

## **CUESTIONES PROBLEMÁTICAS Y PROPUESTAS DE REFORMA DE LA INCAPACITACIÓN JUDICIAL**

Alberto José LAFUENTE TORRALBA

PROFESOR AYUDANTE DOCTOR DE DERECHO PROCESAL  
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

**SUMARIO:** I. Introducción: necesidad de una revisión profunda del proceso de incapacidad. II. El punto de partida: algunos cambios terminológicos. III. Jurisdicción y competencia. IV. Legitimación activa. IV.1. Distanciamiento entre la realidad normativa y la realidad fáctica. IV.2. Dudas en torno a algunos supuestos de legitimación y conveniencia de añadir otros a la enumeración legal. IV.3. Dudas en torno al tratamiento procesal de la falta de legitimación activa. V. Acumulación de acciones. V.1. Acumulación subjetiva. V.2. Acumulación objetiva.

**RESUMEN:** El presente artículo pretende poner de manifiesto algunas de las disfunciones que vienen observándose en el proceso de incapacidad y que evidencian la necesidad de su reforma. Partiendo de esta base, se proponen una serie de mejoras técnicas en la regulación de este proceso a fin de convertirlo en un instrumento más acorde a la realidad social de nuestros días, a las necesidades actuales de los discapacitados psíquicos y a los tratados internacionales sobre la materia.

**PALABRAS CLAVE:** proceso de incapacidad, discapacidad, competencia judicial, legitimación, acumulación de acciones.

**ABSTRACT:** The aim of this article is to highlight some dysfunctions which can be observed in incapacitation procedure and which reveal need for law reform. On this basis we propose a number of technical improvements in this procedure regulation in order to better respond to social reality of our days, the present needs of disabled people and international conventions on this issue.

**KEYWORDS:** incapacitation procedure, disability, judicial competence, legitimation, accumulation of actions.

### **I. Introducción: necesidad de una revisión profunda del proceso de incapacidad**

El proceso de incapacidad que actualmente tenemos responde, en sus líneas básicas, al modelo contenido en la Ley Orgánica 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. Ciertamente es que, posteriormente, la regulación de este proceso se trasladó a los arts. 756 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), si bien dicha ley se limitó a recoger con escasas variaciones el modelo previgente. Las reformas que la LEC introdujo en el proceso de incapacidad no fueron, precisamente, profundas, pues el legislador de 2000 se contentó con adaptar la

declaración de incapacidad a los moldes del nuevo proceso civil y positivizar algunas tesis jurisprudenciales surgidas ante problemas aplicativos de la regulación anterior.

Es preciso, sin embargo, llevar a cabo una revisión más amplia y de mayor calado de un proceso que cuenta ya con casi treinta años de vigencia, tiempo más que sobrado para constatar que la incapacitación, tal y como se halla regulada, puede y deber ser mejorada en múltiples aspectos, a fin de convertirla en un instrumento más acorde a la realidad social de nuestros días, a las necesidades actuales de los discapacitados psíquicos y a los tratados internacionales sobre la materia<sup>1</sup>. Esta revisión debería proyectarse sobre numerosos y variados frentes, cuyo análisis pormenorizado excede de los modestos fines de este trabajo. Por ello, las mejoras que a continuación propondré habrán de ser, necesariamente, fragmentarias y ceñirse a algunos aspectos parciales del proceso de incapacitación, comenzando por determinadas cuestiones terminológicas –no por formales menos importantes– para seguir con la jurisdicción y competencia, la legitimación activa y el régimen de la acumulación de acciones.

## II. El punto de partida: algunos cambios terminológicos

Las futuras reformas que se acometan en el proceso de incapacitación deberían comenzar por un cambio en la nomenclatura que le es propia, la cual está plagada de términos que resultan poco adecuados para describir la verdadera naturaleza y fines de este proceso.

Como aclaración preliminar, advierto que los cambios que aquí sugiero no responden a una defensa denodada del lenguaje políticamente correcto. De hecho, quien escribe estas líneas se declara enemigo acérrimo de la corrección política en el uso del lenguaje, que en muchos casos no es más que un puro ejercicio estético destinado a maquillar la realidad y disimular los problemas, los verdaderos y durísimos problemas, que aquélla alberga. Por desgracia, uno de los ámbitos donde con más fuerza ha penetrado esta moda de la corrección política es, precisamente, el mundo de la discapacidad. El término discapacitado, que en mi opinión describe brevemente, con precisión y sin connotaciones peyorativas la realidad a que se refiere, es sustituido ahora por la perífrasis «persona con discapacidad», que se estima menos ofensiva y discriminatoria y más respetuosa con la dignidad humana. Desde mi punto de vista, sin embargo, tener que recordar continuamente la condición humana, por lo visto no lo bastante evidente, de los discapacitados es una de las mayores faltas de respeto que cabe infligirles. Afortunadamente, muchos no necesitamos salpicar un discurso, documento o texto legal con la palabra «persona» para saber que un discapacitado lo es y como tal ha de ser tratado. Además, el desdoblamiento en dos términos, unidos por la preposición «con», crea la falsa impresión de que la persona y su discapacidad son dos realidades perfectamente escindibles, o que la discapacidad no es más que un accesorio de la persona. Bien sabemos que no es así: ni la persona puede separarse y hacer abstracción de su discapacidad, como si ésta no existiera; ni resulta sensato enfocar la discapacidad como un mero accesorio de la persona. Muy al contrario, quien tiene algún tipo de discapacidad sabe hasta qué punto ésta afecta a su vida diaria y cuántos esfuerzos debe dedicar para compensarla o sobreponerse a ella. Negarlo es cerrar los ojos a la realidad, que insiste tozudamente en ser la que es, por

---

<sup>1</sup> Entre dichos tratados ocupa un lugar destacado, como no podía ser de otra manera, la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español el 3 de diciembre de 2007. Este tratado motivó en su momento el mandato contenido en la DF 1ª de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, en cuya virtud se instaba al Gobierno a presentar, en el plazo de seis meses, un proyecto de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación a fin de acomodarla a las previsiones de la Convención. Obviamente este mandato no se ha cumplido en absoluto, como suele acontecer con este tipo de exhortaciones dirigidas al Ejecutivo.

más eufemismos que utilicemos para maquillarla. En suma, citando a Melania MOSCOSO<sup>2</sup>, habría que preguntarse «*qué se consigue deslindando analíticamente discapacidad y condición humana cuando éstas van juntas en la vida de una persona*».

Honestamente, creo que es preciso llevar a cabo un ejercicio de racionalidad, pues la moda del lenguaje políticamente correcto nos conduce, casi sin darnos cuenta, a la invención de nuevos e insospechados rodeos semánticos, al uso de fórmulas cada vez más retorcidas. Tal es el caso del neologismo «personas con capacidades diferentes», otra forma teóricamente neutra y respetuosa de designar a los discapacitados. Semejante expresión resulta, cuando menos, equívoca, en la medida en que todos poseemos capacidades diferentes o, dicho en otros términos, aptitudes de distintos tipos y diversos grados. Por otra parte, si bien es cierto que en ocasiones la discapacidad de una persona se convierte en una suerte de acicate para el desarrollo de talentos extraordinarios, no lo es menos que, en otros muchos casos, la discapacidad alcanza tal intensidad que anula física y psíquicamente a quien la padece (pensemos en casos avanzados de demencia senil o estados vegetativos). Para estos últimos, la denominación de «personas con capacidades diferentes» se convierte en un eufemismo extravagante, cuando no en una ofensa para su dignidad.

No obstante, y sentado lo anterior, debe reconocerse que algunos términos utilizados por nuestra legislación procesal deberían ser revisados, no en aras de la corrección política, sino porque semánticamente no se ajustan al objeto que pretenden describir. A este respecto, se ha recalcado hasta el hartazgo que el proceso de incapacitación debe tender, ante todo, a graduar la capacidad de obrar del sujeto, adecuándola a su nivel efectivo de autogobierno en los distintos ámbitos de la vida: deben determinarse las posibilidades de actuación autónoma de la persona para, a partir de ahí, establecer el mecanismo de protección más adecuado, sin limitar su capacidad más allá de lo imprescindible. En este contexto, la incapacitación propiamente dicha, esto es, la privación plena y absoluta de la capacidad de obrar, se contempla como una medida extrema, reservada para las enfermedades o deficiencias mentales más severas. Siendo así, la subsistencia del término «incapacitación» sólo puede explicarse como un vestigio de épocas pasadas en que aquélla se declaraba sin fisuras ni matices: o se era capaz o no se era, sin que los términos de la disyuntiva admitieran situaciones intermedias<sup>3</sup>. Por todo ello, a mi juicio, debería prescindirse del término «incapacitación» y sustituirlo por el de «proceso de determinación de la capacidad», que vendría a reflejar con mayor nitidez la dimensión esencialmente graduable de la capacidad de obrar<sup>4</sup>.

Pero no acaban aquí los cambios que convendría introducir en el bagaje terminológico del proceso de incapacitación. En este sentido, ya sabemos que dicho proceso aparece legalmente configurado como un proceso contencioso, regido por los principios de dualidad de partes y contradicción. Se optó por dotar a este proceso de una estructura contradictoria con el propósito de imprimirle mayores garantías, pues así lo exige la trascendencia de lo que se decide: limitar la libertad de un ciudadano para regir su persona y bienes. Sin embargo, esa naturaleza formalmente contenciosa es, curiosamente, la que provoca mayor reticencia en las familias a la hora de acudir a los tribunales y solicitar la

<sup>2</sup> Vid. Moscoso, M., «Tirar la piedra y esconder la mano: el lenguaje de lo políticamente correcto en la discapacidad», en *Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico* ([www.intersticios.es](http://www.intersticios.es)), vol. 4 (2) 2010, pág. 272.

<sup>3</sup> En efecto, el art. 218 CC, en su redacción originaria, posibilitaba la fijación de la extensión y límites de la incapacidad sólo para el caso de los sordomudos que no supieran leer ni escribir. Por el contrario, la incapacitación por locura, demencia o enfermedad mental era una incapacitación plena y sin posibilidad alguna de graduación judicial.

<sup>4</sup> Un cambio similar se postula en la ya citada DF 1ª de la Ley 1/2009 (vid. nota 1), en la que no sólo se encomienda al Gobierno abordar la reforma del actual proceso de incapacitación, sino también cambiar su denominación, sustituyéndola por la de «procedimiento de modificación de la capacidad de obrar». Esta nomenclatura, aunque bienintencionada, crea a mi juicio cierta confusión con el proceso del art. 761 LEC, que tiene por objeto reintegrar la capacidad o «modificar el alcance de la incapacitación ya establecida».

incapacitación. Esto es comprensible, pues al fin y al cabo estamos pidiendo a los parientes del discapacitado que interpongan una demanda contra él o, en el mejor de los casos, que lo denuncien ante el Ministerio Fiscal para que sea él quien lo demande. Y no es sencillo contrarrestar la carga psicológica del término «demanda», fuertemente ligado a las ideas de ataque, contienda, enfrentamiento, ideas difíciles de asumir para unos familiares que, en la mayoría de los casos, sólo desean velar por el incapaz y mejorar su protección. Esa carga psicológica resulta agravada por las desafortunadas expresiones que se observan en algunas sentencias, en cuyo fallo, por ejemplo, se «condena» al demandado a estar y pasar por la declaración de incapacidad. Obviamente, se trata sólo de un uso lingüístico de la jerga judicial, de una fórmula ritual sin mayor trascendencia, pero que en definitiva alimenta la actitud de rechazo hacia el proceso de incapacitación y refuerza su visión como instrumento vejatorio y estigmatizante para el discapacitado. A mi modesto entender, habrían de usarse términos que no ocultaran, sino que destacaran la naturaleza esencialmente tuitiva de este proceso.

¿Por qué el acto en cuya virtud se pide al tribunal que determine la capacidad de obrar de una persona y, en beneficio de ésta, establezca el sistema de guarda que más se adecúe a su grado discernimiento, ha de recibir el mismo nombre que la reclamación de una deuda dineraria, la reivindicación de un inmueble o la petición de desalojo de un inquilino moroso? ¿Por qué actos de contenido y significado tan diverso han de denominarse de la misma manera? A diferencia de los demás procesos, el de incapacitación se caracteriza porque no busca componer un conflicto de intereses entre partes enfrentadas, sino que persigue un único y superior interés, el mayor beneficio del discapacitado, interés que tanto el juez como las partes –con independencia de la posición procesal que ocupen– están obligados a preservar. Por ello, debería suprimirse el término «demanda de incapacitación» y utilizarse en su lugar el de «solicitud» o «petición»; paralelamente, ya no hablaríamos de «demandante» sino de solicitante, instante, peticionario o promotor de la determinación de la capacidad. Por último, el «demandado» según la terminología actual pasaría a ser el beneficiario o afectado por dicha solicitud. No nos dejemos llevar por nuestro prurito de juristas para perpetuar una nomenclatura inadecuada a todas luces: otros procesos hay, referidos a materias menos sensibles, en los que se ha prescindido del término demanda sin mayores problemas, a pesar de la evidente contraposición de intereses que en ellos subyace<sup>5</sup>. Ningún reparo debería haber, por tanto, en hacer lo propio con los procesos relativos a la capacidad de las personas.

### III. Jurisdicción y competencia

El art. 756 LEC atribuye la competencia para conocer de los procesos relativos a la capacidad al juez de primera instancia del lugar donde resida la persona a que se refiera la declaración que se solicite. Queda así fijada tanto la competencia objetiva como la territorial, cada una de las cuales plantea una serie de problemas que examinaremos por separado.

En lo que atañe a la competencia objetiva, es sabido que, por el cauce del art. 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), determinados juzgados de primera instancia se han especializado en materia de incapacidades y tutelas, de las que conocen con carácter exclusivo en el ámbito de sus respectivas circunscripciones. Sin embargo, en el momento actual estos juzgados especializados existen tan sólo en las capitales con mayor volumen de población. En el resto de partidos judiciales –esto es, la mayor parte del territorio español–, las incapacidades son uno más de los múltiples asuntos que ingresan en los juzgados de primera instancia, mezclándose con materias tan variopintas como

---

<sup>5</sup> Es el caso, por ejemplo, del proceso monitorio, cuyo acto iniciador no recibe el nombre de demanda, sino el de «petición inicial» (art. 814 LEC). Cabe aludir, asimismo, al acto inicial del procedimiento de división de la herencia, que en la ley no se denomina demanda, sino «solicitud de división judicial de la herencia» (arts. 782 y 783 LEC).

reclamaciones de deuda, litigios hereditarios, reconocimiento de servidumbres, deslindes, acciones reivindicatorias o desahucios. Si el juzgado es mixto, a todo lo anterior se suma la instrucción de causas penales y el enjuiciamiento de faltas. La ausencia de especialización, unida a la sobrecarga de trabajo de los juzgados, resulta particularmente nociva en una materia tan delicada como la protección de los discapacitados: conduce al examen superficial y la resolución precipitada de los asuntos, a la burocratización del quehacer judicial con las secuelas que ésta conlleva (abuso de «sentencias de formulario», etc.), a la despersonalización del incapaz y su familia. Asimismo, impide al juez prestar atención suficiente a las particularidades del caso, lo que le lleva a descuidar un aspecto básico como es la graduación de la incapacidad y la concreción de los actos que el discapacitado puede realizar por sí<sup>6</sup>. Finalmente, condiciones como las descritas hacen especialmente difícil un seguimiento riguroso de las tutelas constituidas (arts. 233 y 269.4.º CC) o un control efectivo de los internamientos autorizados (art. 763.4 LEC).

Probablemente resultaría ilusorio, en la actual coyuntura económica, reclamar la creación de nuevos juzgados especializados en materia de incapacidades. Empero, hasta que tal cosa resulte factible, convendría al menos modificar las normas de reparto para asignar en cada partido judicial a un solo juzgado la totalidad de las incapacitaciones, expedientes tutelares e internamientos forzosos, con la correlativa reducción del resto de asuntos repartibles. Por esta vía podría conseguirse una cierta especialización *de facto* de esos juzgados y alcanzarse una mayor uniformidad jurisprudencial en la materia<sup>7</sup>.

En cuanto a la competencia territorial, el fuero del lugar de residencia del presunto incapaz suscita enconados problemas en el caso de que, tras la admisión a trámite de la demanda, aquél sea trasladado a otro partido judicial, ya sea por motivos terapéutico-asistenciales (por ejemplo, ingreso en un hospital psiquiátrico o una residencia de tercera edad ubicados en distinto partido), ya por motivos familiares (asunción de su cuidado por parientes que residen fuera del partido de origen). En estos casos se plantea la duda de si el juzgado ante el que se presentó la demanda mantiene su competencia para conocer de la

---

<sup>6</sup> Como pone de relieve PEREÑA VICENTE, M., «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?», en *Diario La Ley*, núm. 7691, 9 de septiembre de 2011, § III, la insuficiente especialización y sobrecarga de asuntos que padecen los juzgados han ido configurando un sistema en el que la regla general suele ser la incapacitación total con nombramiento de tutor y, a menudo, se denuncia que las sentencias son idénticas en casi todos los casos y en los diferentes juzgados. Es decir, la implantación del modelo ha fracasado en la práctica y algunos de los principales objetivos de la reforma del 83 son, en realidad, papel mojado. Según la autora, en muchos supuestos no existe ni proporcionalidad, ni graduación de la sentencia, ni análisis caso por caso.

<sup>7</sup> Me sumo, pues, a la propuesta realizada en el Seminario de Jueces de Incapacidades celebrado en Madrid en abril de 2011. Puede accederse a las conclusiones de dicho seminario a través del enlace [www.poderjudicial.es/search/publicaciones/#](http://www.poderjudicial.es/search/publicaciones/#).

Coincido, asimismo, con lo manifestado por COMES MUÑOZ, E., y ESCALONILLA MORALES, B., «Discapacidad y procedimiento de incapacitación», en *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 186, en cuya opinión la especialización debería alcanzar también a las fiscalías e incluso a la segunda instancia, siempre que sea posible, asignándose los recursos a una sala especial de la Audiencia Provincial correspondiente.

Finalmente, habrían de tomarse en consideración las propuestas emanadas del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), que sugiere la creación en los colegios de abogados de turnos de oficio especializados y servicios de orientación jurídica gratuita para el colectivo de los discapacitados. Estas mejoras vienen justificadas en términos que comparto plenamente: «Hay que poner de relieve que para otros grupos sociales, por ejemplo, en materia de Violencia de Género, Extranjería o Penitenciario, el Ministerio de Justicia, las Comunidades Autónomas con las competencias en materia de Justicia transferidas y los Colegios de Abogados, tienen organizados turnos de oficio especializados. Creemos que las personas con discapacidad es un grupo lo suficientemente numeroso como para recibir el mismo tratamiento... Se podría argumentar en contra de la idea haciendo referencia a los costos a asumir por el Estado y las CC.AA. Sin embargo, ya existen grupos especialmente protegidos, con asistencias jurídicas específicas. Se trataría de incluir uno nuevo que abarca a numerosas personas, con un relevante interés jurídico digno de protección» (vid. «Propuesta del CERMI para mejorar el acceso de las personas con discapacidad a la justicia, con especial atención al beneficio de justicia gratuita», en [www.convenciondiscapacidad.es/Noticias\\_new/Ppta%20Asistencia%20Jca%20Gratuita.pdf](http://www.convenciondiscapacidad.es/Noticias_new/Ppta%20Asistencia%20Jca%20Gratuita.pdf), págs. 3 a 6).

incapacitación o, por el contrario, dicha competencia pasa a los tribunales del nuevo domicilio, a los que deberían remitirse las actuaciones. Esta duda, de acusada trascendencia práctica, ha dado lugar al planteamiento de numerosas cuestiones de competencia, de las cuales no es posible extraer un criterio pacífico: algunos tribunales<sup>8</sup> abogan por la aplicación estricta de la *perpetuatio iurisdictionis* (art. 411 LEC) y, en consecuencia, consideran fijada definitivamente la competencia en el momento de presentarse la demanda, sin que los posteriores cambios de domicilio puedan alterarla; otros<sup>9</sup>, por el contrario, entienden que lo prevalente es la facilidad para el examen judicial del presunto incapaz o que se trata de permitir un mejor acceso de los órganos judiciales al mismo a efectos de su reconocimiento, de modo que debería atenderse al lugar de la residencia *actual*, sin que rija en este ámbito la regla de perpetuación de la jurisdicción. Para entender debidamente esta segunda postura debe tenerse en cuenta que, como prueba preceptiva e inexcusable, el juez debe examinar *por sí mismo* al presunto incapaz (art. 759.1 LEC): se extrema la necesidad de inmediación, vedando la posibilidad de delegar este acto de prueba en jueces distintos del que ha de resolver sobre la incapacidad y quedando excluida, por tanto, su práctica mediante exhorto<sup>10</sup>. Por ello este sector de la jurisprudencia propugna la inhibición del juez llamado inicialmente a decidir sobre la incapacitación y traslada la competencia para conocer de ella al juez más próximo, el del nuevo domicilio, para facilitar así la práctica del reconocimiento.

Semejante dispersión de criterios genera incertidumbre entre los operadores jurídicos y entre las familias de los afectados por esta clase de procedimientos. Por ello, sería deseable una intervención legislativa que estableciera, de una vez por todas, un criterio competencial claro en los casos de cambio de residencia. A mi juicio, la futura solución legal debería ser ecléctica, situándose a medio camino entre las dos posturas jurisprudenciales que acaban de exponerse: flexibilización de la regla de la *perpetuatio iurisdictionis*, permitiendo la inhibición en favor de los juzgados del nuevo domicilio, pero condicionada a la verificación de ciertos requisitos. Concretamente, la inhibición sólo debería considerarse procedente cuando en el auto que la acuerda se justificasen los siguientes extremos:

1º Duración previsible del cambio de residencia: la traslación de la competencia sólo estará justificada en la medida en que la nueva residencia tenga carácter definitivo o se le presuma una duración prolongada, sin que se sepa a ciencia cierta si y cuándo el presunto incapaz retornará a su domicilio original. Por el contrario, las estancias transitorias u ocasionales fuera del domicilio no son suficientes para excluir la aplicación

---

<sup>8</sup> ATS de 28 de septiembre de 2006 (RJ 2007/6727); ATSJ Aragón de 14 de junio de 2006 (RJ 2006/6947); AAP Madrid (Sección 22ª) de 2 de febrero de 2010 (JUR 2010/186040); AAP La Rioja de 6 de junio de 2006 (JUR 2006/191925).

<sup>9</sup> Ésta es la tesis por la que últimamente parece inclinarse el Tribunal Supremo en las cuestiones de competencia sometidas a su decisión: vid., entre otros, sus Autos de 12 de enero de 2010 (ROJ: ATS 41/2010), 2 de febrero de 2010 (ROJ: ATS 4375/2010), 11 de mayo de 2010 (ROJ: ATS 7131/2010) y 11 de enero de 2011 (ROJ: ATS 569/2011). El Alto Tribunal, para justificar la inaplicación del art. 411 LEC y el cambio sobrevenido de competencia en favor de los juzgados del nuevo domicilio, suele invocar el art. 13 de la Convención de las Naciones sobre derechos de las personas con discapacidad, en cuya virtud los Estados Partes deben asegurar el acceso del discapacitado a la justicia para facilitar su participación efectiva en el proceso, llevando a cabo los ajustes procedimentales que sean precisos. Desde el Ministerio Fiscal también se propugna este criterio, al entender que «la interpretación que debe darse al art. 756 LEC, es la de determinar la competencia siempre a favor del lugar de residencia de la persona a la que se refiera la declaración que se solicite, siendo una excepción, y sin que se produzca el efecto prevenido en el art. 411 LEC de la *perpetuatio iurisdictionis*» (vid. *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especializados en la Protección de las Personas con Discapacidad y Tutelas*, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2009, pág. 11, accesible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)).

<sup>10</sup> Vid. CABRERA MERCADO, R., *El proceso de incapacitación*, Madrid, Ed. McGraw-Hill, 1998, pág. 297; GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P., *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas*, Madrid, Colex, 1999, pág. 151; SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 98; CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 82.

del art. 411 LEC ni, por tanto, permiten al tribunal inicialmente competente apartarse del conocimiento del asunto<sup>11</sup>.

2º Que las diligencias nucleares del proceso de incapacitación (reconocimiento judicial del incapaz, examen médico forense y audiencia de los parientes) no se hayan realizado todavía: lógicamente, si estas pruebas ya se han practicado ante el juzgado de origen no hay motivo que justifique una alteración de la competencia, pues dicha alteración no produciría ninguna ventaja apreciable y sólo ocasionaría trastornos y dilaciones.

3º Que, por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento u otras circunstancias análogas, al juez inicialmente competente le resulte imposible o muy gravoso trasladarse fuera de su partido judicial para practicar el examen del incapaz: en efecto, si ambos partidos judiciales están próximos entre sí o cabe desplazarse de uno a otro con facilidad y rapidez, el juez se halla en condiciones de practicar personalmente el reconocimiento, haciendo uso de la facultad de constituirse fuera del territorio de su circunscripción prevista en los arts. 129.3 LEC y 275 LOPJ. Huelga decir que, en estos casos, resulta más pragmático y respetuoso con la economía procesal el desplazamiento del juez fuera de su sede, que la pérdida sobrevenida de su competencia y la remisión de los autos a otro juzgado. Por el contrario, no es razonable ni realista exigir este desplazamiento cuando la nueva residencia del incapaz se halla excesivamente alejada del partido de origen, obligando al juez a una ausencia más o menos prolongada de su juzgado: ni la actual carga de trabajo de nuestros tribunales permite tales «excursiones», ni los jueces disponen de un sistema ágil para reintegrarse las correspondientes cantidades adelantadas por gastos de transporte, alojamiento y manutención.

4º Que no se disponga de sistemas de videoconferencia con calidad técnica suficiente o, aun disponiéndose de ellos, su uso no se estime adecuado para llevar a cabo la exploración del incapaz: dependiendo de las circunstancias del caso, el intercambio de imágenes y sonido en tiempo real puede ser una buena alternativa para la práctica del reconocimiento, por cuanto consigue preservar la inmediatez sin precisar el desplazamiento físico del juez. A mi juicio la utilización de dicha tecnología, amparada en el art. 229.3 LOPJ, debería plantearse como paso previo a la declaración de incompetencia; sólo si aquella fracasa o resulta inviable, procedería la inhibición en favor de los juzgados del nuevo domicilio.

#### IV. Legitimación activa

La legitimación activa para promover la declaración de incapacidad es otro de los puntos que, a mi juicio, merecen una detenida reflexión, referida tanto a su regulación positiva como a la forma en que ésta es interpretada por la jurisprudencia. Existen, asimismo, ciertas lagunas que convendría solventar y de las que daremos cuenta en las siguientes páginas.

##### IV.1. Distanciamiento entre la realidad normativa y la realidad fáctica

La legitimación para instar la incapacitación es restringida, por cuanto sólo pueden solicitarla los sujetos que taxativamente enumera el art. 757 LEC. Encabeza la lista de legitimados el propio presunto incapaz, seguido por su cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos. Si dichos familiares no existieran o no solicitasen la incapacitación, en tal caso se encomienda

---

<sup>11</sup> Como con acierto se ha señalado en la jurisprudencia menor, «en otro caso la competencia territorial podría ir modificándose, a voluntad, a lo largo de todo el curso del proceso, mediante cambios de residencia meramente temporales del presunto incapaz» (vid. AAP La Rioja de 6 de junio de 2006 [JUR 2006/191925] y, en sentido similar, AAP Madrid [Sección 22ª] de 2 de febrero de 2010 [JUR 2010/186040]).

promoverla al Ministerio Fiscal. Por último, como mecanismo compensatorio de las limitaciones a la legitimación activa y a fin de evitar situaciones de desprotección, se faculta «a cualquier persona» que conozca los hechos determinantes de la incapacidad para denunciarlos el Ministerio Público, el cual, tras practicar las averiguaciones oportunas<sup>12</sup>, entablará la acción si lo estima procedente. Dicha facultad de denuncia se transforma en deber para aquellas autoridades y funcionarios públicos a los que, por razón de sus cargos, les conste la existencia de una posible causa de incapacitación.

Resulta sorprendente comprobar hasta qué punto la realidad altera o directamente se separa del sistema trazado sobre el papel. A este respecto, el lugar asignado al propio incapaz en la lista de legitimados activos, en la primera posición, podría inducir a pensar que éste es el supuesto más común, ilusión que la práctica se encarga de desmentir. Tal vez el escaso uso de esta suerte de «auto-incapacitación» se deba a que el colectivo al que, en principio, iría destinada (enfermos cíclicos con alternancia de períodos estables y episodios críticos, como los esquizofrénicos, o personas con demencias degenerativas en fase incipiente, como el Alzheimer) se caracteriza a menudo por la anosognosia o falta de conciencia de su patología; o quizá se deba a la existencia de otras fórmulas más atractivas y moldeables por la voluntad del futuro incapaz, como los poderes preventivos del art. 1732.3º CC. Sea cual sea la razón, el caso es que en contra de la preeminencia que el art. 757.1 LEC parece atribuirles, las auto-incapacitaciones son muy poco frecuentes en la práctica judicial y así lo reconocen los profesionales del foro<sup>13</sup>.

Algo, en cierto sentido, contrario a lo que acaba de decirse sucede con la legitimación conferida al Ministerio Fiscal: a la luz del art. 757.2 esa legitimación parece secundaria, subordinada, excepcional, condicionada a la inexistencia o la pasividad de los familiares más cercanos. Nada más lejos de la realidad: a la hora de la verdad, no existe prelación o jerarquía alguna entre la iniciativa privada de los parientes y la iniciativa pública del Ministerio Fiscal<sup>14</sup>. Es más, los parientes suelen acudir a la fiscalía y proporcionar allí los datos, antecedentes y documentación de que disponen para que el fiscal, a su ruego y siempre que lo considere oportuno, interponga la demanda de incapacitación. Esta práctica, que tiene el atractivo de soslayar los costes de abogado y procurador, es tan habitual que acaba convirtiendo la pretendida «excepción» en regla general: las demandas presentadas por familiares constituyen una porción muy reducida, en tanto que la inmensa mayoría (el 90% en algunos juzgados) son interpuestas por el Ministerio Público<sup>15</sup>.

Finalmente, para terminar de evidenciar el alejamiento entre el art. 757 LEC y la realidad empírica, detengámonos en la obligación de denuncia de posibles causas de incapacitación que aquel precepto impone a las autoridades y funcionarios públicos. Dudo sinceramente que esta norma sea respetada por la generalidad de los que, en el ejercicio de su profesión, tratan o tienen contacto con un discapacitado: ¿suele la Seguridad Social informar al Ministerio Fiscal cuando califica el grado de minusvalía de una persona o determina la incapacidad laboral de un trabajador aquejado por una enfermedad psíquica? ¿

---

<sup>12</sup> Nos referimos a las denominadas «diligencias preprocesales», amparadas en el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y dirigidas a determinar y valorar los hechos y situaciones que servirán de base a la futura demanda de incapacitación. Podemos hallar un análisis concienzudo de estas diligencias en el *Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad*, resultado de las jornadas de fiscales especialistas en la materia celebradas en Alcalá de Henares en septiembre de 2010. Dicho documento puede consultarse en la página web del Ministerio Fiscal ([www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)).

<sup>13</sup> COMES MUÑOZ, E., y ESCALONILLA MORALES, B., «Discapacidad y procedimiento de incapacitación», cit., pág. 208.

<sup>14</sup> ORTELLS RAMOS, M., «El proceso sobre la capacidad de la persona: notas para su estudio», en *La Ley*, 1986-II, págs. 1050 y 1051; GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P., *El proceso de incapacitación...*, cit., pág. 70.

<sup>15</sup> Vid. URIARTE CODÓN, A., «Aspectos procesales del juicio de incapacidad», en *Jornadas sobre protección jurídica en la incapacidad*, Logroño, 2007, pág. 46. Su versión electrónica puede hallarse en el siguiente enlace: [www.fundaciontutelardelarioja.org/archivos/libro\\_IIjornadas.pdf](http://www.fundaciontutelardelarioja.org/archivos/libro_IIjornadas.pdf).



Suele hacerlo el personal sanitario que atiende a enfermos de Alzheimer o a quienes han sufrido un accidente cerebrovascular? ¿Y los directores de centros educativos especiales? La respuesta es normalmente negativa, y me atrevo a decir que es mejor que así sea. Carece de sentido que cualquier déficit de autogobierno deba ponerse obligatoriamente en conocimiento del Ministerio Fiscal y dar lugar, de forma automática, a un proceso de incapacidad. Si el discapacitado se encuentra bien atendido, su entorno le procura el necesario apoyo material y afectivo y no se advierte ninguna amenaza a sus intereses, no hay nada que comunicar a la fiscalía ni hay, probablemente, razón alguna para promover la incapacidad. Por ello, entiendo que el deber de denuncia previsto en el art. 757.3 LEC no debería activarse ante la mera constatación de posibles causas de incapacidad: dicho precepto debería reformarse en el sentido de requerir, además, la apreciación de desamparo u otra situación objetiva de riesgo, ya sea para el propio incapaz o para terceros. En definitiva, se trataría de acomodar el mandato legal a lo que, de hecho, se acostumbra hacer en la realidad.

#### IV.2. Dudas en torno a algunos supuestos de legitimación y conveniencia de añadir otros a la enumeración legal

Como hemos visto, nuestro Derecho positivo confía el ejercicio de la acción de incapacidad al círculo familiar más inmediato del presunto incapaz, al presumir que sus parientes más cercanos son habitualmente quienes mejor lo conocen y los mayores interesados en su bienestar. Para el caso de que el núcleo familiar no exista o no asuma esa función de salvaguarda, se legitima al Ministerio Fiscal en cuanto garante de la legalidad y el interés general. Se ha decidido no extender la legitimación a otros sujetos a fin de evitar intromisiones excesivas en la intimidad del presunto incapaz y, sobre todo, para prevenir un uso temerario o malicioso de la acción de incapacidad, de modo que algo tan delicado como es la determinación de la capacidad de obrar no se ponga al servicio de intereses espurios.

A pesar de la claridad con que el art. 757 LEC identifica a cada uno de los posibles legitimados, dicho precepto no deja de suscitar algunos problemas interpretativos. A este respecto, una duda que suele plantearse la doctrina es si el cónyuge separado legalmente o de hecho estaría legitimado para promover la incapacidad de su consorte<sup>16</sup>. Voces autorizadas<sup>17</sup>, respaldadas por algún pronunciamiento de la jurisprudencia menor<sup>18</sup>, resuelven la cuestión en sentido afirmativo, argumentando que la falta de convivencia marital es una circunstancia que podrá afectar en su caso al nombramiento como tutor (art. 234.2° CC), pero no a la legitimación para pedir la declaración de incapacidad, puesto que el art. 757.1 LEC se la reconoce al cónyuge sin matización alguna.

Opino, sin embargo, que la tesis expuesta constituye una lectura excesivamente plana del art. 757 LEC, por cuanto olvida su sentido primordial: asegurar, por lo menos *a priori*, que la demanda de incapacidad obedece al superior interés del incapaz y no al particular beneficio del actor ni, en general, a finalidades diversas de las que este proceso persigue. Sentado esto, debe reconocerse que el escenario de conflictividad familiar que suele estar detrás de los casos de separación no es el más propicio para que el interés del presunto incapaz prevalezca: antes al contrario, existe la sospecha fundada de que la acción de incapacidad se utilice como un arma estratégica más de la contienda conyugal, a fin de

<sup>16</sup> La duda, como es lógico, no afecta a los supuestos de divorcio o de nulidad matrimonial judicialmente declarada: en estos casos el vínculo matrimonial o bien no ha existido jamás o bien se ha extinguido y, por tanto, no concurre la condición de cónyuge exigida por el art. 757.1 LEC.

<sup>17</sup> Vid. CABRERA MERCADO, R., *El proceso de incapacidad*, cit., pág. 96; GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P., *El proceso de incapacidad...*, cit., pág. 67; SANCHO GARGALLO, I., *Incapacidad y tutela*, cit., pág. 76; COMES MUÑOZ, E., y ESCALONILLA MORALES, B., «Discapacidad y procedimiento de incapacidad», cit., pág. 205.

<sup>18</sup> SAP Burgos (Sección 2ª) de 15 de mayo de 1995 (AC 1995/1665).

conseguir, por ejemplo, ventajas en cuanto al ejercicio de la patria potestad, la custodia de los hijos o la administración de los bienes comunes. Por todo ello, entiendo que en estos supuestos sería más prudente negar de entrada la legitimación del cónyuge separado y dejar que fuera el Ministerio Fiscal, previamente informado por aquél, el que determinase la necesidad o no de entablar un proceso de incapacitación.

También resulta un tanto problemática la legitimación reconocida a quien se halle en una situación de hecho asimilable al matrimonio. Es loable el propósito del legislador de equiparar en este ámbito las uniones matrimoniales y las extramatrimoniales, pero queda pendiente el sempiterno problema de qué debe entenderse por situación de hecho asimilable a la conyugal. El tema es complejo y no cabe tratarlo en esta sede con la profundidad que merecería; sí que parece oportuno, sin embargo, apuntar unas breves reflexiones. A este respecto considero, en contra de lo sostenido por algún autor<sup>19</sup>, que la legitimación aquí contemplada no debe supeditarse al cumplimiento de los requisitos exigidos por las respectivas leyes autonómicas sobre parejas de hecho. Esas normas pueden servir a modo de pauta orientativa, pero no deben condicionar en absoluto la atribución de legitimación: el juez, por tanto, puede considerar legitimado al actor aunque su convivencia con la otra parte no haya alcanzado la duración mínima que dichas normas exigen<sup>20</sup>, si concurren otras circunstancias que permitan sustentar la analogía con el matrimonio (descendencia en común, bienes y cargas compartidos, enlace matrimonial proyectado, etc.). La legitimación tampoco puede hacerse depender de la inscripción en registros especiales, exigida en algunas Comunidades Autónomas para tener por constituida la pareja de hecho<sup>21</sup>. La flexibilidad que aquí se propugna, sin embargo, no debería llegar al extremo de prescindir del requisito de la convivencia, pues de lo contrario quedaría difuminado cualquier posible paralelismo con el matrimonio<sup>22</sup>. Repárese, además, en que no existe previsión que expresamente dispense de la necesidad de convivencia estable, a diferencia de lo que acontece en el ámbito penal con la denominada «violencia de género» (art. 173.2 CP).

Más allá de las dificultades interpretativas que acaban de apuntarse, lo cierto es que la lista de legitimados activos del art. 757 LEC tiene un carácter «blindado» y la jurisprudencia se ciñe escrupulosamente a su literalidad, vedando cualquier extensión analógica a vínculos parentales diversos de los allí recogidos<sup>23</sup>. Nuestros tribunales ni siquiera admiten, en caso de fallecimiento del actor inicial (por ejemplo, un hermano), la sucesión procesal en favor de sus herederos (v.gr., cuñada o sobrinos del presunto incapaz), por entender que la acción de incapacitación es personalísima y, por tanto, intransmisible

<sup>19</sup> SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela*, cit., pág. 75. A juicio de este autor, la alusión del art. 757.1 LEC a las situaciones de hecho asimilables al matrimonio debe integrarse con la normativa sustantiva dictada en algunas Comunidades Autónomas sobre uniones de hecho, exigiendo para reconocer esta legitimación que se cumplan los requisitos de acreditación exigidos en cada caso.

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, en comunidades como Aragón se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituir la mediante escritura pública (art. 305.1 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón). En cambio, el art. 1.1 de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid exige que la convivencia se prolongue durante un mínimo de doce meses.

<sup>21</sup> Esta inscripción constitutiva se exige, por ejemplo, en la Comunidad de Madrid (art. 1.1 de la citada Ley 11/2001), Extremadura (art. 2 de la Ley 5/2003, de 20 de marzo), País Vasco (art. 3.1 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo) y Comunidad Valenciana (art. 3 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre).

<sup>22</sup> No obstante, el requisito de la convivencia como elemento básico de las relaciones *more uxorio* y de su asimilación a las uniones matrimoniales debe ser interpretado con flexibilidad y amplitud. Así, dicha convivencia no ha de entenderse rota o interrumpida por el hecho de que el presunto incapaz, por indicación terapéutica o por necesidad de cuidados especiales, se encuentre ingresado con carácter indefinido en un hospital (pensemos en quienes han sufrido graves lesiones cerebrales y se hallan en estado de coma profundo) o internado en un centro psiquiátrico.

<sup>23</sup> SAP Asturias de 29 de mayo de 1995 (AC 1995/1017); SAP Madrid (Sección 22ª) de 27 de junio de 2000 (AC 2000/1320); SAP Valladolid (Sección 2ª) de 8 de marzo de 2002 (JUR 2002/138493).

*mortis causa* a quien no ostenta los concretos vínculos de parentesco exigidos por la ley<sup>24</sup>. Este rigor se acentúa, aún más si cabe, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo<sup>25</sup>, en virtud de la cual la falta de legitimación activa es apreciable de oficio y en cualquier momento procesal, pudiendo llegar a suscitarse *ex novo* en casación, aunque no se hubiera planteado en las instancias inferiores.

Vista, por tanto, la imposibilidad de trascender por vía hermenéutica el vigente elenco de legitimados activos, considero que *de lege ferenda* debería valorarse la oportunidad de su ampliación. No defiendo una apertura ilimitada de dicho elenco, pues ello podría desembocar en la proliferación de demandas de incapacitación abusivas y totalmente alejadas del interés del presunto incapaz; pero, ciertamente, entre la creación de una hipotética «acción popular» de incapacitación y el carácter sumamente restrictivo del régimen actual, existen puntos intermedios que deberían explorarse. ¿Por qué no legitimar, por ejemplo, a las entidades sin ánimo de lucro dedicadas a la atención y defensa de los discapacitados<sup>26</sup>? A mi juicio, la meritoria labor que muchas de estas entidades vienen desarrollando, apoyando a los discapacitados y sus familias, luchando por la integración social de aquéllos y actuando como interlocutores de este colectivo frente a los poderes públicos, disipa con carácter general el temor a un uso indebido de la acción de incapacitación y aconseja legitimarlas para su ejercicio. Ello, además, no supondría ni mucho menos marginar del proceso al Ministerio Fiscal y tampoco obstaculizaría su actuación como garante del interés público, pues en cualquier caso tiene la condición de parte (art. 749.1 LEC) y ha de dársele traslado de la demanda (art. 753), aunque él no haya sido el promotor de la incapacitación.

Otro tanto cabría decir de los servicios sociales de los ayuntamientos que, en el ejercicio de sus funciones, con frecuencia entran en contacto con personas que presentan alguna discapacidad psíquica y se encuentran desvalidas, expuestas a abusos y sin familiares que puedan o quieran atenderlas. La jurisprudencia<sup>27</sup> ha tenido oportunidad de negar expresamente la legitimación de los ayuntamientos, a través de sus servicios sociales, para instar la incapacitación, al entender que la defensa del interés público ínsito en la declaración de incapacidad es incumbencia exclusiva del Ministerio Fiscal y no puede ser compartida con otras instituciones, sin perjuicio del deber de poner los hechos en conocimiento de la fiscalía para que ésta emprenda las acciones oportunas. A mi juicio, sin embargo, convendría reformar el texto de la LEC a fin de habilitar a los servicios sociales de las distintas localidades para presentar directamente la demanda de incapacitación, sin pasar por el filtro previo del Ministerio Fiscal.

Diversos argumentos abonarían la anterior propuesta: en primer lugar, la ausencia de motivos para temer un uso torcido de esta acción por parte de un ente administrativo que actúa en el marco de sus competencias legalmente atribuidas de asistencia a los discapacitados, dotado de imparcialidad y que sirve con objetividad a los intereses generales; en segundo lugar, la conveniencia práctica de que la solicitud de incapacitación sea

<sup>24</sup> ATS de 29 de abril de 2004 (RJ 2004/3463). Asimismo, en la jurisprudencia menor debe citarse la SAP Girona (Sección 2ª) de 14 de mayo de 2004 (JUR 2004/180963).

<sup>25</sup> STS de 7 de julio de 2004 (RJ 2004/5104).

<sup>26</sup> La extensión de la legitimación activa a las organizaciones representativas de los intereses de los discapacitados constituye una de las reivindicaciones que vienen haciendo los jueces especialistas en incapacidades y tutelas. Vid., en este sentido, las *Conclusiones del Seminario de Jueces de Incapacidades*, Madrid, 6 y 7 de abril de 2011 (accesible en [www.poderjudicial.es/search/publicaciones/#](http://www.poderjudicial.es/search/publicaciones/#)). También desde el Ministerio Fiscal se han lanzado propuestas similares, como puede observarse en las *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especializados en la Protección de las Personas con Discapacidad y Tutelas*, cit., pág. 12. En dicho documento, además de a las entidades mencionadas, se propone extender la legitimación a la persona designada como tutor en el testamento de los padres del discapacitado (art. 223 CC) y a todos aquellos que, de hecho o de derecho, acrediten que ostentan la condición de apoyo de la persona con discapacidad.

<sup>27</sup> STS de 24 de mayo de 1991 (RJ 1991/3833).

preparada por aquellos que han seguido de cerca la situación del presunto incapaz y conocen de primera mano todos sus pormenores; y, por último, la innecesaria multiplicación de trámites que ocasiona el régimen actual y que, en buena medida, se vería reducida con una reforma como la que aquí se sugiere. En efecto, con la regulación vigente los profesionales de los servicios sociales deben limitarse a denunciar los hechos determinantes de la incapacidad al Ministerio Fiscal; seguidamente éste se encarga de verificar tales hechos y de presentar, en su caso, la correspondiente demanda de incapacitación; una vez admitida a trámite la demanda, se procede a designar un defensor judicial del presunto incapaz (art. 758.II *in fine* de la LEC), quien a su vez designará la asistencia letrada a no ser que el órgano judicial opte por encomendar directamente el cargo de defensor judicial a un abogado del turno de oficio. En cambio, el complejo itinerario procesal que acaba de describirse se simplificaría notablemente si se permitiera a los responsables de los servicios sociales entablar por sí mismos y sin intermediación alguna la acción de incapacitación, asignándose a continuación la defensa y representación procesal del presunto incapaz al Ministerio Fiscal (art. 758.II LEC).

Por último, considero que en la lista de legitimados del art. 757 LEC se echa en falta una figura básica: el guardador de hecho. En mi opinión, resultaría oportuno facultar para el ejercicio de esta acción a quien, espontáneamente y sin mediar ningún acto formal de investidura, viene haciéndose cargo del presunto incapaz, aunque no sea pariente de éste o lo sea en grado más lejano que los exigidos por la ley. No obstante, en este supuesto entiendo que sí existen apoyos normativos para sostener la legitimación del guardador de hecho, aun cuando éste no se halle expresamente mencionado en el art. 757 LEC. A este respecto, el principal argumento legal reside en el art. 304 CC, que preserva la validez de aquellos actos que el guardador realice en interés del presunto incapaz y redunden en utilidad de éste. Ante la amplitud de la fórmula utilizada, esos actos a los que alude el precepto bien pueden ser actos procesales y consistir en la interposición de una demanda de incapacitación. Si dicha demanda va orientada efectivamente a procurar la protección del incapaz y a lograr el mayor beneficio para éste, ha de permanecer incólume conforme al art. 304 CC, sin que pueda ser atacada por falta de legitimación del actor<sup>28</sup>. A mayor abundamiento, el art. 159.1 del Código del Derecho Foral de Aragón vendría a añadir otro argumento al anteriormente señalado: según dicho precepto, «*la actuación del guardador de hecho en función tutelar debe limitarse a cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios. La realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal*». A la luz de esta disposición, la solicitud de incapacitación podría considerarse sin dificultades como un «acto de cuidado» de la persona protegida, para el cual el guardador estaría investido de la oportuna representación legal. De esta forma, aunque le negásemos legitimación para promover en su propio nombre la declaración de incapacidad, sí podría hacerlo en nombre y representación del primer legitimado al que se refiere el art. 757 LEC: el presunto incapaz.

#### IV.3. Dudas en torno al tratamiento procesal de la falta de legitimación activa

No podemos concluir nuestro análisis sobre la legitimación sin intentar despejar un último interrogante, para el que nuestro ordenamiento procesal no ofrece una respuesta clara y segura: ¿cómo debe proceder el juzgador cuando advierta que el actor no es ninguno

---

<sup>28</sup> Una interpretación similar sostuvo la SAP Vizcaya (Sección 4ª) de 19 de junio de 2007 (AC 2007/2052). Se afirma en esta sentencia que «*existe por tanto un defecto, en la constitución jurídico procesal, defecto que sin embargo, no puede abocar a la nulidad pretendida, porque no existe indefensión, ya que la iniciación de este procedimiento, no ha colocado en tal situación, a la única parte que se ve afectada por el contenido de esta resolución, al presunto incapaz, y no lo ha hecho, porque el promover esta demanda no le perjudica, encontrándonos en un supuesto asimilable al de una guarda de hecho, pues el sobrino, no sólo administraba los bienes de la presunta incapaz sino que se preocupaba de su persona, y por ello le resulta de aplicación lo dispuesto en el art.304 CC, ya que los actos por él realizados, redundan en beneficio de la presunta incapaz, pues van destinados a procurar su protección*».

de los sujetos enumerados en el art. 757.1 LEC, qué consecuencias tiene este defecto y en qué momento procesal ha de apreciarse?

Con carácter general, la legitimación aparece estrechamente ligada a la cuestión de fondo debatida en el proceso e incluso llega a identificarse con ella, de modo que no consiente un examen previo y al margen de la sentencia<sup>29</sup>. Sin embargo, existen supuestos singulares en los que esa naturaleza material de la legitimación parece diluirse y ésta acaba asemejándose a los genuinos presupuestos procesales, reclamando, al igual que ellos, un control preliminar e independiente del fondo del asunto. Los procesos sobre capacidad de las personas son paladina muestra de este fenómeno: en ellos la ley identifica claramente a los sujetos habilitados para el ejercicio de la acción, designándolos mediante circunstancias objetivas (grado de parentesco, vínculo matrimonial, etc.) que están desvinculadas del tema de fondo y son fácilmente constatables al inicio del proceso, sin necesidad de posponer su apreciación al momento de dictar sentencia<sup>30</sup>. En estos casos el control *a limine* de la falta de legitimación no sólo resulta conveniente, sino también necesario por elementales exigencias de economía procesal: la tramitación íntegra del proceso de incapacitación, en especial por lo que respecta a la fase probatoria, se antoja inútil y dispendiosa cuando se sabe desde el principio que aquél no podrá llegar a un pronunciamiento sobre el fondo; asimismo, la apreciación tardía de la falta de legitimación activa resulta excesivamente penosa para el presunto incapaz, quien después de soportar el entero desarrollo del proceso de incapacitación puede verse sometido a un nuevo procedimiento, al quedar su capacidad de obrar imprejuizada en la primera sentencia.

Las consideraciones recién expuestas han servido a algunos autores<sup>31</sup> para sostener que, promovida la incapacitación por quien carece de legitimación para ello, se habrá de

<sup>29</sup> Así viene entendiéndolo la doctrina mayoritaria, dentro de la cual deben destacarse los trabajos de CORDÓN MORENO, F., «De nuevo sobre la legitimación», en *Revista de Derecho Procesal*, 1997, núm. 1, págs. 71 y ss.; SAMANES ARA, C., *Las partes en el proceso civil*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2000, pág. 78; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3ª edición, Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2004, págs. 159 y 160. Discrepa de esta postura, sin embargo, el profesor MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2007, pág. 479, para quien la legitimación tiene naturaleza procesal, de modo que: 1) su regulación se realiza siempre por medio de normas procesales; 2) debe tratarse de ella en la fase del proceso destinada a la verificación de los presupuestos procesales; 3) si falta, debe dictarse una resolución meramente procesal, no de fondo; y 4) esa resolución debe ser auto, no sentencia, tanto en el juicio ordinario como en el verbal.

El Tribunal Supremo, por su parte, viene entendiendo que la legitimación no es una «condición de admisibilidad del proceso, sino de la existencia misma de la acción. No es, por tanto, la legitimación ad causam una cuestión de personalidad, sino que afecta al fondo de la cuestión, por traducirse en la falta de acción o de poder de disposición sobre un derecho» (SSTS de 10 de diciembre de 1990 [R] 1990/9926) y 16 de mayo de 1991 [R] 1991/3704). En sentencias más recientes, el Alto Tribunal ha considerado la legitimación como «cuestión preliminar del fondo pero que puede exigir un examen del fondo» (STS de 16 de mayo de 2000 [R] 2000/3110) o que «aunque tiene relación con el fondo es presupuesto previo al mismo» (STS de 23 de octubre de 2002 [R] 2002/9305). En la jurisprudencia menor, el AAP Madrid de 17 de marzo de 2005 (JUR 2005/107815) declara paladinamente que «la legitimación, es una cuestión de fondo cuyo examen es previo e inmediatamente anterior a la decisión final. Como tal jamás puede ser considerada una excepción dilatoria que deba ser resuelta en la audiencia preliminar ni provocar el sobreesimiento de los autos, y su estimación en fase de audiencia previa es incorrecta en cuanto se prejuzga o deja imprejuizado el fondo del asunto». En definitiva, la legitimación «no es un presupuesto del proceso ni por ende una cuestión —previa— de forma, sino que lo es de la estimación o desestimación de la demanda y, por ello, atañe al fondo del asunto, condicionando el contenido material de la sentencia».

<sup>30</sup> Dada la especificidad de estos supuestos, algunos autores proponen crear para ellos una nueva categoría, de raigambre alemana, denominada «capacidad de conducción procesal». A diferencia de la legitimación propiamente dicha, la capacidad de conducción procesal integraría un auténtico presupuesto procesal que podría condicionar la admisibilidad de la demanda, ser discutida en la audiencia previa y provocar, si faltase, una resolución absolutoria en la instancia que dejara imprejuizada la relación jurídica material. Sobre esta cuestión, vid. más ampliamente GIMENO SENDRA, V., y CALAZA LÓPEZ, S., «¿Puede el juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes?», en *La Ley*, 2004-V, págs. 1377 y ss.

<sup>31</sup> Vid. GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P., *El proceso de incapacitación...*, cit., pág. 74; CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela e internamiento...*, cit., pág. 40; COMES MUÑOZ, E., y ESCALONILLA MORALES, B., «Discapacidad y procedimiento de incapacitación», cit., pág. 210; RIVES SEVA, J. M., *Procesos sobre la capacidad de las personas*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2009, pág. 34.

inadmitir la demanda y ordenar el inmediato archivo de las actuaciones. Esta solución, sin embargo, tropieza con el escollo normativo del art. 403.1 LEC, que configura la inadmisión de la demanda como una consecuencia excepcional, reservada para los casos en que expresamente se prevea. Y esa previsión expresa, en lo que atañe a la falta de legitimación para accionar, sencillamente no existe. En otras palabras: *de lege lata*, no cabe rechazar de plano una demanda con base en la falta de legitimación activa, por sencilla y automática que resulte su apreciación inicial y por más razones de pragmatismo que puedan invocarse. De lo contrario vendría a crearse una causa extralegal de inadmisión, lo que resultaría frontalmente contrario al citado art. 403.1 LEC. Tampoco estimo viable el recurso a la analogía, entendiendo que estaríamos ante un supuesto similar a la falta de capacidad para ser parte y la falta de capacidad procesal (art. 9 LEC), pues el principio *pro actione* parece oponerse a una interpretación extensiva de las reglas o requisitos procesales que limitan el acceso a la justicia.

En definitiva, todo lo antedicho justifica la necesidad de una reforma del art. 757 LEC que regule el control preliminar de la falta de legitimación activa, posibilitando su apreciación en el trámite de admisión de la demanda. Descendiendo a niveles de mayor detalle, entiendo que esa futura reforma debería concretarse en los puntos siguientes:

1º Antes de acordar la inadmisión de la demanda, debería darse a los legitimados cuya identidad resulte de las actuaciones la oportunidad de reemplazar al actor originario y sostener la acción de incapacitación, prosiguiendo con ellos las actuaciones: en efecto, una cosa es que se rechace la personación de quien no se halla legitimado con arreglo al art. 757 LEC, y otra muy distinta que ello deba comportar la inadmisión automática de la demanda. Téngase en cuenta, a este respecto, que de dicha demanda debe darse traslado al Ministerio Fiscal (art. 753 LEC); por otra parte, lo normal es que en ella se haya designado a los parientes más próximos del presunto incapaz y expresado sus datos de localización, a los efectos de permitir su citación para la vista y poder evacuar la audiencia preceptiva del art. 759.1 LEC. Por ello, la solución más lógica no es repeler de inmediato la demanda, sino emplazar al Ministerio Público y familiares que resulten conocidos para que, en el tiempo que prudencialmente se fije, se personen en el proceso y asuman la condición de instantes. La decisión sobre la admisión a trámite de la demanda incapacitación quedaría entretanto en suspenso, a la espera del resultado del llamamiento. La asunción de la iniciativa procesal podría hacerse de diversas formas: podría consistir ya sea en la presentación de un escrito, firmado por abogado y procurador en el caso de los familiares, en el que el legitimado hace suya y da por reproducida la demanda inicial, si acaso introduciendo las matizaciones que estime oportunas; ya en la formulación de una nueva demanda de incapacitación que sustituya a la anteriormente presentada.

2º Ese control preliminar no podría operar en aquellos casos en que la existencia o la falta de legitimación activa resulten difíciles de esclarecer *ab initio*: en la mayoría de los casos la legitimación para promover la incapacitación puede verificarse con relativa facilidad en el trámite de admisión de la demanda. Para adoptar la decisión que proceda bastará, de ordinario, con examinar las certificaciones del Registro Civil que se hayan acompañado a la demanda a fin de acreditar el tipo y grado de parentesco. No obstante, hay supuestos específicos en los cuales la legitimación no puede quedar fijada, de modo indubitado, en los trámites iniciales, por requerir de una actividad probatoria que únicamente puede practicarse en estadios más avanzados del proceso: es lo que sucederá, por ejemplo, cuando la posición legitimante consista en la existencia una relación de afectividad análoga al

---

Estas posiciones doctrinales cuentan con el respaldo de la STS de 24 de mayo de 1991 (RJ 1991/3833) que, aunque a título de *obiter dicta*, se interrogó sobre el tratamiento procesal que debe darse a la falta de legitimación activa en los procesos relativos a la capacidad, llegando a la conclusión de que «el más ajustado a Derecho, para que no se frustré el fin normativo, es el rechazo in limine con fundamento en el art. 11.1 LOPJ, pues la legitimación si como presupuesto preliminar al fondo, en muchas ocasiones, sobre todo en el proceso civil dispositivo, exige la consideración al momento de dictar sentencia, en otras, puede detectarse con carácter previo, como ocurre en estos casos, impidiendo, así, que se burle la prevención del legislador».

matrimonio o en la condición de guardador de hecho del actor. Ambas situaciones suelen ser difíciles de acreditar por medios documentales, por lo cual en estos casos la legitimación, aunque nítidamente diferenciada del tema de fondo, habrá de ser objeto de prueba en el acto de la vista y dilucidada definitivamente en la sentencia.

## V. Acumulación de acciones

Examinados ya los aspectos discutibles y los vacíos normativos existentes en materia de legitimación activa, conviene hacer ahora una serie de consideraciones acerca de la acumulación de acciones en el proceso de incapacitación: instituto, a mi juicio, deficientemente regulado, y cuyas potencialidades deberían aprovecharse a fin de convertir este proceso en un instrumento más económico y eficiente.

### V.I. Acumulación subjetiva

No contiene nuestra ley procesal ninguna previsión acerca de la posibilidad de solicitar, en el mismo proceso, la incapacitación de dos o más personas. Habrá que estar, pues, al régimen general contenido en el art. 72 LEC, en cuya virtud el ejercicio simultáneo de las acciones esgrimibles frente a varios sujetos requiere la existencia de un nexo por razón del título o causa de pedir, estableciendo a continuación, en interpretación auténtica, que concurre tal nexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos. La aplicabilidad de esta regla al proceso de incapacitación no resulta nada clara, lo cual ha dado lugar a criterios discordantes en la doctrina: así, algunos autores abogan decididamente por la posibilidad de acumular las diversas acciones de incapacitación, siempre que el actor goce de legitimación activa para promover todas ellas, al entender que no existe inconveniente legal y su tramitación conjunta resulta más ágil, sencilla y económica<sup>32</sup>; otros, por el contrario, entienden que las distintas acciones habrán de sustanciarse en procesos separados, dado que tienen carácter personalísimo y no cabe hablar de identidad o conexión entre ellas por el mero hecho de que los dos demandados padezcan una misma patología o tengan vínculos familiares, pues la causa de pedir es específica de las circunstancias individuales de cada sujeto<sup>33</sup>. La jurisprudencia<sup>34</sup> tampoco ha mostrado hasta el momento

<sup>32</sup> SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela*, cit., pág. 91.

<sup>33</sup> Así lo entienden COMES MUÑOZ, E., y ESCALONILLA MORALES, B., «Discapacidad y procedimiento de incapacitación», cit., pág. 193, añadiendo que esas circunstancias individuales determinan el desarrollo del procedimiento: un demandado puede oponerse y el otro no; un demandado puede estar incurso en causa de incapacitación y el otro no; un demandado puede necesitar una incapacitación plena y otro sólo una restricción de la capacidad; un demandado puede precisar sometimiento a tutela y el otro a curatela.

Similar opinión mantiene PUIGGALÍ TORRENTÓ, M., «Problemas procesales que plantea el proceso de incapacitación», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 92, 2006, pág. 172, que descarta la acumulación subjetiva por respeto a la intimidad y porque no existe identidad de causa, por lo cual habrá tantos procedimientos como presuntos incapaces aunque el promotor legitimado activamente sea el mismo.

Finalmente, la tesis contraria a la acumulación encuentra respaldo en el *Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad*, cit., pág. 8. Por ello, se sostiene en dicho documento que «procederá la apertura de Diligencias Preprocesales para cada una de las personas a las que afecte su resolución, con independencia de los vínculos familiares que les unan, siendo obvio que también son distintas las causas de pedir, al ser igualmente diferentes las personas afectadas, las dolencias y extensión de los padecimientos que sufren, no obstante su aparente similitud, y que son la base de las acciones deducidas».

<sup>34</sup> Así, el AAP Cuenca de 28 de noviembre de 1995 (AC 1995/2044) permitió la acumulación de acciones de incapacitación respecto de dos hermanos de doble vínculo. Argumentaba la Audiencia que «no existen razones legales ni de cualquier otra índole que impidan que se decidan en un único procedimiento las acciones-pretensiones de incapacitación instadas por la actora respecto a sus dos hermanos de doble vínculo, por obedecer a una misma causa de pedir, a lo que no puede ser óbice la hipótesis de que la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 210 del Código Civil), puede variar en un hermano respecto al otro, por cuanto en la sentencia única que se dicta en el procedimiento único a seguir por efecto de la acumulación, ha de haber tantos pronunciamientos como pretensiones acumuladas, lo que permitirá en tal sentencia individualizar la extensión y efectos de la incapacitación respecto a cada hermano».

una postura uniforme, lo cual evidencia que, en la práctica, la procedencia o improcedencia de la acumulación va a quedar a merced del criterio más o menos flexible de cada juzgador.

Debe reconocerse que el régimen general del art. 72, cimentado en la identidad de los hechos que dieron origen a las acciones acumuladas, resulta difícilmente trasladable al proceso de incapacitación. Su aplicación es discutible incluso en los supuestos que, aparentemente, más se prestan a ella, como sucede con las acciones dirigidas frente a dos o más hermanos cuya incapacidad deriva de una misma alteración congénita o de una misma enfermedad hereditaria. Está claro que, aunque el origen de sus respectivas discapacidades sea semejante, éstas constituyen hechos individuales y personalísimos de cada sujeto, que pueden revestir distinta gravedad, cursar evoluciones diferentes y tener una incidencia más o menos acusada en la aptitud de autogobierno de uno y otro. En suma, no puede decirse que las acciones se funden *en los mismos hechos*: no hay un sustrato fáctico unitario, sino hechos análogos o con algunos rasgos homogéneos cuyo encaje en el art. 72 resulta forzado en exceso. La imposibilidad de aplicar este precepto y admitir la acumulación resulta aún más manifiesta en otros casos que pueden acontecer y acontecen en la vida diaria: pensemos, por ejemplo, en la hipótesis del hijo que interesa la incapacitación de sus padres, uno de ellos aquejado de demencia senil y otro con pérdida de facultades intelectivas derivada de un infarto cerebral. En este supuesto la causa incapacitante ni siquiera es homogénea, sin que a estos efectos resulte relevante la existencia de vínculos afectivos o de parentesco entre los sujetos pasivos: las acciones cuya acumulación se pretende no se apoyan en los mismos fundamentos fácticos, que es lo único que importa a tenor del art. 72 LEC.

A la luz de las consideraciones precedentes, puede concluirse que en la actualidad la acumulación de acciones de incapacitación no es admisible o, cuando menos, su procedencia resulta muy dudosa. Por ello, desde estas páginas se propugna una modificación legislativa que expresamente la admita y regule, debido a las considerables ventajas que de ella podrían derivarse. A este respecto, no es ocioso señalar el ahorro que, en términos de economía procesal, se conseguiría al sustanciar en un solo proceso las distintas acciones de incapacitación: en primer lugar, se lograría concentrar el conocimiento de todas las pretensiones en el mismo órgano judicial, conjurando el riesgo derivado de la interposición de varias demandas y su reparto a distintos juzgados; en segundo lugar, se evitaría la multiplicación innecesaria de diligencias de prueba, en especial por lo que respecta a la audiencia de los parientes más próximos, que no tendrían que concurrir dos o más veces ante el juzgado para deponer de forma separada en cada procedimiento; en tercer lugar, se propiciaría una mayor uniformidad y coherencia en la designación de los cargos tutelares, de modo que éstos recayeran de ser posible sobre las mismas personas; por último, se facilitaría la supervisión conjunta del ejercicio de las tutelas constituidas, de manera que se evacuaran en el mismo trámite los informes sobre la situación personal de cada incapacitado y las rendiciones de cuentas respectivas. Debe advertirse, con todo, que esta unificación procedimental, con las ventajas de celeridad y reducción de trámites que conlleva, no puede convertirse en pretexto para obviar la necesaria individualización de la declaración de incapacidad, cuya extensión y límites pueden ser diversos para cada una de las personas afectadas y determinar, incluso, su sometimiento a distintos regímenes de guarda legal (por ejemplo, tutela para uno y simple curatela para otro). La sentencia, aun

---

Criterio inverso es el recogido por la SAP Málaga (Sección 5ª) de 30 de enero de 2002 (JUR 2002/134726). La actora impugnó la sentencia de primera instancia ya que en la demanda solicitó la incapacitación de sus dos hermanastros y el juzgado sólo admitió la posibilidad de declarar la de uno de ellos. Consideró la Audiencia que *«no puede estimarse contraria a derecho la decisión del Juzgador de instancia de exigir que para cada presunto incapaz se siga un procedimiento por separado, como es práctica usual. Pero es que además en el presente caso aparece que tomado dicho acuerdo en el procedimiento, tras oír al actor para que se pronunciara sobre cual de los dos presuntos incapaces quería que se continuasen las actuaciones, el Juzgador proveyó sobre la situación creada deduciendo los testimonios pertinentes con respecto a José H. F. y remitiéndolos a la Fiscalía de Málaga a los efectos del artículo 203 del Código Civil, por lo que no cabe alegar privación del derecho a la tutela judicial efectiva. Amén de que el propio promotor del juicio de incapacidad pudo formular por sí nueva demanda»*.



siendo formalmente única, ha de contener pronunciamientos personalizados para los distintos sujetos a los que se dirige y valorar, de manera debidamente diferenciada, la aptitud de cada uno de ellos para gobernar su persona y bienes.

## V.2. Acumulación objetiva

La pretensión básica o principal del proceso de incapacitación aparece definida en el art. 760.1 LEC y puede desglosarse, a su vez, en tres puntos íntimamente entrelazados: la declaración sobre la concurrencia de una causa de incapacitación, la fijación de la extensión y límites de ésta y la determinación genérica del régimen de guarda aplicable (tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada). A esta acción principal pueden acumularse otras tres, a fin de que sean sustanciadas en el seno mismo del proceso de incapacitación: la designación de la persona concreta que ha de ocupar el cargo tutelar, la petición de internamiento en un centro adecuado y la de esterilización del incapaz, prevista esta última en el art. 156.2 del Código Penal. Vemos, pues, que el proceso de determinación de la capacidad encierra –o puede encerrar– una pluralidad de objetos, sobre los cuales conviene realizar algunas reflexiones:

*1º Fijación de la extensión y límites de la incapacitación:* aquí hay que hacer hincapié en una necesidad sobre la que nunca se insistirá lo suficiente y que, sin embargo, resulta desatendida con frecuencia en la práctica judicial. Me refiero, cómo no, a la necesidad de señalar con precisión el alcance de la incapacidad declarada, delimitando claramente qué actos puede realizar por sí el incapaz y cuáles requieren el concurso de un asistente o representante legal. Ésta es, muchas veces, la parte menos cuidada de las sentencias de incapacitación, a pesar de ser la más importante y la que dota de sentido al proceso que las precede. A este respecto, considero censurable el abuso que, en ocasiones, se hace de categorías excesivamente indefinidas y abstractas de actos jurídicos: muchas sentencias, en efecto, se contentan con proclamar la aptitud del incapaz para llevar a cabo «actos de ordinaria administración», exigiendo la intervención del tutor o curador para todo cuanto exceda de ella. Resulta, cuando menos, curioso que el estatuto por el que se va regir la vida jurídica de un ciudadano descansa sobre una de las clasificaciones más etéreas y nebulosas del Derecho Civil; una clasificación, además, que ha de verse fácilmente desbordada ante la complejidad actual de las transacciones económicas y la extraordinaria multiplicación de modalidades contractuales. Si los propios juristas nos vemos, a menudo, en serios apuros para dilucidar si un determinado negocio es de administración ordinaria o extraordinaria, imaginemos el trance que esto puede suponer para el incapaz y quien vela por él, normalmente legos en Derecho, que cuentan con esa genérica distinción como única guía de su actividad jurídica.

A modo de ejemplo, ¿puede el incapacitado para actos de administración extraordinaria contratar productos financieros que supongan la indisponibilidad temporal de un capital, aunque se garantice la integridad de éste (v.gr., un plazo fijo o un plan de pensiones)? Probablemente, algunos pensarán que no, dado que la contratación de ese producto comporta la pérdida temporal de la disposición sobre el capital y esto excede de un acto de mera administración. Otros, en cambio, pensarán que el incapaz se basta a sí mismo para concertar el negocio indicado, ya que éste no conlleva riesgo alguno de disminución patrimonial. Finalmente, habrá un tercer grupo que adoptará una postura intermedia y atenderá a diversos criterios (plazo de la indisponibilidad, cuantía de la operación, etc.) para determinar si estamos o no ante actos que van más allá de la administración ordinaria. Siguiendo con los ejemplos, ¿podría ese mismo incapacitado recurrir a fórmulas de financiación para la compra a plazos de un ordenador portátil? ¿Podría el incapaz llevar a cabo esa operación por sí mismo o sería precisa la intervención del tutor? Si fuera precisa la intervención de éste, ¿debería solicitar la autorización judicial del art. 271.8º LEC, por entender que se trata de «dar y tomar dinero a préstamo», o podría prescindir de ella por la moderada entidad de la suma financiada? En definitiva, sería necesaria una graduación más detallada de la capacidad de obrar que, sin ser exhaustiva ni

rayar en la prolijidad (pues resulta imposible anticiparse a todos y cada uno de los actos que el incapacitado pueda realizar en el futuro), al menos incorporase un elenco más diversificado de posibles actos y negocios jurídicos, agrupados en función de las distintas esferas o ámbitos de actuación del incapaz. Podrían ser útiles, en este sentido, propuestas como la realizada en las Jornadas de la Fundación Aequitas sobre «Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad», celebradas en Madrid en marzo de 2004, donde se sugirió proporcionar a los jueces unas «tablas de actos» para que, a partir de ella, pudiesen calibrar con mayor facilidad la aptitud de autogobierno del discapacitado<sup>35</sup>.

Otra expresión que suele verse en las sentencias de incapacitación es aquella en cuya virtud se faculta al incapaz para gestionar el denominado «dinero de bolsillo», quedando en lo demás sujeto al régimen de tutela o curatela que se establezca. El uso de esta expresión como mera fórmula estereotipada, sin precisar mínimamente su contenido, es otra mala práctica que, a mi juicio, se debería evitar. Lo más razonable, como de hecho se viene haciendo en algunos juzgados, es que la propia sentencia concrete qué ha de entenderse por dinero de bolsillo, identificando a título enunciativo los conceptos que lo integran y, sobre todo, fijando su importe máximo mensual. Huelga decir que dicho importe máximo habría de determinarse en función de la situación patrimonial e ingresos netos del incapacitado, pues la noción de «dinero de bolsillo» tiene un carácter esencialmente relativo y dúctil, dependiente de las circunstancias particulares de cada sujeto. Esta labor de cuantificación resulta necesaria si no queremos que, en la práctica, el dinero de bolsillo acabe siendo lo que el incapaz unilateralmente determine o, peor aún, lo que el tutor, a modo de «propina» o asignación graciosa, tenga a bien otorgarle.

2º *Designación de la persona que ha de asistir o representar al incapaz y velar por él:* una de las novedades más aplaudidas de la LEC de 2000 en esta materia fue la posibilidad de constituir el órgano tutelar en la propia sentencia de incapacitación. Se pretendió acabar así con la duplicidad procedimental característica del régimen previgente, en el que la designación del tutor o curador quedaba extramuros del proceso de incapacitación y se remitía a un ulterior expediente de jurisdicción voluntaria. Las dilaciones que ello provocaba, junto al perjuicio que podía suponerle al incapaz la vacancia más o menos prolongada del cargo tutelar, evidenciaban la necesidad de una reforma que mereció el elogio unánime de los operadores jurídicos. Entiendo, sin embargo, que la actual regulación dista mucho de ser perfecta. Después de configurar un proceso intensamente marcado por el principio de oficialidad y caracterizado por la indisponibilidad de su objeto, como corresponde a la naturaleza de los intereses que en él se ventilan, el legislador comete el error –y la incoherencia– de someter el nombramiento del tutor o curador al principio de justicia rogada, condicionando la procedencia de este nombramiento a su previa solicitud en la demanda (art. 760.2, en relación con el 759.2 LEC). Si el actor no lo solicita, la sentencia no podrá designar a la persona encargada de velar por el incapaz y deberá abrirse un segundo procedimiento para la constitución de la tutela. Procedimiento que puede incoar de oficio la autoridad judicial (art. 228 *in fine* del CC), consumándose así la paradoja: al juez no se le permite nombrar de oficio, en la sentencia de incapacitación, a la persona llamada a ejercer el cargo tutelar, pero sí se le permite hacerlo después en expediente de jurisdicción voluntaria. Semejante regulación carece de toda explicación plausible y, por ello, debería ser reformada: no tiene sentido que el juez ante el que se ejercita una acción de incapacitación se vea impedido para desplegar, incluso de oficio, todas las consecuencias inherentes a dicha acción. Es absurdo encomendar al juez que determine en abstracto la institución de guarda a la que queda sujeto el incapaz para a continuación prohibirle concretar, en la misma sentencia, quién ha de asumir esa guarda legal. Este último es un aspecto consustancial a la acción de incapacitación de modo que, ejercitada ésta, el juez

---

<sup>35</sup> Las conclusiones de estas jornadas están disponibles en la página web de la fundación, a través del siguiente enlace: [www.aequitas.org/?do=filetools.getDocument&id=84](http://www.aequitas.org/?do=filetools.getDocument&id=84).

habría de quedar automáticamente investido de potestad para designar al tutor, haya o no petición de parte en tal sentido<sup>36</sup>.

3º *Imposibilidad de acumular otras acciones*: no cabe plantear en la demanda de incapacidad más pretensiones que las señaladas al principio de este epígrafe. Sin embargo, *de lege ferenda*, sería aconsejable una regulación más amplia del instituto de la acumulación inicial, que permitiera aprovechar el cauce del proceso de incapacidad para sustanciar otras pretensiones que guardan directa conexión con su objeto. Se conseguiría así una notable simplificación y agilización de trámites, al ahorrar a los justiciables la necesidad de deducir en procedimientos sucesivos cuestiones que podrían zanjarse, razonablemente, en uno solo. Concretamente, considero que la posibilidad de acumulación debería alcanzar también a las siguientes pretensiones:

- Petición de las autorizaciones judiciales previstas en el art. 271 CC: en la actualidad la solicitud de estas autorizaciones no puede acumularse a la acción de incapacidad, por cuanto una y otra han de ventilarse en juicios de diferente tipo (art. 73.1.2º LEC): la incapacidad se tramita como juicio verbal especial, en tanto que las autorizaciones preceptivas son objeto del oportuno expediente de jurisdicción voluntaria. De este modo, a los meses invertidos en el proceso de determinación de la capacidad habrá de sumarse, en su caso, el tiempo requerido para tramitar el expediente de obtención de la autorización. Este doble esfuerzo procesal no resulta lógico si tenemos en cuenta que la solicitud de incapacidad suele venir motivada, precisamente, por la necesidad de realizar algún acto sujeto a autorización judicial: por ejemplo, la venta de un inmueble para sufragar los gastos de asistencia del incapaz, la partición de una herencia a la que aquél está llamado, el ejercicio de acciones contra el causante del daño o su compañía aseguradora cuando la discapacidad sobrevino por un accidente de tráfico, etc. Éstos son a menudo los «desencadenantes» de la incapacidad, que no suele buscarse como un fin en sí misma, sino como solución a un problema específico; y la incapacidad no ha de verse reducida a mera antesala, a trámite preparatorio de un ulterior expediente en el que, por fin, se abordará el verdadero motivo que llevó a impetrar la acción de la justicia. Por lo demás, es oportuno señalar que la acumulación de las autorizaciones preceptivas a la declaración de incapacidad no constituye, ni mucho menos, una propuesta extravagante o ajena a nuestro sistema, pues esta posibilidad ya existe para dos concretas autorizaciones como son la de internamiento (art. 760.1 *in fine* de la LEC) y la esterilización del incapaz (art. 156.2 CP)<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> En similares términos se pronuncia LETE DEL RÍO, J. M., «Declaración de incapacidad y nombramiento de tutor o curador: el doble trámite judicial», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 11, 2003, págs. 200 y 201. En palabras del autor, «*si se permite alterar o suprimir el doble trámite procesal en el supuesto de que exista solicitud en orden al nombramiento de tutor o curador, por qué no puede proceder al nombramiento el propio Juez o Tribunal aunque no exista dicha petición, y ello en virtud de la misma razón de economía procesal y del beneficio del incapacitado*». Entiende el citado profesor que el superior interés del incapaz demanda una actuación judicial lo más inmediata y rápida posible, razón por la cual no ve inconveniente en acudir a una interpretación lógica y finalista, mediante la cual se admita no sólo la acumulación de acciones a solicitud del demandante o del promotor del procedimiento de incapacidad, sino también sin ella, a iniciativa del Juez o Tribunal, si éste aprecia que así lo requiere el beneficio e interés de la persona a quien se incapacita.

<sup>37</sup> Por otra parte, algunos pronunciamientos jurisprudenciales se muestran abiertamente favorables a admitir el planteamiento conjunto de la acción de incapacidad y la solicitud de autorizaciones preceptivas, más allá de los supuestos legalmente previstos. Tal el caso de la SAP Cuenca de 28 de febrero de 2007 (JUR 2007/249541): en ella se consideró posible acumular a las pretensiones de incapacidad y nombramiento de tutor la solicitud de autorización judicial para que el tutor ratificase, en nombre del incapacitado, la escritura de compraventa de dos fincas (al parecer, fueron vendidas por su esposa tres años antes, en su propio nombre y por mandato verbal). Según la Audiencia, «*parece muy claro que, constando en este proceso todos los elementos indispensables para pronunciarse sobre la cuestión deducida, observadas todas las garantías procesales exigibles y cualesquiera otras que pudieran concebirse, no se advierte razón alguna para exigir el inicio de un nuevo procedimiento, sin otro fin que el de acordar que el tutor proceda a ratificar la compraventa, lo que, sin duda, nada aportaría excepto mayores costes económicos y temporales sacrificados al culto de una formalidad huera*».

Algunos autores<sup>38</sup> se muestran reacios a la posibilidad de acumulación que aquí se postula. Su argumento es el siguiente: los actos de contenido patrimonial sujetos a autorización son viables si el juez previamente comprueba la necesidad o el beneficio que aquéllos suponen para los intereses económicos del tutelado. Hasta que el tutor confecciona el inventario de bienes de su representado y lo presenta al juez para su aprobación, éste no conoce la situación económica del incapaz ni, por tanto, puede juzgar con conocimiento de causa sobre la concurrencia de dichos presupuestos. De ahí se derivaría el acierto de la solución actualmente vigente y la imposibilidad de examinar, dentro del proceso de incapacitación, la procedencia o no de la autorización judicial.

Discrepo de esta tesis. A mi juicio, el proceso de incapacitación ofrece un marco lo suficientemente amplio para adquirir un conocimiento cabal sobre la situación patrimonial del incapaz. A este respecto, no hay que olvidar que el juez que conoce de la incapacitación está facultado para adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares que sean precisas para la protección de la persona del presunto incapaz o de su patrimonio (art. 762 LEC). Y esas medidas cautelares bien podrían consistir en el requerimiento a los familiares del discapacitado para que presentasen un inventario de sus bienes (art. 727.4<sup>a</sup> LEC), sin necesidad de diferir esta diligencia hasta la toma de posesión del tutor. La información que así se obtuviera podría ser, además, completada o contrastada a través de los amplios poderes probatorios atribuidos al juez en esta clase de procesos: por ejemplo, dirigiéndose a entidades, organismos<sup>39</sup> y registros públicos para que indicasen la existencia de bienes muebles e inmuebles, saldos de cuentas corrientes, valores y derechos de crédito, rentas y pensiones, así como las deudas del presunto incapaz y las cargas que pesan sobre sus bienes (art. 752.1 en relación con arts. 330, 332 y 381 LEC). En suma, el proceso de incapacitación puede brindar al juez los instrumentos precisos para conocer la situación económica del presunto incapaz, lo que no hace sino reafirmarme en mi propuesta inicial de añadir como posible objeto de este proceso las autorizaciones preceptivas del 271 CC.

- Privación del permiso de conducir y/o licencia de armas cuando constituyan un riesgo para el propio incapaz o para terceros: esta medida carece de toda previsión legal y, por tanto, no tiene cabida en el proceso de incapacitación<sup>40</sup>. Tal aseveración se ve corroborada por algún pronunciamiento de la jurisprudencia menor, según el cual el mantenimiento o la retirada del permiso de conducir quedará a criterio de los órganos competentes en materia de tráfico y seguridad vial<sup>41</sup>. Esta solución no es en absoluto

---

<sup>38</sup> Vid. COMES MUÑOZ, E., y ESCALONILLA MORALES, B., «Discapacidad y procedimiento de incapacitación», cit., pág. 192.

<sup>39</sup> Entre dichos organismos debe destacarse a la Agencia Tributaria, por la completa información de que dispone sobre el patrimonio y fuentes de ingresos de los contribuyentes. A este respecto, aunque el art. 95 de la Ley General Tributaria de 2003 establece el carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria y proscribire su cesión a terceros, sin embargo excepciona, entre otros supuestos, aquellas cesiones que tengan por objeto «la protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Fiscal» (art. 95.1.f).

<sup>40</sup> Soy consciente de la práctica seguida en algunos juzgados, que agregan a los pronunciamientos propios de la sentencia de incapacitación la privación de las licencias de armas y para la conducción de vehículos de motor, disponiendo la remisión de los oportunos oficios a la Jefatura de Tráfico. Aunque, como expondré a continuación, soy partidario de permitir la retirada de tales licencias cuando su posesión entrañe un riesgo objetivo para la seguridad del incapacitado o de terceras personas, entiendo que ello debe ser el resultado de una reforma legislativa que expresamente lo autorice, no del puro decisionismo de los jueces.

<sup>41</sup> Vid. el AAP Lleida de 20 de diciembre de 1999 (AC 1999/2581), en virtud del cual «a partir del pronunciamiento de declaración absoluta de la incapacidad del referido incapacitado, corresponde al tutor velar por su actuación evitando la producción de toda responsabilidad, como parece palmario supondría en el fondo de este asunto permitir que con tal declaración judicial el afectado continuara utilizando vehículo de motor alguno con riesgo evidente para su persona y la de los demás. Procediendo, desde luego, en el marco de las propias atribuciones competenciales en exclusiva, a falta de ley que indique la trascendencia jurídica puntual del caso en el tema controvertido, al Organismo de Tráfico calificar lo pertinente, en vista del título de incapacitación susodicho, respecto a la disposición por parte de dicho incapacitado de la autorización correspondiente para conducir vehículo de motor alguno; para a partir de tal decisión, dentro del ámbito administrativo idóneo, poder hacerse valer unos u otros derechos que pudieran entrar en colisión».

satisfactoria: resulta un tanto paradójico que la sentencia de incapacitación pueda limitar derechos fundamentales como la libertad deambulatoria (internamiento), la integridad física (esterilización) o el derecho de sufragio (art. 3.2 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General); y no pueda, en cambio, privar de una simple licencia administrativa ante la constatación de un peligro que así lo aconseje (pensemos, por ejemplo, en aquellos incapacitados que padecen brotes psicóticos o se hallan bajo los efectos secundarios de medicamentos que afectan a la seguridad de la conducción). Esto resulta injusto y sumamente gravoso para los tutores, que obviamente no pueden mantener a sus pupilos vigilados las veinticuatro horas del día y, además, responden en todo caso por los daños que puedan producirse, salvo que prueben que emplearon la debida diligencia para prevenir su causación (art. 1903 CC). Tampoco parece razonable deferir a las autoridades administrativas lo que podría resolverse perfectamente dentro de un proceso contradictorio como el de incapacitación, con amplios márgenes para el debate y plenitud de posibilidades probatorias, cuyo eje principal radica en la evaluación médica de la patología sufrida y su incidencia en los distintos ámbitos de la vida del incapaz. Por todo ello considero que, en futuras reformas, debería incorporarse la posibilidad de privar al incapacitado de las licencias indicadas, como se ha sugerido desde los servicios del Ministerio Fiscal especializados en materia de discapacidad<sup>42</sup>. Ello, claro está, siempre que tal medida resultase adecuada y proporcionada, con posibilidad de prever en la propia sentencia de incapacitación algún mecanismo de revisión periódica y sin perjuicio de que, sobrevenida la mejoría del incapaz, pudiera modificarse ese concreto punto a través del pertinente proceso de reintegración de la capacidad (art. 761 LEC).

---

<sup>42</sup> Vid. *Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad*, cit., pág. 16.