








Texto elaborado por el Gabinete Jurídico Jordana & Roo.

(Revisado el 17/2/2004 por Celia Jordana de Pozas)

Depósito Legal: XXXXXX

 Introducción:	5
◆ Capacidad jurídica	5
◆ Capacidad de obrar	5
 Declaración de incapacidad:	6
◆ Procedimiento de incapacidad iniciado a instancia de parte	6
◆ Incapacidad iniciada a instancia del Ministerio Fiscal	8
 Tutela y curatela. Nombramiento de tutor o curador	9
 El testamento	11
 Respuestas a preguntas más frecuentes sobre este tema	13



Explicaremos en este cuaderno de consulta, y de una forma sencilla, los trámites a seguir para la **protección jurídica de las personas con retraso mental**.

Antes de enumerar los pasos básicos a seguir, cuando se tiene un familiar afectado por una minusvalía psíquica, hay que hacer las siguientes **consideraciones**:

Todas las personas, por el hecho de serlo, entendemos que tienen **capacidad**, es decir, **aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones**, o sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas.

Hay dos clases de capacidad:

1°.- Capacidad jurídica, que supone la aptitud del sujeto para la mera tenencia y goce de los derechos, y también aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Supone una posición estática del sujeto.

2°.- Capacidad de obrar, que supone la aptitud para el ejercicio de esos derechos. Implica la posibilidad de realizar actos jurídicos, es decir, supone una posición dinámica del sujeto.

Las personas con discapacidad intelectual tienen capacidad jurídica, es decir, pueden ser titulares de pisos, acciones, etc., **pero** sin embargo **no tienen capacidad de obrar**, no pueden realizar contratos de compraventa, arrendamientos, etc., sin la asistencia de otra persona.

Por ello es necesario iniciar una serie de trámites jurídicos para proteger a nuestros hijos, tanto en el ámbito económico como personal.

Los **trámites fundamentales** a seguir son:

- **Declaración de incapacidad.**
- **Nombramiento de tutor o curador.**
- **Testamento.**

Declaración de incapacidad

La **incapacidad debe iniciarse antes de** que la persona afectada llegue a **la mayoría de edad**, puesto que al llegar ésta, los padres pierden la patria potestad y por lo tanto su hijo tiene "capacidad legal para decidir por sí mismo sobre su vida y sus bienes".

El procedimiento de incapacidad se sustancia por los trámites del juicio verbal y está contemplado en la nueva LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil) como un procedimiento especial que se sustancia **ante el Juzgado de 1ª Instancia del lugar del residencia del presunto incapaz**.

Están legitimados para interponer la demanda de incapacidad:

1. El cónyuge o quien se encuentra en una situación de hecho asimilable.
2. El ascendiente, descendiente o hermano.
3. En caso de que no existiera ninguna de las personas mencionadas anteriormente, iniciará el procedimiento el Ministerio Fiscal (salvo en el caso de los menores de edad, cuya incapacidad sólo podrán promover los padres o los tutores)

Procedimiento de incapacidad iniciado a instancia de parte (familiares mencionados anteriormente)

Existiendo las personas antes mencionadas, el procedimiento de incapacitación **se inicia con un escrito (demanda)** en el que se pone en conocimiento del Juez la existencia de un retraso mental en una determinada persona. En este procedimiento **es necesaria** la concurrencia de **Abogado y Procurador**.

De este escrito se da traslado a la persona que se pretende incapacitar, en su domicilio, para que en el plazo de VEINTE DIAS conteste al mismo si lo considera oportuno.

Como es lógico, y por desgracia, en la mayoría de las ocasiones la persona a la que va dirigido el escrito, por tener una minusvalía psíquica no tiene capacidad para contestar a la demanda, por lo que se debe dejar transcurrir el plazo antes indicado sin hacer nada al respecto.

Cuando, transcurridos los veinte días, en el Juzgado vean que la persona a la que se pretende incapacitar no ha contestado a la demanda se lo comunicarán al **Fiscal, que será quien en el procedimiento represente al demandado o presunto incapaz.**

El Fiscal siempre se opondrá a la incapacidad, mientras no se demuestre lo contrario.

La forma de demostrar lo contrario son unas pruebas que deben realizarse ante el Juzgado, y que son las siguientes:

A. Prueba documental, consistente en los documentos públicos o privados que en su día se aportaron al escrito inicial, para acreditar la minusvalía.

B. Audiencia de parientes, consistente en que por el Juez sean oídos tres parientes cercanos del presunto incapaz, quienes serán preguntados por su relación de parentesco, sobre la deficiencia que padece y si están de acuerdo con el procedimiento de incapacidad.

C. Examen por el Juez del presunto incapaz, con quien hablará para tener un primer criterio sobre el alcance de su minusvalía

D. Examen por un médico, especialista en psiquiatría o neurología, para que emita informe sobre la deficiencia y lo presente en el Juzgado.

Practicadas todas estas pruebas, el Juez dictará Sentencia. Esta **Sentencia** puede ser distinta dependiendo de cada caso, ya que el Juez puede:

1. Declarar una incapacidad total. En aquellos casos en los que, tras las pruebas practicadas, se aprecie que el demandado no es capaz ni de cuidar de su persona ni de administrar sus bienes.

2. Declarar una incapacidad parcial. En aquellos casos en los que se aprecie que el demandado sí puede realizar ciertos actos sin la asistencia de otra persona, pero para otros necesita esa asistencia. Esta Sentencia debe especificar qué actos puede el incapaz realizar por sí mismo y para qué actos necesita la asistencia de otra persona.

Cuando la Sentencia declare una incapacidad total de una persona, vivan los padres del incapacitado y convivan con él, en este caso la Sentencia decretará la rehabilitación o prórroga de la patria potestad de los padres sobre su hijo, de tal manera que no se nombrará Tutor hasta que no fallezcan los padres.

Cuando la Sentencia declare una incapacidad total (y no vivan los padres del incapaz) o una incapacidad parcial, establecerá el régimen de guarda o tutela al que deberá quedar sometido el incapacitado.

Con la **nueva LEC** (Ley de Enjuiciamiento Civil), si en el escrito inicial de solicitud de la incapacidad se solicita igualmente el nombramiento de Tutor, la Sentencia que declare la incapacidad nombrará también al Tutor o curador, de tal forma que no habría que iniciar un expediente de nombramiento de Tutor o Curador posterior como ocurría anteriormente a la promulgación de la nueva Ley.

Incapacidad iniciada a instancias del Ministerio Fiscal

Cuando no existan ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge del presunto incapaz, cualquier persona podrá poner en conocimiento del Fiscal una situación de posible incapacidad de una persona para que sea aquél quien inicie los trámites pertinentes para la declaración de incapacidad.

En este caso se nombrará a una persona física (cualquiera que el Fiscal estime oportuno) o a una persona jurídica (asociación, fundación, etc.) **para que asuma la Defensa Judicial del presunto incapaz**, es decir, para que le defienda, con Abogado y Procurador, en el procedimiento de incapacidad.

Por lo demás los trámites serán los mismos que los explicados en el apartado anterior.

Nombramiento de Tutor o Curador

Se nombrará **Tutor** de una persona incapacitada siempre que no vivan los padres, o que viviendo no convivan con el incapaz o estén privados de la patria potestad, y siempre que la persona que vaya a ser tutelada esté previamente incapacitada por Sentencia Judicial firme.

Se nombrará **Curador** de una persona incapacitada cuando la Sentencia declare una incapacidad parcial, independientemente de si viven o no los padres.

La Sentencia que declara la incapacidad actualmente, y siempre que se haya solicitado desde un principio, **nombrará al Tutor o Curador del incapacitado**, pero en aquellos casos en que con posterioridad a este nombramiento el Tutor o Curador haya cesado en su cargo, bien por excusa, remoción o fallecimiento del mismo, habrá que solicitar nuevamente el nombramiento de otro Tutor o Curador.

En estos casos el nombramiento de Tutor o Curador se pide por los trámites del procedimiento de Jurisdicción Voluntaria. Este procedimiento se inicia por un escrito en el que ante todo se debe presentar la Sentencia de incapacidad y acreditar las circunstancias por las que se solicita la Tutela.

La causa más corriente para solicitar la Tutela o Curatela es el fallecimiento de los padres del incapacitado, en cuyo caso hay que acreditar el fallecimiento de los mismos mediante los oportunos certificados de defunción. Se deberá acreditar igualmente si el propio incapaz ha nombrado a su tutor o curador en documento notarial (en algún momento en el que tuviera capacidad para ello) y si los padres del mismo han otorgado testamento.

Así, y teniendo como preferencia los documentos notariales anteriormente citados, la preferencia para ser tutores se establece en el artículo 234 del Código Civil, que modificado por la Ley de Protección Patrimonial 41/2003, queda redactado como sigue:

" Para el nombramiento de tutor se preferirá:

1. El designado por el propio tutelado en testamento o documento notarial. (Este documento notarial o testamento lógicamente se ha debido realizar en un momento en el que el otorgante tenía plena capacidad de obrar y la incapacidad le ha sobrevenido a posteriori). (modificación producida a raíz de la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)

3. A los padres.

4. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.

5. Al ascendiente, descendiente o hermano que designe el juez.

Excepcionalmente, y por resolución motivada, el Juez puede saltarse este orden y nombrará a la persona que crea más idónea.

Hay que destacar que, en ocasiones, nos encontramos con que, fallecidos los padres de la persona incapacitada, ésta no tiene familia, o teniéndola dicha familia no quiere o no puede hacerse cargo de la Tutela, para ello el Código Civil establece la posibilidad de que personas jurídicas (Asociaciones, Fundaciones, **Fundaciones Tutelares**, etc...), puedan ejercer el cargo de Tutor.

En el caso de que ninguna de las personas anteriormente citadas pudieran ejercer la tutela, podrá ser una entidad pública quien la ejerza.

Así, al artículo 239, y consecuencia igualmente de la Ley de Protección Patrimonial del discapacitado, se le añade un tercer párrafo que dice que "La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material."

Las obligaciones del Tutor, una vez nombrado, son las siguientes (se recogen aquí las más destacables):

1. Dar alimentos y educación a su pupilo y hacer todo lo necesario para intentar su recuperación.

2. Deberá administrar sus bienes con la diligencia de un buen padre de familia.
3. Deberá pedir autorización judicial para internarlo en un Centro, enajenar o gravar bienes.
4. Por el contrario, no necesitará autorización para la venta de acciones ni para el arrendamiento de pisos propiedad de su pupilo, siempre y cuando este arrendamiento no tenga una duración superior a seis años.
5. Deberá rendir cuenta anual al Juzgado de la gestión de la Tutela.

Al contrario de lo que ocurre con el procedimiento de incapacidad, cualquier persona está legitimada para pedir la Tutela de otra. La Tutela se decretará mediante Auto Judicial motivado.



El testamento

Es esencial que las personas hagan testamento, y aún lo es más cuando estas personas tienen un hijo con retraso mental.

Para otorgar testamento no es necesario esperar a tener una edad determinada, o a que concurran unas circunstancias especiales, es simplemente hacer una previsión de futuro, que es siempre importante, pero en los casos en los que hay un hijo con minusvalía psíquica, lo es aún más.

En el testamento es conveniente hablar de bienes en general, es decir, de los bienes que queden al fallecimiento del testador, y no de bienes en concreto, puesto que si se habla de bienes concretos, cada vez que éstos se vendan, o se compren otros, habría que cambiar el testamento.

Partiendo de esta idea, y legalmente hablando, los bienes se dividirán en tres partes (estamos siempre hablando del derecho civil común, puesto que hay Comunidades Autónomas que en este tema tienen su propio derecho foral que suponen especialidades distintas a lo que aquí se está explicando):

1. Tercio de Legítima: se llama así al tercio de los bienes que obligatoriamente tienen que ser destinados a todos los hijos por partes iguales. La legítima no se puede gravar ni condicionar salvo que sea en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado.

2. Tercio de Mejora: es el tercio de los bienes que tienen que ser destinados a sus hijos o descendientes, pero en la medida que el testador quiera.

3. Tercio de Libre disposición: Es el tercio del que se puede disponer para dejárselo a cualquier persona física o jurídica, familiar o no del testador.

Respecto al cónyuge, legalmente le correspondería el usufructo (uso y disfrute) de un tercio de la totalidad de la herencia, pero por lo general los cónyuges se suelen legar el usufructo universal de todos los bienes de la herencia.

Es importante **hacer testamento** por varias **razones:**

1. Evitar a los herederos tener que realizar una declaración de herederos.
2. **Disponer** en el testamento **las mejoras económicas para los hijos que más lo necesiten.**

3. Disponer el nombramiento de Tutor o Curador del hijo minusválido. Se puede nombrar uno o varios Tutores, uno en defecto del otro, o nombrados Tutores conjuntos para casos extraordinarios. Se puede incluso nombrar a una persona jurídica como Tutor del hijo minusválido cuando no se tengan otras personas a quién recurrir para hacerse cargo de la Tutela.

4. Hacer testamento en nombre del hijo con retraso mental, ya que éste no puede hacerlo por sí mismo, es lo que legalmente se viene denominando "**sustitución ejemplar**". En este caso hay que aclarar que, según establece la ley, el testamento es un acto personalísimo que nadie puede hacer por otra persona, salvo en dos casos excepcionales:

- Los padres pueden hacer testamento por su hijo menor de edad.
- Los padres pueden hacer testamento por su hijo incapacitado

Respuestas a preguntas mas frecuentes sobre este tema

A continuación vamos a recoger alguna de las preguntas más significativas que la mayoría de los padres o familiares se hacen, y que suponemos que algunos de ustedes se habrán cuestionado alguna vez:

SI SE TIENE DEL IMSERSO LA CALIFICACION DE MINUSVALÍA EN LA QUE SE INDICA EL GRADO DE DISCAPACIDAD ¿QUE NECESIDAD TENGO DE VOLVER A PASAR POR ESTO?

- **La calificación de Minusvalía sirve únicamente para percibir o no prestaciones económicas para sus hijos**, pero no le protege de actuaciones de terceras personas que pueden actuar con mala fe. Esta protección sólo es posible si la incapacidad ha sido declarada por Sentencia judicial, puesto que hay que tener en cuenta que la Calificación de Minusvalía no sólomente se da a personas con enfermedades psíquicas sino también tienen derecho a ellas las personas con enfermedades físicas.

¿ES NECESARIO TENER LA INCAPACIDAD LEGAL PARA COBRAR LAS PRESTACIONES CUANDO MI HIJO CUMPLA 18 AÑOS?

- **No es un requisito indispensable**, si bien en ocasiones se ha pedido a las familias que tramiten la incapacidad judicial para legalizar su situación.

Por el contrario la Sentencia de incapacidad ha servido para exigir de la Administración el pago de prestaciones que no le habían sido reconocidas a la persona con minusvalía por no haber alcanzado el 65 por ciento que se exige para el cobro de determinadas prestaciones

AL ESTAR INCAPACITADO MI HIJO ¿YA NO PODRA HACER NADA?

- La Sentencia de incapacitación lo que produce es que una persona mayor de edad vuelva a la minoría de edad, y un menor de edad puede hacer todo lo que sus padres consientan que haga.

La incapacitación legal no produce la pérdida de derechos, sino que da la posibilidad a la persona incapacitada, de ejercer sus derechos con el apoyo de otra persona.

Si tenemos un hijo o familiar con una incapacidad real, lo que debemos hacer es que esa incapacidad sea también legal para así ajustar la legalidad a la realidad.

Porque dejemos de tramitar la incapacidad legal de una persona con una minusvalía, esta persona no va a estar más capacitada. El problema existe y, si existe, debe quedar legalmente reflejado.

¿QUE HAY QUE HACER PRIMERO, EL TESTAMENTO O LA INCAPACIDAD LEGAL?

- No es necesario esperar a la incapacidad legal para hacer el testamento, lo que ocurre es que, mientras nuestro hijo no esté incapacitado las cláusulas sobre nombramiento de tutor y "testamento" de nuestro hijo no surtirán efecto.

¿ESTE PROCEDIMIENTO SE PUEDE INICIAR CUALQUIERA QUE SEA LA EDAD DE NUESTRO HIJO?

- Es conveniente iniciar la incapacidad antes de que la persona con minusvalía llegue a la mayoría de edad, para así evitar que en ese periodo, esta persona quede desprotegida hasta que se dicte sentencia. Por el contrario tampoco es conveniente iniciar la incapacidad a una edad muy temprana puesto que sería difícil establecer cual es su grado real de minusvalía y el desarrollo de la misma.

Es recomendable que se inicie la incapacidad a partir de los 14 y antes de los 18 años.

¿ES NECESARIO QUE INICIEN EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN LOS PADRES CONJUNTAMENTE?

- No es necesario, es suficiente con que uno de ellos presente la demanda.