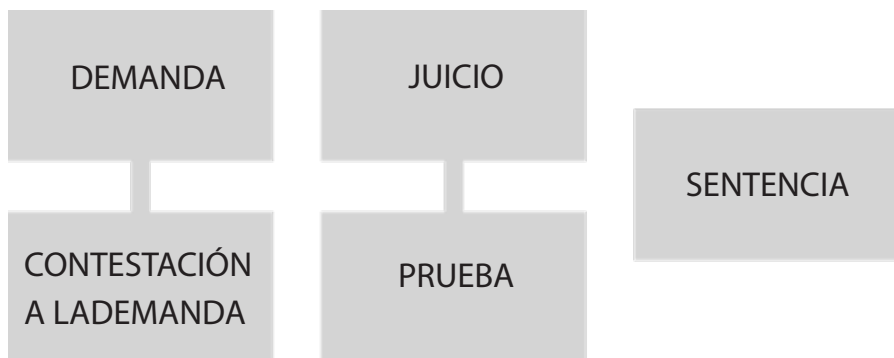
- Se establece que los tribunales competentes serán los del lugar de residencia del demandado (persona sobre la que se establezca el procedimiento de modificación de la capacidad).

- Debe entenderse que el lugar de residencia habitual será aquel donde la persona pasa la mayor parte del tiempo. En éste se realizarán las notificaciones pertinentes, y se llevará a cabo la exploración judicial en el supuesto de que la persona no se pueda desplazar al jugado.
- En caso de personas que se encuentran ingresadas en centros de larga estancia, se podrá considerar que el centro es el lugar de residencia habitual siempre que no se prevea la vuelta a su domicilio.

2.4 ¿Cuáles son los pasos que sigue el proceso judicial de modificación de la capacidad?

En el esquema siguiente vemos que los principales hitos del procedimiento son :

- a. Demanda.
- b. Contestación a la demanda.
- c. Juicio y prueba.
- d. Sentencia.



A. DEMANDA

La demanda es el escrito mediante el cual se promueve la modificación de la capacidad de una persona. Para su interposición es necesaria la intervención de un abogado y un procurador, y deberá reunir todos los requisitos generales recogidos para todas las demandas en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) (por ejemplo, identificación de la parte, domicilio o residencia, exposición de hechos y fundamentos de derecho, etc.)

Una vez presentada, el juez la examinará con carácter previo y de oficio, pudiendo rechazarla si ha sido promovida por alguna persona que no esté legalmente legitimada para hacerlo.⁸

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez que se ha presentado la demanda, se pone en conocimiento de la persona frente a la que se interpone (es decir, la persona objeto de proceso de modificación de la capacidad). Ésta tendrá 20 días para contestar a la demanda, igualmente mediante abogado y procurador.

En caso de no tener abogado y procurador, el Ministerio Fiscal, (siempre que no sea quien promueve el procedimiento) podrá efectuar la defensa del mismo, actuando como defensor judicial (artículo 758 LEC).

⁸Debemos recordar que las personas que no estén legitimadas para promover la demanda de incapacidad podrán poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la situación, para que sea éste el encargado de promoverlo.

Al igual que ocurre con la demanda, la contestación también tiene que reunir una serie de requisitos contemplados en el artículo 405 LEC, que añadidos a los anteriormente establecidos para la demanda, son:

- Los fundamentos de oposición de las pretensiones del demandante.
- Excepciones que tuviere por conveniente.⁹

Con este procedimiento, se pretende que la persona que puede estar sujeta al proceso de modificación de su capacidad tenga la oportunidad de oponerse si lo estima conveniente.

C. JUICIO Y PRUEBA

Una vez que se hayan presentado los correspondientes documentos (demanda y contestación a la demanda) y se resuelvan determinados actos procesales de carácter formal, se señalará fecha y hora para el acto del juicio, en el cual se practicarán cuantas pruebas fueran necesarias.

En relación a este aspecto, el juez puede solicitar cuantas pruebas estime conveniente (artículo 759

LEC) con objeto de determinar la situación exacta de la persona sometida al proceso, siendo su papel en este tipo de actuaciones mucho más activo que en cualquier otra.

No obstante existen tres pruebas que actualmente tienen carácter obligatorio en estos procedimientos. En caso de no practicarse, el proceso podrá ser declarado nulo.

Éstas son:

- Audiencia a los familiares.

Esta prueba tiene por objeto que el juez conozca la percepción que los familiares tienen sobre las condiciones físicas, psíquicas y sociales que rodean a la persona. A pesar de ser un trámite obligatorio, la opinión de los familiares no se considera vinculante para las decisiones que adopte el juez.

Si la persona no tiene familiares próximos, (siendo esto debidamente acreditado), no será necesaria la audiencia por imposibilidad de la misma.

No obstante, la práctica de esta prueba no excluye que se puedan llamar a otras personas ajenas a

⁹ Será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo. (Artículo 251 CC).

los familiares como testigos en el proceso.

- Examen por el juez de la persona sujeta al procedimiento.

El juez encargado del proceso judicial deberá realizar un examen personal y directo de las facultades cognitivas y volitivas (de conocimiento y voluntad) de la persona, para conocer de manera directa cuáles son sus necesidades y contrastar sus capacidades de autogobierno.

Este proceso puede resultar complejo debido a la necesidad de adaptar los procedimientos judiciales a las circunstancias y características individuales de cada persona, de manera que la toma de decisiones se realice de una manera adecuada.

No obstante es un trámite obligatorio, y el juez debe proceder al mismo adaptando los procesos siempre a las necesidades individualizadas de cada persona.

- Dictámenes periciales necesarios.

El juez deberá contar con dictámenes periciales para formarse una opinión correcta de

la situación, y tomar las decisiones sobre la posible modificación de la capacidad de la manera más concreta y acertada posible.

Habitualmente existe un médico forense adscrito al juzgado que será el encargado de realizar los dictámenes, si bien ello no excluye la posibilidad que tiene el juez de nombrar otros peritos.

D.SENTENCIA

La sentencia judicial es el pronunciamiento del juez mediante el cual se decide la modificación, o no, de la capacidad de la persona (artículo 199 CC).

La sentencia es el acto que constituye la modificación de la capacidad, la individualiza y la gradúa.

Así, la sentencia individualizará los actos que la persona podrá realizar por sí misma, así como aquellos en los que necesitará apoyos y asistencia. Actualmente, y según estipula el artículo 760 LEC., éstos se regulan a través de las figuras de tutela o guarda.

La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.

En este sentido, en base a la normativa vigente, la sentencia puede declarar:

- **Modificación total de la capacidad (incapacidad total):** Siempre que se determine que la persona sujeta al procedimiento precisa de un apoyo extenso y generalizado en su vida cotidiana, y requiere también de un apoyo total para todas las acciones vinculadas a la toma de decisiones que afecten a su persona (por ejemplo, para administrar sus bienes).
- **Modificación parcial de la capacidad (incapacidad parcial):** Cuando se determine que la persona puede realizar determinados actos por sí misma, y que tiene la capacidad de adoptar determinadas decisiones que le conciernen; pero que para actos de mayor trascendencia o complejidad necesita el apoyo de otra persona. En la misma sentencia se señalarán cuáles son dichos actos.

- En la sentencia se individualizará la protección que necesita cada persona, en función de sus características y condiciones de salud, dificultades y necesidades de apoyo. Es fundamental que la sentencia se adapte a las necesidades reales de la persona, y que la gradación de la protección sea proporcional a éstas.

- Asimismo, la sentencia de modificación de la capacidad deberá inscribirse en el Registro Civil y, si fuera necesario en el Registro de la Propiedad.

- Por último, la sentencia determinará la persona o institución que va a ejercer la guarda de la persona, nombrando un tutor o curador para la persona interesada, o bien, prorrogando o rehabilitando la patria potestad de sus progenitores, en el caso de los menores de edad.

La sentencia es el acto que constituye la modificación de la capacidad, la individualiza y la gradúa.

CONVENCIÓN DE LA ONU

La Convención no distingue entre la modificación total o parcial de la capacidad, y establece un sistema gradual de apoyos a la toma de decisiones y a la persona, que se debe desarrollar en base a las necesidades de cada caso individual.

Asimismo, el Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la Protección a las personas con discapacidad y apoyos en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, apunta un contenido mínimo que deberá contemplar la Sentencia en orden a la adaptación de la Convención. Éste el siguiente:

Se deberá dar una efectiva aplicación al contenido del artículo 760 LEC, y teniendo en cuenta la voluntad y preferencias de la persona a la que se refiere, se precisará con total individualización:

- El régimen de apoyos y salvaguardias.
- Persona o personas, o Institución en quien recaiga el nombramiento.
- Los mecanismos de control para su desarrollo.
- La duración temporal de los apoyos y su revisión, cuando así proceda.
- El plan de actuación del apoyo designado, cuando este sea el más intenso, y se confiera al apoyo de hecho, la representación del tutelado.
- Preservación del derecho al voto. Deberá interpretarse la Ley general Electoral de acuerdo con el espíritu de la Convención, y así, con el fin de respetar, en la mayor medida posible, la autonomía y los derechos fundamentales de la persona con capacidad modificada, no podrá privarse del derecho de sufragio activo con carácter general, salvo casos excepcionales, y siempre de manera motivada.
- Privación de los permisos de armas o de conducir cuando constituyan un riesgo para la propia persona, familiares o terceros.

3. Figuras de guarda de las personas con capacidad modificada

La normativa vigente a lo largo del tiempo ha venido configurando distintas formas de representación legal para las personas que, por distintas causas, tengan reconfigurada su capacidad bien sea por Ley, como es el caso de los menores, o por sentencia judicial.

Hoy en día, la representación legal se configura como un sistema de complemento de la capacidad aplicable a los casos de personas que, por distintas razones requieran un apoyo a su capacidad de obrar o, en su caso (preferiblemente en casos excepcionales) la sustitución de la misma.

El Ordenamiento jurídico español prevé varias figuras que de una manera u otra, tienen como objeto la protección de los intereses de la persona que pudiera necesitar un complemento en su capacidad.

Estas figuras son básicamente:

- a. La tutela.**
- b. La curatela.**
- c. El guardador de hecho¹⁰.**

A continuación, se describirán brevemente estas figuras, estudiando la normativa que las regula, las formas de constitución, el procedimiento para adoptarlas y los motivos que justifican su nombramiento, exclusión y eliminación.

3.1 Tutela y sistema tutelar

La normativa vigente a lo largo del tiempo ha venido configurando distintas formas de representación legal para las personas que, por distintas causas, tengan reconfigurada su capacidad bien sea por Ley, como es el caso de los menores, o por sentencia judicial.

Es la figura jurídica encargada de la guarda y custodia de menores o personas declaradas judicialmente incapacitadas (con la denominación tradicional), teniendo la obligación de velar en todo momento por el bienestar y el interés del tutelado.

La tutela judicial está especialmente dirigida a los casos en los que se haya dispuesto que existe una modificación total de la capacidad. No obstante, puede existir una tutela parcial que se aplique solo sobre algunos aspectos, como por ejemplo, la gestión de los bienes.

¹⁰No es una figura jurídica propiamente dicha, sí reúne unas connotaciones jurídicas importantes que será necesario tener en cuenta.

De este modo es necesario distinguir:

- **Tutela total sobre la persona y bienes:** habitualmente es la fórmula más común. En este caso el tutor actúa tanto en la esfera personal como patrimonial que afecta a la persona cuya capacidad ha sido modificada, administrando y gestionando sus bienes.
- **Tutela parcial sobre bienes¹¹:** se producirá cuando el tutor limite su actuación a representar en la esfera patrimonial a la persona tutelada, bien porque ésta mantenga su autogobierno en la esfera personal o porque la tutela sobre este ámbito haya recaído en otro tutor distinto.

De cualquier manera, el tutor debe velar en todo momento por el interés y bienestar de la persona tutelada en todos los ámbitos de la vida. Este concepto no solo abarca el ámbito material, es decir, el relacionado con la correcta administración de los bienes de la persona tutelada, sino que va más allá, y hace énfasis en su atención personal y en su calidad de vida.

3.1.1 Tutela y sistema tutelar

El cargo de tutor, tiene una serie de características que deben ser tenidas en cuenta, así como unos requisitos legales en función que sea ejercido por personas físicas o jurídicas.

PERSONAS FÍSICAS

Para poder ser nombrados tutores por sentencia judicial las personas físicas deben reunir tres requisitos:

- Estar en plena posesión de su capacidad de obrar: Este requisito implica que la persona propuesta para el cargo de tutor no se encuentre ella misma sujeta a ningún procedimiento que haya modificado su capacidad. Si fuera así, no podría desempeñar el cargo de tutor de otra persona.
- No estar sujeto a ninguna de las causas previstas de inhabilitación para el cargo que estipula el artículo 243 y siguientes del Código Civil. Literalmente, éstas son:

¹⁰ No es una figura jurídica propiamente dicha, sí reúne unas connotaciones jurídicas importantes que será necesario tener en cuenta.

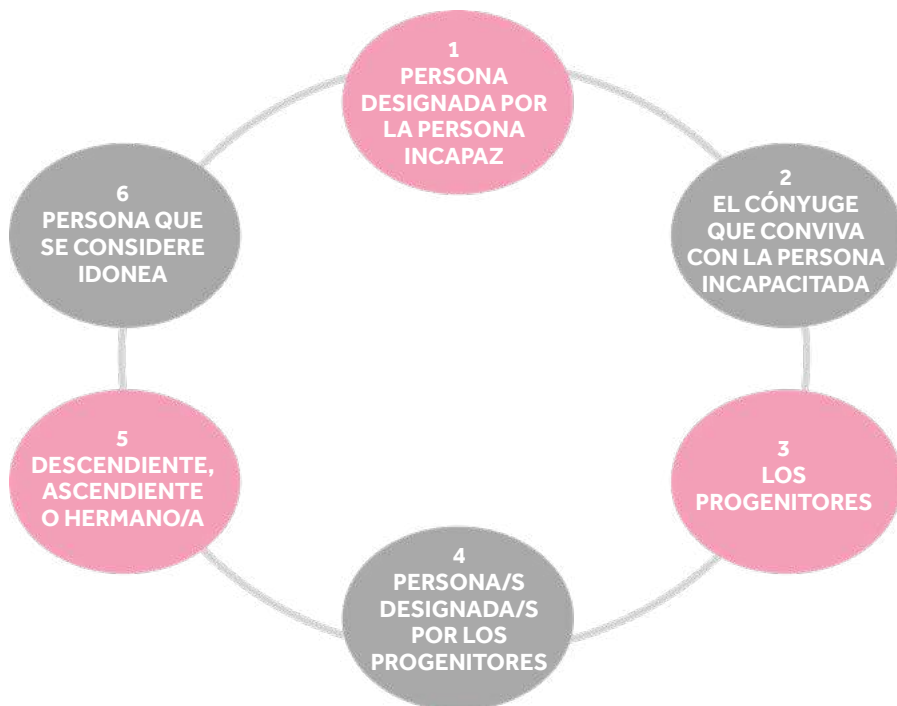
- Los privados o suspendidos de la patria potestad o su ejercicio.
- Los removidos de una tutela anterior.
- Los condenados por cualquier delito que hagan suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.
- Las personas de mala conducta o que no tuvieran manera de vivir conocida.
- Los que tuvieran enemistad manifiesta con el tutelado.
- Los que tuvieran importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes o los que adeudaren sumas de consideración.
- Los quebrados o concursados no rehabilitados, salvo que la tutela sea solamente de la persona. Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.
- Los que estén cumpliendo pena privativa de libertad.
- Los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial.

- No haber alegado ninguna excusa (recogidas en el artículo 251 del CC¹²) o que éstas no fueran aceptadas.

Estos son los rasgos fundamentales que se debe tener en cuenta por parte del juez a la hora de adoptar la decisión de nombrar a una persona física como tutor.



¹² Será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo.



No obstante, esta relación es meramente orientativa para el juez, que no se verá vinculado a la misma en su decisión final (que habrá de ser siempre motivada) pudiendo modificarla siempre que lo considere más beneficioso para la persona que será tutelada.

Asimismo, si bien la regla general es la de nombrar a una sola persona jurídica como tutor, el mismo artículo 236 CC permite que en ciertos casos pueda designarse a más de una:

- En caso de los progenitores, siempre que la persona incapacitada sea mayor de edad y estemos fuera del caso de la prórroga de la patria potestad.
- En caso del tío/a y su cónyuge.
- Cuando se separen los cargos de tutor de la persona y tutor de bienes, por darse circunstancias que así lo recomienden.

PERSONAS JURÍDICAS

Además de las personas físicas, también están habilitadas por el Código Civil (CC) las personas jurídicas para el desempeño del cargo de tutor, como ocurre con las fundaciones tutelares. Esta regulación se encuadra en el artículo 242 del CC, que establece que:

Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados..

Como se extrae del artículo anterior, los dos requisitos que se le exige a las personas jurídicas para poder ejercer la tutela de una persona cuya capacidad de obrar ha sido modificada son los siguientes:

- Que no tengan fines de lucro (asociaciones y fundaciones), por lo que quedaría excluidas sociedades civiles y mercantiles.
- Que entre sus fines figure la protección de personas (menores o mayores de edad) sujetas judicialmente a procedimientos de tutela.

En principio, las normas aplicables a las personas jurídicas son las mismas que para las físicas (al

margen de los requisitos ya mencionados), pero se debe tener en cuenta que existen particularidades que solo se pueden aplicar a éstas últimas.

Entre ellas se pueden mencionar la distancia entre la entidad tutelar y el lugar donde se encuentre la persona sometida al proceso de modificación de la capacidad; la existencia de un conflicto de intereses; que la entidad tutelar haya sido declarada en concurso o la prohibición expresa del progenitor.

Dentro de las personas jurídicas, merece una atención particular la denominada tutela automática o administrativa. Ésta corresponde a las entidades públicas en el marco del territorio de las Comunidades Autónomas y, en su caso, a los municipios que tengan encomendadas las competencias de servicios sociales, hasta que se proceda al nombramiento de tutor y siempre que se verifique una situación de desamparo.

Esas entidades públicas deberán adoptar todas las medidas necesarias para la protección de las personas, poniendo en conocimiento del Ministerio Fiscal dicha situación de desamparo, y notificándola a los padres, tutores o guardadores de hecho.

3.1.2. Ejercicio de la tutela

Conlleva una serie de obligaciones que deben ser respetadas durante todo el ejercicio de la misma, y que van encaminadas a asegurar el bienestar y la protección (personal y patrimonial) de la persona tutelada.

a. Obligaciones del tutor

El Código Civil exige una serie de consideraciones de carácter previo al ejercicio del cargo de tutor que se pueden dividir en obligatorias y potestativas (en función de lo que decida el juez para el caso concreto).

En el caso de las obligatorias, destaca la necesidad de realizar un inventario de los bienes a los que alcance la tutela. Se debe realizar una vez que haya tomado posesión del cargo de tutor, en un plazo de 60 días (prorrogables), y su constitución se realiza de manera judicial, con la intervención del Ministerio Fiscal y la citación de las personas que el juez estime convenientes.

El inventario puede verse afectado por el tipo de tutela establecida, pudiendo producirse diferentes supuestos:

- **Tutela total:** el inventario abarcará todos y cada uno de los bienes de la persona cuya capacidad haya sido modificada.

- **Tutela parcial del patrimonio:** solo afectará a una parte de los bienes.

- **Tutela personal** (sin contenido patrimonial) no afectará al patrimonio y, por lo tanto, no será necesaria la realización del inventario.

Además, el juez tiene la potestad para poder imponer una fianza según los casos, con el objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del tutor.

b. Actos no permitidos al tutor

Existen dos tipos de actos que el tutor no puede realizar en el marco del ejercicio de la tutela:

- Los prohibidos por Ley.
- Los que tienen carácter personalísimo.

Los primeros, actos que resultan prohibidos por la Ley, se caracterizan por la potencialidad de conflicto de intereses entre el tutor y el tutelado, por lo que

en beneficio de este último se adoptan determinadas medidas preventivas.

El segundo tipo de actos hace referencia a aquellos sobre los que no alcanza la representación legal (artículo 267 del Código Civil), bien porque así lo establezca la Ley, bien porque el tutelado los puede realizar por sí solo, o porque lo determine la sentencia de modificación de la capacidad.

Estos actos personalísimos, aquellos que solo pueden ser realizados por la propia persona, sin que otra los pueda hacer por ella/el, son los siguientes:

- **Matrimonio:** Si la persona puede hacerlo, será ella misma la que contraiga matrimonio, nunca a través del tutor. Requiere una capacidad mínima para discernir por parte de la persona (se encuentre o no incapacitada judicialmente), que se comprueba en el expediente del Registro Civil.

- **Derechos de la personalidad:** Estos tienen un contenido inmaterial y hacen referencia a la intimidad, imagen u honor. Se encuentran fuera del ámbito de protección del tutor.

En los casos relativos al honor, la intimidad personal o familiar, y la propia imagen, regulados por la Ley Orgánica 1/1982, se establece (artículo 3) que será la propia persona (aunque su capacidad haya sido judicialmente modificada) la que facilitará el consentimiento sobre estos derechos si sus condiciones de madurez lo permiten.

Si este no fuera el caso, el consentimiento deberá ser otorgado (mediante escrito) por su representante legal. Éste está obligado a ponerlo previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal y si éste se opusiera (en el plazo de ocho días), deberá resolver el juez.

- **Testamento:** Al igual que ocurre con el matrimonio, la capacidad para testar se encuadra dentro de los actos personalísimos, por lo que el tutor no podrá realizar el testamento en lugar de su tutelado.

c. Retribución del Tutor

Se debe entender como la compensación económica por algunas de las implicaciones que se puedan derivar del cargo. En ningún caso se debe considerar como una contraprestación destinada a beneficiar al tutor.

Si el juez estimara el derecho del tutor a recibir una retribución económica, deberá fijar la cuantía. En base a lo establecido por el Código Civil ésta podrá oscilar entre el cuatro y el veinte por ciento del rendimiento líquido de los bienes de la persona tutelada.

Al fijar el importe de la compensación, el juez deberá tener en cuenta dos factores:

- Las tareas o actuaciones que deberá realizar el tutor.
- La rentabilidad de los bienes.

d. Control Judicial

A pesar de que se constituya el cargo de tutor, será necesaria la autorización judicial para la realización de determinados actos que afecten tanto a la esfera personal como patrimonial de la persona cuya capacidad ha sido judicialmente modificada.

Concretamente, se requerirá en los siguientes casos:

Autorización judicial en materia personal:

- Internamiento involuntario de la persona tutelada en un centro residencial.

Autorizaciones judiciales en materia patrimonial:

- Celebrar contrato de arrendamiento como arrendador, por tiempo superior a seis años.
- Celebrar contratos de préstamo, tanto como prestamista o como prestatario.
- Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona tutelada.
- Aceptar una herencia sin beneficio de inventario.
- Formular una demanda judicial en nombre de la persona tutelada (excepto por razones de urgencia o de escasa cuantía).
- Todo acto de disposición a título gratuito de bienes y derechos de la persona tutelada a favor de otra persona.
- No aceptación de todo acto a título gratuito.
- Toda renuncia de derechos.
- Repudiación de herencias.
- Actos de disposición de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios.

- Contratos de carácter dispositivos susceptibles de inscripción en todo Registro (Propiedad, Mercantil, etc.).
- Disposición de créditos contra tercero o adquisición de créditos contra la persona tutelada.

- Contratos de transacción o arbitraje.

Es la institución de guarda que se establece cuando se declara la modificación parcial de la capacidad. En este caso, la persona puede adoptar por sí misma algunas decisiones que le implican directamente y/o que afectan a sus bienes.

3.2. La Curatela

La curatela tiene como objeto completar la capacidad de la persona. Se puede considerar como una institución menos restrictiva, puesto que la persona sometida a este tipo de protección precisará un complemento a su capacidad para determinados actos jurídicos, pero no la sustitución en los mismos. Al igual que ocurre con la tutela, esta figura se encuentra sometida a control judicial.

3.2.1. Personas susceptibles de estar sujetos a la institución de la curatela

El Código Civil establece cuáles son las personas que podrán estar sujetas a curatela.

Artículo 286.

Están sujetos a curatela los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley y los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad. Los declarados pródigos.

Asimismo, resulta de especial interés el contenido del:

Artículo 287.

Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloque bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

No obstante, es necesario realizar algunas precisiones sobre los supuestos anteriores.

- Menores de edad emancipados que carezcan de padres (bien por fallecimiento o porque jurídicamente hayan sido privados de la patria potestad) o hayan sido habilitados de edad. En este caso, todos tendrían capacidad de obrar precisarían de un complemento de capacidad para la realización de algunos actos que no pueden efectuar por sí solos.
- Declarados pródigos por sentencia judicial: la cual determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle, esto es, el curador.

3.2.2. Constitución de la curatela y el curador

Del mismo modo que ocurre con cualquier institución tutelar, la constitución de la curatela es siempre judicial. El procedimiento es similar al que se tramita para la tutela, determinándose el resultado en una sentencia judicial. Las causas que impiden ser curador, las excusas para el ejercicio de la curatela, y las obligaciones o derechos que conlleva el cargo, son las mismas que para el tutor.

En relación a la preferencia para el nombramiento de curador, el artículo 292 del Código Civil señala que si la persona sometida

a curatela ya hubiese estado con anterioridad bajo tutela, el cargo de curador será desempeñado por el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el juez disponga otra cosa.

3.2.3. El Ejercicio de la curatela

Como ya se ha apuntado, el principal cometido del curador es facilitar el complemento de capacidad en aquellos actos jurídicos que la persona sometida a curatela no puede realizar por sí sola.

Los actos en que se considera necesaria la intervención del curador deben quedar delimitados en la sentencia que haya establecido la curatela.

Sin embargo, cuando la sentencia no especifica el alcance de la curatela, se entiende que el curador tiene que apoyar a la persona en los mismos actos en los que el tutor necesita autorización judicial (anteriormente mencionados), y que afectan tanto a la esfera personal como patrimonial.

En ocasiones la curatela se ciñe a la administración de los bienes. En estos casos, el curador asistirá en la administración ordinaria y, también, en la realización

de negocios jurídicos que la persona por sí misma no puede efectuar. Por ejemplo, esto puede suponer que sea necesario el apoyo del curador en el caso de que la persona tenga que afirmar una escritura pública o suscribir un contrato. También puede serlo en situaciones que afecten estrictamente a la esfera personal, como el seguimiento de un tratamiento médico. En cualquier caso, la obligación del curador será velar por los intereses de la persona a la que complementa.

En el supuesto de que el acto no contara con autorización judicial (independientemente de que no se haya solicitado o no se hubiese concedido) este será anulable en el caso de que la persona lo llegara a realizar.

En cualquier caso, la función del curador está bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, por lo que sus decisiones podrán ser objeto de impugnación ante el juez, aunque esta posibilidad no se encuentre prevista expresamente en el Código Civil.

Asimismo, las prohibiciones en el ejercicio de la curatela son las mismas que se establecen para la tutela. Por último es necesario establecer cuáles son las causas de extinción de la curatela, que al igual que ocurre con la tutela durará mientras se mantiene la situación que da lugar a la misma.



Estas causas son:

- Cuando el menor de edad cumple 18 años, salvo que con anterioridad se hubiera modificado de manera total su capacidad de obrar.
- Por la adopción del menor de edad sometido a curatela.
- Por fallecimiento del curador y/o de la persona sometida a curatela.
- Al dictarse la resolución judicial que ponga fin al procedimiento de modificación de la capacidad, o que altere la sentencia sustituyendo la curatela por la tutela.

3.3 Guarda de hecho

En la definición de este concepto confluyen dos elementos:

- **Guarda:** se refiere a los cuidados y atenciones que la persona recibe por parte de otro y que le permite desenvolverse en la vida cotidiana.
- **De hecho:** hace referencia a que no existe un título jurídico que lo constituya como representante en sentido estricto (se contrapone al concepto de derecho).

En la actualidad son tres los artículos que regulan la guarda de hecho. Concretamente el 303, 304 y 306 del Código Civil, que establecen:

Artículo 303:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelariamente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.

En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.”

Artículo 304:

Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

Artículo 306:

Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor.

Ninguna norma regula el ejercicio de la guarda de hecho, pero sí que se le puede aplicar el principio general de actuación, es decir, actuar con buena fe y diligencia con el objetivo de garantizar el mayor beneficio para la persona interesada.

No obstante, el Código Civil conocedor de la realidad de determinados casos, establece unos criterios mínimos de funcionamiento de esta figura y ejerce un cierto control sobre la misma. De esta manera, el juez puede intervenir en la actuación del guardador de hecho, pidiendo informes sobre la persona o sobre su patrimonio y estableciendo la necesidad de dar validez a determinados actos.

4. El artículo 12 de la Convención de la ONU: Igual reconocimiento como persona ante la ley

4.1 *Análisis del artículo*

Debido a las implicaciones que tiene para el objeto de esta publicación y también para los procedimientos de modificación de la capacidad, es necesario finalizar este bloque de contenidos haciendo una mención específica sobre el artículo 12 de la Convención, que establece la igualdad de reconocimiento ante la ley por parte de todas las personas, independientemente de que presenten o no una discapacidad.

Ninguna norma regula el ejercicio de la guarda de hecho, pero sí que se le puede aplicar el principio general de actuación, es decir, actuar con buena fe y diligencia con el objetivo de garantizar el mayor beneficio para la persona interesada.

Este artículo se convirtió en una de las cuestiones más debatidas y cuestionadas en las negociaciones de la Convención, llegando a poner en peligro la aprobación del texto.

Esto sucedió principalmente por el enfrentamiento entre los países que defendían un reconocimiento pleno, tanto en la capacidad jurídica como de obrar, liderados principalmente por la Unión europea y países americanos, frente a los Estados que abogaban por no incluir una referencia relativa a la capacidad de obrar, como China o Rusia.

La solución a la disputa se alcanzó en el momento de la adopción del texto por parte del Comité Especial

con la inédita introducción de una nota al pie de página en el artículo 12, que incorporaba el siguiente texto: En árabe, chino y ruso, la expresión capacidad jurídica se refiere a la capacidad jurídica de ostentar derechos, no a la capacidad de obrar.

Sin embargo, el texto final aprobado por la Asamblea General omitió la nota al pie de página, dando lugar a una disposición completamente moderna e innovadora que impone obligaciones a los Estados firmantes, implicando necesariamente la reforma de su legislación nacional sobre la capacidad jurídica y sobre los mecanismos para su ejercicio.



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.

Hay algunas cuestiones que es necesario destacar en relación a los contenidos del artículo.

- Los dos primeros apartados hacen referencia al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con el resto de la ciudadanía, en todos los aspectos de su vida y en cualquier parte del mundo.

Esto implica que cualquier persona con discapacidad, independientemente de las necesidades de apoyo que presente, tiene reconocida su capacidad jurídica y también el derecho a ejercerla.

- La Convención no distingue entre los dos conceptos clásicos que se han venido comentando en anteriores capítulos, esto es la capacidad jurídica, y la capacidad de obrar (denominado como ejercicio de la capacidad jurídica en el texto transcrito), y hace mención únicamente al primero (que incluye ambas conceptualizaciones). El concepto clásico de capacidad de obrar se ve reflejado entonces en el “ejercicio de la capacidad jurídica” al que se alude en el texto, lo que refuerza el carácter indistinguible de ambas nociones.

- La Convención impone a los Estados Parte la obligación de adoptar medidas específicas que promuevan el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad (independientemente de la naturaleza o de la intensidad de sus necesidades), diseñando y facilitando los sistemas de apoyo necesarios para ello.

- El artículo señala que en todas las medidas que afecten a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se establecerán las garantías oportunas y proporcionales, considerando siempre el interés superior de la persona y el grado en que dichas medidas afecten a sus derechos.

Sin lugar a dudas, y debido a las implicaciones que tiene este artículo, se puede afirmar que su aprobación supone un avance radical en la consideración de los derechos de las personas con discapacidad y en el reconocimiento de la igualdad en todos los ámbitos de sus vidas (incluyendo el reconocimiento de su capacidad jurídica).

Las implicaciones son especialmente relevantes para las personas que presentan

necesidades intensas y generalizadas de apoyo, que tradicionalmente han estado sujetas a sistemas tutelares sustitutivos o de representación, con escaso protagonismo o participación en la toma de decisiones que afectaran a sus vidas.

Tradicionalmente, la configuración de los procesos de modificación de la capacidad de obrar (incapacitación), ha tomado como referencia el modelo médico – rehabilitador de la discapacidad, considerando que especialmente en los casos anteriores, la persona no tiene las habilidades necesarias para tomar decisiones por si misma sobre los aspectos significativos de su vida.

De esta manera, se ha mantenido a lo largo de los años un enfoque proteccionista que ha tenido como consecuencia la limitación, bien absoluta o parcial, de las capacidades de ciertas personas para realizar actos ya sean de carácter personal o patrimonial, siendo sustituidos en la toma de decisiones por un tercero que se ha estimado más apto para ello.

Por el contrario, la Convención consagra el cambio de modelo relativo a la discapacidad, evolucionando desde dicho enfoque proteccionista hacia la facilitación de apoyos en estos procesos a la persona que lo requiere, y al complemento de sus capacidades si fuera preciso. En este modelo cobran una especial relevancia los conceptos relativos a la proporcionalidad (en las medidas adoptadas y los apoyos proporcionados), a la participación activa de la persona en el sistema de protección y al interés superior de la misma en la toma de las decisiones que le afecten.

De este modo, la Convención exige modificar no solo la concepción jurídica actual del procedimiento judicial de modificación de la capacidad, sino también la aplicación práctica que se hace del mismo. La discapacidad no puede ser por sí misma el motivo que fundamente la limitación o restricción de la capacidad para ejercitar los derechos reconocidos. Es necesario un análisis de las necesidades individuales, que permita el establecimiento de los apoyos personalizados y de las medidas necesarias para la toma de decisiones en cada caso.

El nuevo mecanismo que deberá observar el modelo social de apoyo y asistencia en la toma de decisiones deberá continuar enmarcado dentro del ámbito judicial, garantizándose que el juez encargado de tomar la decisión sobre las medidas de apoyo necesarias lo haga atendiendo a las circunstancias y necesidades concretas de la persona. Por lo tanto, será necesario otorgar prevalencia a la autonomía de su voluntad, estableciendo las medidas de apoyo estrictamente necesarias siempre bajo la premisa fundamental de la protección del interés de la persona con discapacidad.

En este sentido, la Convención al proclamar el principio de igualdad de las personas con discapacidad, en las mismas condiciones que las demás personas, unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable. De ahí, que en la Convención se establezca la obligación de los Estados de proporcionar una serie de mecanismos de apoyos adecuados que permitan garantizar a todas las personas su plena capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto o negocio jurídico.

Esto conlleva, necesariamente la restricción y limitación de los actuales procedimientos de incapacitación jurídica, cuando el único objeto de los mismos se dirija a la anulación de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad para otorgársela a otra persona.

De esta manera, las tradicionales figuras de tutela, curatela, patria potestad prorrogada o rehabilitada, etc., deberían ir dando paso a nuevas instituciones jurídicas que permitan una mejor configuración de las mismas en el marco de la Convención.

Así, el juez en los futuros procesos de modificación de la capacidad deberá determinar los “apoyos puntuales” como mecanismos complementarios de la capacidad de la persona, procediendo a la graduación, individualización y valoración de los complementos necesarios, sin que quepa la posibilidad de la sustitución global y absoluta de la capacidad, más allá de casos concretos, necesarios y motivados.

España, siendo uno de los Estados firmantes de la Convención, ha establecido mediante la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo que modifica la Ley 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, que:

El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley

de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Hasta el momento nuestro derecho interno no ha realizado las modificaciones legales necesarias para la adecuación de lo establecido por la Convención, de tal modo que el cambio de modelo deberá ir realizándose de manera gradual hasta que se pueda alcanzar el modelo establecido por Naciones Unidas.

Actualmente, y de manera provisional se ha establecido por diversos autores jurídicos, que en tanto no se regule de manera legal el nuevo modelo, se puede partir de la figura de la curatela como medida más apropiada en los procesos de modificación de la capacidad de obrar.

Ésta se podría aplicar como mecanismo graduable y adaptable a las necesidades de las personas sujetas a estos procedimientos. Así, aunque esta figura se ha venido utilizando principalmente para negocios jurídicos de carácter patrimonial, debe plantearse la posibilidad de que se extienda también a todos los demás ámbitos de la vida de la persona.

4.2 Implicaciones de la Convención para las instituciones tutelares

Es precisamente este cambio de modelo el que otorga una especial relevancia a las instituciones tutelares, marco en el que se encuadran las fundaciones dirigidas a este fin.

En este sentido, y aunque se desarrollará posteriormente con mayor profundidad, es necesario mencionar las oportunidades que los principios de la Convención otorgan a las entidades tutelares, especialmente a aquellas que inician actualmente su actividad o que se encuentran en proceso de desarrollo.

La Convención establece el marco ideal para que los recursos tutelares puedan configurarse como verdaderos servicios de apoyo a la capacidad de las personas, que desarrollen sus actuaciones en base a estas premisas e impulsen la transformación de las figuras de protección. Este contexto implica enormes retos y oportunidades para las organizaciones del tercer sector de acción social de la discapacidad, y en especial para aquellas que aún cuentan con limitadas iniciativas o recursos de este tipo e inician la puesta en marcha de este tipo de servicios (como ocurre con las entidades vinculadas a Autismo España).

La Convención establece el marco ideal para que los recursos tutelares puedan configurarse como verdaderos servicios de apoyo a la capacidad de las personas.

II. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL

1. Introducción

El Ordenamiento y, en consecuencia, la protección de los derechos de las personas con discapacidad ha ido evolucionando y adaptándose, buscando nuevas vías de protección más efectivas y reales. Entre tales medidas se encuentra la protección

patrimonial de las personas con discapacidad, objeto del presente tema.

Hasta ahora, la protección que se venía ofreciendo a las personas con discapacidad consistía únicamente en el sometimiento a un "régimen de guarda" (como instrumento protector de la persona y de su patrimonio).



Sin embargo, este régimen no era efectivo en todos los casos, por lo que siendo conscientes del esfuerzo de las familias y de las necesidades de las personas con discapacidad, se ha intentado articular un mecanismo jurídico que aporte una mayor seguridad en su esfera patrimonial: el denominado “patrimonio protegido”.

La figura del patrimonio protegido se basa en la designación de unos bienes determinados (dinero, inmuebles, derechos, títulos, etc.) para que con ellos y con los beneficios que se deriven de su administración se haga frente a las necesidades, ordinarias y extraordinarias, de la persona con discapacidad.

De esta forma, cualquier persona puede vincular determinados bienes a la satisfacción de las atenciones que pueda requerir la persona con discapacidad, evitando hacerlo a través de cualquier negocio jurídico que llevaría unos costes fiscales aparejados.

La regulación recoge la posibilidad de constituir una masa patrimonial, sin personalidad jurídica, afecta, expresamente, a la satisfacción de las necesidades de la persona en cuestión.

Adicionalmente se configura como un patrimonio sujeto a una especial supervisión y control por ciertas personas designadas para ello.

Sin embargo, en la normativa que lo crea no se reconoce una ausencia de responsabilidad del nuevo patrimonio, del patrimonio protegido, por lo que el patrimonio personal y el protegido de la persona con discapacidad siguen comunicados a estos efectos, lo que deberá ser tenido muy en cuenta por las personas que lo constituyan.

La figura del patrimonio protegido se basa en la designación de unos bienes determinados para que con ellos y con los beneficios que se deriven de su administración se haga frente a las necesidades, ordinarias y extraordinarias, de la persona con discapacidad.

2. La normativa aplicable

A modo de primer acercamiento, conviene mencionar una vez más la previsión contenida en el artículo 49 de la Constitución de 1978, en la que se establece la obligación de los poderes públicos de llevar a cabo las acciones oportunas para la atención de personas con discapacidad.¹³

Así pues, se trata de una obligación constitucional que pesa sobre todos los Poderes Públicos para con las personas con discapacidad. Su objeto será asegurar a todos la ciudadanía la igualdad de oportunidades y su dignidad, por lo que dichos poderes tienen la responsabilidad de realizar todos los esfuerzos necesarios (tanto en el plano normativo, como de ejecución de las leyes) para la correcta consecución de este objetivo.

En cumplimiento de este precepto, dicha obligación relativa a la protección patrimonial se ha materializado en la Ley

41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria.

Esta ley se sitúa en una línea de obligación político social sobre la solvencia de las instituciones públicas para hacer frente a las necesidades de los ciudadanos en situaciones de discapacidad (o, simplemente, de edad post laboral), cada vez más numerosos. Su finalidad es procurar mecanismos alternativos que complementen la seguridad económica al margen de las prestaciones sociales por parte del Estado.

De este modo, tal y como establece la Exposición de Motivos:

¹³ El artículo 49 de la Constitución de 1978 dispone que Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

Hoy constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de asistencia sanitaria y a otros factores, y nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras, que hacen aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga solo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse.

De esta mención se desprende que el objeto inmediato de la figura del patrimonio protegido es:

- Favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad.
- Establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Todo ello debe enmarcarse dentro del contexto configurado por la reforma del Código Civil: toda persona, en previsión de ser sometida a un proceso judicial de modificación de la capacidad en el futuro puede adoptar cualquier disposición relativa a su persona o a sus bienes, incluida la designación de un eventual tutor.

Tras la aprobación de la Ley 41/2003, se observó la insuficiencia en algunos aspectos de la citada norma, por lo que se estableció la necesidad de reformarla con objeto de mejorar los aspectos relativos a la publicidad y control, con la intención de potenciar y optimizar la utilización de la figura del patrimonio protegido (aumentando, de esta manera, la utilidad para las familias y personas con discapacidad).

En consecuencia, se aprobó una modificación mediante 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.

De las modificaciones operadas por la Ley de 2009, en relación a la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, se destacan las siguientes:

- La mejora de la comunicación de la constitución del patrimonio protegido al Ministerio Fiscal para los fines de control que se persiguen.
- La determinación del lugar en función del cual se fija la competencia del Ministerio Fiscal, que no debe ser el de otorgamiento de la escritura pública, en que se dotó el patrimonio.
- Se da cabida a las comunicaciones telemáticas (correo electrónico, etc.) en este ámbito.
- Se establece una aclaración legal del concepto de acto de disposición de determinados bienes integrados en los patrimonios protegidos, habida cuenta de la disparidad de criterios detectados en la práctica.

Por tanto, la ley de 2003 (con su modificación del año 2009) viene a ofrecer una garantía de carácter patrimonial a un conjunto de la ciudadanía con especiales necesidades mediante la creación de la figura del patrimonio protegido, que es concretada y perfeccionada en la posterior norma de 2009.

El Ordenamiento y, en consecuencia, la protección de los derechos de las personas con discapacidad ha ido evolucionando y adaptándose, buscando nuevas vías de protección más efectivas y reales.

3. Beneficiarios del patrimonio protegido

El patrimonio protegido se crea por la Ley como medio para favorecer la satisfacción de las necesidades de ciertas personas con discapacidad, a fin de asegurar que ciertos bienes, a los que se va a favorecer con determinados beneficios especialmente de orden fiscal, van a ser diligentemente administrados.

En particular, la Ley 41/2003 establece quiénes pueden ser los beneficiarios de protección patrimonial, circunscribiendo en su artículo 2 el concepto de personas con discapacidad a:

- Personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.
- Personas afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

Este grado de minusvalía (siguiendo la terminología de la norma) debe ser acreditada mediante certificado expedido conforme a lo

establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme. Por tanto, no será necesaria una modificación judicial de la capacidad, ni que haya sido iniciado el procedimiento para ello, ni siquiera que concurren en la persona las causas de incapacitación judicial previstas en el artículo 200 del Código Civil.

El único requisito necesario es:

- Una certificación que acredite el grado de minusvalía de la persona, sin perjuicio de que exista una resolución judicial firme.
- La discapacidad debe ser permanente, no siendo posible la creación de un patrimonio protegido para los casos de discapacidad eventual.

La Ley acoge así, siguiendo la línea emprendida por las últimas reformas en esta materia, un concepto de discapacidad amplio y comprensivo de las discapacidades de carácter físico o sensorial y de carácter psíquico.

4. Personas encargadas de la protección del patrimonio

El Patrimonio Protegido está sometido a una administración por parte de determinadas personas que pueden ser designadas para la gestión del mismo, esta figura tiene muchas semejanzas con la tradicional protección tutelar.

- Los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido quedan sometidos a las reglas de administración que haya establecido el constituyente, pudiéndose nombrar un órgano fiscalizador, si se considerase oportuno, con objeto de evitar una mala gestión del patrimonio.

- En este sentido, podría estimarse conveniente que la actividad del administrador, cuando ésta no es desempeñada por el propio beneficiario o sus progenitores (en el caso de los menores), sea controlada y supervisada por órganos objetivos que no tengan ningún interés directo en el patrimonio, sino que se encarguen de velar exclusivamente por el interés de

la persona con discapacidad (en los casos en los que se aprecia una dejación o gestión deficiente del administrador).

- La legislación vigente establece una supervisión institucional en manos del Ministerio Fiscal, de esta manera, el administrador tiene la obligación de rendir cuentas al Ministerio Fiscal siempre que éste lo solicite y, en todo caso, al menos una vez al año.

Su intervención está justificada por ser una institución objetiva encaminada a velar por el fortalecimiento de la posición de personas con mayores dificultades, además de censurar, en su caso, las posibles decisiones que se adopten en relación al patrimonio de la persona con discapacidad (como puede ser la gestión realizada por el administrador).

El Ministerio Fiscal puede realizar dos tipos de actuaciones:

- Supervisión permanente: podrá solicitar la información que considere oportuna a la persona encargada de la administración del patrimonio cuando sea distinta del beneficiario y sus padres. Dicha información tiene que ser justificada documentalmente.
- Supervisión esporádica: cuando las circunstancias así lo recomienden, el Ministerio Fiscal puede solicitar al juez la adopción de cualquier medida que estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad (sustitución del administrador, cambio de las reglas de administración, adopción de medidas cautelares, etc.). El Ministerio Fiscal puede actuar tanto de oficio como a solicitud de cualquier persona y se le da audiencia en todas las actuaciones judiciales que afectan al patrimonio protegido.

Por otro lado, la Ley 41/2003 crea una Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Sanidad y Política Social, cuya función básica es ser un órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento.

Esta Comisión está conformada por representantes de la Administración General y del movimiento asociativo de las personas con discapacidad y asesora al Ministerio Fiscal en las funciones de supervisión de la administración del patrimonio protegido, efectúa estudios, propone iniciativas a la Administración y resuelve consultas sobre normas que inciden en la aplicación de la protección patrimonial.

Por lo tanto, las medidas de control y fiscalización de la actuación del administrador del patrimonio protegido están directamente relacionadas con la consecución de los fines de éste: obtener una utilidad directa e inmediata del patrimonio y mantener la capacidad de obtener frutos.

Todo lo anterior, tiene el único objetivo de conseguir que la gestión de este patrimonio sea lo más eficiente posible a fin de lograr mayores beneficios (traducidos en mejores medios) para hacer frente a las necesidades de la persona con discapacidad.



5. Medios de protección patrimonial

La creación de este patrimonio especial de las personas con discapacidad debe partir de la dotación de bienes y derechos afectos a las necesidades que presenta la persona y que serán objeto de una especial protección por parte de la Ley.

Así, la Ley establece que el documento de constitución contendrá necesariamente el inventario de los bienes y derechos

que inicialmente constituyan el patrimonio protegido.

En relación con los sujetos encargados de la protección patrimonial, así como de la forma de constitución del patrimonio protegido hay que distinguir los siguientes extremos:

A. PERSONAS QUE PUEDEN CONSTITUIR EL PATRIMONIO PROTEGIDO

- **El propio beneficiario:**

Si la persona beneficiaria del patrimonio protegido tiene

capacidad de obrar, puede ser él mismo quien constituya el patrimonio y establezca sus reglas de funcionamiento. De este modo, según lo dispuesto en la Ley, cualquier persona en pleno uso de sus facultades puede constituir el patrimonio en previsión de limitaciones que puedan sobrevenirle en el futuro. En este supuesto nos encontramos ante una creación condicional del patrimonio protegido, que solo será efectiva cuando se produzca el hecho futuro e incierto que haya determinado el posible beneficiario del mismo.

- **Representantes legales de la persona con discapacidad:**

Si el beneficiario carece de capacidad de obrar, los constituyentes del patrimonio serán, en representación suya, los representantes legales: padres, tutores o curadores.

Excepcionalmente, ya que no tiene representación legal, el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica (exclusivamente) (artículo 3), puede constituir en un patrimonio protegido beneficio de ésta con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado en herencia o que pudiera recibir en virtud de

otros recursos (como pensiones que hubieran constituido los progenitores o tutores, y de las que fuera beneficiario).

En todo caso, se entiende que el constituyente real es la persona con discapacidad, sin perjuicio de que actúe mediante su representante: el patrimonio se forma con bienes del beneficiario, nunca de los representantes, no obstante éstos podrán hacer aportaciones de bienes de su propiedad.

Para la constitución de un patrimonio protegido:

- Los representantes legales no necesitan autorización judicial, pues no se aplica ninguno de los supuestos establecidos en el Código Civil que exigen dicha autorización (teniendo en cuenta, además, que no se trata de un acto de disposición y que su objeto es el beneficio de la persona).
- A diferencia del curador, los padres y tutores tienen facultades, en principio, más amplias y los casos en que se exige autorización judicial hay que interpretarlos con carácter restrictivo. El curador, en cambio, solo tiene las facultades que expresamente se le hayan atribuido.

- **Constitución por otras personas:**

La constitución también puede hacerse a instancia de terceros. En tal caso, no pueden ser constituyentes del patrimonio protegido propiamente dicho, sino que deberán poner a disposición de la persona con discapacidad o de sus representantes legales su ofrecimiento para que sean ellos los que puedan constituirlo. En otras palabras, un tercero no tiene posibilidad para poder constituir un patrimonio protegido.

De acuerdo con lo indicado anteriormente, el tercero ha de ofrecer “una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin”. La suficiencia deberá ser valorada por la persona con discapacidad, por sus representantes o por el juez.

Sin embargo, para evitar arbitrariedades en la decisión sobre la constitución o no de un patrimonio protegido y buscando el mayor beneficio de la persona con discapacidad, se prevé que, en caso de negativa injustificada de los padres o tutores de constituir el patrimonio protegido, el solicitante podrá acudir al Ministerio Fiscal, y, posteriormente, será el juez quien finalmente tome la decisión.

B. FORMAS DE CONSTITUCIÓN.

Antes de establecer cuáles son las formas de constitución del patrimonio protegido, es necesario realizar algunas precisiones sobre su naturaleza jurídica y distinguir los supuestos, según si el patrimonio es constituido con fondos de la persona beneficiaria o si éstos proceden de un tercero, incluidos sus padres, tutores y curadores:

- La constitución del patrimonio con fondos del beneficiario, sea realizada por la propia persona con discapacidad o por sus progenitores, tutores o curadores. Es un acto que puede calificarse de administración, pues se trata de someter determinados bienes (aún quedando afectos a las distintas necesidades de la persona con discapacidad) a la gestión de un tercero.
- Si el patrimonio se constituye con bienes aportados por terceros, la constitución encierra un acto complejo por el que, de una parte, se aceptan los bienes ofrecidos para la creación del patrimonio protegido, y de otra, se someten a las reglas de administración fijadas por el aportante. Es un acto mixto de aceptación de la aportación

de bienes y constitución de un régimen específico, mediante la constitución de un patrimonio especial de la persona con discapacidad.

Una vez fijados estos elementos procedemos a describir las formas de constitución del patrimonio protegido partiendo del contenido del artículo 3.3 de la Ley 41/2003 que establece que el patrimonio especialmente protegido se constituirá en documentos público, por tanto, iniciativa voluntaria, o por resolución judicial y tendrá como mínimo el siguiente contenido:

- inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido;
- las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, designando las personas que se estime conveniente;
- cualquier otra disposición que se estime pertinente.

Resolución judicial: Opera en el caso de oposición de los padres, tutores o curadores a la constitución del patrimonio protegido con bienes aportados por un tercero.

Documento público (escritura pública notarial): Esta operará cuando se practique por la propia persona con discapacidad o sus representantes legales o guardadores de hecho. Esta exigencia de escritura pública constituye una garantía que reviste de seguridad jurídica al propio acto de constitución.

C. REGISTRO.

Al crear el patrimonio protegido, los bienes de la persona pasan a tener una condición jurídica diferente, de modo que, a la hora de establecer relaciones jurídicas con ella, habrá que:

- Ver si estamos en el caso de los bienes integrantes del patrimonio protegido.
- En el caso de la “representación legal doble”, es decir, cuando sean distintos su representante legal ordinario (padres, tutores o curadores) y el representante especial del patrimonio protegido, habrá que tener en cuenta, a la hora de celebrar un negocio jurídico, con cuál de ellos hay que entenderse.

De acuerdo con la Ley, deberán inscribirse en los Registros correspondientes las siguientes cuestiones:

- La condición de representante legal del administrador cuando fuera persona distinta del beneficiario se inscribirá en el Registro Civil.
- Cuando bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos de la persona con discapacidad estén integrados en el patrimonio protegido, dicha condición deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad. La misma constancia registral deberá practicarse en los Registros correspondientes respecto de los restantes bienes que tengan el carácter de registrables.

6. Autorizaciones judiciales

Cuando el patrimonio protegido haya sido constituido por el beneficiario del mismo, su administración, con independencia de la procedencia de los bienes, está sujeta a las reglas previstas en el documento público de constitución.

Sin embargo, en el caso de que el patrimonio haya sido constituido por persona distinta

del beneficiario, las reglas de administración aludidas, deberán prever la necesidad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado (supuestos que ya han sido comentados anteriormente).

La autorización judicial supone otro instrumento de control de la actividad del administrador. Se instituye como un mecanismo asegurador de la pertinencia del acto de disposición de que se trate. Así, se sujeta a la aprobación del juez que valorará si dicha actuación es beneficiosa o no para los intereses de la persona con discapacidad.

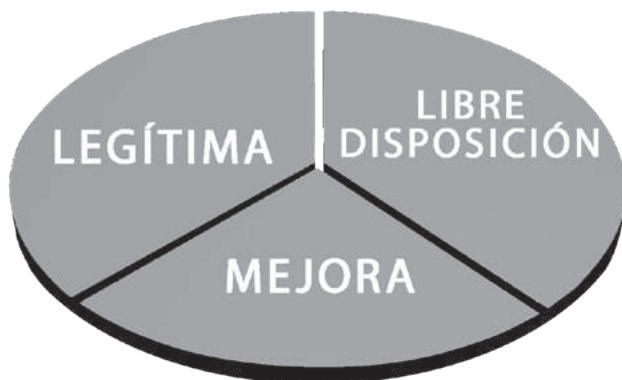
Excepción:

La ley 41/2003 dispone que "los constituyentes o el administrador, podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza."

Por tanto, el requisito de la autorización judicial puede ser excepcionado atendiendo a las circunstancias anteriores. Por ejemplo, en el supuesto en que sea necesario realizar algún tipo de disposición de los bienes del patrimonio con carácter urgente para evitar causar un perjuicio a la persona con discapacidad, no es necesaria su observancia, siempre y cuando sea solicitado, como dice la Ley, al Ministerio Fiscal para que a su vez lo remita al juez.

7. El fideicomiso legitimario de la persona con la capacidad modificada

En primer lugar, interesa dejar claro cuál es el concepto del fideicomiso para poder abordar luego sus características y notas básicas. De este modo, debemos introducir algunas nociones básicas para entender la presente figura.



La herencia se divide en tres partes iguales, que son la legítima, el tercio de mejora y el de libre disposición. La regla general es que el tercio de legítima de la herencia se divide en partes iguales entre los herederos forzosos. El testador no puede elegir a qué heredero dejar ésta. Sin embargo, se ha previsto un medio de protección para las personas cuya capacidad ha sido modificada, que permite constituir un fideicomiso en favor de la misma a quien otorga el testamento.

Esto significa que se reservará para la persona cuya capacidad ha sido modificada esta parte de la herencia –la legítima– entera o parte de la misma, pudiendo afectar al derecho de los otros herederos, y permitiendo al beneficiario hacer uso de determinados bienes hasta su fallecimiento, momento en el que revertirá al resto de los legitimarios.

De esta forma, el fiduciario, (la persona beneficiaria) podrá disponer de esa parte de legítima estricta gravada por el que otorga el testamento con los límites que éste hubiera establecido, para, a su fallecimiento, transmitirlos a los otros herederos forzosos (fideicomisarios).

Requisitos:

- Dentro de los requisitos necesarios para constituir el fideicomiso es necesario señalar que, en la legislación vigente, solo se hace referencia a la “incapacitación judicial”. De este modo, no es suficiente tener algún tipo de discapacidad, sino que será aplicable exclusivamente a la persona que haya visto modificada judicialmente su capacidad.
- Otro de los elementos a tener en cuenta es que esta sustitución fideicomisaria, deberá ser establecida por el testador a la hora de otorgar testamento. Sin embargo, no es necesario que figure expresamente, siempre y cuando pueda deducirse su intención (aunque se recomienda su disposición de manera clara y precisa).
- Por otro lado, para que surta efecto la cláusula fideicomisaria, será imprescindible que el estado de modificación de la capacidad se mantenga al tiempo del fallecimiento de la persona que se encuentra sujeta a esta condición. De lo contrario, la causa que habilita para reservar estos bienes en favor de la persona con discapacidad dejará de existir, facultando a los herederos forzosos a hacer efectivos sus derechos inmediatamente (recuperar los bienes), dejando sin efecto la cláusula fideicomisaria.

8. Aspectos fiscales a destacar

La figura del patrimonio protegido tiene una fiscalidad específica que afecta tanto a los aportantes, como a la persona con discapacidad beneficiaria de estos patrimonios, y que repercute, entre otras cuestiones en las aportaciones y disposiciones anticipadas.

Este régimen fiscal se configuró por parte del legislador a través de una serie de medidas que se introdujeron en las diferentes normas que configuran nuestro sistema jurídico tributario.

Así, la Ley 41/2003 incluyó una serie de artículos específicos dirigidos a regular las materias de índole fiscal, materias que fueron incardinadas en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (actual Ley 35/2006, de 28 de noviembre), y en la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba su Texto Refundido).

Asimismo, la Ley 41/2003, introdujo una mención al Impuesto sobre el Patrimonio mediante la

cual se dejaba a criterio de cada Comunidad Autónoma, declarar su exención en este impuesto cedido.

Dicho lo anterior, y en lo que al régimen fiscal de las aportaciones al patrimonio protegido se refiere, éstas, conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 35/2006, letra a), tributan como rendimiento del trabajo en sede de la persona con discapacidad beneficiaria hasta el importe de 10.000 euros anuales por cada aportante y 24.250 euros anuales en conjunto, siéndoles de aplicación la exención prevista en el artículo 7 w) de la Ley 35/2006 en virtud de la cual estarán exentos del impuesto los rendimientos del trabajo derivados de las aportaciones realizadas a los patrimonios protegidos en la medida en que, junto con las prestaciones recibidas por los contribuyentes, que provengan de aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad, no excedan de un importe máximo anual conjunto de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples.

En línea con lo anterior, hay que señalar también que el número 4 del artículo 54 de la Ley 35/2006 establece que no generarán derecho a reducción las

FUNDACIONES TUTELARES

aportaciones de elementos afectos a la actividad que efectúen los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que realicen actividades económicas.

La persona con discapacidad, titular del patrimonio protegido, se subrogará en la posición del aportante respecto de la fecha y el valor de adquisición de los bienes y derechos aportados, pero sin que, a efectos de ulteriores transmisiones, le resulte de aplicación lo previsto en la disposición transitoria novena de la Ley 35/2006 (esto es, los llamados

“coeficientes de abatimiento” mediante los cuales se puede reducir el importe de la plusvalía obtenida debido a la antigüedad de los bienes y/o derechos transmitidos).

Además, la Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 35/2006, apartado c) prevé a “sensu contrario”, que las aportaciones estarán sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en la parte en que no tengan la consideración de rendimientos del trabajo para la persona con discapacidad. Hay que recordar



que este tributo está cedido a las Comunidades Autónomas, por lo que habrá que ajustarse a la normativa de cada una de ellas para comprobar si se ha legislado en relación con esta figura.

En cuanto a las consecuencias fiscales de las disposiciones de los bienes y derechos que forman parte del patrimonio, cualquier disposición, en el período impositivo en que se realiza la aportación o en los cuatro siguientes, del bien o derecho aportado al patrimonio protegido, éstas suponen la pérdida de los beneficios fiscales disfrutados por el aportante y el titular del patrimonio protegido y la necesidad de regularizar los beneficios fiscales aplicados.

Este régimen supone una limitación a las disposiciones en aquellas situaciones en las que puedan verse inmersas las personas con discapacidad por la necesidad de disponer de los bienes y derechos aportados al patrimonio protegido por sobrevenir un empeoramiento de su estado de salud, o necesitar un tratamiento médico por ejemplo, y todo ello a pesar del esfuerzo realizado en la Ley 1/2009 en la que se ha procedido a aclarar qué se considera acto de

disposición y, ha previsto que no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se haga para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria, disposición que resulta a todas luces insuficiente y olvida este tipo de situaciones que venimos comentado.

En lo relativo al funcionamiento de los patrimonios protegidos, no se establece ningún tipo de beneficio para los rendimientos que proceden de los bienes y derechos aportados.

Por último, hay una obligación de carácter formal de los titulares de patrimonios protegidos, o administradores en su defecto, de declarar las aportaciones y disposiciones realizadas en el Modelo 182, modelo previsto para declarar donativos y donaciones que reciban determinado tipo de entidades (entidades sin fines lucrativos).



3

**Fundaciones tutelares
en el marco del ejercicio
de la tutela**

1. Introducción

El nacimiento de una fundación responde a la necesidad de contar con una figura jurídica que permita la adscripción de un patrimonio a un fin concreto de forma duradera en el tiempo, sin la intervención o control del fundador o fundadores que delega su gestión en una organización para que actúe conforme a sus directrices.

Esta figura viene regulada en el artículo 34 de la Constitución Española¹⁴, incluido dentro del capítulo segundo del Título I de la Carta Magna (de los Derechos y Deberes Fundamentales) que goza de una especial protección jurídica.

En cumplimiento de lo establecido por la Constitución, se aprobó la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones¹⁵ que recoge la regulación de las fundaciones de competencia estatal. A su vez, distintas Comunidades Autónomas han aprobado sus propias leyes de fundaciones¹⁶ cuando éstas desarrollen su actividad únicamente en la propia Comunidad Autónoma o bien como en el caso particular de Cataluña, cuando lo haga principalmente dentro de su territorio.

La regulación de las fundaciones de competencia estatal se completa con el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el cual se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal encargada de desarrollar los preceptos legales de la Ley 50/2002 y el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, que establece el Reglamento del Registro de Fundaciones de este mismo ámbito de competencia.

A lo expuesto debe hacerse una salvedad, ya que el legislador ha optado por excluir de este marco regulatorio el régimen fiscal de las fundaciones, reservando el mismo, sin perjuicio de los regímenes tributarios forales, a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades Sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, que constituye la norma de referencia reguladora de estos aspectos.

Es en consecuencia la Ley 50/2002 la normativa de referencia a la que se debe acudir para conocer los pormenores de la regulación de las fundaciones.

¹⁴ Artículo 34.1 de la Constitución: "Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley."

¹⁵ Hasta la aprobación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, las fundaciones se regían por la derogada Ley 30/1994, de 24 de noviembre de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

¹⁶ Las Comunidades Autónomas que tienen Ley de Fundaciones, a día de hoy, son las siguientes: 1) Andalucía, 2) Canarias, 3) Castilla y León, 4) Cataluña, 5) Comunidad Valenciana, 6) Galicia, 7) Madrid, 8) País Vasco, 9) La Rioja.

Al respecto, la misma reconoce en su artículo 2.2 que las fundaciones se rigen fundamentalmente, además de por la normativa que les resulte de aplicación, por:

**VOLUNTAD
DE FUNDADOR/ES**

ESTATUTOS

**OTRA
REGLAMENTACIÓN
INTERNA**

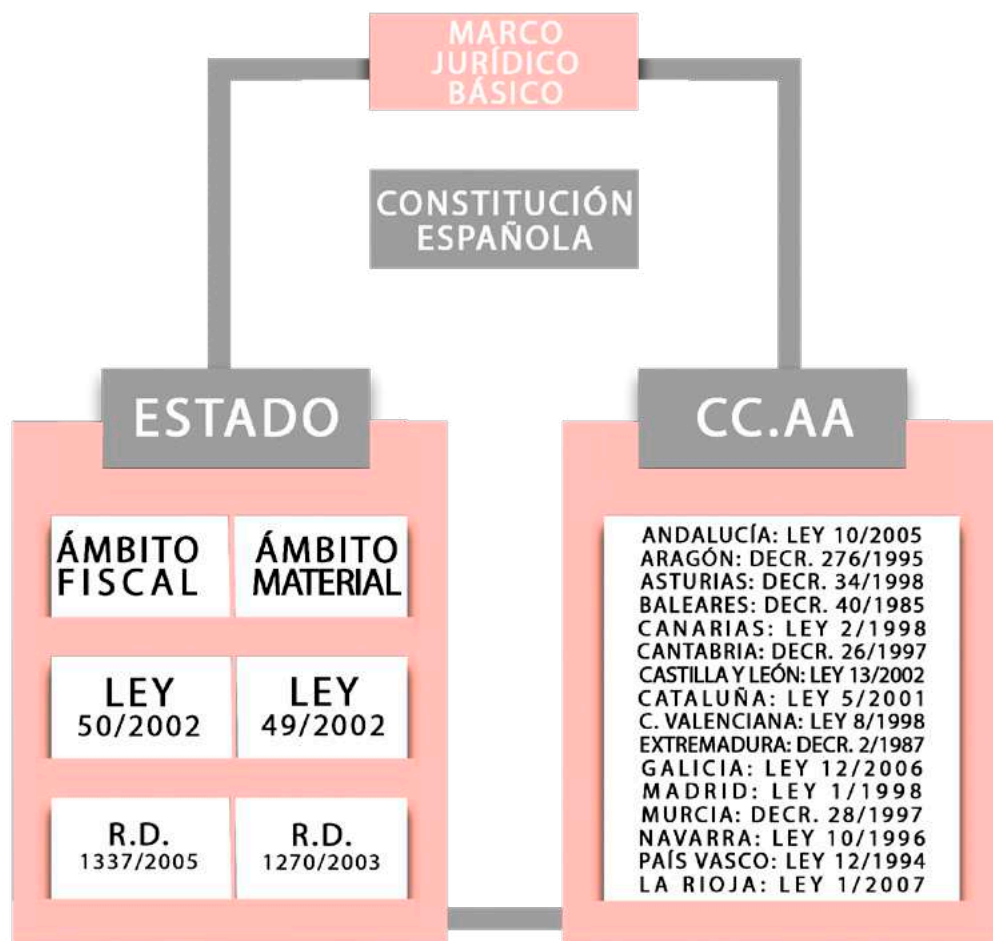
2. Principales características de las Fundaciones

El concepto de fundaciones viene recogido, con carácter general, en el artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones de la siguiente manera:

1. Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.

Se destaca de este artículo tres aspectos fundamentales que caracterizarán a todas las fundaciones, estos son:

- Ausencia del ánimo de lucro.
- Afección duradera de un patrimonio.
- Fines de interés general.



2.1. Ausencia del ánimo de lucro

El ánimo de lucro es un concepto propio del Derecho Mercantil, que se creó para definir el destino que una entidad da a sus ganancias. Conforme a esta visión, el ánimo de lucro concurre cuando las ganancias de la entidad sean repartidas entre sus propietarios.

De esta forma, cuando los beneficios no sean distribuidos entre los socios o propietarios, sino que tengan que repercutir en la propia entidad, nos encontraremos ante un caso de falta de ánimo de lucro de la actividad.

Así las fundaciones, en el caso de desarrollar actividades que sean susceptibles de generar beneficios de carácter económico, éstos nunca podrán ser distribuidos entre los fundadores o patronos, sino que, por el contrario, tienen que ser reintegrados en la fundación o, en su caso, destinarlos al cumplimiento de las obligaciones que la Ley les imponga.

En este sentido, es un error corriente, sobre todo cuando se habla de las entidades del Tercer Sector de Acción Social, concebir la concepción tradicionalmente arraigada de que la actividad

desarrollada por estas entidades no genera rentabilidad económica alguna por no ser éste su objetivo primordial.

Nada más lejos de la realidad, las entidades sin ánimo de lucro no solo pueden generar beneficios en el desarrollo de su actividad sino que sería algo recomendable cuando las circunstancias lo permitan, con el fin de garantizar la viabilidad de los fines perseguidos.

2.2. Afección duradera de un patrimonio

De la definición ofrecida por la Ley, se destaca la importancia que el componente patrimonial tiene dentro de las fundaciones.

Ello no es de extrañar puesto que es precisamente sobre este conjunto de bienes aportados por el fundador o fundadores sobre el cual se construye la nueva personalidad jurídica que surge con la constitución de la fundación, la cual, con su organización se encarga de la gestión del referido patrimonio con los únicos límites establecidos por la Ley y las directrices instituidas en el acto fundacional.

2.3. Fines de interés general

El interés general es lo que se conoce como un “concepto jurídico indeterminado” por no existir una única definición del mismo. No obstante, en el caso de las fundaciones, la propia Ley, en su artículo 3.1, ofrece un variado y generoso listado indicativo de aquellas materias a ser consideradas de interés general, tales como:

(...) los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos,

asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico.



Como se puede apreciar, todas aquellas corrientes dirigidas a la protección y promoción de los derechos de las personas con TEA u otro tipo de discapacidad se encuentran fácilmente englobadas en este listado por cuanto coadyuvan a la defensa de los derechos cívicos y a la asistencia social, al tiempo que fomentan la tolerancia y promueven la inclusión en la sociedad.

Este listado no es ni mucho menos cerrado, por lo que admite cualesquiera otros fines que pudieran servir a objetivos similares. Por esta razón, a la hora de evaluar si concurre el interés general en actividades distintas a las señaladas, el segundo apartado del artículo 3 de la Ley de Fundaciones ofrece alguno de los requisitos mínimos que deben cumplirse para ser así considerado, esto es:

La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas. Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares.

De esta manera, todo fin con vocación de ser considerado como de interés general debe beneficiar a una colectividad genérica de personas, cuya inclusión dentro de este grupo puede ser debida a las más diversas razones.

Todo fin con vocación de ser considerado como de interés general debe beneficiar a una colectividad genérica de personas, cuya inclusión dentro de este grupo puede ser debida a las más diversas razones.

3. Órganos de gobierno de la fundación

3.1. *El patronato: funciones y composición*

El patronato es la denominación que recibe el órgano encargado de gestionar el funcionamiento interno y asumir la representación de la fundación. El mismo se encarga de velar por el cumplimiento del fin fundacional, a cuyos efectos dispondrá del patrimonio de la fundación, que deberá administrar con la debida diligencia en el desempeño de su labor¹⁷.

De este modo, el patronato se constituye como el órgano de gobierno de la fundación y está formado por varias personas denominadas patronos. El funcionamiento tiene que ser democrático, es decir, que toma sus decisiones por mayoría, en los términos que hubieran definido en sus propios estatutos.

Como mínimo este órgano tiene que estar formado por tres patronos que previamente hayan aceptado el cargo de patrono en la forma admitida por la Ley¹⁸. Dentro del Patronato se nombra a su vez a un Presidente y a un Secretario.

3.1.1. El Presidente

El Presidente se elige entre los patronos y tiene el voto de calidad que permite desempatar, en caso de igualdad en las votaciones. Entre sus funciones están las de ejercer la representación de la fundación en juicio y fuera de él, acordar la convocatoria de las reuniones del patronato y establecer el orden del día, y velar por la correcta ejecución de los acuerdos del patronato.

3.1.2. El Secretario

El Secretario de la fundación no tiene por qué ser patrono, si bien en caso de no serlo puede acudir a las reuniones del Patronato con voz pero sin voto. Su función principal es la de certificar los acuerdos del Patronato, aunque le corresponden entre otras la convocatoria formal de las reuniones del patronato, la conservación de la documentación de la fundación o la obligación de llevar el libro de actas.

¹⁷ Como peculiaridad, cabe señalar que la Ley de Fundaciones del País Vasco (Ley 12/1994, de 17 de junio) prevé la posibilidad de conferir al órgano de gobierno de las fundaciones que deban regirse por esta norma, un nombre diferente al de "Patronato" en los estatutos.

¹⁸ La aceptación del cargo debe ser expresa en documento público, en documento privado con firma legitimada por notario o mediante comparecencia ante el Registro de Fundaciones, o ante el Patronato, mediante certificación expedida por el Secretario, con firma legitimada notarialmente.

3.1.3. Los patronos de la fundación

Los patronos de la fundación pueden ser tanto personas físicas, como personas jurídicas (ej. una asociación o una sociedad mercantil), si bien en este último caso, se deberá designar a una persona física encargada de representar al patrono persona jurídica en las reuniones del Patronato. El acuerdo de designar al representante persona física adoptado por la persona jurídica debe ser comunicado al Patronato y al Protectorado.

No se fija en la ley un plazo determinado de duración del cargo de patrono¹⁹, por lo que es una cuestión que deberá ser acordada en los estatutos de la fundación. Junto con dicha previsión, es importante fijar en los estatutos la manera de efectuar la sustitución de patronos que por transcurso del plazo de duración de su cargo no puedan cumplir con su función.

3.1.4 Sustitución temporal y cese de patronos

El ejercicio del cargo de patrono es personal, el mismo no puede ser delegado salvo cumplimiento de los

requisitos legalmente establecidos. La Ley de Fundaciones permite sin embargo la delegación temporal en otro patrono de la fundación, para que actúe en su nombre y representación, siempre conforme a las instrucciones que por escrito le confiera y para actos concretos. Parece por tanto que la ley descarta la posibilidad de realizar una delegación permanente y sin contenido delimitado.

La sustitución definitiva se da cuando el patrono deja de ejercer su cargo, bien por cese o renuncia, o por concurrencia de cualquiera de las causas de sustitución legalmente establecidas o fijadas por los estatutos.

Las causas legales de cese del patrono que pueden dar lugar a su sustitución son:

- Muerte o declaración de fallecimiento (o extinción de la personalidad jurídica en caso de que se trate de personas jurídicas).
- Incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad.
- Cese en el cargo.

¹⁹ La nota autonómica diferencial la pone la Ley de Fundaciones del País Vasco la cual reserva en su artículo 10.4 al fundador (siempre que sea una persona física) la posibilidad de ejercer con carácter vitalicio las competencias propias del órgano de gobierno de la fundación

- No desempeñar el cargo con diligencia (debiendo ser apreciado este extremo en sentencia judicial).
- Transcurso del plazo de 6 meses desde el otorgamiento de la escritura de constitución de la fundación sin que se hubiera instado su inscripción en el Registro.
- Transcurso del periodo de mandato, cuando este exista.
- Renuncia.
- Por las causas definidas en los Estatutos.

3.1.5 La retribución de los patronos

El cargo de Patrono es gratuito, por lo que los Patronos no percibirán salario por el desempeño de su cargo. Ello no quiere decir que no se les puedan reembolsar todos los gastos en que hubieran incurrido por el ejercicio de su cargo (dietas, taxis, teléfono, etc.). No obstante y teniendo en cuenta lo anterior, se permite que perciban retribución cuando presten a la fundación servicios diferentes a los que implica el cargo de Patrono, por ejemplo de carácter profesional.

3.2 *Funcionamiento del patronato: el ejercicio del cargo de patrono y su responsabilidad*

El patrono debe desempeñar su cargo con la debida diligencia, de forma que si no respetara este principio en el ejercicio de su cargo, incurrirá en responsabilidad frente a la fundación por los daños y perjuicios que hubiera podido generar.

Puesto que la toma de decisiones dentro del Patronato se hace de forma democrática, por mayoría de los patronos presentes o representados en la reunión, en ocasiones, alguno de sus miembros puede encontrarse en la disyuntiva de tener que formar parte de la adopción de una decisión que, según su criterio, pudiera ser contraria a la Ley, los estatutos o la debida diligencia en el desempeño del cargo de patrono.

En estos supuestos, basta con que el patrono vote en contra del acuerdo del patronato para eximirse de la responsabilidad que la adopción del mismo por el Patronato pueda implicar. También podrá quedar exento de responsabilidad en los siguientes casos:

- Cuando pruebe no haber intervenido en su adopción y ejecución.
- Si desconocía su existencia, por ejemplo en caso de que no fuera convocado a la reunión del Patronato.
- Si aún conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño.

Los patronos pueden solicitar que se indique en el acta el sentido de su voto y la justificación del mismo, así como la transcripción íntegra de su intervención a efectos de una futura depuración de responsabilidad.

La acción de responsabilidad contra los patronos puede ser ejercitada por el Patronato, el Protectorado, otros patronos o el propio fundador.

En todo caso, los patronos tienen que abstenerse de votar en aquellas votaciones del patronato que versen sobre:

- La decisión sobre cuestiones de autocontratación o de contratación por la fundación de sus familiares hasta el cuarto grado, cónyuge o pareja.
- Supuestos en que se haya entablado responsabilidad contra el patrono.

Al final de cada sesión que celebre el patronato, el secretario levanta un acta en el que se indican los asistentes (presentes o representados), el orden del día de la reunión, lugar, fecha y hora, los puntos principales de la deliberación y el acuerdo adoptado.

3.2.1 Supuestos de autocontratación

La Ley admite la autocontratación de patronos de la fundación, es decir, que la propia fundación decida contratar a algún miembro de su Patronato para que preste servicios a la fundación diferentes a los relacionados con el cargo de miembro del órgano de gobierno. Se denomina autocontratación a estos supuestos puesto que concurre un conflicto de intereses en el órgano de gobierno de la fundación dado que el mismo que decide sobre su contratación es a su vez el encargado de prestar sus servicios a la fundación.

Se da así una situación de confusión entre la figura de lo que en el ámbito mercantil podría considerarse como el empresario y el trabajador, al concurrir ambas condiciones en una misma persona. Para ello la Ley ha dejado la decisión a un tercero independiente ajeno a la Fundación como es el Protectorado²⁰, que deberá autorizar dicha contratación.

²⁰ Vid. Epígrafe 3.4

No obstante, será el propio Patronato el encargado de solicitar la autorización antes de la firma del contrato, aportando una copia del contrato que se pretende firmar para su examen.

En los casos en los que un patrono ya tuviera firmado un contrato con la fundación antes de su nombramiento como tal, se producirá el mismo tratamiento que en los supuestos de autocontratación examinados. En estos casos, la particularidad reside en que la autorización deba ser solicitada antes de la designación del patrono como miembro del órgano de gobierno.

Respecto de las peculiaridades que revisten las fundaciones tutelares de ámbito autonómico, cabe señalar que la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, por la cual se regula el régimen tributario de las Fundaciones y de las Actividades de Patrocinio en Navarra establece en su artículo 14 la incompatibilidad del cargo de patrono con la prestación de cualquier tipo servicios retribuido a la fundación. Esta prohibición afecta igualmente al fundador y a su cónyuge.

3.3 Otros órganos de la fundación

Además de los órganos obligatorios de la fundación establecidos por ley, la futura fundación puede optar por crear otros órganos específicos de la propia organización. Se permite cierto margen de libertad en este aspecto, de forma tal que cada fundación tutelar podrá personalizar su organización interna en la forma que estime más eficiente o considere que puede responder mejor a las necesidades de sus tutelados.

Cada uno de estos órganos específicos de cada fundación tendrá la composición y competencias que sean definidas por los Estatutos de la fundación, en los cuales se definirá el contenido de las funciones que pueda realizar. En todo caso, las funciones que puedan desarrollar estos órganos encuentran su limitación en aquellas materias que por ley no fueran delegables, como por ejemplo, la aprobación de cuentas y el plan de actuación, la modificación de Estatutos, la

fusión y liquidación de la fundación y en general todos aquellos actos que exijan autorización del Protectorado.

Así por ejemplo a nivel autonómico, las leyes de fundaciones de algunas Comunidades como La Rioja y Andalucía han recogido órganos específicos como la Gerencia, figura que por su utilidad es de uso extendido no solo en estas comunidades, sino también en las fundaciones de ámbito estatal. El Gerente en Andalucía o La Rioja es un cargo encomendado a una persona física o jurídica para la gestión ordinaria y administrativa de las actividades de la fundación cuyo único requisito es que sea ejercido por una persona de acreditada solvencia técnica.

3.4 El Protectorado, un órgano de la Administración que supervisa el gobierno de la fundación

El Protectorado es un órgano perteneciente a la Administración Pública competente²¹ (recordemos que puede ser tanto Estatal como Autonómico) encargado de velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la actuación de las fundaciones que se encuentren bajo su ámbito de actuación. Para ello, la Ley le atribuye una serie de facultades que sobre todo pueden concretarse en dos: control y asesoramiento, y asistencia técnica.

El Protectorado es un órgano perteneciente a la Administración Pública competente, encargado de velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la actuación de las que se encuentren bajo su ámbito de actuación.

²¹ En función del ámbito de actuación (territorial y funcional) de la fundación tutelar, el Protectorado es ejercido por el Ministerio o por la Consejería que tenga atribuida las competencias relacionadas con el fin de la fundación. De esta forma, si la fundación tutelar opera en el ámbito de una Comunidad autónoma, habrá que examinar que Consejería tiene atribuido el ejercicio de esa competencia. Normalmente podrá localizarse la información en la página web del gobierno autonómico.

De esta forma, el Protectorado no es únicamente el órgano administrativo encargado de vigilar el cumplimiento de la ley por la fundación y sus propios patronos, sino que actúa como un verdadero órgano de apoyo encargado de asistir en cuestiones técnicas a las fundaciones que así lo necesiten, llegando incluso en los casos más excepcionales a asumir las funciones del propio órgano de gobierno de la fundación, cuando esta hubiera por cualquier causa demostrado su incapacidad para gobernarse.

La Ley ha configurado a este órgano como aquel al que pueden dirigirse todas aquellas personas interesadas en constituir una fundación tutelar para que les oriente en relación con la normativa que resulte aplicable al proceso y la documentación a presentar para la consecución del mismo. Su capacidad asesora no se circunscribe al momento constitutivo, ya que, siempre que se albergue alguna inquietud en relación con el funcionamiento de la vida fundacional (sobre todo en lo referente a los aspectos económicos), puede y debe

acudirse al mismo mediante solicitud escrita que reúna los requisitos mínimos establecidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

También dependiendo de la entidad de la consulta a veces es posible su resolución vía telefónica, habiéndose hecho en los últimos años grandes esfuerzos por publicar gran cantidad de información y documentación útil en las páginas web de cada Administración.

Junto a su función asesora y de asistencia técnica, también desarrolla importantes facultades de control y vigilancia de la actividad fundacional. Dentro de sus potestades se encuentra la posibilidad de ejercitar las oportunas acciones de responsabilidad contra aquellos patronos que no hubieran ejercido su cargo con diligencia provocando con ello un daño patrimonial a la fundación cuyo gobierno se hubiera sido asignado, pudiendo incluso instar el cese del patrono.

De la misma forma, vela por el cumplimiento de los fines fundacionales, pudiendo para ello impugnar los acuerdos adoptados por el Patronato. Si el incumplimiento fuera de tal entidad que del mismo pudieran derivarse responsabilidades penales, es el encargado de dar traslado de sus sospechas y de toda la documentación necesaria al Ministerio Fiscal u órgano jurisdiccional competente para que tome las medidas oportunas.

Entre sus funciones de control se encuentran otras cuyo ejercicio más directo permite una vigilancia inmediata sobre la actividad fundacional. Las mismas se reflejan por ejemplo en todas aquellas actuaciones que requieren de la autorización o una comunicación al Protectorado.

Por supuesto, en caso de discrepancia por parte de la fundación tutelar con alguna de las decisiones del titular del Protectorado, podrán ser recurridos sus actos en vía administrativa a través del sistema ordinario de recursos. Si las pretensiones de la fundación no fueran atendidas en vía administrativas, una vez agotada la misma, cabría acudir al amparo de los tribunales.

El Protectorado es un órgano perteneciente a la Administración Pública competente, encargado de velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la actuación de las que se encuentren bajo su ámbito de actuación.

4. Dotación fundacional, financiación de las fundaciones y otras cuestiones de carácter patrimonial

4.1. Dotación fundacional e ingresos ordinarios

La dotación de la fundación tutelar es la denominación que recibe la aportación de capital inicial necesaria para constituir la fundación y es la base de su patrimonio.

Además de la dotación fundacional el patrimonio de la fundación puede estar compuesto por un conjunto de bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que vaya adquiriendo la misma, independientemente de que éstos sirvan para incrementar la dotación.

El Patronato, en tanto que órgano de gobierno de la fundación, es el encargado de gestionar este patrimonio, velando diligentemente por garantizar su destino a la consecución de los

fines fundacionales, así como su conservación e incremento en aquellos momentos en que fuera posible o necesario.

En este sentido, los principios de actuación que deben inspirar el funcionamiento de toda fundación tutelar son:

- Destinar el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la Ley de Fundaciones y sus Estatutos a sus fines fundacionales.
- Dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados.
- Actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios.

Tradicionalmente, las fuentes de financiación²² de las fundaciones tutelares, han consistido en donativos y otros ingresos no recurrentes. Además el artículo 22 de la Ley de Fundaciones permite la percepción de donaciones y herencias, si bien en el caso de las herencias, una de las premisas legales con que cuentan las fundaciones tutelares es que las mismas se entienden aceptadas siempre a beneficio de inventario.

²² Datos extraídos del "Estudio sobre la realidad de las fundaciones tutelares de la asociación española de fundaciones tutelares". 2007.

En este sentido, según contempla el artículo 998 del CC, la aceptación de la herencia a beneficio de inventario supone que el aceptante no responda con sus bienes de las deudas y las cargas de la herencia que hubiera contraído el causante, sino únicamente con los bienes de la herencia.

En torno a los ingresos procedentes de herencias, pueden suscitarse numerosas preguntas o inquietudes por parte de los familiares que quieran designar en su testamento, además de a sus herederos legales, a una fundación. Para despejar las dudas en relación con este tipo de ingresos, la primera cuestión que debe ser aclarada gira en torno a la distinción entre el patrimonio de los herederos y el patrimonio de la fundación.

No parece que la intención del legislador sea la de facilitar la fusión entre ambas masas patrimoniales, de tal suerte que no fuera posible distinguir la titularidad sobre los bienes y derechos que componen la misma. A nuestro juicio el patrimonio de la fundación tutelar existe con un propósito: gestionar la tutela de las personas, incluido su ámbito patrimonial, para lo cual es imprescindible el establecimiento de límites definidos que permitan la diferenciación entre ambos.

Por tanto, si la controversia se centra en el destino de la herencia, lo que parece claro es que toda herencia cuyo beneficiario sea la fundación tutelar pasará a integrar el patrimonio fundacional, revirtiendo consecuentemente en beneficio de la totalidad de los tutelados de dicha entidad, diferenciándose de la herencia del tutelado que se mantendrá dentro de su esfera patrimonial. Una vez se incremente el patrimonio del tutelado, el mismo servirá para financiar, en su caso, los servicios que recibe de la fundación.

Además de las fuentes de financiación indicadas existe otra que reviste una importancia capital en el mapa de fundaciones de nuestro país. Esta es la financiación pública a través de distintas subvenciones y ayudas.

Los ingresos provenientes de subvenciones públicas suponen en torno al 50% de los ingresos anuales de las fundaciones tutelares. Los convenios de colaboración firmados con las diferentes Administraciones Públicas se han consolidado como las vías para formalizar acuerdos (generalmente anuales) para obtener un compromiso de financiación para recibir el apoyo público a la actividad tutelar de este tipo de fundaciones.

En todo caso, la decisión sobre la firma del Convenio de colaboración es una cuestión de depende de la voluntad de la Administración, generalmente influida por su capacidad presupuestaria y las directrices de su política de fomento, por lo que no siendo este tipo de instrumentos una obligación legal que deba cumplirse todos los años.

En este sentido, se debe tener en cuenta que en el contexto económico actual, no parece que pueda ser una fuente estable de la que deba depender el grueso de la financiación de las fundaciones tutelares, lo que recomienda analizar vías alternativas e innovadoras.

Las fundaciones tutelares, en tanto que instituciones encargadas de cumplir su función social deben aspirar a garantizar su viabilidad económica futura, sin que la misma se haga depender de las ayudas públicas, en la medida de lo posible, ni las aportaciones de los familiares presentes a través de la búsqueda de mecanismos de financiación autónomos y recurrentes.

Así, la constitución de fundaciones tutelares profesionalizadas y con vocación de permanencia en el

tiempo (más allá de la vida de los familiares que pudieran ser los encargados de su gestión), puede ayudar a gestionar eficientemente las asignaciones familiares que si bien de por sí no tendrían opción alguna de obtener un rendimiento significativo, gestionadas en su conjunto puedan obtener mejores ingresos de cara a su reinversión en servicios a favor de sus tutelados.

Por supuesto, la búsqueda de la viabilidad económica debe encontrar siempre su límite en la calidad de la atención a los tutelados, huyéndose siempre de masificaciones que puedan torcer el fin último de la institución tutelar, cual es la salvaguarda y protección del tutelado en todos aquellos ámbitos vitales en los que precise apoyos, facilitándole los medios necesarios.

La particularidad que reviste la finalidad para la cual son creadas las fundaciones tutelares, esto es, el ejercicio de las funciones específicas del tutor, hace que, junto a las fuentes de financiación típicas de toda entidad fundacional deban añadirse las correspondientes a la condición de tutor.

Al respecto, las fundaciones tutelares pueden beneficiarse que el juez fije una asignación económica a favor del tutor, a modo de retribución, que podría girar entre el 4% y el 20% del rendimiento líquido de los bienes del tutelado. En todo caso, la fijación de esta retribución dependería el valor y rentabilidad de dichos bienes, así como los servicios que el tutor pudiera prestar.

El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 % ni exceda del 20 % del rendimiento líquido de los bienes.

Artículo 274 CC

La finalidad de esta asignación no es otra que remunerar el trabajo desempeñado por la fundación tutelar, siempre que velando por el interés superior del tutelado, el patrimonio del mismo lo permita.

4.2 Otros ingresos de las fundaciones tutelares: actividad económica accesoria, complementaria o relacionada con el fin fundacional principal

La ausencia de ánimo de lucro consustancial a la naturaleza de las fundaciones tutelares asegura que la remuneración prevista en el artículo 274 del CC para el tutor (en aquellos casos en que las circunstancias permitan su fijación), sea obligatoriamente reinvertida en el bienestar de las propias personas tuteladas, ya que la fundación tutelar en tanto persona jurídica creada para la realización de un fin, no tiene interés, ni puede por ley operar con ánimo de lucro.

De esta forma, se consigue conservar el gasto por el pago de los servicios tutelares dentro de la esfera de actuación de la propia fundación, en el esfuerzo de proporcionar al tutelado los apoyos y cuidados necesarios.

Al margen de los ingresos que la fundación tutelar pueda percibir por su labor de tutela,

éstas pueden desarrollar otras actividades económicas diferentes por las cuales perciban ingresos. Para que ello sea posible, la actividad desarrollada tiene que guardar relación con el fin fundacional.

Si los fines fundacionales amparasen la prestación por parte de la fundación de otros servicios ajenos al cargo de tutor o incluso la propia naturaleza excedentaria de los servicios tutelares prestados permitiese su ofrecimiento a terceros ajenos a la relación tutor-tutelado, nada impide que la fundación pueda percibir contraprestación por la realización de los mismos. El único requisito es que la actuación desarrollada se encuentre en consonancia con el fin fundacional.

A pesar de que la prestación de servicios en el mercado a cambio de una remuneración garantiza la autonomía de la fundación tutelar y fortalece su viabilidad económica, el desarrollo de este tipo de actividades económicas no debe ser de tal significación que pueda llegar a interferir con el ejercicio diligente del cargo de tutor en contra del interés del tutelado. Un buen indicador para saber dónde está el límite es el mismo interés del tutelado, cuando éste se vea

perjudicado por el desarrollo de otro tipo de actuaciones habrá que comenzar a plantear el abandono de la actividad accesorio.

El resto de actividades mercantiles que quieran ser desarrolladas por la fundación y no estén amparadas por los fines fundacionales, solo podrán ser ejercidas a través de sociedades mercantiles donde la responsabilidad se limite a la participación de la fundación en las mismas. En todo caso, si la participación de la fundación en la sociedad mercantil es mayoritaria, se deberá notificar al Protectorado.

4.3 Limitaciones a la disposición del patrimonio de la fundación tutelar

Por imperativo legal, como mínimo el 70 por ciento de los ingresos obtenidos por la fundación deben ser reinvertidos en la realización de los fines fundacionales, reservando el resto para incrementar la dotación o las reservas en función de lo que decida el Patronato.

Para determinar el cómputo de este porcentaje se excluirán los gastos en los que la fundación hubiera

incurrido para la obtención de los ingresos (servicios exteriores, gastos de personal, gastos de gestión, gastos financieros, etc.).

Dentro del cómputo de este porcentaje tampoco se incluyen las aportaciones que se incorporen a la dotación, ni el resultado de la venta de los edificios en los cuales la fundación desarrolle su actividad, siempre que los mismos se reinviertan en la adquisición de otros edificios para seguir llevando a cabo las mismas.

Por otro lado, determinados actos de disposición sobre el patrimonio están sometidos a un régimen de autorización previa o comunicación al Protectorado. En caso de no efectuar la misma, se podrá ejercitar acción de responsabilidad o la oportuna acción judicial para la destitución de los patronos responsables.

Estarán sometidas a autorización previa la enajenación o gravamen de bienes o derechos que formen parte de la dotación o estén directamente vinculados (por voluntad expresa) a la realización de los fines fundacionales.

Se someterán a comunicación (en un plazo máximo de 30 días hábiles desde su realización):

- Los actos de disposición cuyo importe supere el 20 por ciento del activo de la fundación.
- Los actos que recaigan sobre bienes inmuebles, establecimientos industriales o mercantiles bienes declarados de interés cultural.

En los supuestos en los cuales la fundación reciba por cualquier concepto participaciones en sociedades en las que haya que responderse personalmente por las deudas sociales contraídas, el Patronato está obligado a vender dicha participación o instar la transformación de la sociedad, en el plazo de un año máximo.

5. ¿Cómo se constituye una fundación?

5.1. *Quién puede constituir una fundación*

Cualquier persona que no tenga restringida su capacidad de obrar²³ puede llevar a cabo la creación de una fundación.

En este sentido, se reconoce este derecho –también a las personas jurídicas, por lo que una sociedad mercantil, una asociación o cualquier otra entidad pueden erigirse en fundadores, si bien para ello se les exige que exista acuerdo interno expreso del órgano competente para disponer de sus bienes o acuerdo de su órgano rector, según proceda.

Igualmente, las personas jurídicas públicas, esto es Administraciones y entidades u organismos vinculados a las mismas, no son una excepción a esta regla salvo que en sus normas reguladoras se estableciera lo contrario.

De la misma forma, en la constitución de una fundación pueden intervenir una o varias personas de distinta naturaleza (física o jurídica), siempre y cuando cada uno de ellos cumpla con las exigencias que la normativa de aplicación les imponga en atención a su naturaleza.

En todo caso, la creación de una fundación tutelar requiere cumplir una serie de requisitos generales cuya observancia permite a la Administración corroborar que concurren la totalidad de los mínimos exigidos por la Ley para la existencia de la fundación, los cuales procedemos a analizar.

La Ley de Fundaciones reconoce dos formas de constituir una fundación: por actos “intervivos” o “mortis causa”.

²³ Ver Bloque II en relación con las restricciones a la capacidad de obrar. En cualquier caso dicha capacidad solo puede ser restringida por sentencia judicial.

5.2 *Formas de constituir una fundación: en vida o vía testamentaria*

La Ley de Fundaciones reconoce dos formas de constituir una fundación: por actos “intervivos” o “mortis causa”. Es decir, si bien lo habitual será la que creación de la fundación se haga por medio de escritura pública de constitución cuando la misma se produjera durante la vida del fundador, la Ley permite –igualmente– su constitución vía testamentaria cuando sea el resultado de la última voluntad de la persona.

En ambos casos los requisitos subsiguientes son los mismos, no obstante por causas evidentes, en caso de que se produjera mortis causa, se permite que el albacea, los herederos, o el Protectorado en último caso, subsanen los defectos de los que el testamento pudiera adolecer, siempre y cuando el fallecido hubiera hecho constar en el mismo como mínimo la voluntad de crear la fundación y los bienes y derechos que se desean aportar a la misma.

La escritura de constitución de la fundación otorgada ante notario debe incluir a su vez un contenido mínimo:

- El nombre, apellidos, edad y estado civil del fundador si es persona física o denominación o razón social si se tratara de persona jurídica. En ambos casos debe constar su nacionalidad, domicilio y número de identificación fiscal.
- La voluntad del fundador de constituir la fundación.
- La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación, sobre la que entraremos en detalle más adelante.
- Los estatutos de la fundación. En los cuales, tendrán el siguiente contenido:

- Denominación de la fundación²⁴. Que deberá ser conforme a la certificación negativa de denominación, expedida por el Registro. Fin fundacional.

- Domicilio de la fundación y ámbito territorial en que vaya a desarrollar principalmente su actividad.

²⁴ Se denomina certificación negativa de denominación aquel certificado que acredite que no existe fundación con la misma denominación.

- Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.
- La composición del Patronato, las reglas para la designación y sustitución de sus miembros, las causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos.
- Cualquier otra condición que quiera establecer el fundador.
- La identificación de las personas que integran el Patronato y su aceptación para el desarrollo del cargo.

De los elementos expuestos que deben conformar el contenido de la escritura de constitución, los estatutos merecen una especial atención por cuanto el contenido que el fundador les quiera otorgar van a definir los límites y forma de actuar de la fundación en el desarrollo de su actividad, siempre y cuando los mismos sean legales.

Al margen de los condicionantes específicas establecidas por el fundador, resulta interesante a efectos prácticos detenerse

en el análisis de dos elementos de los Estatutos, como son el nombre de la fundación y los aspectos relativos a su domicilio y nacionalidad.

5.3 Cuestiones relativas al nombre de la fundación

La importancia del nombre que los fundadores quieran otorgar a la entidad es de especial relevancia. El nombre de una entidad define en muchas ocasiones su ámbito de actuación y le permite diferenciarse respecto del resto de agentes que operan en el ámbito de su actividad.

Así, la denominación es parte de la imagen de la fundación y el primer elemento que recibe el interesado cuando entra por primera vez en contacto con la misma. En la fundación tutelar, el nombre es su sello de confianza encargado de generar en los familiares la tranquilidad propia de quién encomienda la vida de un ser querido al cuidado de una entidad.

En este sentido, la denominación permite reconocer no solo a la fundación, sino el prestigio generado en su actuación y el cual queda asociado a ese nombre.

Su determinación corresponde a la voluntad del fundador quien libremente lo decidirá de entre todas las posibles combinaciones, sin embargo, dicha libertad encuentra su límite en los mínimos que la Ley de Fundaciones dispone. Éstos son:

- La denominación solicitada no podrá coincidir con ninguna otra inscrita previamente en ninguno de los Registros de Fundaciones. Para poder comprobar este extremo, el fundador debe solicitar una certificación negativa de denominación, documento que expide el Registro y que debe ser incorporado a las escrituras de constitución una vez obtenida. Para solicitar el mismo, puede utilizarse, entre otros, el modelo de solicitud publicado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.
- Los fundadores, sean personas físicas o jurídicas pueden ceder su nombre o seudónimo a la fundación, sin embargo, cuando se pretenda dar a la entidad el nombre de una tercera persona diferente a la persona del fundador o fundadores, se debe contar con el consentimiento expreso de la misma, formalizado en escritura pública, de la persona cuyo nombre hubiera servido de inspiración.

La ley contempla incluso una referencia a la posibilidad de utilizar el nombre de una persona declarada judicialmente incapaz (con la denominación tradicional). En estos casos, dada su falta de capacidad legal para tomar decisiones jurídicamente vinculantes, la decisión final sobre autorizar al fundador su utilización correspondería a su representante legal en los términos expuestos en el capítulo correspondiente.

- La utilización del nombre de personas ya fallecidas puede resultar problemática en tanto que la Ley no hace mención al respecto y el finado ya no puede otorgar su consentimiento. Puesto que no existe una prohibición expresa en la normativa de referencia, en principio debería admitirse la posibilidad de tomar el nombre de una persona ya fallecida, dado que no parece que el nombre de una persona física pueda ser objeto de patrimonialización por sus legítimos herederos. No obstante, en esta cuestión la prudencia aconseja remitirse a lo dispuesto por la normativa y jurisprudencia existentes en materia de derecho al honor y a la propia imagen.

- Cualquiera que fuera la opción elegida debe contar necesariamente con la palabra “Fundación” y ser utilizadas las letras del alfabeto de cualquiera de las lenguas autonómicas españolas, pudiendo utilizarse números en la misma (árabigos o romanos).

De esta forma, los caracteres utilizados en las lenguas co-oficiales vasca, gallega o catalana se admiten dentro del nombre de la fundación. Sin embargo, la denominación elegida no podrá coincidir o asemejarse con la otras denominaciones previamente



inscritas en cualquier registro público español, salvo en los supuestos en que se trate del de la persona física o jurídica que la constituya.

El propio reglamento de fundaciones nos ofrece un listado de posibles circunstancias que en caso de concurrir pueden ayudar a determinar que exista semejanza o confusión con una denominación previamente inscrita, las cuales citamos a continuación:

- La utilización de las mismas palabras en diferente orden, género o número.
- La utilización de las mismas palabras con la adición o supresión de términos, expresiones, artículos, advertencias, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación u otras partículas de escasa significación.
- La utilización de distintas palabras con idéntica expresión gráfica o notoria semejanza fonética.

En relación con el tema de las fundaciones públicas y privadas que posteriormente desarrollaremos con mayor

profundidad, y la vinculación de estas últimas con las diferentes Administraciones territoriales e institucionales públicas, existe una prohibición de interés, consistente en la imposibilidad de utilizar únicamente el nombre de España, de cualquiera de las Comunidades Autónomas, de las provincias o municipios, o en general organismos oficiales o públicos, en el nombre de la fundación.

De esta forma las denominaciones Fundación España, Fundación Murcia o Fundación Getafe serían opciones vedadas para el interesado en crear una entidad de carácter privado, mientras que las hipotéticas Fundación Tutelar TEA España o la Fundación Tutelar TEA Murcia, serían opciones posibles, siempre y cuando no se encontraran ya inscritas en el Registro.

Dicha prohibición no resulta de aplicación a aquéllas que hubieran sido constituidas por la propia Administración cuyo nombre adquiriera. Así por ejemplo, y según lo expuesto, la fundación Castilla y León sería una denominación reservada a la propia administración castellano-leonesa.

Tampoco se admiten aquellas denominaciones que puedan ser contrarias a las leyes, vulnerar los derechos fundamentales de las personas, aquellas que induzcan a error respecto de la naturaleza o actividad de la fundación, o que no se correspondieran con el fin fundacional. De esta forma una fundación cuyo fin sea la tutela de personas con discapacidad no podría reservarse la denominación de por ejemplo Fundación para la protección de Patrimonio artístico.

5.4 Cuestiones relativas a la nacionalidad y el domicilio de la fundación

La relevancia de la determinación del domicilio y nacionalidad de una determinada entidad reside en las distintas consecuencias jurídicas que el ordenamiento prevé de aplicación en función de si las mismas se fijan en uno u otro territorio.

De esta forma, la fijación del domicilio en uno u otro municipio no solo tendrá consecuencias fiscales, sino que puede suponer la

aplicación de un régimen jurídico distinto, más aún si hablamos de una entidad de nacionalidad extranjera.

Las fundaciones tutelares que vayan a desarrollar su actividad principalmente en España deben estar domiciliadas en el lugar donde su Patronato tenga la sede o bien en la localidad donde desarrollen principalmente su actividad.

Si el ámbito de actuación fuera a ser principalmente el extranjero, se tomará el lugar de sede del Patronato en España como domicilio estatutario de la Fundación.

Lo anterior no impide que las fundaciones extranjeras puedan desarrollar su actividad o parte de la misma en nuestro territorio nacional, si bien, cuando dicha actividad se vaya a desarrollar de forma estable, dichas fundaciones deberán mantener en España una delegación, tomando a efectos de domicilio el de la sede de la misma.

Para el establecimiento de esta delegación, la fundación extranjera debe hacer constar esta circunstancia en escritura pública, cuyo contenido debe revestir requisitos similares a los exigidos

al resto de fundaciones nacionales (estando la documentación aportada debidamente legalizada y apostillada).

Al igual que las nacionales, las fundaciones extranjeras que vayan a desarrollar de forma estable su actividad en nuestro país tienen que inscribirse en el Registro de Fundaciones competente que les corresponda en función del ámbito territorial en el que vayan a desarrollar su actividad. En función de este ámbito están sometidos de la misma forma a actividad del Protectorado. Para obtener la inscripción, deben acreditar que se han constituido válidamente cumpliendo los requisitos de su país.

Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución.

5.5 Últimos pasos: la inscripción y los problemas asociados

Una vez preparada la escritura pública de constitución (copia autorizada y simple²⁵), es necesario inscribir la misma en el Registro de fundaciones competente (bien sea el estatal²⁶ o el autonómico), junto con el justificante del pago de los impuestos correspondientes²⁷.

Antes de realizar la inscripción, resultará útil corroborar que se dispone de la totalidad de la documentación exigida por el Registro, para ello puede utilizarse la Guía de Comprobación publicada por el Ministerio.

La válida inscripción de la escritura de constitución en el Registro competente determina el nacimiento de la personalidad jurídica de la fundación. De esta forma, solo aquellas entidades que obtengan su inscripción en este Registro pueden utilizar la denominación de "Fundación" y beneficiarse en consecuencia de las premisas asociadas a dicha calificación.

²⁵La "copia autorizada" o "auténtica" se refiere siempre a una copia notarial. Es la reproducción total o parcial de una matriz (escritura o acta) a petición de parte interesada y autorizada por el notario que tiene a su cargo el protocolo. La copia autorizada, por definición legal, es documento público con todos los efectos inherentes a este tipo de documento. Tiene un formato específico: ha de extenderse en papel timbrado numerado, debe ser rubricada por el notario en todas sus hojas, con el sello de seguridad en la última y, asimismo, con el signo y firma del notario al final. La "copia simple" es una reproducción total o parcial de una matriz, con carácter exclusivamente informativo, a petición de parte interesada y autorizada por el notario que tiene a su cargo el protocolo. Suele ser una reproducción del contenido del documento, al que se añade el sello de cada notario.

²⁶El registro único a nivel estatal depende orgánicamente del Ministerio de Justicia y está adscrito a la Dirección General de los Registros y el Notariado (actualmente no está operativo), si bien según lo dispuesto por el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, hasta que entre en funcionamiento este registro único estatal, subsistirán los registros ministeriales existentes hasta la fecha. Por esta razón habrá que atender a la naturaleza del fin perseguido para conocer el Registro competente.

²⁷Liquidación del impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Puede suceder que finalmente se deniegue la inscripción o incluso, que la inscripción se dilate en el tiempo, lo cual sin embargo no quiere decir que hasta que ello suceda no puedan llevarse a cabo actos en nombre de la fundación. Ciertamente se permite que una vez haya sido otorgada la escritura de constitución (o prevista su creación vía testamentaria en su caso) y hasta que la misma se inscriba, puedan ser realizados en nombre de la fundación en proceso de formación.

El Patronato de la fundación en proceso de formación, conforme a lo expuesto, puede realizar no solo aquellos actos dirigidos a conseguir la inscripción de la fundación en el Registro, sino que se le permite la realización de todos aquellos actos indispensables para la conservación del patrimonio fundacional y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación.

Como la norma no define estos conceptos y por su indeterminación pueden llevar a confusión a la hora de decidir qué actos son indispensables o no admiten demora y cuáles no, su interpretación deberá ser examinada caso por caso, si bien

serán los miembros del órgano provisional de gobierno de la fundación, los encargados de asumir la responsabilidad por los actos realizados durante esta fase preliminar.

Una vez inscrita la fundación en el Registro y adquirida su personalidad jurídica se entenderá que la misma asume automáticamente la totalidad de los actos realizados por sus patronos.

No obstante, en el caso de que finalmente se deniegue la inscripción o los patronos no insten la misma en el periodo de tiempo máximo, los patronos provisionales designados por la escritura de constitución asumen la responsabilidad por los actos realizados durante ese periodo transitorio. Esta responsabilidad además será solidaria cuando no se inste la inscripción, lo que implica que se pueda exigir a cualquiera de los patronos el total de la responsabilidad por los daños causados, sin perjuicio de que posteriormente éste repercuta en el resto.

A lo anterior cabe hacer una excepción, ya que podría darse el supuesto en que los patronos designados por la escritura de constitución no hubieran aceptado su cargo, en cuyo caso no les podría ser atribuida responsabilidad por los actos realizados con anterioridad a dicha aceptación.

Por otro lado, si estos patronos hubieran aceptado el cargo, dentro de sus obligaciones se encuentra la de instar la inscripción, realizando todos aquellos actos que resulten necesarios para el éxito de la misma. En caso de que hubieran transcurrido 6 meses desde el otorgamiento de la escritura sin haber instado la inscripción, el Protectorado cesará a los patronos y nombrará a los nuevos. Para este supuesto particular de designación institucional de patronos se requiere en todo caso una autorización judicial previa.

La inscripción, como decimos, determina el nacimiento de la personalidad jurídica y la misma, como señala el artículo 38 del Código Civil, determina la posibilidad de contraer obligaciones.

5.6 La dotación de las fundaciones tutelares

Ya hemos aludido a la importancia que el elemento patrimonial tiene dentro del concepto de fundación. Como hemos indicado, no es posible la existencia de la fundación sin que haya habido previamente una disposición patrimonial por parte de su fundador.

Así, esta primera aportación de bienes, sobre la cual se basará la futura actuación fundacional, que tiene la denominación de dotación, está formada por todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que sean aportados en concepto de dotación o bien afectados con carácter permanente por el fundador o fundadores a los fines fundacionales.

En su condición de aportación inicial, la dotación, está sometida a ciertos condicionantes legales a los que debe sujetarse para poder ser considerada suficiente para el adecuado desenvolvimiento de la actividad fundacional. A estos efectos se considera suficiente una dotación cuyo valor económico sea de al menos 30.000 euros.

No es necesario aportar inicialmente la totalidad de los 30.000 euros, ya que cuando la aportación sea realizada en dinero, basta con efectuar un primer desembolso de como mínimo 7.500 euros, tenido un plazo de no más de cinco años desde el otorgamiento de la escritura de constitución para desembolsar los 22.500 euros restantes hasta completar la totalidad de la cuantía mínima dotacional.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible crear una fundación tutelar con una dotación inicial inferior al mínimo legal en supuestos excepcionales cuando el fundador acredite que dicha cuantía es suficiente para conseguir los fines fundacionales. La acreditación de este extremo se hará mediante la presentación del primer programa de actuación²⁸, junto con un estudio económico que acredite la adecuación y suficiencia a los fines de la aportación realizada.

La cuantía dotacional puede ser satisfecha dinerariamente como hemos visto o a través de aportaciones no dinerarias, si bien en este último caso cuando la aportación se haga en especie, debe acompañarse a la escritura de constitución de una

tasación realizada por un experto independiente que justifique que el valor de los bienes aportados se corresponde con el que el fundador declare que tienen.

En cualquier caso, sea aportada la dotación dinerariamente o en especie, esté íntegramente desembolsada o por desembolsar, la Ley prohíbe terminantemente el incluir como parte de la dotación el simple propósito de recaudar donativos.

De la misma forma que cuando la dotación se aporta por un tercero, se exige que conste el compromiso de éste, en los términos expuestos mediante escritura pública, no resultaría acorde con el espíritu de la norma (dar solvencia a la institución fundacional) el aceptar como dotación meras declaraciones de intenciones, sobre todo cuando el nacimiento de la misma dependa de que terceros ajenos al fundador comprometan su patrimonio.

Independientemente de la cuantía inicial que la dotación adquiera en la fundación tutelar, dicho importe puede ser posteriormente incrementado por aportaciones posteriores hechas por terceros o el propio fundador²⁹ o cuando el

²⁸ A pesar de que la Ley de Fundaciones no vuelve a referirse al mismo, entendemos que se trata de un documento en el que la fundación describe la actuación concreta que vaya a desarrollar de contenido similar y equivalente al del Plan de actuación.

²⁹ Para que estas aportaciones formen parte de la dotación, debe haber una declaración expresa de la voluntad del tercero o del fundador de que dichos bienes sean vinculados directamente al cumplimiento del fin fundacional.

Patronato así lo acuerdo mediante su decisión de afectar nuevos bienes a la dotación. Por tanto, la dotación no es un concepto inmutable dentro de la vida de la fundación, ya que puede verse reducida³⁰ o incrementada siempre que se respeten las limitaciones legales.

6. Modificaciones estatutarias, fusión y extinción de las fundaciones

6.1 Modificaciones estatutarias

Es muy posible que la necesidad de la fundación tutelar de adaptarse a las nuevas tendencias sociales o políticas públicas implique en algún momento la necesidad de acometer la modificación de sus estatutos.

Estas modificaciones podrían deberse a alteraciones habituales en la vida fundacional como los que se producen en relación con el domicilio social o su denominación, así por ejemplo piénsese en el supuesto en el cual una fundación

deba mudar su actividad a otro inmueble cuyo arrendamiento implicara un menor coste o de mayores dimensiones fruto de la ampliación de su actividad.

En otras ocasiones, la importancia de la modificación afectará a cuestiones de organización interna (número de órganos, mayorías en la toma de decisiones, etc.) y a exigir por tanto una modificación estructural.

Sea cual fuera la causa que motive la necesidad de acometer el cambio, en principio y salvo que el fundador lo hubiera prohibido, los Estatutos de la fundación tutelar pueden ser modificados por acuerdo del Patronato. Esta potestad del Patronato se convierte en obligación cuando las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación hayan variado de manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus estatutos.

Toda modificación estatutaria exige ser comunicada al Protectorado, debiendo acompañarse a la nueva redacción de los estatutos (redactados en escritura pública), el acuerdo del Patronato en el cual conste la decisión de modificar los mismos y las causas que motiven la misma.

³⁰ La enajenación de bienes y derechos de la dotación requiere autorización del Protectorado y justa causa debidamente acreditada (artículo 21 Ley de Fundaciones).

El Protectorado tiene un plazo de 3 meses para oponerse a la modificación por causas de legalidad, pasado el cual, deberá procederse a inscribir la misma en el Registro de Fundaciones competente.

El procedimiento de modificación estatutaria puede ser iniciado por el Protectorado cuando se den las causas legales que exijan acometer la modificación. En estos casos, el Protectorado requiere al Patronato para que acometa la modificación. En caso de no atenderse el requerimiento, el Protectorado puede solicitar al juez competente para que resuelva sobre la procedencia de la modificación, sin perjuicio de la responsabilidad de los patronos por el daño que hubieran causado al no atender el requerimiento.

Sea cual fuera la causa que motive la necesidad de acometer el cambio y salvo que el fundador lo hubiera prohibido, los Estatutos de la fundación tutelar pueden ser modificados por acuerdo del Patronato.



6.2 *La fusión de fundaciones*

Razones de idoneidad o las dificultades económicas que pueda atravesar la fundación tutelar pueden aconsejar la necesidad de sumar sus esfuerzos y recursos a los de otra fundación, convirtiéndose en una única entidad. La fusión entre fundaciones tutelares es una posibilidad que admite la Ley y que puede darse por decisión de las propias fundaciones o por exigencia del Protectorado. En ambos casos es necesario que la posibilidad de fusionarse no haya sido prohibida por los fundadores.

Por tanto existen dos procedimientos diferentes para fusionar dos fundaciones:

6.2.1 Fusión ordinaria: por decisión libre de las fundaciones

La fusión motu proprio es aquella en la cual cada uno de los órganos de gobierno de las fundaciones implicadas decide libremente acordar la fusión de las entidades a las cuales representan. A parte de la necesidad de contar con un acuerdo favorable de cada uno de

los Patronatos implicados en la fusión, se exige que la misma sea comunicada al Protectorado, el cual solo podrá oponerse por las causas legalmente tasadas.

En la comunicación que se realice al Protectorado deberá acompañarse la siguiente documentación:

- Certificación del acuerdo aprobatorio de fusión de cada uno de los patronatos, emitida por sus secretarios con el visto bueno de sus presidentes.
- Informe justificativo de la fusión, aprobado por los patronatos de las fundaciones fusionadas, en el que se expondrá el modo en que afectará a los fines y actividades de las fundaciones fusionadas y el patrimonio aportado por cada una de ellas.
- El último balance anual aprobado de cada una de las fundaciones fusionadas, si dicho balance hubiera sido cerrado dentro de los seis meses anteriores al acuerdo de fusión. En caso contrario, se elaborará un balance específico de fusión.
- Los estatutos de la nueva fundación y la identificación de los miembros de su primer patronato.



Todos estos documentos serán incluidos en escritura pública que deberá inscribirse en el Registro de fundaciones competente.

6.2.2 Fusión extraordinaria: por decisión del Protectorado

En supuestos excepcionales, cuando la fundación tutelar sea incapaz de alcanzar sus fines fundacionales, el Protectorado está legitimado para requerir la fusión entre fundaciones de fines análogos.

Para ello se concede un plazo razonable para negociar la fusión

(siempre superior a tres meses), pasado el cual, el protectorado está legitimado para solicitar la fusión judicial forzosa.

6.3 La extinción de la fundación tutelar

Diversas pueden ser las causas que motiven la extinción de la fundación tutelar. De todas las posibles, una serie de causas de extinción están fijadas por la normativa de aplicación y el resto dependerá de lo que en sus propios estatutos hubiera fijado cada fundación.

Puesto que las causas específicas de cada fundación dependerán de

cada fundador, a continuación nos referiremos a las causas legales de extinción:

- Cuando expire el plazo por el que fue constituida, aplicable solo cuando su duración no fuera indefinida.
- Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional.
- Cuando sea imposible la realización del fin fundacional.
- Cuando así resulte de la fusión a que se refiere el artículo anterior.
- Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos.
- Cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes.

La concurrencia de alguna de las causas transcritas determina la apertura del procedimiento de extinción de la fundación tutelar. Para extinguir la fundación, existen tres tipos de procedimientos que dependen del tipo de causa de extinción que concurra:

- Extinción de pleno derecho: es la que se produce sin más

trámites cuando se hubiera fijado en los estatutos de la fundación un periodo determinado de vida para la misma.

- Extinción ordinaria: en la misma el procedimiento se inicia por acuerdo del patronato que debe ser ratificado por el Protectorado. Se da cuando la fundación hubiera cumplido su fin último o su cumplimiento fuera imposible, o concurra cualquier otra causa de las establecidas en sus estatutos o escritura de constitución. Si no hubiera acuerdo del patronato o ratificación del Protectorado, se solicitará por cualquiera de los dos órganos a la autoridad judicial.

- Extinción judicial: se produce por falta de acuerdo del patronato o ratificación del Protectorado o cuando se den otras causas legales. En este supuesto es la autoridad judicial competente la encargada de acordar la extinción mediante resolución motivada.

Extinguida la fundación, se abre un proceso transitorio durante el cual conserva su personalidad jurídica y el Patronato sus atribuciones, con el fin de que se lleven todas aquellas actuaciones necesarias para el cobro de los créditos que la fundación tenga pendientes y el pago de sus deudas.

Una vez hayan quedado ajustadas todas las cuentas que tuviera pendientes la fundación, se procederá al reparto de los bienes y derechos que hubieran resultado (en caso de que quedaran bienes al final de este proceso).

El destino del remanente de bienes y derechos resultantes de esta fase dependerá en gran medida de lo que hubieran decidido el fundador, cuya libertad de actuación encuentra su límite en las normas de reparto establecidas por la ley. Estas se resumen a continuación:

- En primer lugar, los bienes y derechos de la fundación tutelar extinguida solo pueden ser destinados a otras fundaciones o entidades no lucrativas que persigan fines de interés general, a cuya realización tengan afectados sus bienes.
- También pueden ser destinados a favor de entidades públicas, aunque no fueran fundaciones, siempre y cuando persigan fines de interés general. Dentro de este marco de actuación, para concretar el destino de los bienes se obedecerá en primer lugar a lo que el fundador haya establecido en el negocio fundacional o, en su caso a lo dispuesto en los Estatutos. En

caso de no haber sido establecido nada en los dos instrumentos anteriores, poder decidir el Patronato de la propia fundación, siempre y cuando el fundador le hubiera conferido dicha facultad en los estatutos.

De lo anterior se desprende la importancia de que en el momento fundacional, el fundador o fundadores hagan el ejercicio responsable de prever el destino que pretenden que se les dé a los bienes de la fundación al final de su vida útil, o en su defecto, designen al Patronato para ejercer dicha función, para evitar que la decisión final quede a la voluntad de la Administración.

- Finalmente, si el fundador no hubiera designado el ente beneficiario de los bienes (o las reglas para definirlo) o hubiera otorgado dicha facultad al Patronato, la Ley otorga al Protectorado competente la facultad de decidir sobre el destino de los bienes, debiendo en todo caso actuar conforme al primer límite expuesto en cuanto a las características que debe revestir la persona beneficiaria.

El cometido del Patronato en el proceso de liquidación finaliza con el otorgamiento de una

escritura pública de cancelación de la fundación ante notario y su inscripción en el Registro competente.

Las regulaciones autonómicas presentan peculiaridades menores respecto del régimen estatal expuesto. En este sentido, en Cataluña o País Vasco por ejemplo se destinan los bienes a las entidades sin ánimo de lucro del domicilio de la extinguida, cuando el fundador o los estatutos no hubieran hecho designación específica al respecto.

En Madrid, cuando la decisión se deje al Protectorado, éste siempre elegirá entre entidades que realicen su actividad principalmente en la Comunidad de Madrid.

El legislador estatal solo está habilitado constitucionalmente a regular aquellas fundaciones que bien tengan carácter estatal o que sean constituidas por personas jurídico-públicas estatales.

7. Fundaciones del Sector Público

Además de las Fundaciones constituidas con capital privado existen aquellas otras denominadas Fundaciones Públicas o también del Sector Público, entendiéndose por las mismas aquellas en las que participan de manera directa o indirecta tanto la Administración Pública, como determinadas personas jurídico públicas.

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, intenta superar una serie de disfuncionalidades derivadas de la legislación anterior. Una de ellas era la de establecer una regulación mínima sobre las fundaciones constituidas a iniciativa pública.

En este sentido, partiendo del **artículo 8 de la derogada Ley del año 1994** en el que se reconocía expresamente la capacidad fundacional a las personas jurídico-públicas, añade un Capítulo en el que se regula expresamente el régimen jurídico de las denominadas fundaciones del Sector Público Estatal.

Este artículo, actualmente dice:

- 1. Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas.*
- 2. Las personas físicas requerirán de capacidad para disponer gratuitamente, inter vivos o mortis causa, de los bienes y derechos en que consista la dotación.*
- 3. Las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso del órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes, con arreglo a sus Estatutos o a la legislación que les resulte aplicable. Las de índole institucional deberán contar con el acuerdo de su órgano rector.*
- 4. Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.*

El Capítulo XI (artículos 44 a 46) establece el concepto de las fundaciones del Sector Público, las especificidades relativas a su creación y régimen jurídico aplicable.

La Ley 50/2002 establece como ámbito de aplicación, no a todas las fundaciones que puedan ser constituidas por las Administraciones Públicas en general, sino por aquellas que tengan carácter estatal.

La explicación de esta distinción se encuentra en el régimen de distribución competencial efectuado por la Constitución.

En este sentido, el legislador estatal solo está habilitado constitucionalmente a regular aquellas fundaciones que bien tengan carácter estatal o que sean constituidas por personas jurídico-públicas estatales.

La primera cuestión a la que debemos dar respuesta para un correcto entendimiento de este capítulo radica en establecer qué es lo que se entiende por una persona jurídico-pública en el marco de la Ley de Fundaciones.

Así, el artículo 44 de la Ley de Fundaciones establece lo siguiente:

A los efectos de esta Ley, se consideran fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Estas dos características marcadas por la Ley son las que se deben constatar en una Fundación para poder ser considerada Fundación del Sector Público estatal y, en consecuencia, poderseles aplicar el régimen jurídico establecido para las mismas, que como se expondrá más adelante, recoge una serie de especialidades.

Conforme al artículo 44 de la Ley 50/2002, no todas las fundaciones constituidas en el ámbito

estatal alcanzan la consideración de fundación del sector público estatal, sino tan solo aquellas en las que concurra alguna de los requisitos que exige al efecto el propio artículo, en concreto "que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal" o bien que "su patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades".

De esta forma cabría dividir las fundaciones privadas constituidas en el ámbito estatal en dos grandes grupos: de un lado, aquellas que encajan en lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Fundaciones y a las que se aplica, en consecuencia el régimen especial del Capítulo XI de la Ley y, de otro, aquellas otras que no cumplen, en cambio, ninguno de estos dos requisitos, aplicándose el régimen común.

El hecho de que una persona jurídica pública constituya una fundación, en principio no cambia en nada la naturaleza jurídica de la misma. Con independencia de

la procedencia de su patrimonio, del carácter público o privado de su/s fundador/es y de la índole de sus fines, la fundación es siempre una persona jurídica de Derecho Privado.

Así, a las fundaciones, en que concurren las circunstancias antes referidas les resultará de aplicación un régimen jurídico diferenciado del común aplicable a todas las fundaciones al que se refieren los artículos 45 y 46 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones:

Artículo 45: Creación:

1. La constitución, transformación, fusión y la extinción, y los actos o negocios que impliquen la pérdida de su carácter de fundación del sector público estatal o la adquisición del carácter de fundación del sector público estatal de una fundación preexistente, requerirán autorización previa del Consejo de Ministros.

En la constitución y en la adquisición del carácter de fundación del sector público estatal de una fundación preexistente se asegurará, en todo caso, la designación por las entidades del sector público estatal de la mayoría de los miembros del patronato.

2. En el expediente de autorización deberá incluirse una memoria, que habrá de ser informada por el Ministerio de Administraciones Públicas, en la que, entre otros aspectos, se justifiquen suficientemente las razones o motivos por los que se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas, públicas o privadas, contempladas en la normativa vigente.

3. También deberá presentarse una memoria económica, que habrá de ser informada por el Ministerio de Hacienda. En el caso de creación de fundaciones, en la memoria se justificará la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para el comienzo de su actividad y, en su caso, de los compromisos futuros para garantizar su continuidad.

El hecho de que la persona jurídica fundadora sea de carácter público influirá en la forma de adoptar el acuerdo de creación, en la procedencia de los fondos con los que se dote y, en su caso, en las modalidades y forma de elección de sus patronos, entre otros. Pero en ningún caso su configuración jurídica.

Artículo 46. Régimen jurídico.

1. Las fundaciones del sector público estatal estarán sujetas a las siguientes limitaciones:

- *No podrán ejercer potestades públicas.*
- *Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa.*

2. El Protectorado de estas fundaciones se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, por la Administración General del Estado.

3. En materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, estas fundaciones se regirán por las disposiciones que les sean aplicables del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

En todo caso, la realización de la auditoría externa de las fundaciones del sector público estatal en las que concurren las circunstancias

previstas en el artículo 25.5 de la presente Ley, corresponderá a la Intervención General de la Administración del Estado.

4. La selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.

5. Asimismo, su contratación se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

6. Cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público estatal.

7. En los aspectos no regulados específicamente en este capítulo, las fundaciones del sector público estatal se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en la presente Ley.

Este artículo concreta el régimen jurídico aplicable a estas fundaciones. Confía su Protectorado, con independencia del ámbito territorial de actuación de la fundación, a la Administración General del Estado, disponiendo limitación y particularidades propias del Derecho Público en materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, selección de personas, contratación y disposición dineraria de fondos.

Además, se prohíbe expresamente el ejercicio por parte de las fundaciones de potestades públicas, disponiendo que "únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa".



A photograph of a coastal landscape. In the foreground, there is a grassy, sloping hillside. To the left, the ocean waves are breaking against a rocky shore. In the background, there are several steep, rocky cliffs extending into the sea. The sky is a clear, bright blue with a few wispy white clouds. A semi-transparent dark blue rectangle is overlaid on the lower right portion of the image, containing the text 'Implicaciones prácticas' in white.

Implicaciones prácticas

A continuación se recogen algunas de las principales consideraciones e implicaciones que la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad supone para los diferentes agentes que intervienen en la protección jurídica de este colectivo.

Se han desarrollado tomando en consideración los contenidos expuestos a lo largo de la publicación, y hacen referencia tanto a las transformaciones que requiere la actual regulación jurídica sobre protección de las personas con discapacidad en España, como a las vías para trasladar a la práctica las estrategias y sistemas de apoyo necesarios que promuevan el ejercicio efectivo de la capacidad de la persona y fomenten su participación en la toma de decisiones que afecten a su vida.

Todas las personas, independientemente de sus circunstancias, tienen la misma capacidad jurídica en plena igualdad de condiciones en todas las facetas de la vida.

1. Implicaciones derivadas de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención de la ONU asume un nuevo paradigma que viene a modificar el sistema de protección recogido hasta el momento en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer que todas las personas, independientemente de sus circunstancias, tienen la misma capacidad jurídica en plena igualdad de condiciones en todas las facetas de la vida.

Para hacer efectivo el derecho a la igualdad en el reconocimiento como persona ante la ley, la Convención establece que se deben articular mecanismos que proporcionen los apoyos necesarios para facilitar su disfrute efectivo.

Así, con este paradigma se abandona el sistema tradicional proteccionista de sustitución de la persona por un paradigma basado en el sistema de apoyos en la toma

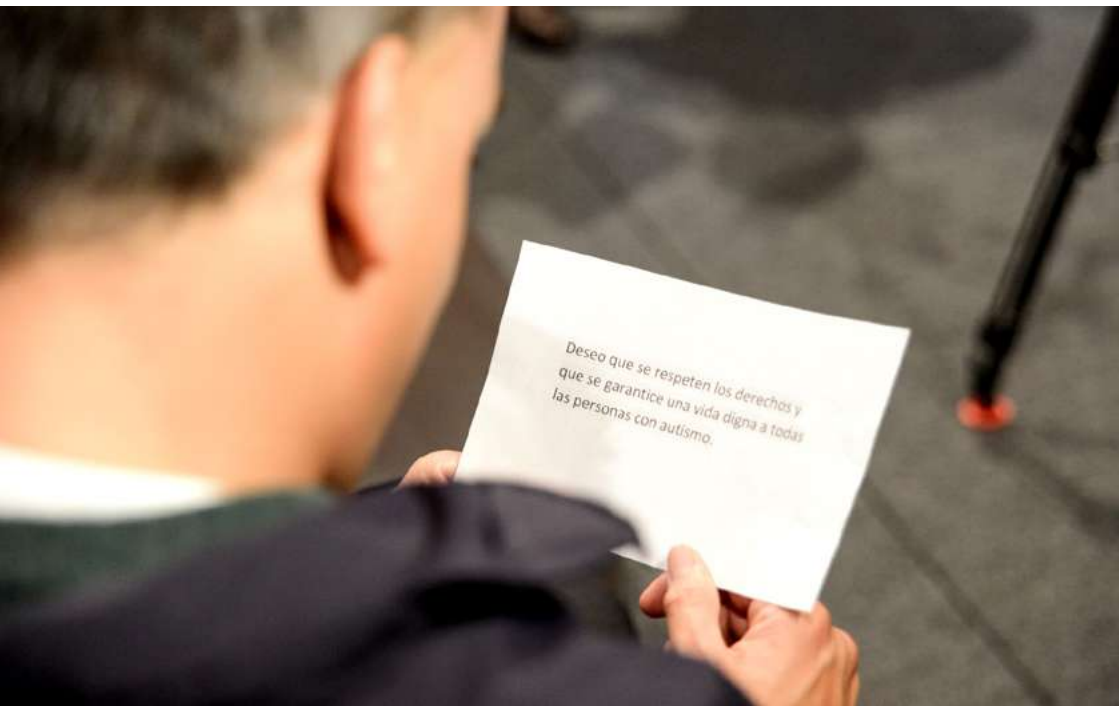
de decisiones, fundamentado en la igualdad y la dignidad de todas las personas.

La denominada incapacitación judicial debe pasar a regularse con las prescripciones propias de la Convención, denominándose procesos de modificación de la capacidad.

Estos nuevos procedimientos judiciales han de dirigirse a determinar los apoyos necesarios que cualquier persona puede requerir en un momento determinado de su vida para garantizar su autonomía de voluntad en todos los actos de su vida, bien sean familiares, sociales, patrimoniales, laborales o personales.

De este modo, los procesos judiciales deberán ser garantistas con el modelo que marca la Convención de la ONU, debiéndose asegurar un proceso judicial acorde con sus principios y, en particular, con el artículo 12 de la misma.

Este proceso deberá conjugar las inviolables garantías procesales con la atención individualizada a la persona, para que la modulación de su capacidad tenga como resultado una puesta a su disposición de los suficientes apoyos que garanticen su igualdad efectiva y su dignidad. Así, los procesos de modificación de la capacidad deben observar una serie de premisas que guíen toda la actuación de los poderes públicos y los agentes judiciales:



1.- La discapacidad no es motivo de inicio de un proceso de modificación de la capacidad. Éste solo deberá ser instado cuando existan condiciones o consecuencias que impidan a la persona adoptar determinadas decisiones, las cuales deberán ser identificadas.

2.- El concepto de autogobierno deberá adaptarse a la Convención de la ONU, en el sentido de que no puede ser entendido por los Tribunales como un concepto absoluto y global, sino como un elemento de valoración de los distintos actos de la persona.

3.- Se deben identificar con la mayor concreción posible los ámbitos o actos en los que la persona necesite apoyos y el grado de intensidad de los mismos, con el objeto de que no deriven en una sustitución de la persona, sino en el instrumento efectivo para el apoyo a la toma de sus propias decisiones.

4.- Debe existir una guía de servicios de apoyo que el Tribunal pueda identificar para dar respuesta a las necesidades de la persona, debiendo ser valorados y graduados tanto en intensidad como en frecuencia, duración, etc., obedeciendo a los criterios de proporcionalidad y dignidad de la persona.

5.- Las decisiones que conlleven un apoyo total que pueda ser asimilado a la sustitución absoluta de las decisiones de la persona deberán observarse de manera residual y excepcional para aquellos casos en los que no exista más alternativa.

El resultado final del procedimiento judicial debe ser una sentencia que module o modifique la capacidad de la persona, adaptándose a las necesidades individuales de cada caso en concreto. Asimismo, deberán identificarse escrupulosamente los actos en los que la persona necesite un apoyo determinado, cuáles deben ser los mismos, el tiempo de duración y las personas o entidades encargadas de realizarlo.

Las clásicas instituciones de guarda deben ser reorientadas para poder adaptarlas al sistema de modificación de la capacidad.

FUNDACIONES TUTELARES

Con el procedimiento de modificación de la capacidad no se trata de suplir la voluntad de la persona, sino de completar su toma de decisiones en aquellos actos que tenga que realizar, apoyo, protección y defensa de sus derechos e intereses, acogiéndola, respetándola y acompañándola para mejorar su calidad de vida, su integración social y el fomento de sus capacidades.

Las clásicas instituciones de guarda deben ser reorientadas para poder adaptarlas al sistema de modificación de la capacidad.

Con la concepción del proceso de modificación de la capacidad que establece la Convención, las instituciones tradicionales (tutela, curatela, etc.) deben adaptarse a la nueva realidad jurídica dando respuesta a la necesidad de apoyos individualizados que tiene la persona. **Asimismo, debe dotarse, particularmente las personas jurídicas, de los instrumentos necesarios que den mayores posibilidades de respuesta a las numerosas necesidades que conllevarán los apoyos.**



2. Implicaciones para el sistema vigente de modificación de la capacidad

Los procesos de modificación de la capacidad deben ser reformulados para superar el sistema recogido en nuestro ordenamiento jurídico actual dando una respuesta efectiva a lo recogido en la Convención de la ONU de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

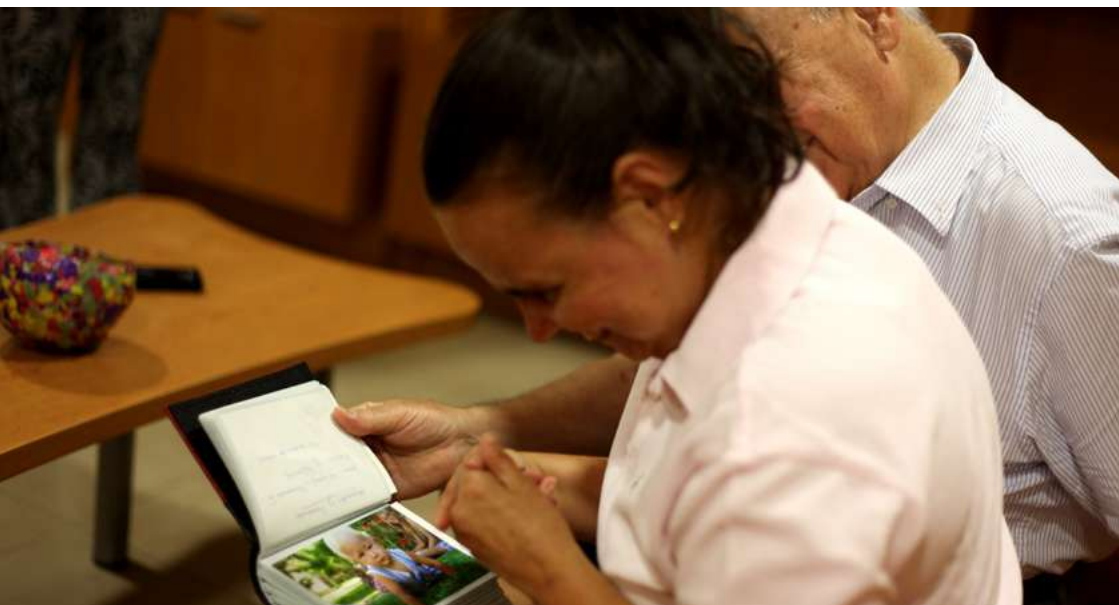
Las medidas de apoyo dentro del marco del proceso de modificación de la capacidad deben procurar ser lo suficientemente amplias y flexibles para dar respuesta a las distintas necesidades y discapacidades que existen y, de este modo, garantizar a toda la ciudadanía la misma dignidad y el disfrute de las mismas oportunidades.

El proceso de modificación legislativa, particularmente del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conlleva necesariamente un proceso de transición para que el ordenamiento jurídico español

pueda ser adaptado al paradigma establecido por la Convención de la ONU de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La modernización de la normativa actual sobre los procesos de modificación de la capacidad debe ser abordada de una forma lo suficientemente ambiciosa como para que el cambio de paradigma se plasme de manera efectiva en el marco español. De esta manera, las modificaciones legales no pueden quedarse en una mera sustitución de las denominaciones actuales por otras sin contenido efectivo.

Tras casi diez años desde la ratificación por el Estado de España de la Convención de la ONU de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, es imperativo que los poderes públicos, en particular el Gobierno y el Parlamento, establezcan en sus correspondientes agendas como una prioridad la modificación del proceso judicial de incapacitación, con objeto de poder contar, lo antes posible con una regulación jurídica acorde con lo dispuesto por la Convención de la ONU.



3. Implicaciones para la organización y desarrollo de las fundaciones tutelares

La labor de las fundaciones tutelares adquiere una mayor importancia con este modelo de modificación de la capacidad, puesto que son unos vehículos idóneos para facilitar los apoyos necesarios a las personas que lo requieran.

No obstante, para ello deben tener en cuenta que los servicios que prestan tienen que adaptarse a las nuevas realidades, transformando y ampliando sus actuaciones de manera que se constituyan como verdaderos servicios de apoyo a la toma de decisiones de las personas con discapacidad, independientemente del alcance de las necesidades que éstas presenten.

De cualquier manera, las fundaciones tutelares no pueden perder de vista el **objeto fundamental de su misión social, que no es otro que prestar la debida protección, garantía y bienestar a las personas que han visto su capacidad modificada por sentencia judicial, velando en todo momento por ellos en función de sus deseos e intereses.**

Para ello es necesario que las organizaciones se desarrollen articulando sistemas efectivos de apoyo a la toma de decisiones en los que se cuente con distintos elementos:

- Un modelo integral e individualizado de los servicios de apoyo que se base en la evaluación pormenorizada del perfil de puntos fuertes y débiles de la persona, de sus prioridades, preferencias e intereses, y que articule un sistema dirigido a conseguir objetivos personales significativos y a promover una calidad de vida satisfactoria.
- Un modelo inclusivo de servicios de apoyo que fomenten la presencia y participación de la persona en los entornos comunitarios y el éxito en el aprovechamiento de los mismos.

- El desarrollo de los sistemas de apoyo tomando como referencia los modelos de calidad de vida de las personas con discapacidad y las herramientas de planificación centrada en la persona.

- Un equipo profesional multidisciplinar y cooperativo, en que se combinen diferentes perfiles profesionales vinculados tanto a la intervención especializada como al ámbito jurídico y cooperativo.

Otro aspecto fundamental en el desarrollo de las entidades tutelares será la colaboración y el establecimiento de alianzas con otros organismos u organizaciones implicados en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Esta cooperación debe contemplarse tanto en relación a las administraciones públicas, a las que la entidad tutelar debe trasladar las necesidades, dificultades y situaciones potencialmente vulnerables que conozca y requieran intervención, como en lo que se refiere a otras entidades que compartan fines similares o desarrollen actuaciones dirigidas a las personas con discapacidad.

4. Consideraciones finales

A pesar de la profunda reforma que tiene aún pendiente la legislación española y el vigente sistema de protección para adaptarse de manera real y efectiva al artículo 12 de la Convención, quizás la principal conclusión a destacar del presente estudio deriva de las oportunidades que se plantean en el ámbito de las organizaciones especializadas en los apoyos y servicios para personas con discapacidad y del papel que deben jugar en el impulso de este proceso de transformación.

Juega un papel fundamental la cooperación y participación de dichas organizaciones en distintos y complementarios niveles

de actuación, desarrollando actuaciones de incidencia política, de participación en los desarrollos normativos que se deriven de la Convención, y también de transformación o evolución de las figuras y entidades tutelares que existen en la actualidad.

El futuro inmediato plantea el apasionante reto de aprovechar el bagaje de conocimiento y experiencia de las entidades especializadas en los distintos niveles de participación y de desarrollar propuestas innovadoras y prácticas de calidad en los servicios de apoyo que contribuyan a hacer efectivo el derecho a la igualdad en el reconocimiento como persona ante la ley para las personas con discapacidad al que obliga la Convención de la ONU.



Normativa de referencia

1. ESTATAL:

Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal.

2. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA:

Ley 10/2005, de 31 de mayo. Ley de Fundaciones de Andalucía.

Decreto 32/2008, de 5 de febrero. Reglamento de Fundaciones de Andalucía.

Decreto 279/2003, de 7 de octubre. Crea el Registro de Fundaciones de Andalucía y aprueba su reglamento de organización y funcionamiento.

3. ARAGÓN:

Decreto 276/1995, de 19 de diciembre. Regula las competencias y crea el Registro de Fundaciones.

4. PRINCIPADO DE ASTURIAS:

Decreto 34/1998, de 18 junio 1998. Crea y regula el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias.

5. BALEARES:

Decreto 40/1985, de 16 mayo 1985. Normas sobre las fundaciones culturales privadas asumidas por la Comunidad Autónoma de Illes Balears.

Decreto 10/1997, de 23 enero 1997. Creación del Consejo Superior de Fundaciones.

Decreto 61/2007 de 18 de mayo, de regulación del Registro Único de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y de organización del ejercicio del protectorado.

6. CANARIAS:

Ley de Fundaciones de Canarias 1998. Ley 2/1998 de 6 de abril.

Decreto 188/1990, de 19 de septiembre. Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones Canarias.

7. CANTABRIA:

Decreto 26/1997, de 11 de abril. Crea y regula el Protectorado y el Registro de Fundaciones.

8. CASTILLA Y LEÓN:

Ley 13/2002, de 15 julio 2002, de Fundaciones de Castilla y León.

Ley 12/2003, de 3 de octubre, de reforma de la Ley 13/2002, de 15 julio 2002 de Fundaciones de Castilla y León.

Decreto 63/2005, de 25 agosto 2005. Aprueba el Reglamento de Fundaciones de Castilla y León.

9. CATALUÑA:

Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública.

Decreto 259/2008, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Contabilidad de las fundaciones y las asociaciones sujetas a la legislación de la Generalidad de Cataluña.

10. COMUNIDAD VALENCIANA:

Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunitat Valenciana.

Ley 9/2008, de 3 de julio, de modi-

ficación de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunitat Valenciana.

Decreto 68/2011, de 27 mayo. Aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunitat Valenciana.

11. EXTREMADURA:

No hay normativa autonómica. Se regula por la normativa estatal.

12. GALICIA:

Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego.

Decreto 14/2009, de 21 de enero. Reglamento de fundaciones de interés gallego.

Decreto 15/2009, de 21 de enero, de Reglamento de Registro de fundaciones de interés gallego.

13. MADRID:

Ley 1/1998, de 2 marzo 1998, de Fundaciones de competencia de la Comunidad de Madrid.

Decreto 20/2002, de 24 enero 2002. Crea el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid.

14. MURCIA:

Decreto 28/1997, de 23 de mayo, de atribución de competencias en materia de fundaciones.

15. NAVARRA:

Ley Foral 10/1996, de 2 julio. Regula el régimen tributario de las Fundaciones y de las Actividades de Patrocinio en Navarra.

Decreto Foral 613/1996, de 11 de noviembre, por el que se regula la estructura y el funcionamiento del Registro de Fundaciones.

16. PAÍS VASCO:

Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco.

17. LA RIOJA:

Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja.



insetec

Investigación Social
sobre el Envejecimiento
de las personas con TEA



Confederación Autismo España

C/ Garibay 7 3º izq | 28007 Madrid | T 915913409 |
confederacion@autismo.org.es | www.autismo.org.es